

DIÁLOGOS CIENTÍFICOS EM DIREITO

**PRODUÇÕES ACADÊMICAS 2021.1
VOL. I**



ORGANIZADORES:
Camila Yamaoka Mariz Maia
José Carlos Ferreira da Luz
Marcel Silva Luz

ISBN: 978-65-5825-084-5

**DIÁLOGOS CIENTÍFICOS EM DIREITO:
PRODUÇÕES ACADÊMICAS 2021.1**

VOL. I

**Camila Yamaoka Mariz Maia
José Carlos Ferreira da Luz
Marcel Silva Luz
(Organizadores)**

Centro Universitário – UNIESP

Cabedelo - PB
2021



CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIESP

Reitora

Érika Marques de Almeida Lima Cavalcanti

Pró-Reitora Acadêmica

Iany Cavalcanti da Silva Barros

Editor-chefe

Cícero de Sousa Lacerda

Editores assistentes

Márcia de Albuquerque Alves
Josemary Marcionila F. R. de C. Rocha

Editora-técnica

Elaine Cristina de Brito Moreira

Corpo Editorial

Ana Margareth Sarmiento – Estética
Anneliese Heyden Cabral de Lira – Arquitetura
Daniel Vitor da Silveira da Costa – Publicidade e Propaganda
Érika Lira de Oliveira – Odontologia
Ivanildo Félix da Silva Júnior – Pedagogia
Jancelice dos Santos Santana – Enfermagem
José Carlos Ferreira da Luz – Direito
Juliana da Nóbrega Carreiro – Farmácia
Larissa Nascimento dos Santos – Design de Interiores
Luciano de Santana Medeiros – Administração
Marcelo Fernandes de Sousa – Computação
Paulo Roberto Nóbrega Cavalcante – Ciências Contábeis
Maria da Penha de Lima Coutinho – Psicologia
Paula Fernanda Barbosa de Araújo – Medicina Veterinária
Rita de Cássia Alves Leal Cruz – Engenharia
Rodrigo Wanderley de Sousa cruz – Educação Física
Sandra Suely de Lima Costa Martins - Fisioterapia
Zianne Farias Barros Barbosa – Nutrição

Copyright © 2021 – Editora UNIESP

É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos autorais (Lei nº 9.610/1998) é crime estabelecido no artigo 184 do Código Penal.

O conteúdo desta publicação é de inteira responsabilidade do(os) autor(es).

Designer Gráfico:

Mariana Moraes de Oliveira Araújo

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca Padre Joaquim Colaço Dourado (UNIESP)**

D537 Diálogos científicos em direito: produções acadêmicas 2021.1
[recurso eletrônico] / Organizadores: Camila Yamaoka
Mariz Maia, José Carlos Ferreira da Luz, Marcel Silva Luz.
- Cabedelo, PB: Editora UNIESP, 2021.
319 p. ; v.1.

Tipo de Suporte: E-book
ISBN: 978-65-5825-084-5

1. Produção científica – Direito. 2. Direito -
Interdisciplinaridade. 3. Diálogos – Conhecimento científico. I.
Título. II. Maia, Camila Yamaoka Mariz. III. Luz, José Carlos
Ferreira da. IV. Luz, Marcel Silva.

CDU: 001.891:34

Bibliotecária: Elaine Cristina de Brito Moreira – CRB-15/053

Editora UNIESP

Rodovia BR 230, Km 14, s/n,
Bloco Central – 2 andar – COOPERE
Morada Nova – Cabedelo – Paraíba
CEP: 58109-303

SUMÁRIO

1 OS DIREITOS SOCIAIS DOS MORADORES DE RUA: O DIREITO À MORADIA, ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E OS MORADORES DE RUA - Anderlane Fernandes de Lima, Albérico Santos Fonseca	06
2 LIMITAÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE: LOCAÇÕES DE IMÓVEIS RESIDENCIAIS EM CONDOMÍNIOS EDIFÍCIOS POR MEIO DA PLATAFORMA DIGITAL AIRBNB - André Gustavo de Medeiros Simões, Luciana de Albuquerque Cavalcanti Brito	31
3 A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS CEMITÉRIOS - Bernardo Santos Ferraz, Mayra Andrade Marinho Farias	65
4 CRIMES CIBERNÉTICOS: UMA ANÁLISE DA OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO DO ESTADO E CONSEQUENTE DEFICIÊNCIA NO SISTEMA JURÍDICO PENAL BRASILEIRO - Carlos Augusto de Carvalho Neto, Valberto Azevedo	94
5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR E O INSTITUTO RECALL: aspectos legais, doutrinário e jurisprudencial - Carlos George Ramalho Silva, Valkberto Alves de Azevedo Filho	126
6 FORO PRIVILEGIADO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - Claudinea Gomes Oliveira do Nascimento, Albérico Santos Fonseca	152
7 OS LIMITES DO PODER FISCALIZATÓRIO: quanto o monitoramento de e-mail corporativo, a legalidade de revistas e filmagens - Diego Dias Garcia de Araújo e Msc. José Carlos Ferreira da Luz	179
8 DOS CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS: A RELEVANTE PARCERIA ENTRE O PODER JUDICIÁRIO E OS CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS - Elayne Nascimento de Figueirêdo, Luciana de Albuquerque Cavalcanti Brito	214
9 O ICMS E O COMÉRCIO ELETRÔNICO - Gabriela Alencar Dos Santos, Mayra Andrade Marinho	233
10 O PODER DECISÓRIO JUDICIAL FRENTE À LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL - Gustavo Viana Montenegro, Luciana de Albuquerque Cavalcanti Brito	269
11 MODIFICAÇÕES DA LEI DE PENSÃO ALIMENTÍCIA DE ACORDO COM O NOVO CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL - Isabella Lins De Brito Lira, Ricardo Berilo Bezerra Borba	297
12 ADOÇÃO – e o princípio do melhor interesse do menor no Estatuto da Criança e Adolescente - Isabelle Laureano Oliveira dos Santos, Luciano Honório de Carvalho	315

APRESENTAÇÃO

É com grande prazer que apresentamos o primeiro E-Book do Curso de Direito do UNIESP, Diálogos Científicos em Direito. A publicação desse livro objetiva divulgar os Trabalhos de Conclusão de Curso dos nossos bacharelados, fornecendo à sociedade instrumentos básicos para uma educação democrática e de qualidade. Dessa forma, o UNIESP aperfeiçoa as discussões advindas não apenas do plano teórico, mas também do plano empírico, onde se dá a realização do Direito.

A produção acadêmico/científica para professores e alunos é objetivo expresso do projeto político pedagógico do curso de direito da referida instituição de ensino. Essa iniciativa reconhece a importância da pesquisa jurídica, que é indissociavelmente ligada ao ensino e extensão. A opção pelo meio eletrônico de publicação visa a permitir o largo acesso da comunidade jurídica ao seu conteúdo, além de conferir o dinamismo necessário à rápida divulgação de informações e notícias atuais.

O conjunto da obra constitui uma rica diversidade de discussões em diversas áreas do Direito como temas em Direito de Família e Infância e Juventude, Direito Digital, dentre outros.

Seja bem-vindo e boa leitura!

Cordialmente,

Profa. Camila Yamaoka Mariz Maia

OS DIREITOS SOCIAIS DOS MORADORES DE RUA: O DIREITO À MORADIA, ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E OS MORADORES DE RUA

Anderlane Fernandes de Lima¹
Orientador: Prof. Ms. Albérico Santos Fonseca²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo o estudo do direito fundamental à moradia, partindo da evolução desse direito nas constituições anteriores, bem como a forma como esse direito é tratado e reconhecido pelo Estado e pela comunidade internacional, a sua normatização possibilitada pela emenda constitucional n. 26 de 2000 na atual Carta Magna permitindo que o direito à moradia adquira o status de direito fundamental respaldada na sua imprescindibilidade para uma vida digna, bem como analisar de que forma e, até que ponto, o direito à moradia vem sendo assegurado pelo exercício das políticas públicas elaboradas pelo município de João Pessoa na Paraíba.

Palavras chaves: Direito fundamental – Moradia – Constituição – João Pessoa

ABSTRACT

The purpose of this article is to study the fundamental right to housing, based on the evolution of this right in previous constitutions, as well as the way in which this right is treated and recognized by the State and by the international community, its normalization was possible by constitutional amendment n. 26 of 2000 in the Magna Carta, which allows the right to housing to acquire the status of a fundamental right supported by the essential for a dignified life, as well as to analyze how and to what extent the right to housing was ensured by the exercise of public policies developed by the municipality of João Pessoa in Paraíba.

Key words: Fundamental Rights - Housing - Constitution - João Pessoa

1 INTRODUÇÃO

Em seu artigo 1º, inciso III, a Constituição Federal de 1988 dispõe sobre a dignidade da pessoa humana, assegurando os direitos fundamentais e garantias individuais ao ser humano.

"Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana."

Diante do que diz o artigo citado, inquestionável é a relação do princípio da

¹ Aluna graduanda em Bacharel em Direito no Instituto de Ensino Superior da Paraíba – IESP.

² Professor Mestre do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior da Paraíba – IESP.

dignidade humana com os direitos fundamentais, dessa forma, e diante da realidade social na qual o Brasil, e de forma específica a cidade de João Pessoa na Paraíba estão inseridos, necessário se faz a implementação de políticas e projetos que priorizem o ser humano e impeçam a sua degradação, quer seja moral, social ou intelectual. Degradação essa resultante de um processo de exclusão social existente no nosso país e que é reflexo, não apenas das diferenças econômicas, mas, principalmente, da perda da autoestima, ausência de perspectiva e, conseqüentemente, a sua não identificação enquanto ser pertencente a uma sociedade.

Por ser o direito fundamental um direito correlacionado, em especial, quando agrega direitos humanos. É o que ocorre com o direito à moradia, cujo elo outrora já firmado, possibilita que o direito à vida, à educação, ao amparo social, à integridade física dentre outros, caracteriza a interdependência a outros direitos igualmente fundamentais, não devendo ser interpretado de forma isolada com o objetivo de alcançar níveis positivos.

Se analisarmos historicamente, entenderemos que a moradia é um direito jusnatural, uma vez que há tempos observa-se a importância da moradia na composição do ser humano enquanto pessoal, sua índole e caráter. Por ser um direito tão fundamental, impulsiona tantos outros direitos, dentre eles o direito à saúde, educação, e amparo social. Garantida a vida sim, mas também ter assegurado um lugar que o proteja, no qual o indivíduo possa desenvolver-se plenamente.

Fatores como a falta de emprego, o meio violento em que vive, a perda de vínculos familiares ou qualquer outro ente querido, doenças mentais, vícios (álcool, drogas...) são, na sua grande maioria, os pontos que levam as pessoas a relativizar valores, abandonar seus lares e famílias e optar por morar nas ruas.

A crescente população em situação de rua no Brasil é o retrato mais cruel da miséria social que se aprofunda em diversos ramos da esfera pública. O atual estado é a consequência de uma reação em cadeia que relaciona os altos índices de desemprego, rebaixamento salarial, uso de drogas e violência. Morar na rua é o reflexo visível do agravamento social no Brasil, e a falta de políticas públicas eficientes se constitui negligência do poder público em garantir a esse cidadão condições mínimas de sobrevivência. (Rodrigues, Robson [2010?])

O direito constitucional à moradia está entre as políticas públicas, assim não pode se falar em dignidade social diante da triste realidade de pessoas vivendo em condições sub-humanas, dormindo sobre papelão, alimentando-se de sobras encontradas, muitas vezes no lixo, pessoas que de forma precária e rara conseguem um banho. De fato, à moradia é um aspecto fundamental para a restauração da dignidade da pessoa e, por conseguinte, a sua reinserção social.

Essas pessoas acabam por se tornarem “sobrantes” (Castel, 1997, p.28), pessoas que simplesmente não encontram mais lugar na sociedade, que se tornam inválidas socialmente, invisíveis aos olhos da sociedade e, por muito tempo, aos olhos do Estado brasileiro.

O fato é que cabe ao Estado não apenas respeitar, mas promover meios de proteção de todos os direitos a quem quer que seja, promovendo serviços e programas que atendam a população de rua, assegurando a dignidade, os direitos de cidadania e não-violência ao público citado. Contudo, essa atribuição só veio a, de fato, existir no final dos anos oitenta e início dos anos noventa com a Constituição Federal de 1988 que passou a entender que os direitos sociais são direitos fundamentais a todo cidadão e com o reconhecimento da Assistência Social como política pública por parte da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), através de regulamentação dos artigos 203 e 204 da Constituição Federal.

O objetivo deste trabalho científico é analisar se as políticas públicas em curso na cidade de João Pessoa são suficientes para garantir o direito constitucionalmente tutelado da moradia.

Para atingir tal desiderato, este artigo está dividido em nove capítulos. Dando prosseguimento à introdução à temática, no segundo capítulo será tratado sobre os termos moradores de rua e pessoas em situação de rua.

No terceiro capítulo, discorrerá sobre os aspectos históricos da situação dos moradores de rua, em especial em João Pessoa.

O quarto capítulo tratará de fazer uma exposição sobre o entendimento do que é moradia.

No capítulo quinto relatará a evolução do direito assegurado à moradia nas Constituições brasileiras, levando-nos a entender a forma como esse direito é garantido pela Constituição Federal atual.

No capítulo de número seis, a análise se dará sobre o direito à moradia nas

legislações internacionais e leis infraconstitucionais.

Enquanto no capítulo sete o foco serão as políticas públicas adotadas pela Prefeitura de João Pessoa junto aos moradores de rua.

No oitavo capítulo, serão expostas as considerações finais e, finalmente, no capítulo nove, as referências das pesquisas e leituras realizadas que tanto enriqueceram este trabalho.

2 MORADORES DE RUA OU PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA?

Para Escorel (2000) há diferença entre pessoas em situação de rua e moradores de rua, estes seriam os que fazem da rua sua morada permanente. Enquanto as pessoas em situação de rua fazem uso da rua, ainda que como morada, de forma temporária.

Contudo, de maneira geral, esses termos são utilizados como sinônimos. Dessa forma o uso dos termos apresentados nesse capítulo no decorrer do artigo seguirá o entendimento majoritário. Assim, podemos entender por população de rua um grupo diversificado de pessoas, uma vez que estão inseridas nas mais diferentes realidades, mas que também apresentam algumas semelhanças, tais como a condição de extrema pobreza, a dissolução dos laços familiares, a exclusão social ou falta do sentimento de pertencimento social e a ausência de local onde possa estabelecer moradia digna, encontrando, temporariamente e muitas vezes permanente, na rua o seu local de morada.

São pessoas que tiveram as suas vidas atingidas por alguma adversidade. Homens, mulheres, jovens, crianças, famílias inteiras que, devido à falta de emprego, vícios, desilusões, perderam o brilho nos olhos trazido pelos sonhos almejados, pessoas sem nenhuma perspectiva, desacreditadas de tudo e de todos e que, encontram na rua o espaço que precisam para sobreviver e morar.

Vieira, Bezerra e Rosa (1994) analisam a permanência na rua sobre três aspectos, são eles:

- As pessoas que ficam na rua – são pessoas marcadas por situações circunstanciais resultantes da falta de emprego ou da busca por emprego em outras cidades, resultantes de problemas de saúde ou ainda problemas com os familiares. São pessoas que acabam por passarem a noite em abrigos, casas de acolhida, locais públicos de movimento, como

rodoviárias, pois temem à violência, devido a situação vulnerável em que estão.

- As pessoas que estão na rua – aquelas que começam a estabelecer vínculos com outras pessoas que vivem na ou da rua, fazendo, por muitas vezes, desses vínculos estratégia de sobrevivência e meio de desempenhar atividades em conjunto que lhes possibilitem obter algum rendimento, como por exemplo, os guardadores de carro, descarregadores de carga, catadores de papéis ou latinhas, essas pessoas não se sentem mais tão atemorizados pela rua.

- As pessoas que são da rua – são pessoas que, devido o consumo de drogas, álcool, devido a uma alimentação precária, violência e a própria condição de vulnerabilidade na qual vivem, sofreram abalos tanto de natureza física, como de natureza mental. Essas pessoas fazem da rua a sua morada há um bom tempo.

O mundo social no qual se encontram os moradores de rua pode ser entendido como uma subcultura seja ela limitada ou incompleta, uma vez que a sua criação não se deu pela vontade das pessoas que vivem na rua, na verdade, circunstâncias que saíram ao seu controle as conduziram ao mundo social em que vivem, não foi o que elas escolheram, mas o que lhes sobrou (Snow e Anderson, 1998).

3 EVOLUÇÃO HISTÓRIA DOS MORADORES DE RUA

Infelizmente, poucos dados foram compilados e disponibilizados à consulta pública no que se refere à evolução história dos moradores de rua, nem mesmo o IBGE através do Censo e das pesquisas por amostragem domiciliar, coletam informações a cerca dessa população, além disso, os dados que existem não são tão atualizados. O fato é que, embora essas pessoas sejam invisíveis para a sociedade e, muitas vezes, para o poder público, ela é uma realidade que precisa ser conhecida, acompanhada e modificada.

Contudo, essa realidade vai muito além das fronteiras do nosso país, visto que a população em situação de rua está presente também em sociedades modernas, em países desenvolvidos, nem é um problema das sociedades atuais.

Simões Júnior (1992, p. 19) afirma que:

Desde a Antiguidade, já era registrada a presença de determinados grupos de pessoas habitando as ruas e vivendo quase que exclusivamente de mendicância. Apesar de o fenômeno em si adquirir diferentes conotações ao longo da história, o morar na rua sempre manteve uma característica fundamental: é observável unicamente em aglomerações humanas permanentes, o que significa ser ele um fato tipicamente urbano.

As primeiras referências sobre a existência de populações habitando as ruas remontam à Grécia Antiga. Com a decomposição da sociedade arcaica, a consolidação de propriedade privada e a expropriação de terras comuns, ocorre um grande êxodo de população de despossuídos para as cidades, vindo dar origem aos primeiros grupos de mendicantes e vacantes urbanos. (JÚNIOR, 1992, p.19)

Assim, embora a existência da população de rua tenha diferentes conotações ao longo do tempo, morar na rua sempre esteve associado ao espaço urbano em si.

De acordo com Magni (1994, p. 34), é disseminada pela mídia a sensação de que há um crescimento vertiginoso da população de rua, porém não há dados estatísticos suficientes para tal afirmação e os dados que existem são norteados por critérios diversos. Ainda de acordo com Magni, há dados cuja estimativa é da existência de cem milhões de pessoas sem teto no mundo. No Brasil, as políticas públicas, embora ainda escassas e insuficientes, são recentes, a falta de interesse e, muitas vezes, omissão do Estado em relação a essa realidade são sinais de que há uma contradição com a forma como a sociedade em geral lida com o tema, quando não com compaixão, preocupação e assistencialismo, com repressão, preconceito e indiferença.

No que se refere à cidade de João Pessoa, o número referente à população em situação de rua não é tão atual e difere a depender da fonte. De acordo com o Ministério do Desenvolvimento Social (MDS) em matéria realizada pelo G1 (Portal de Notícias Globo) no ano de 2013 havia 202 moradores de rua, dado este que diverge do informado pela Secretaria de Desenvolvimento Social (SEDES) em reportagem ao Portal Correio que seria de 100 casos registrados em 2013 e 130 casos em 2014. Ainda sobre a população de rua no município de João Pessoa, o Centro de Referência Especializado para População em Situação de Rua (Centro Pop), de acordo com reportagem ao Portal UOL, afirmou haver cadastrados na instituição 259 moradores de rua no ano de 2013. Tais informações só comprovam a falta de conhecimento e acompanhamento dessa população.

A Pesquisa Nacional sobre População em Situação de Rua em 2007 traçou o perfil das pessoas adultas em situação de rua, de acordo com os dados da pesquisa realizada, 82% eram do sexo masculino; 53% tinham idade entre 25 e 44 anos; 67% eram negros (pardos e pretos); a maioria (52,6%) recebia entre R\$20,00 e R\$80,00 semanais; a população era composta, em grande parte, por trabalhadores, visto que, 70,9% exerciam alguma atividade remunerada enquanto que apenas 15,7% pediam dinheiro como principal meio para a sobrevivência; 69,6% tinham o hábito de dormir na rua, enquanto cerca de 30% dormiam na rua há mais de cinco anos e 22,1% tinham o hábito de dormir em albergues ou outras instituições; 95,5% não participavam de qualquer movimento social ou associativismo; 24,8% não tinham nenhum documento de identificação; 61,6% não exerciam o direito ao voto; 88,5% afirmavam não receber qualquer benefício dos órgãos governamentais. No que se refere à escolaridade, 74% sabem ler e escrever, 17,1% não sabem escrever e 8,3% escrevem apenas o próprio nome. A pesquisa apontou também que os principais motivos que levaram essas pessoas às ruas foram o alcoolismo/drogas (35,5%); desemprego (29,8%) e conflitos familiares (29,1%). Reforçamos que a pesquisa ora citada é de abrangência nacional, não tivemos acesso, nem mesmo sabemos se existem, haja vista a divergência de informações em relação ao quantitativo populacional de moradores de rua, pesquisa detalhada sobre os moradores de rua, observando os aspectos utilizados pela Pesquisa Nacional sobre População em Situação de Rua.

4 MORADIA

De acordo com Souza

A moradia consiste em bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável de sua vontade e indisponível, que permite a fixação em lugar determinado, Não só físico, como também as fixação dos seus interesses naturais da vida cotidiana, exercendo-se de forma definitiva pelo indivíduo, e, secundariamente, recai o seu exercício em qualquer pouso ou local, mas sendo objeto de direito e protegido juridicamente. O bem da „moradia“ é inerente á pessoa e independente de objeto físico para a sua existência e proteção jurídica. Para nós, „moradia“ é elemento essencial do ser humano e um bem extrapatrimonial. „Residência“ é o simples local onde se encontraria o indivíduo. E a habitação é o exercício efetivo da „moradia“ sobre determinado bem imóvel. Assim, a „moradia“ é uma situação de direito reconhecida pelo

ordenamento jurídico [...]. (SOUZA, 2004, p.14)

Dessa forma, o direito constitucional à moradia está entre as políticas públicas que devem ser adotadas pelo Estado, sair de casa e encontrar nas ruas seres humanos que (sobre)vivem em condições degradantes, dormindo sobre jornais, papelão, pessoas que se alimentam de restos que lhes são dados ou, na sua maioria, encontrados no lixo, pessoas que em condições duvidosas e difíceis conseguem um local para tomarem banho ou fazer, ao menos, um asseio. Diante de tudo isso, inquestionável é o entendimento de que a moradia é um ponto fundamental na restauração da dignidade da pessoa e, por conseguinte, na sua reinserção social, não há como se entender dignidade humana sem direito à moradia assegurado, hajavista este ser condição básica para uma vida digna.

Como afirma SARLET:

Sem um lugar adequado para proteger a si próprio e a sua família contra intempéries, sem um lugar para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem-estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, alias, a depender das circunstâncias, por vezes não terá sequer assegurado o direito a própria existência física, e, portanto, o seu direito a vida. Não é por outra razão que o direito a moradia, também entre nós- e de modo incensurável- tem sido incluído até mesmo no elenco dos assim designados direitos de subsistência, como expressão mínima do próprio direito a vida. (SARLET, 2008, p.45)

Para José Reinaldo de Lima Lopes, o direito à moradia vai além do direito de ocupar um lugar, pois a simples ocupação torna o local em moradia. Assim, o direito à moradia é o mínimo necessário para garantir uma vida digna e precisa estar alinhado aos demais direitos fundamentais. (LOPES, apud SARLET, 2008)

A moradia apresenta ainda as características de inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, universalidade. Ela é direito do ser humano, inata, absoluta e inviolável. O seu exercício está centrado na universalidade, ou seja, todos os indivíduos, independente de sexo, etnia, religião, situação financeira têm direito à moradia. Não importa as diferenças, todos usufruem desse direito e isso nos é assegurado pelo princípio da igualdade. (SOUZA, 2004)

Podemos observar que o direito à moradia tem dupla caracterização, pois, ao

mesmo tempo que, impõe ao Estado prestações positivas com a finalidade de assegurar ao ser humano uma habitação digna, há uma imposição por parte do governo visando a proteção desse direito contra agressões vindas não só de particulares, mas também do próprio órgão protetor. (PINHEIRO, 2008)

No âmbito da assim denominada dimensão negativa ou daquilo que também tem sido chamado de uma função defensiva dos direitos fundamentais, verifica-se que a moradia, como bem jurídico fundamental, encontra-se, em princípio, protegida contra toda e qualquer sorte de ingerências indevidas. O Estado, assim como os particulares, tem o dever jurídico de respeitar e de não afetar a moradia das pessoas, de tal sorte que toda e qualquer moradia que corresponda a uma violação do direito a moradia passível, em princípio, de ser impugnada em juízo, seja na esfera do controle difuso e incidental, seja no meio do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, ou mesmo por intermédio de instrumentos processuais específicos disponibilizados pela ordem jurídica. É também precisamente esta a dimensão- a função defensiva do direito a moradia – a que se referem as diretrizes internacionais acima mencionadas, quando utilizam os termos “respeitar” e “proteger”, embora a proteção também envolva ações concretas (normativas e fáticas) de tutela da moradia contra ingerências oriundas do Estado ou de particulares, tudo a reforçar íntima conexão entre a dimensão negativa e positiva dos direitos fundamentais. (SARLET, 2008, p.53)

Uma vez reconhecido que a moradia é direito absoluto, o ponto principal volta-se para a forma como essa moradia será implantada, como o Estado estabelecerá essa tutela, ao mesmo tempo em que, haja vista ser esse direito requisito para a vida humana, não pode ficar a mercê das autoridades, nem ficar a espera da disponibilidade dos cofres públicos.

5 DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE TUTELADOS AOS MORADORES DE RUA

Analisando historicamente as Constituições, observamos que as Constituições da época do Império estavam focadas em resguardar a propriedade, não se falava, portanto, em direito à moradia ou ao princípio da função social da propriedade, era a liberdade e o direito individual o foco das constituições daquela época, não havendo, se quer, menção à supremacia do interesse social.

Em 1934, surge na Constituição Federal Brasileira o primeiro entendimento

normativo no que se refere aos direitos sociais. Com continuidade nas Constituições de 1937 e 1946, esta última, contudo, ainda entendia o direito à propriedade como um direito individual. Já em 1967, a Constituição entendia o direito à propriedade como garantia individual e como interesse coletivo, logo, social. Tal entendimento se dava não apenas constitucionalmente, mas também infraconstitucionalmente, como podia se observar no Estatuto da Terra que teve grande relevância no entendimento positivado da propriedade enquanto função social.

Mas foi a Constituição Federal de 1988, com a evolução do processo de democratização do Estado brasileiro, o maior marco da cidadania e assistência social. Contudo, apenas com a emenda constitucional de n.26 no ano de 2000, inspirada pelo direito expresso em tratados internacionais aderidos pelo Brasil, o direito à moradia foi expresso, de fato, no direito constitucional que embora já fosse tratado na atual constituição, a sua não aplicabilidade e dúvida quanto à essencialidade se dava pela forma indireta com a qual era tratado. Assim, em 14 de fevereiro de 2000, a emenda citada modificou o disposto no art.6º expressando de forma indubitável o direito à moradia no texto constitucional: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (Art.6º CF).

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 reflete o anseio de tantos brasileiros pelo Estado Democrático de Direito possibilitando que a vida digna seja, realmente, possível, visto que passa a ser reconhecido não apenas como um direito social positivado, mas, principalmente, como um direito fundamental do ser humano.

Assim, independente da condição na qual o ser humano em João Pessoa, no Brasil e no mundo vive, o direito à moradia é um direito de todos resguardado não só por nossa Carta Magna, como também por vários Instrumentos Internacionais assinados pelo Brasil. Sobreviver nas ruas, morar em locais sem o menor saneamento básico ou ainda, em áreas de riscos são alguns dos desafios enfrentados por muitas famílias e o Estado não pode se eximir de sua responsabilidade, visto que, trata-se de um direito cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana, tendo o Estado a obrigação de possibilitar, direta ou indiretamente, conforme prevê a Constituição Federal de 88 no seu artigo 1º, acesso a uma moradia digna e adequada a todos: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em

Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana.”

Segundo Sarlet (apud BONOTTO, 2006) o direito à moradia é de natureza prestacional, isso significa que a sua aplicabilidade depende da atuação do Poder Público e do fomento de políticas públicas que supram, de forma eficaz, a emergência desse direito. Pois a ineficácia, para não dizer a incompetência do sistema público se torna mais gritante quando meios sociais fundamentais como programas de saúde, programas educacionais, atendimento a dependentes químicos, abrigos e apoio à família não são disponibilizados ou quando o são, de forma precária. O reflexo dessa ineficácia acaba sendo uma realidade das ruas, pois aumenta-se o número daqueles que „optam” por morar na rua, aumenta-se o número daqueles que são excluídos da convivência em sociedade, daqueles excluídos da própria condição de cidadão.

A Carta Magna, reestabelece a estrutura administrativa delegando competências aos entes federados, inclusive, aos Municípios que foram erguidos à categoria de ente federado como pode ser visto no artigo 18 da Constituição Federal. Sendo competência da União, Estados e Municípios a “promoção e implementação de programas para construções de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” (inciso IX, artigo 23, CF), assim como o “combate às causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos” (inciso X, artigo 23, CF). Assim, o que busca a Constituição é descentralizar e delegar a todos os entes federados a incumbência de estabelecer, em conjunto ou através da adesão a um programa nacional, programas habitacionais.

E se pensarmos que os direitos sociais estão inseridos nos direitos fundamentais do ser humano, eles estão sujeitos à regra da auto-aplicabilidade, sendo, portanto, de aplicação imediata conforme dispõe o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal. Além de vários tratados internacionais, inclusive vários textos da ONU, reafirmarem a obrigação do Estado em promover e proteger o direito à moradia digna. Porém, a implementação deste direito continua sendo um grande desafio.

6 DIREITO À MORADIA E A LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL E INFRACONSTITUCIONAL

No seu artigo XXV, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabelece que “toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis”.

A partir desse dispositivo o reconhecimento do direito à moradia por parte de vários tratados e documentos internacionais passou a ser uma realidade. Como podemos observar no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado pelo Brasil por meio do decreto 591, de 06/07/1992, que diz em seu artigo 11 que:

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. (Art. 11 do Decreto 591 de 06/07/92)

Ainda no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, mais precisamente em seu artigo 3º observamos que: “Os Estados partes do presente pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos econômicos, sociais e culturais enunciados no presente pacto.” Assim, podemos observar que são estabelecidos, por esse Pacto, deveres destinados aos Estados que o assinam.

Os Estados signatários do presente pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para a sua família, inclusive alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma contínua melhoria de suas condições de vida. (PINHEIRO, 2008, p.169)

Apenas 26 anos depois do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ter sido amplamente adotado internacionalmente, foi que o Estado brasileiro o aderiu, momento a partir do qual a moradia é compreendida como um direito de todo indivíduo, cabendo ao poder público assegurá-la.

Em se tratando de proteção do direito à moradia como direito humano no plano internacional, resultou em um plano de desenvolvimento social adotado que,

por meio de medidas legislativas, possibilitam que pessoas menos favorecidas tenham acesso ao exercício da moradia sendo consideradas ações que atentam contra o direito, as medidas, sejam elas políticas e/ou legislativas.

A Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver (1976) e a Agenda 21 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), são outros documentos internacionais que também preceituam acerca do direito à moradia como um direito fundamental a ser buscado por todos.

Importante se faz mencionar que ao assinar algum tratado, o Brasil cria obrigações no que se refere ao pressuposto no tratado assinado devendo, portanto, cumpri-lo. Dessa forma, uma vez que, “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (§ 1.º, art. 5.º da CF), os tratados dos quais o Brasil é signatário exercem força de lei, assim os mesmos podem ser invocados sem que seja necessário que atos com força de lei e que buscam garantir a vigência interna desses acordos internacionais, sejam editados.

Já em 2001, a fim de regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, foi aprovado o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), no qual, almejando o bem estar de seus habitantes, os municípios devem estabelecer políticas de desenvolvimento urbano para que de fato possa se falar em “função social das cidades”.

Ainda no que tange à legislação infraconstitucional, o direito à moradia também foi previsto como direito básico do homem, conforme observado na Agenda 21, ocorrida no Rio 92, bem como na Agenda Habitat, estabelecida na Conferência do Habitat II, de Istambul em 1996, que entendem que cabe aos governos desenvolver ações que favoreçam, protejam e garantam a concretude do direito à moradia. Dessa forma, uma vez impedida a prática desse direito por parte da legislação interna, estariam afrontando o direito humano e opondo-se às declarações, convenções e aos pactos internacionais.

Nesse sentido, o direito à moradia teve, portanto, com o passar dos tempos, sua relevância reconhecida internacionalmente, ganhando status de direito necessário, sob pena de está sendo ferido o caráter humano.

No que tange às medidas adotadas pelo Poder Público em João Pessoa e aos moradores de rua, necessário se faz ressaltar que parcela dos moradores de rua, ainda que às vezes ou quando julgam necessário, frequenta os abrigos e albergues ofertados pela rede de Assistência Social, contudo, podemos observar que a real demanda é bem maior. Sendo, portanto, insuficientes, a quantidade de abrigos e albergues.

Diante desse cenário, o que tem acontecido é que as Organizações Não Governamentais (ONGs) e Instituições Religiosas têm desenvolvido trabalhos relevantes socialmente a fim de suprir as necessidades básicas dessas pessoas, diante da omissão do Estado no desempenhar de políticas públicas. Leva-nos à reflexão o fato de o direito à moradia ser constitucionalmente tutelado e, ainda assim o Estado simplesmente não desempenha o seu papel, haja vista, conforme já mencionado, o número referente à população de rua é bem superior ao número de vagas disponíveis nos abrigos construídos e sustentados pelo poder público. Outro ponto que nos leva a reflexão, ainda dentro desse cenário, diz respeito ao desenvolvimento de uma política de reinserção social, será que, de fato, existe essa política ou esses abrigos têm sido apenas ambientes onde pessoas têm sido „despejadas“?

Nos abrigos e albergues, atuam profissionais que realizam encaminhamentos, fazem atendimentos e buscam garantir as melhores condições de convivência. Mesmo assim, muitas são as pessoas que deixam de frequentar ou fazer uso dos serviços ofertados visto que não mais sabem viver obedecendo a regras, mesmo que as mesmas sejam estabelecidas visando garantir a segurança, organização e convivência. Ainda em se tratando desse aspecto, as experiências presentes no Brasil são bem distintas, visto que em alguns abrigos as regras de convivência são construídas em conjunto com os usuários e referem-se a pontos como não usar álcool e drogas no local, não estar armado e tomar banho. Contudo, há abrigos bem rígidos, que não constroem regras, mas as impõem, são nesses onde os conflitos acabam sendo inevitáveis. Diante do exposto, a saída encontrada pelos moradores de rua é procurar um local, quer seja, embaixo de marquises, pontes, viadutos, ou ainda, locais próximos a órgãos públicos, rodoviárias, chegando até a montarem barracas em praças ou praias. Tais pessoas vivem no dilema entre dormirem em grupos a fim de sentirem-se mais seguros ou manter-se sozinhas, ironicamente, pelo

mesmo motivo.

Dessa forma, observa-se que garantir que o direito à moradia torne-se uma realidade, vai além de construção de abrigos que comportem os que deles precisam, assegurar o direito à moradia tem muito mais a ver com a implementação de uma política pública que garanta ofertas habitacionais diferenciadas, visto que, diferentes são a realidade daqueles que delas necessitam.

Fazendo uso de Wagner de Cerqueira:

Tais políticas, cujo objetivo é amparar as pessoas que delas necessitam, são insuficientes e geralmente não atacam a causa do problema, apenas tentam suprir as necessidades básicas de sobrevivência, como também não estão baseadas em um efetivo conhecimento acerca das demandas que norteiam esse contingente populacional. (CERQUEIRA, 2009)

O fato é que as políticas públicas adotadas precisam ser repensadas, revistas mesmo, os moradores de rua não são coitadinhos, eles não precisam de mais pessoas que os diminuam (socialmente, intelectualmente...) eles mesmos já fazem isso, já têm uma baixíssima autoestima, assim como também não precisam ser vistos como monstros ou demônios, já são vítimas das mais variadas mazelas sociais. Eles precisam ser enxergados como pessoas que precisam ter a sua dignidade, estrutura familiar, sonhos, projetos de vida restaurados.

A Prefeitura da capital, de acordo com informações retiradas e disponibilizadas no seu site, conta com dois locais para prestar assistência a pessoas que vivem em situação de rua, são eles: O Centro Pop e a Casa de Acolhida do Adulto e um Serviço de Abordagem Social – Ruartes.

O Centro de Referência Especializado para População em Situação de Rua (Centro POP) é uma medida de Proteção Social Especial de Média Complexidade, está tipificado no Decreto nº 7.053/2009 e na Tipificação nacional de Serviços Socioassistenciais, tem essência pública e estatal e tem como público alvo as pessoas que utilizam as ruas como forma de moradia e/ou sobrevivência.

O serviço prestado pelo Centro POP busca garantir atendimento e atividades voltadas para a reinserção social através de construção e fortalecimento das relações interpessoais, inclusive familiares propiciando a (re)construção de projetos de vida e a busca por meios que possibilitem a saída das ruas. É disponibilizado trabalho técnico com a finalidade de verificar as necessidades dos usuários, além de

direcionar e aconselhar individualmente e em grupo e encaminhar a qualquer outro serviço socioassistencial e as demais políticas públicas que sejam capazes de auxiliar na (re)construção da autonomia, da inserção social e da proteção às situações de violência.

O Centro POP deve ser visto pelos seus usuários como um local de referência para o estabelecimento de relações em grupo, restaurando o respeito, a solidariedade, a afetividade pontos necessários para a convivência em sociedade. Outro aspecto fundamental na atenção oferecida no Serviço Especializado para Pessoas em Situação de Rua, refere-se às oportunidades voltadas para o desenvolvimento da autonomia, incentivando a organização, a mobilização e a participação social.

Os adultos e jovens do sexo masculino e/ou feminino e que encontram nas ruas o local para estabelecerem moradia são o público alvo do Centro POP. E o seu acesso se dá através de encaminhamento realizado pelo

A Casa de Acolhida, também política pública de iniciativa da Prefeitura de João Pessoa (PMJP) oferece apoio a moradores de rua da Capital atendendo homens e/ou mulheres em estado fragilidade social. Foi criada em 2007, está sob a responsabilidade da Secretaria de Desenvolvimento Social (Sedes) e faz parte de uma política de inclusão social.

De acordo com Soraia Oliveira Macedo, coordenadora e assistente social, dezenove pessoas eram acolhidas diariamente na época da inauguração da casa. Atualmente, o número de acolhidos foi ampliado para trinta. Inicialmente, a proposta era colocar à disposição das pessoas em situação de rua um espaço que as possibilitassem tomar banho, se alimentar e dormir, contudo, ao refletir sobre o destino dessas pessoas ao amanhecer, essa proposta foi revista e a assistência prestada pela Casa de Acolhida, ampliada e os usuários permanecem na Casa até serem reintegrados à sociedade, ao mercado de trabalho ou a suas famílias.

A Casa conta com uma equipe multiprofissional, na verdade trata-se de um grupo formado por quinze profissionais entre educadores sociais, psicólogos, assistente social e cozinheiras. Os seus usuários recebem um kit de higiene pessoal, roupas e refeições. Depois de realizado o procedimento de escuta social, muitos usuários são direcionados aos auxílios sociais para a retirada de documentos, aposentadoria e assistência médica e psicológica. Em geral, essas pessoas chegam sem qualquer referência, e, muitas vezes, sem documentos, doentes, adictos do

álcool e drogas, doentes, sem saber nem mesmo o nome do pai ou da mãe. Diante de tais situações, essas pessoas são acolhidas e encaminhadas para o atendimento necessário, bem como para os benefícios sociais a que têm acesso.

Há ainda o desenvolvimento de projetos que buscam encaminhar para oportunidades de emprego e geração de renda, busca-se, portanto na Casa de Acolhida, auxiliar essas pessoas na busca por uma profissão para que, ao saírem da Casa, sejam capazes de suprir com as próprias necessidades básicas. Para tanto, oficinas de artesanato e culinária são realizadas na instituição e os produtos produzidos pelos alunos, como peças de decoração, utilidades doméstica, salgados, geleias e doces podem ser comercializados.

O local conta com a estrutura de cinco banheiros, acomodações para 30 pessoas, sala de televisão, cozinha, refeitório, área externa de convivência, garagem e duas salas onde são realizadas as oficinas, funciona diariamente e o acesso à Casa se dá por procura voluntária do interessado ou por encaminhamento do Serviço Especializado em Abordagem Social – Ruartes

Ainda de acordo com o site da Prefeitura de João Pessoa, A Casa de Acolhida faz parte da Política de Segurança Alimentar e Nutricional estabelecida pela própria Prefeitura de João Pessoa, tal política se dá por meio de medidas como a implementação do Banco de Alimentos, do Restaurante Popular, das Cozinhas Comunitárias, do Cinturão Verde, de Unidades de Produção de Alimentos, além de incentivos aos grupos e cooperativas de produtos alimentares.

Outro serviço realizado pela Casa diz respeito a distribuição de, em média, oitenta quentinhas diariamente a partir das 19h para os moradores de rua que não são acolhidos pela instituição por falta de vagas, em geral os beneficiados por essa distribuição são os flanelinhas, lavadores de carros, moradores de prédios invadidos, pessoas que não têm nenhum tipo de renda. De segunda a sexta a distribuição das quentinhas é realizada na própria Casa, mas durante os fins de semana esse trabalho é realizado pelo programa Ruartes.

A Prefeitura de João Pessoa mantém, além da Casa de Acolhida para Adultos, outros cinco pontos de atendimento, as Casas de Acolhida Masculina e Feminina, que também recebem crianças e adolescentes moradoras de rua e encaminhadas pelo conselho tutelar, o Abrigo Morada do Betinho, destinado a crianças e adolescentes com família, mas que por sofrerem violência e maus tratos foram afastados judicialmente de suas famílias, o Abrigo Manaíra e o Centro de

Formação Margarida Alves Pereira, que oferece palestras e oficinas de pintura, artesanato e dança para crianças e adolescentes, no horário posto às aulas. Sobre esses cinco centros, não foram disponibilizadas informações mais detalhadas como, por exemplo, a quantidade de pessoas que são capazes de receber.

O Serviço Especializado em Abordagem Social – Ruartes também é uma medida de Proteção Social Especial de Média Complexidade, criado com base na Lei nº 11.258 de 30 de dezembro de 2005 que modificou o parágrafo único do Art. 23 das LOAS passando a determinar a criação de programas de amparo/proteção às pessoas que vivem em situação de rua, no âmbito da Assistência Social. Em 2011, através da Lei nº 12.435 de 6 de julho de 2011, o Art. 23 da Lei nº 8.742 sofreu mais uma alteração, passando a apresentar a seguinte redação:

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

§ 1º O regulamento instituirá os serviços socioassistenciais.

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

- a. - às crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social, em cumprimento ao disposto no art. 227 da Constituição Federal e na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);
- b.- às pessoas que vivem em situação de rua. (Lei nº 8.742, 1993)

E com base na Resolução 109 de 11 de novembro de 2009 que tipifica os serviços socioassistenciais:

Art. 1º. Aprovar a Tipificação nacional de Serviços Socioassistenciais, conforme anexos, organizados por níveis de complexidade do SUAS: Proteção Social Básica e Proteção Social Especial de Média e Alta Complexidade, de acordo com a disposição abaixo:

I - Serviços de Proteção Social Básica:

- a) Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família - PAIF;
- b) Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos;
- c) Serviço de Proteção Social Básica no domicílio para pessoas com deficiência e idosos.

II - Serviços de Proteção Social Especial de Média Complexidade:

- a) Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos - PAEFI;
- b) Serviço Especializado em Abordagem Social;

- c) Serviço de Proteção Social a Adolescentes em Cumprimento de Medida Socioeducativa de Liberdade Assistida - LA, e de Prestação de Serviços à Comunidade - PSC;
 - d) Serviço de Proteção Social Especial para Pessoas com Deficiência, Idosos(as) e suas Famílias;
 - e) Serviço Especializado para Pessoas em Situação de Rua.
- III - Serviços de Proteção Social Especial de Alta Complexidade:
- a) Serviço de Acolhimento Institucional, nas seguintes modalidades: - abrigo institucional; - Casa-Lar; - Casa de Passagem; - Residência Inclusiva.
 - b) Serviço de Acolhimento em República;
 - c) Serviço de Acolhimento em Família Acolhedora;
 - d) Serviço de Proteção em Situações de Calamidades Públicas e de Emergências (Resolução 109, 2009)

Ainda na resolução 109, mais precisamente em seu anexo, encontramos, de forma detalhada, entre outras informações, a descrição, objetivos e público alvo do serviço especializado em abordagem social, cuja redação é:

DESCRIÇÃO: serviço ofertado de forma continuada e programada com a finalidade de assegurar trabalho social de abordagem e busca ativa que identifique, nos territórios, a incidência de trabalho infantil, exploração sexual de crianças e adolescentes, situação de rua, dentre outras. Deverão ser consideradas praças, entroncamento de estradas, fronteiras, espaços públicos onde se realizam atividades laborais, locais de intensa circulação de pessoas e existência de comércio, terminais de ônibus, trens, metrô e outros. O Serviço deve buscar a resolução de necessidades imediatas e promover a inserção na rede de serviços socioassistenciais e das demais políticas públicas na perspectiva da garantia dos direitos.

USUÁRIOS: Crianças, adolescentes, jovens, adultos, idosos (as) e famílias que utilizam espaços públicos como forma de morada e/ou sobrevivência.

OBJETIVOS: 21/43 - Construir o processo de saída das ruas e possibilitar condições de acesso à rede de serviços e à benefícios assistenciais; - Identificar famílias e indivíduos com direitos violados, a natureza das violações, as condições em que vivem, estratégias de sobrevivência, procedências, aspirações, desejos e relações estabelecidas com as instituições; - Promover ações de sensibilização para divulgação do trabalho realizado, direitos e necessidades de inclusão social e estabelecimento de parcerias; - Promover ações para a reinserção familiar e comunitária. (Resolução 109, 2009)

Dessa forma, obedecendo o que determina a legislação, o Serviço Especializado em Abordagem Social busca garantir o atendimento e atividades

voltadas para o estímulo da sociabilidade, no intuito de fortalecer as relações interpessoais e/ou familiares que possibilitem a (re)construção de projetos de vida, o serviço prestado é oferecido de forma continuada e programada com o intuito de assegurar o serviço social de abordagem e pesquisa ativa que encontre, nos territórios, a ocorrência de trabalho infantil, exploração sexual de crianças e adolescentes, jovens e adultos em situação de rua e vulnerabilidade social.

O Ruartes encontra no Centro de Referência Especializado para População em Situação de Rua – Centro-Pop e no Centro de Referência Especializado da Assistência Social- CREAS/PAEFI o espaço que necessita para a guarda de pertences, de higiene pessoal, de alimentação e de acesso a documentação civil, mas é nas praças, entroncamento de estradas, fronteiras, espaços públicos onde se realizam atividades laborais, locais de intensa circulação de pessoas e existência de comércio, terminais de ônibus, trens, metrô e outros que o Ruartes presta seus serviços.

Através do Ruartes, a população de rua tem acesso aos seguintes benefícios: reinserção familiar e no mercado de trabalho; retorno aos estados de origem; aumento no número de famílias e pessoas atendidas nos serviços de acolhimento; aceitação de tratamento de drogadição na rede de saúde pública e em instituições parceiras; diminuição significativa de pessoas usando o espaço público como moradia e/ou pontos de consumo de drogas; encaminhamento para a rede socioassistencial; acesso à documentação civil; inclusão no Cadastro para Programas Sociais; acesso a benefícios de transferência de renda, entre outros.

Buscando a resolução de necessidades imediatas e a promoção da inserção na rede de serviços socioassistenciais e das demais políticas públicas na perspectiva da garantia dos direitos. O serviço prestado constrói em conjunto com o maior interessado, o morador de rua, o processo de saída das ruas e possibilitando ao mesmo condições de acesso à rede de serviços e a benefícios assistenciais bem como identifica famílias e indivíduos cujos direitos foram violados, a natureza das violações, as condições em que vivem, estratégias de sobrevivência, procedências, aspirações do seu público.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme já mencionado, o Brasil, após ratificar os tratados e convenções,

passa a entender que o direito à moradia digna é, de fato, um direito fundamental inerente a toda pessoa humana, possibilitando a mesma uma vida com um mínimo de dignidade, assumindo a responsabilidades diante à comunidade internacional de proteção e busca por medidas que tornem realidade esse direito.

Diante do exposto, algumas dessas responsabilidades assumidas pelo Brasil tem como resultados os compromissos éticos e políticos e no caso das convenções, tratados e pactos, elas ensejam deveres e obrigações legais, conforme está previsto no § 2.º do artigo 5.º da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (Art.5º, § 2, CF/88)

De acordo com GONÇALVES, em tese apresentada no 1.º Encontro Brasileiro de Direitos Humanos, sobre o Direito à Moradia, Fernando Abujamra Aith teria retratado a dificuldade de encontrar medidas que garantam a efetividade dos direitos sociais:

“Os Direitos individuais possuem muito mais respaldo jurídico e garantias judiciais efetivas do que os direitos sociais. Enquanto existem instrumentos como o Habeas Corpus, Mandado de Segurança, o princípio da legalidade, entre outros, destinados à garantia do cidadão contra arbitrariedades estatais, verificamos a absoluta falta de instrumentos e garantias jurídicas que protejam, com a mesma eficácia, os direitos sociais, culturais e econômicos. Enquanto os direitos civis e políticos exigem, basicamente, uma abstenção por parte do Estado, os direitos sociais exigem uma ação efetiva do Estado” (AITH apud GONÇALVES, 2013).

Nesse sentido, José Afonso da Silva diz que: “embora sejam verdadeiros deveres do Estado, a previsão dos direitos sociais, „são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente”, tem limitada eficácia técnica” (SILVA, 2004, p23).

Neste trabalho, buscamos estudar o direito à moradia como premissa fundamental do ser humano ao discorrer primeiramente sobre o termo moradia em si, passando para uma análise da sua evolução no decorrer do tempo, seu caráter natural, seu reconhecimento a partir do direito internacional, sua normatização entre o rol dos direitos fundamentais nas constituições brasileiras ao longo dos tempos, sobretudo na constituição de 88 e principalmente, o entendimento de que esse

direito é, na verdade, o mínimo capaz de garantir ao indivíduo uma vida de dignidade plena.

Retrata como o direito internacional trata com primazia e respeito, ao mesmo tempo em que a própria carência humana fez proteger não apenas as liberdades individuais, mas também os direitos sociais. Assim, ficou demonstrado no artigo que o direito à moradia, enquanto direito social, não tem caráter de segundo plano, uma vez que é essencial ao ser humano. Ainda nesse sentido, podemos concluir que não se concebe o entendimento de que só os direitos tidos como de primeira geração sejam assegurados, pois a nenhum ser humano basta ser garantido o direito à vida, direito à liberdade, como também garantir que essa vida aconteça de forma plena por meio de direitos que envolvam a realidade social do indivíduo.

Buscou-se ainda observar quais políticas públicas a Prefeitura de João Pessoa tem adotado diante da realidade que é a população de rua nesse município. Assim, diante das informações obtidas no site da própria prefeitura, observamos que boas medidas têm sido adotadas, mas concluímos que elas têm sido insuficientes e, ousamos dizer, pouco eficazes diante de uma demanda bem maior.

Fato é que na ausência de um espaço que lhe possibilite condições básicas de vivência, o ser humano tende a viver em condições subumanas, uma vez que a depender da situação, a até mesmo a própria existência física pode ser comprometida pelo não cumprimento desse direito. Finaliza-se com a percepção de que os direitos sociais e as liberdades individuais são igualmente fundamentais, ao mesmo tempo em que eles estão intrinsecamente ligados, a completa realização de um assegura a real efetivação do outro.

O direito à moradia é, por assim dizer, direito imprescindível para que a pessoa usufrua plenamente do princípio da dignidade humana, dessa forma a sua ausência ou a sua não garantia fere o mínimo existencial. Seu caráter de direito fundamental pode ser justificado na co-dependência deste com os demais direitos, pois, a sua prestação envolve diretamente, entre outros, direitos como a vida, a segurança, educação, saúde, desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

AMATO, Alessandra. **Os Moradores de Rua à Margem da Lei, dentro da Ótica do Princípio da Dignidade Humana**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 17 Dez. 2008. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-

constitucional/2155. Acesso em: 22 Jan. 2017

BARIN, Erico Fernando. A Efetivação do Direito Social Constitucional à Moradia como Pressuposto à Dignidade da Pessoa Humana. 2006. 132 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Santa Cruz (UNISC), Santa Cruz do Sul, 2006.

BONOTTO, Carmen Denise de Lemos. A Concretização do Direito Constitucional à Moradia a partir da Implementação de Políticas Públicas de Inclusão Social. 2006. 130 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Santa Cruz (UNISC), Santa Cruz do Sul, 2006.

BRASIL (2008). Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Secretaria de Avaliação e Gestão da Informação. Meta Instituto de Pesquisa de Opinião. Sumário Executivo. Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua. Brasília: MDS. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/institucional/secretarias/secretaria-deavaliacao-egestao-da-informacao-sagi/pesquisas>. Acesso em: 09 Jan. 2017.

BRASIL, 2009. Política Nacional para a População em Situação de Rua. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7053.htm. Acesso em dezembro, 2016.

BRASIL, Constituição de República Federativa do Brasil. Brasília, DF:Senado,1988.

BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. I Encontro Nacional sobre População em Situação de Rua: relatório. Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, Secretaria de Avaliação e Gestão da Informação, Secretaria Nacional de Assistência Social, 2006.

BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Rua: aprendendo a contar: Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua: Brasília, DF:Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, Secretaria de Avaliação e Gestão da Informação, Secretaria Nacional de Assistência Social, 2009.
BOTTI,Nadja Cristiane Lappann et al. Prevalência de depressão entre homens adultos em situação de rua em Belo Horizonte. J. bras. psiquiatr.

BRASIL. Decreto n.º 591 de 6 de julho de 1992, Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm> Acesso em 02 de fevereiro de 2017.

BRASIL. Lei n.º 12.435, DE 6 DE JULHO DE 2011. Altera a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12435.htm> Acesso em 11 de fev. 2017.

BRASIL. Política Nacional de Assistência Social. MDS-SNAS, 2004.

BRASIL. Resolução 109, de 11 de novembro de 2009, Aprova a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,

Brasília, DF, v. 82, n. 225, 25 nov. 2009. Seção 1.

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

COSTA, A. P. M. População em situação de rua: contextualização e caracterização. Revista Virtual Textos & Contexto, n.4, dez. 2005.

SCOREL, Sarah. Vidas ao Léu. Trajetórias de Exclusão Social. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1999.

SCOREL, Sarah. Vivendo de teimosos: moradores de rua da cidade do Rio de Janeiro. In: BURSZTYN, Marcel (org.). No meio da rua: nômades, excluídos, viradores. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.

FRANCISCO, Wagner de Cerqueira. POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA. Disponível em <brasilecola.uol.com.br/Brasil/populacao-situacao-rua.htm> Acesso em: 8 de fev. de 2017.

GONÇALVES, Fabiana Rodrigues. Direitos sociais: direito à moradia. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12892>. Acesso em fev 2017.

MAGNI, Claudia Turra. A rua invisível: espaço de habitar. Porto Alegre: Prefeitura de Porto Alegre, Secretaria Municipal de Cultura, 1994.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. A eficácia dos direitos sociais. Salvador: JusPodvim, 2008.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. Direito Fundamental à Moradia. São Paulo: Editora Pillares, 2008.

PINHEIRO, Marcelo Rebello. A Eficácia dos Direitos Sociais de Caráter Prestacional : em busca da superação de obstáculos. 2008. 195 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

POUSA JUNIOR, Efren Fernandez. Políticas públicas para inclusão social dos moradores de rua. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2778, 8 fev. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18448>>. Acesso em: 11 fev. 2017.

RODRIGUES, Robson. Moradores de uma terra sem dono [2010?]. Disponível em: <<https://culturaerevolucao.wordpress.com/2010/12/17/>> . Acesso em: 11 fev. 2017.

SANTOS, Camila Buzinaro dos. A moradia como direito fundametal. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13677>. Acesso em fev 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Supremo Tribunal Federal, o direito à moradia e a discussão em torno da penhora do imóvel do fiador. In: FACHIN, Zulmar (coord.). 20 anos de Constituição cidadã. São Paulo: Método, 2008. pp. 41-66.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 23. Ed., ver. E atual., São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Maria Romarta Ferreira da. TEM GENTE NA RUA : Um olhar difecionado à população de rua de João Pessoa. João Pessoa, 2015. Monografia (Graduação em Comunicação Social – Habilitação Jornalismo) – Universidade Federal da Paraíba.

SIMÕES JUNIOR, José Geraldo. Moradores de rua. Publicações Pólis. São Paulo, PÓLIS, n. 7, 1992.

SNOW, David; ANDERSON, Leon. Desafortunados: um estudo sobre o povo da rua. Petrópolis: Vozes, 1998.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Direito à Moradia e de Habitação: Análise Comparativa e suas Implicações Teóricas e Práticas com os Direitos da Personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

VIEIRA, M. da C.; BEZERRA, E. M. R.; ROSA, C. M. M. (Orgs.). População de rua: quem é? Como vive? Como é vista? São Paulo: Hucitec, 1994.

SITES

G1 Paraíba. Portal de notícias da Globo. João Pessoa. Pesquisa aponta que João Pessoa tem 202 moradores de rua. Matéria publicada em 13 de Agosto de 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2013/08/pesquisa-aponta-que-joao-pessoa-tem-202-moradores-derua.html>. Acesso em: 10 fev. 2017

<http://www.joaopessoa.pb.gov.br/secretarias/sedes/centro-pop-de-referencia-para-populacao-em-situacao-de-rua/> Acesso em: 11 Fev. 2017

<http://www.joaopessoa.pb.gov.br/secretarias/sedes/servico-especializado-em-abordagem-social-ruartes/> Acesso em: 11 Fev. 2017

<http://www.joaopessoa.pb.gov.br/casa-de-acolhida-oferece-apoioa-moradores-de-rua-da-capital/> Acesso em: 11 Fev. 2017.

LIMITAÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE: LOCAÇÕES DE IMÓVEIS RESIDENCIAIS EM CONDOMÍNIOS EDIFÍCIOS POR MEIO DA PLATAFORMA DIGITAL AIRBNB

André Gustavo de Medeiros Simões¹
Luciana de Albuquerque Cavalcanti Brito²

RESUMO

O objetivo deste artigo é o estudo da locação de imóveis residenciais em condomínios edilícios, por meio da plataforma digital AIRBNB, identificando-se a sua natureza jurídica, similar ao contrato de hospedagem. Considerando-se o direito fundamental de propriedade e de sua função social, observou-se a possibilidade de restrição do direito de propriedade do proprietário da unidade autônoma em confronto com o direito de propriedade dos demais condôminos e a possibilidade de a convenção de condomínio impor limites ao exercício do direito do condômino locador, sob o manto a teoria da pluralidade dos direitos limitados, respeitando-se a destinação estabelecida pelas convenções e observância dos princípios do sossego e segurança. Neste cenário, compreendeu-se que a convenção de condomínio é instrumento adequado para regular o exercício da propriedade, cabendo a comunidade exercer ou não o direito de proibir a utilização das unidades autônomas para locação por meio do AIRBNB.

Palavras – chaves: Propriedade. Locação. AIRBNB. Limitações. Condomínios.

ABSTRACT

The objective of this article is the rental of residential properties in condominiums, through the digital platform AIRBNB, identifying the your legal nature, similar to the hosting agreement. Considering the fundamental right of ownership and its social function, it was observed the possibility of restriction of the property rights of the owner of the autonomous unit in comparison with the property rights of the other condominium owners and the possibility that the condominium agreement imposes limits to the exercise of the right of the condominium who rents, under the protection by plurality limited rights's theory, respecting an established destination for conventions and observancing of the principles of peace and security. In this scenario, it was understood that the condominium agreement is an adequate instrument to regulate the exercise of ownership, and if the community has the right to prohibit the use of autonomous units for rental through AIRBNB.

Key words: Property. Location. AIRBNB. Limitations. Condominium.

¹ Graduando do Curso de Bacharel Direito pelo Instituto de Educação Superior da Paraíba (IESP), Graduado no Curso de Engenharia Civil pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), João Pessoa – PB, Brasil. E – mail: agmsimoes@gmail.com.

² Formada no curso de Direito pelo Centro Universitário da Paraíba (UNIPÊ), Pós-Graduada em Processo Civil pelo Centro Universitário da Paraíba e Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. E – mail: lu.cavalcantibrito@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O conceito de Economia Compartilhada surgiu no meio da crise econômica mundial, em 2008, e tem exercido impacto global na oferta e demanda por produtos e serviços, influenciando diretamente as relações jurídicas de consumo dos indivíduos, aliando-se à tecnologia da informação para revolucionar o modo de pensar e agir, especialmente dos consumidores, definindo novos modelos de negócio, nos quais a experiência e reputação dos envolvidos nas negociações são compartilhados em tempo real com uso da rede mundial de computadores.

Em face deste conceito, diversos novos atores surgiram e passaram a integrar um sistema global de informações que reduz custos e compartilha informações, destacando-se, entre aqueles, a empresa AIRBNB, a qual será objeto de análise neste estudo, representada por uma plataforma digital que estabeleceu um mercado comunitário de pessoas que anunciam, reservam e utilizam acomodações em todo o mundo, utilizando-se de aplicativos por meio de computadores, celulares e/ou tablets.

Fundada em agosto de 2008, com sede em São Francisco, Califórnia, Estados Unidos da América, a AIRBNB convida pessoas a compartilharem seus imóveis de forma a ofertar hospedagem a pessoas em todo o mundo, interligando-as com as pessoas que necessitam buscar hospedagem a um preço mais acessível, sendo o elo de ligação entre demanda e oferta, oferecendo seu espaço virtual como plataforma para a locação de imóveis, ainda que apenas por um dia, possuindo um cadastro com imóveis em mais de 65.000 cidades e 191 países.

Com o surgimento desta plataforma virtual, observou-se que pessoas que buscam hospedagem passaram a dispor de apartamentos e/ou casas, localizadas em condomínios edifícios, como se fossem hotéis, pousadas e/ou flats.

Ocorre que devido a este cenário, surge uma temática para debate que ainda está incipiente em nosso ordenamento jurídico, pois ocorre a possibilidade de existência de conflito de direitos entre o condômino proprietário de unidade individual autônoma em condomínios edifícios residenciais que pretende dispor de seu imóvel e se utilizar da plataforma digital AIRBNB para fins de locação a terceiros e os demais condôminos proprietários que são contrários a este tipo de utilização do imóvel, pois não desejam ver seu condomínio sendo invadido por hóspedes temporários, com alta rotatividade de visitantes a utilizar as dependências comuns e

interferir no sossego e segurança da vida condominial.

Diante da possibilidade de ocorrência destes conflitos de direitos, devido à inexistência de jurisprudência, doutrina e legislação sobre o regramento da economia compartilhada, especificamente quanto à locação de imóveis por meio da utilização da plataforma AIRBNB, procurou-se estabelecer neste estudo como objetivos: analisar o tema quanto aos limites do direito de propriedade em condomínios edilícios, identificando os posicionamentos e teses, com intuito de emitir opinião fundamentada sobre a existência de restrições do direito de propriedade para fins de locação de imóvel localizado em condomínio residencial que se utilize da plataforma digital AIRBNB.

Utilizando-se do método indutivo, considerando a força normativa das convenções condominiais e de sua aplicabilidade a situações de conflito entre os direitos dos condôminos proprietários, procurou-se definir a natureza jurídica do contrato celebrado por meio da plataforma AIRBNB, concluindo que a locação de imóveis por meio deste mecanismo não se enquadra na locação por temporada prevista na Lei nº 8.245/91 (Lei do Inquilinato), embora na maioria dos casos apresente prazo inferior a 90 dias, aproximando-se da relação jurídica celebrada em contratos formulados junto a hotéis, pousadas, flats ou equiparados.

Para tanto, fez-se necessário definir o tipo de relação jurídica estabelecida entre “locador” e “locatário” usuários da plataforma AIRBNB, bem como definir os limites de uso da propriedade de unidades individuais autônomas em condomínios edilícios em face das regras impostas pela convenção condominial.

Procurou-se também estabelecer a prevalência das regras estabelecidas nas convenções condominiais, a partir do estudo da doutrina, legislação e jurisprudência pátria, abordando a possibilidade daquelas restringirem o direito de propriedade, especificamente no que se refere à locação de imóveis mediante a utilização da plataforma AIRBNB, adequando-se os conceitos estudados diante do novo cenário de influência da economia compartilhada.

Não obstante o direito de propriedade encontrar-se definido como direito fundamental, constitucionalmente garantido, o exercício daquela encontra limites na própria constituição que estabelece a sua função social, a qual será estudada sob o aspecto de harmonização dos interesses contrapostos dos condôminos proprietários, tendo influência na definição dos limites impostos pelas convenções condominiais, as quais se encontram amparadas no direito dos condôminos

participantes de sua elaboração, bem como daqueles que posteriormente a elas aderem.

Considerou-se também os comandos estabelecidos pelo Código Civil Brasileiro, especialmente os concernentes aos deveres do condômino, destacando-se a obrigatoriedade de dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores.

No caso em estudo, tratando-se de condomínios edifícios com finalidade residencial, a alteração da destinação das unidades habitacionais só é possível por meio de aprovação em assembleia geral da proposição, observando-se o quórum qualificado de unanimidade dos condôminos, nos termos do artigo 1.351 do Código Civil. Analisando-se a destinação residencial e os limites impostos para evitar o desvirtuamento em sua destinação, conforme os ensinamentos de Ruggiero (1997, p. 72):

A proibição de desvio da destinação visa coibir um uso tão intensivo que exceda o limite do normal em uma residência, evitando que a afluência de pessoas chegue a conspirar contra a tranquilidade e a segurança dos demais ocupantes, a desvalorização patrimonialmente às unidades e a aumentar as despesas com maior solicitação de serviços.

Assim, neste estudo, pretende-se avaliar a legislação pátria, diante de princípios constitucionais, a doutrina e a jurisprudência, aplicando-se a interpretação analógica, para entender a autonomia e a competência da convenção condominial em determinar restrições ao direito de propriedade dos condomínios, especialmente quanto à locação de imóveis residenciais por meio da plataforma digital AIRBNB.

2 ECONOMIA COMPARTILHADA E A STARTUP AIRBNB.

2.1 ECONOMIA COMPARTILHADA.

Nos últimos anos, surgiu uma nova tendência mundial de negociação que impactou o mercado, a denominada economia compartilhada, erigindo-se como alternativa de satisfação às necessidades mais variadas dos indivíduos que anteriormente eram atendidas pelas sociedades empresariais e não-empresariais, onde consumidores passam a ter acesso a bens e serviços por meio de

relacionamento direto com outro indivíduo que não exerce empresa.

O termo economia compartilhada foi citado pela primeira vez em 2008, pelo Professor Lawrence Lessig da Universidade de Harvard, conforme Ferreira et al (2016, p. 2):

Citado pela primeira vez em 2008, pelo professor Lawrence Lessig da Universidade de Harvard, o termo “economia compartilhada” se refere ao consumo colaborativo realizado nas atividades de compartilhamento, troca ou aluguel de bens sem que haja, necessariamente, a aquisição destes. Essa tendência se popularizou, nos últimos anos, devido ao compartilhamento de bens individuais ociosos. Vale lembrar que tanto bens tangíveis quanto intangíveis passaram a ser compartilhados, em negociações peer-to-peer (P2P) e business-to-consumer (B2C) (CHOI et al., 2014).

Neste processo globalizado de compartilhamento, ressalte-se que plataformas digitais que se utilizam da rede mundial de computadores passam a reunir indivíduos que possuem ativos subutilizados e pessoas interessadas em alugá-los por períodos curtos, sendo ameaça às sociedades empresariais que precisarão oferecer serviços mais consistentes, confiáveis e seguros do que os oferecidos pelos seus concorrentes da economia compartilhada.

A confiança e a segurança viabilizam o consumo colaborativo, geradas pela satisfação com a experiência on-line segura, construindo-se uma reputação digital, alicerçadas pelo amadurecimento da tecnologia e dos consumidores que estão mais aptos a utilizá-la (Lavaquial, 2015, p. 84).

Em seu estudo, (Lavaquial, 2015, p. 71), define Economia Colaborativa como: “é um termo utilizado para conectar diretamente ofertas a demandas, desintermediando as relações, em geral com alto uso da tecnologia”.

O World Economic Forum atesta a importância de novas formas de relacionamento econômicos:

A Economia Compartilhada (também conhecida como consumo colaborativo e economia colaborativa) foca em “acesso sobre posse” e a reinvenção de comportamentos de mercado tradicionais – como aluguel, empréstimo e trocas – através de tecnologia. Neste processo, estamos descobrindo novas formas de criar valor, promover eficiência econômica, sustentabilidade e formação de comunidades.

Ferreira et al apud Botsman E Rogers (2016, p. 8), abordam o surgimento do

consumo colaborativo impulsionado pelo fenômeno do compartilhamento por meio das comunidades virtuais, embora demonstrem o potencial de o compartilhamento existir nos aspectos físicos das vidas das pessoas, norteado pelos princípios essenciais da existência de uma massa crítica de pessoas, capacidade ociosa de bens, crença no bem comum e confiança entre estranhos.

Verifica-se assim um novo modelo de consumo, a partir de uma oportunidade econômica que dá origem a uma nova economia, por meio de um consumo pessoa a pessoa, mediante a utilização de ferramentas de tecnologia da informação, fundamentada no acesso propiciado pelos novos mecanismos de interações sociais, cujo princípio basilar é a confiança. Como exemplos deste novo modelo de consumo, pode-se citar: Uber, Airbnb, Spotify, entre outros.

O consumo colaborativo encontra-se em pleno processo de desenvolvimento, sendo alternativa para a crise econômica, revolucionando a forma como se consome, comportamentos e organizações, embora nos termos abordados por Ferreira et al apud Quinson (2016, p. 16): "...o sistema legal não está preparado para as novas mudanças".

Apesar desta situação incipiente, o número de plataformas é crescente, bem como o número de usuários participantes da economia compartilhada, como bem resume Ferreira et al apud Teubner (2016, p. 16): "embora o momento atual ainda seja de muita experimentação no âmbito da economia compartilhada, os benefícios são evidentes e é responsabilidade dos governantes apoiar, ativamente, o progresso desse tipo de economia".

Assim, o estudo dos impactos das plataformas digitais de economia compartilhada, a exemplo do AIRBNB, sobre a vida das pessoas, especificamente na esfera jurídica, demonstra-se útil para tratar as possibilidades dos reflexos que trarão para o exercício de direitos, ressaltando-se que a regulamentação legal destas relações jurídicas que passam a surgir praticamente inexistente na legislação brasileira, demonstrando-se a existência de um vácuo legal que solicita dos operadores do direito, no mínimo, aplicação da legislação existente por meio das técnicas de integração e interpretação.

2.1 PLATAFORMA AIRBNB.

O avanço da tecnologia tem levado a uma reflexão sobre a transposição das relações jurídicas do mundo físico para uma plataforma virtual, a qual ainda não encontra no arcabouço legal pátrio regulamentações para dirimir eventuais conflitos surgidos.

O AIRBNB é um serviço que utiliza uma plataforma digital online que conecta viajantes de todo o mundo que procuram locais onde se hospedar a anfitriões que dispõem de locais em seus domicílios para oferecer e estão em busca de uma renda extra.

A Plataforma AIRBNB surgiu em agosto de 2008 e, em poucos anos, alcançou percentuais de crescimento astronômicos, sendo atualmente a segunda startup mais valiosa do mundo (vale US\$ 30 bilhões), conforme reportagem do jornal americano New York Times, tendo provocado forte impacto junto às redes hoteleiras. A título de exemplo, o AIRBNB possui 40 mil leitos cadastrados na cidade do Rio de Janeiro, o que equivale a 50% da capacidade hoteleira desta cidade.

Neste cenário de crescimento, os condomínios edilícios residenciais tem sido objeto de buscas por indivíduos e/ou famílias que pretendem reduzir custos de hospedagem, utilizando-se do moderno conceito de economia compartilhada/consumo colaborativo. Para tanto, a utilização das ferramentas da rede mundial de computadores (internet) tem sido primordial para um processo de locação de imóveis ou parte deles por curto período de tempo, estimuladas por empresas que administram as estadias em sítios eletrônicos de busca, a exemplo da plataforma digital AIRBNB.

Adotando o mercado comunitário para pessoas comuns como modelo, o AIRBNB oferta o serviço de anúncios e reservas de acomodações por meio da internet, disponibilizando um aplicativo que pode ser utilizado com computadores, smartphones e tablets, organizando a distribuição de acomodações em residências particulares, inclusive com compartilhamento de quartos.

Números recentes apontam que 100 mil usuários utilizaram a plataforma durante o carnaval no Brasil em 2017, usufruindo de imóveis cadastrados, atingindo percentuais de crescimentos a depender da cidade que variam de 98 a 300%, ainda que num cenário de crise da economia nacional.

Outros dados que merecem a nossa atenção, tendo como objetivo o presente estudo, é que os usuários anfitriões recebem hóspedes numa média de 17 noites por ano e cerca de 70% dos anúncios são de casas ou apartamentos inteiros,

enquanto 27% são espaços privados e 3% quartos divididos, sendo este número indicativo da rotatividade de usuários nos imóveis.

Recentemente, o AIRBNB atingiu a marca de 1 milhão de chegadas de hóspedes no Brasil, o que demonstra a força da plataforma, especialmente diante da recessão econômica atual, destacando-se que o crescimento mundial da plataforma atingiu o registro de 80 milhões de hóspedes no mundo em 2016, ante os 40 milhões divulgados em 2015.

Deste modo, as relações jurídicas celebradas a partir da utilização da plataforma AIRBNB causarão impacto na vida das pessoas e na economia de nosso país, o que irá repercutir no mundo jurídico, ante a possibilidade de discussões sobre questões de direito, inclusive tributárias, sendo necessário o aprofundamento e discussão do tema diante da falta de legislação, doutrina e jurisprudência.

2.2A NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE LOCAÇÃO POR MEIO DA PLATAFORMA AIRBNB.

A locação de imóveis possui regramento no nosso ordenamento jurídico na Lei nº 8.245/91 (Lei do Inquilinato), tendo o artigo 48 da Lei nº 8.245/91 estabelecido a definição do que seria locação por temporada como sendo aquela realizada por um curto período de tempo, não superior a noventa dias. Este conceito, a princípio, levaria ao entendimento da aplicação daquele diploma legal aos pactos celebrados por meio da plataforma AIRBNB.

Ocorre que esta locação de imóveis por meio da plataforma AIRBNB não se enquadra na locação por temporada prevista na Lei nº 8.245/91, embora a maioria de seus contratos de hospedagem apresente prazo inferior a 90 dias. Considerando-se o conteúdo do art. 1º, parágrafo único, item 4, da referida lei, os contratos AIRBNB enquadrar-se-iam melhor no conceito ali definido, pois se equiparariam a um contrato formulado em apart-hóteis, hotéis- residência ou equiparados, e, destarte, seriam regulados pelo Código Civil, não se aplicando a Lei de Locações, pois não se caracterizam como locação por temporada.

Ao tratar do contrato por temporada Salvo Venosa (2015, p. 231) esclarece:

Na prática, porém, como se trata de locação excepcional e a prazo certo, se torna incompatível com o contrato verbal. Deve ao menos existir prova escrita de

que se trata de locação por temporada. A jurisprudência deverá usar da devida temperança na exigência dessa prova, como, por exemplo, um recibo bem elaborado, onde conste a finalidade da temporada, poderá ser suficiente para sua comprovação, acrescentando-se a isso as circunstâncias fáticas dessa avença. Ademais, o parágrafo único do dispositivo se refere ao rol de móveis e utensílios que devem integrar o contrato, o que reforça a necessidade de pacto por escrito.

Observa-se que o contrato por locação por temporada deve observar certos requisitos, inclusive quanto à forma escrita. Além disso, outro fator que o diferencia do contrato por meio da plataforma AIRBNB é a possibilidade de exigências de garantias, conforme previsto no art. 49 da Lei nº 8.245/91: “Art. 49. O locador poderá receber de uma só vez e antecipadamente os alugueis e encargos, bem como exigir qualquer das modalidades de garantia previstas no art. 37 para atender as demais obrigações do contrato”.

Este é um dos pontos fundamentais da peculiaridade do contrato de locação que se utiliza da plataforma AIRBNB, pois a própria plataforma digital é a garantia apresentada, tendo no elemento fidúcia a forma atrativa de se estabelecer o crescimento de sua utilização mediante o exercício de um dos conceitos pilares da economia compartilhada, qual seja a confiança da plataforma construída a partir do conceito de compartilhamento de informações e de recomendações de seus usuários.

Acrescente-se que, conforme se pode verificar da análise da plataforma digital, há ofertas de serviços adicionais próprios de empreendimentos de hospedagem, a exemplo de serviços de limpeza dos imóveis incluídos no valor dos aluguéis, os quais são calculados considerando o valor diário de hospedagem. Neste aspecto, cobrança por diária da locação, o negócio jurídico celebrado por meio do AIRBNB também se diferencia do tradicional contrato por temporada, o qual é cobrado normalmente por valor equivalente a todo o período correspondente, pago de forma antecipada ou com prestação de garantias.

Impende também citar o comando normativo estabelecido pela Portaria nº 100/2011 do Ministério do Turismo que institui o Sistema Brasileiro de Classificação de Meios de Hospedagem (SBClass) e o art. 23, caput, da Lei Federal nº 11.771/2008, que dispõem sobre a Política Nacional de Turismo, nos seguintes termos:

Art. 23. Consideram-se meios de hospedagem os empreendimentos ou estabelecimentos, independentemente de sua forma de constituição, destinados a prestar serviços de alojamento temporário, ofertados em unidades de frequência individual e de uso exclusivo do hóspede, bem como outros serviços necessários aos usuários, denominados de serviços de hospedagem, mediante adoção de instrumento contratual, tácito ou expresso, e cobrança de diária.

Destarte, o contrato celebrado por meio da plataforma AIRBNB enquadra-se como um contrato *suigeneris* que, embora celebrado por um curto período de estadia, apresenta peculiaridades próprias, a exemplo da confiança entre usuários alicerçada na intermediação da plataforma, a rotatividade de usuários hóspedes do imóvel, a possibilidade de locação de parte do imóvel (quartos compartilhados), a locação num mesmo período para mais de uma família, e, desta forma, aproxima-se o usuário locador do AIRBNB daqueles que exploram a atividade comercial de hospedaria, através de hotéis, pousadas, flats e similares que, conforme estabelecido no art. 3º Lei nº 11.771/2008, independem da forma de constituição.

E neste sentido, importante a leitura de decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre contratos de locação em flats e/ou apart-hotéis e a inaplicabilidade da Lei do Inquilinato, as quais trazem elementos que demonstram a semelhança entre a natureza jurídica da locação por meio da plataforma AIRBNB e a do contrato de hospedagem, caracterizando-se assim em uma natureza *suigeneris* de contrato de locação que deve ser melhor regulamentada pelos órgãos competentes (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Consulta em: 21.abr.2017):

Decisão agravada que determinou o cumprimento da liminar de despejo e citação do réu. Insurgência. Contrato firmado entre as partes onde constou se tratar de locação por temporada. Imóvel alugado em condomínio que oferecia diversos serviços, dentre eles, de limpeza e arrumação diária dos quartos, oferecimento de internet grátis, apartamentos mobiliados e a possibilidade de contratação por diárias que revela se tratar de contrato de hospedagem, e não de locação. Inaplicabilidade da Lei do Inquilinato aos contratos de hospedagem em unidades de apart-hotel ou flat (art. 1º, alínea a, nº 4, da Lei n. 8.245/1991). Autor da ação de despejo cumulada com cobrança que carece dessa ação. Agravo provido. (Agravo de Instrumento nº 2257382-11.2015.8.26.0000. São Paulo. 35ª Câm. Dir. Privado. Rel. Moraes Pucci. J. 22.07.2016). (<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.fco=990&proc>

esso.codigo=RI0033WZ50000#?cdDocumento=42).

LOCAÇÃO DE IMÓVEIS - DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO - "APARTHOTEL" (OU FLAT SERVICE) - SUBORDINAÇÃO À LEI DO INQUILINATO (ARTIGO 1º PARÁGRAFO ÚNICO, LETRA a, Nº 4 DA LEI 8245/91)- INADMISSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO. Tendo em vista que o contrato celebrado entre as partes é de hospedagem, prevendo os serviços de flat, e que dispõe claramente que sua regência se dará pelo Código Civil, deve ser provido o recurso para se reconhecer a extinção do processo sem resolução do mérito, com base no art. 267 do CPC. (Agravo de Instrumento nº 0048145-49.2007.8.26.0000. Rel: Paulo Ayrosa. São Paulo.31ª Câm. De Dir. Privado. J. 29/01/2008).
<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RK000KVF60000>.

Verifica-se nestes julgados o entendimento sobre a inaplicabilidade da Lei do Inquilinato aos contratos de hospedagem. Corroborando esta análise, em declarações proferidas em 21/12/2016, por ocasião de debate “Rio de Janeiro, o Portão de Entrada do Brasil”, realizado na Confederação Nacional do Comércio de Bens Serviços e Turismo, o Ministro Brasileiro do Turismo, analisou a questão da regulamentação do AIRBNB, o que demonstra a relação próxima da plataforma com a atividade empresarial de hospedagem, bem como a existência de um vácuo legal diante da inexistência de normas que regulamentem a utilização do AIRBNB: “Entendemos que chegou a hora de regulamentar o Airbnb. Estamos discutindo com membros do governo para uma regulamentação e, deste modo, todo mundo pode ganhar e andar ao lado da legislação”.

No Brasil, conforme citado, não há uma regulação específica sobre o AIRBNB, mas em alguns países o mercado de locação temporária vem preocupando autoridades locais, tendo em vista que imóveis que deveriam ser utilizados para suprirem a carência de moradias vem sendo destinados ao mercado de locação temporária, encarecendo o valor de aluguéis e descaracterizando os bairros, a exemplo do Estado de Nova York, onde o Governador sancionou uma lei que proíbe a locação de imóveis por prazo inferior a 30 dias, aplicando-se multa àqueles que descumprirem.

Em que pese não se tratar do objeto deste estudo, observa-se a necessidade também de discussão no âmbito legislativo de regulação do tema, pois apresenta influência direta no importante setor da economia, qual seja o hoteleiro, vinculado ao setor do turismo, bem como implicações de ordem social no que se refere ao

mercado de locação de habitação.

3 O PAPEL DAS CONVENÇÕES DE CONDOMÍNIO.

3.1 A CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO.

O Código Civil Brasileiro estabelece, em seu Art. 1.333 que a Convenção que constitui o condomínio edilício torna-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades.

Conforme aponta Gonçalves (2016, p. 400):

A convenção de condomínio, apontada no art. 1.333 do Código Civil como ato de constituição do condomínio edilício, é um documento escrito no qual se estipulam os direitos e os deveres de cada condômino, e deve ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais.

A finalidade da convenção de condomínio é estabelecer as regras para a convivência harmônica e pacífica dos moradores, as quais influenciam o relacionamento condominial, utilização de áreas comuns, restrições ao uso de garagens, entre outras.

Em face do aumento do número de prédios condominiais, surgiu a necessidade de se estabelecer uma norma interna entre os condôminos, de forma a regulamentar o funcionamento do condomínio, ainda que para uso de pessoas que não são proprietários, a exemplo de inquilinos ou simplesmente usuários, como visitantes e hóspedes.

Trata-se de estabelecer a disciplina jurídica que regerá a vida da coletividade condominial, atuando na solução de conflitos, preservando a ordem, a disciplina e a tranquilidade, onde não há lugar para o individualismo, sempre se buscando dar prevalência aos direitos da coletividade condominial.

Assim, a natureza jurídica da convenção é normativa, não possuindo caráter de contrato, conforme define Gonçalves (2016, p. 401 e p. 491):

A convenção é, assim, uma autêntica lei interna da comunidade, destinada a reger o comportamento não só dos condôminos, como foi dito, mas de todas as pessoas que ocupem o edifício, na qualidade de seus sucessores, prepostos, inquilinos, comodatários etc.

(...)

Difere dos contratos em geral porque estes obrigam somente

as partes contratantes, enquanto a convenção sujeita todos os titulares de direitos sobre as unidades, ou quantos sobre elas tenham posse ou detenção, atuais ou futuros. Por essa razão reconhece a melhor doutrina o seu caráter predominantemente. Com efeito, a força coercitiva da convenção ultrapassa as pessoas que assinaram o instrumento de sua constituição. Assim, não só os condôminos, mas também os locatários se sujeitam às suas disposições, mesmo não tendo legitimidade para modificá-la. Assim também os adquirentes de unidades autônomas, em caso de revenda, sendo irrelevante a alegação de que não assinaram a convenção ou não foram cientificados de suas disposições. Os seus efeitos atingem qualquer indivíduo que penetre na esfera estatutário ou institucional jurídica de irradiação de suas normas. Nessa linha decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Convenções e regimentos internos de edifício em condomínio, surgindo embora da manifestação coletiva da vontade, têm natureza distinta do contrato, por obrigarem ainda os dissidentes e aqueles que, à época, não participavam da propriedade comum. Os princípios regentes, porém, são basicamente os mesmos” (JSTJ, 31/251).

Observe-se que a convenção não se vincula apenas aos condôminos originais, mas devem ser observados por todos, ainda que venham a ingressar no condomínio posteriormente a sua elaboração e celebração.

Cabe a convenção definir o regramento interno da comunidade que compõe o condomínio, estabelecendo diretrizes a serem seguidas, inclusive por meio da elaboração de regimento interno, os quais orientam os condôminos e usuários em seus direitos e deveres. Além disso, à convenção de condomínio, observados os requisitos legais, compete estabelecer as regras de convivência, sendo dever dos condôminos a utilização regular de suas áreas, não as utilizando de modo prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores.

Segundo o Código Civil, nos termos de seu artigo 1.333, para que um condomínio possa existir, ele deve ter a convenção constitutiva e deve ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis, em que pese a Súmula 260 do Superior Tribunal de Justiça ter estabelecido a eficácia daquela no tocante às relações entre os condôminos, ainda que sem registro: “A convenção de condomínio aprovada, ainda que sem registro, é eficaz para regular as relações entre os condôminos”.

Impende enfatizar que o cumprimento da convenção de condomínio não é obrigatório apenas para o condômino proprietário, mas para todas as pessoas que de alguma forma estejam relacionadas à utilização da unidade individual, bem como as áreas comuns, como por exemplo os empregados, visitantes, hóspedes, e

eventuais inquilinos.

Destarte, há autonomia dos condôminos para estabelecer regra em convenção com intuito de proibir a locação que não se adeque às exigências constantes de seu texto normativo, visando afastar os riscos de condutas inconvenientes provocados por terceiros, não proprietários, que relativizem a segurança e interfiram no sossego dos condôminos. Portanto, pode a assembleia condominial impor restrições, a qual será lícita e deve ser respeitada, desde que encontre amparo nas limitações do direito de propriedade devido à imposição do atendimento da função social desta.

3.2A CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO E A FINALIDADE A QUE SE DESTINAMO EDIFÍCIO E AS UNIDADES INDIVIDUAIS.

Reforçando o papel da Convenção Condominial, o Código Civil Brasileiro estabelece, em seu Art. 1.332, inciso III que aquela deve estabelecer os fins a que as unidades se destinam, conforme a seguir disposto:

Art. 1.332. Institui-se o condomínio edilício por ato entre vivos ou testamento, registrado no Cartório de Registro de Imóveis, devendo constar daquele ato, além do disposto em lei especial:

(...)

III - o fim a que as unidades se destinam.

Nem todo o funcionamento do condomínio deverá estar regrado na convenção condominial, mas existem normas básicas e fundamentais que o Código Civil obriga que seja regulado, a exemplo de: discriminação e individualização das unidades e das partes comuns, a forma de administração, sanções, regimento interno, finalidade ou destinação da unidade e outras.

Em relação à destinação das unidades, cabe trazer as lições de SOUZA (2007, p.82): a finalidade do prédio deve constar claramente da convenção, a fim de se evitarem conflitos entre os condôminos.

O Código Civil estabelece, entre os deveres do condômino, dar à suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes. A alteração da destinação das unidades habitacionais só é possível por meio de aprovação em assembleia geral da proposição, observando-se o quórum qualificado

de unanimidade dos condôminos, nos termos do artigo 1.351 do Código Civil.

Assim, um condomínio que teve sua convenção condominial aprovada com a destinação exclusivamente residencial não poderia ter aquela alterada sem observância do quórum exigido, e, no caso em estudo, verifica-se que o contrato celebrado para a locação de imóveis por meio da plataforma digital AIRBNB apresenta características peculiares, sendo uma locação tipicamente comercial, assemelhando-se a hospedagem em hotéis, pousadas e/ou flats, inclusive com disponibilização de serviços de limpeza de apartamento, quartos, entre outros serviços, sendo possível o enquadramento da vedação da locação de imóvel por meio do AIRBNB por desvirtuamento da destinação dada à unidade individual autônoma estabelecida pela convenção como eminentemente residencial.

Acrescente-se que a alteração da destinação do edifício, somente é possível por meio de realização de assembleia geral com quórum de aprovação unânime dos condôminos, conforme art. 1.351 do Código Civil: "...a mudança da destinação do edifício, ou da unidade imobiliária, depende da aprovação pela unanimidade dos condôminos".

Desse modo, sendo o condomínio exclusivamente residencial, não se poderia, a qualquer pretexto, alterar a sua destinação, sem que antes fosse também alterada a convenção pelo quórum exigido na Lei.

Portanto, cabe a convenção de condomínio estabelecer a destinação do edifício, bem como de suas unidades individuais, constituindo infração o desvio de finalidade em sua destinação, conforme esclarece Gonçalves (2016, p. 416):

A destinação genérica do edifício – residencial, não residencial ou mista – deve ser estabelecida na convenção. O desvio de destinação constitui uma das mais graves infrações da lei e da convenção. Para impedir que tal ocorra, ou para restabelecer o uso compatível com a finalidade para qual foi construído o edifício, deve o síndico tomar as providências cabíveis, inclusive judiciais, contra os infratores, sejam condôminos, seus familiares, inquilinos e prepostos, mormente quando o desvio põe em risco a tranquilidade e a segurança dos demais condôminos.

Coadunando com este pensamento, Souza (2007, p. 91) esclarece: "O destino e uso do apartamento devem adequar-se à finalidade estipulada na convenção. Trata-se de uma exigência da lei de condomínio. Por isso, cada

condômino deve manter o destino convencionado”.

Destarte, a locação de imóvel por meio da plataforma digital AIRBNB, assemelhando-se às atividades de hospedagem, promove ao imóvel uma destinação diversa ou, no mínimo, extensiva àquela definida pela assembleia condominial e formalizada por meio da convenção, transformando o imóvel residencial numa espécie de hotel, podendo causar problemas aos demais condôminos, especialmente quanto à segurança e ao sossego, tendo em vista que possibilitará um acesso descontrolado ao condomínio.

Além disso, ao dar uma destinação diferente da prevista na Convenção, semelhante a um hotel, estaria caracterizando também exploração de atividade lucrativa no ambiente residencial, o que também pode ser vedado na convenção, concluindo que o condômino proprietário não pode dispor de seu bem imóvel livremente, encontrando limites e restrições na lei e na convenção de condomínio, conforme será a seguir estudado.

4 LIMITAÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE: O USO DA PLATAFORMA DIGITAL AIRBNB PARA LOCAÇÃO DE IMÓVEIS EM CONDOMÍNIOS EDILÍCIOS.

4.1 O DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE.

A Constituição Brasileira de 1988 dedicou inúmeros comandos que tratam do direito de propriedade, a exemplo do art. 5º, inciso XXII, onde é garantido o direito de propriedade, e no inciso seguinte estabelece que esta atenderá a sua função social:

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

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:

(...)

- é garantido o direito de propriedade;
- a propriedade atenderá a sua função social;

A propriedade é inserida no âmbito dos direitos fundamentais, pois vinculada a ideias de liberdade, inato à pessoa humana. Cumpre trazer os preceitos

insculpados na Declaração da Virgínia, a qual, em seu artigo 1º definia:

Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.

Por seu turno, o art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ao discriminar os direitos naturais e imprescritíveis do homem, também estabeleceu que: “esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. Já o art. 17 da mesma Declaração reitera a mesma ideia, agregando, ainda, a seguinte disposição: “como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado (...)”.

Logo, o direito de propriedade é classificado como direito fundamental, tendo sofrido profunda alteração em seu conceito, ao longo do tempo, desvinculando-se de seu conteúdo eminentemente civilístico, ganhando status constitucional de direito fundamental, observando-se que o seu uso deve observar a sua função social.

A função social da propriedade impõe ao titular desta um dever de ordem social, o qual exige a utilização do bem na forma de sua destinação, e, deste modo, o exercício da propriedade que ultrapasse a sua finalidade natural em detrimento de terceiros constitui ilícito, conforme esclarece Nader (2016, p. 96):

Reconhecida a função social da propriedade, o titular desta possui dever de ordem social, que lhe impõe a utilização da coisa na forma de sua destinação. Exercitar o direito de propriedade, além de sua natural finalidade e em detrimento de terceiros, constitui ilícito. O irregular uso da propriedade pode configurar tipo específico de ilícito, como os previstos no Direito de Vizinhança e em posturas administrativas. Para os casos não previstos diretamente, há, no Código Civil, ex vi do art. 187, a figura do abuso de direito. Incidirá nesta modalidade de ilícito o proprietário que utilizar-se da coisa além dos “limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Como observa Josserand, a antiga concepção escolástica em torno de um direito de propriedade ilimitado, absoluto, capaz de ser exercitado discricionariamente, foi cedendo lugar, ao longo do séc. XX, a progressivas restrições, notadamente à propriedade predial, por “une multitude d’entraves, de barrières, de frontières qui compriment ses mouvements et qui s’opposent à son expansion”.

No tocante ao exercício da função social da propriedade em condomínios edilícios, Maluf (2009, p. 99) esclarece a importância do interesse geral da comunidade condominial e da convenção de condomínio para fins de preservação da harmonia no ambiente coletivo:

A função social da propriedade individual no condomínio edilício encontra limites no interesse geral da comunidade condominial. Deverão ser observadas as decisões soberanas tomadas em Assembleias, de molde a permitir a manutenção e desenvolvimento harmônico da comunidade.

Faz-se mister observar ser a vontade coletiva dos condomínios fundamental para manutenção da paz condominial, pois o direito coletivo neste ambiente torna-se prioritário diante do interesse individual, e o desvio da função social da propriedade caracteriza o abuso de direito, nas palavras de Gonçalves apud Zuliani (2016, p. 421):

O direito dos demais condôminos é prioritário e resulta da necessidade de ser combatido o abuso de direito (art. 187 do CC) e o desvio da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, da CF) que o lesante reiteradamente pratica, bem como para permitir qualidade de vida digna aos vizinhos (art. 1º, III, da CF).

Em consonância com esta doutrina, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de julgamento do Agravo de Instrumento nº 2026488-36.2015.8.26.0000, traz entendimento que o direito individual não pode se sobrepor aos demais condôminos, especificamente quanto ao exercício de atividade lucrativa estar desassociada da função social da propriedade (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Consulta em: 21.abr.2017):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO. Tutela deferida suspendendo deliberação assemblear, a pretexto de ofensa ao direito constitucional da propriedade. Reforma. Ausência de limitação da utilização do imóvel por parte de moradores e familiares. Restrição quanto à quantidade de ocupantes dos apartamentos destinados à locação de temporada. **Atividade lucrativa desassociada da função social da propriedade.** Direito individual que não pode se sobrepor aos demais condôminos. Mantida a decisão assemblear. Agravo provido. (TJ-SP - AI: 20264883620158260000 SP 2026488-

36.2015.8.26.0000, Relator: Natan Zelinschi de Arruda, Data de Julgamento: 30/07/2015, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/08/2015).
<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI002N2M30000>.

Nesta seara, cumpre trazer os ensinamentos de MENDES E BRANCO (2014, p. 338), sobre o aspecto dinâmico do conceito de propriedade:

Não existe, todavia, um conceito constitucional fixo, estático, de propriedade, afigurando-se, fundamentalmente, legítimas não só as novas definições de conteúdo, mas também a fixação de limites destinados a garantir a sua função social. É que embora não aberto, o conceito de propriedade há de ser necessariamente dinâmico.

Assim, observa-se que a garantia constitucional da propriedade encontra limites por meio de um processo de relativização, devendo ser interpretada de acordo com parâmetros fixados na constituição e também na legislação ordinária. Isso não significa que os limites constitucionalmente impostos deverão ser afastados, mas sim observados sob o princípio da proporcionalidade que exige que as restrições legais devam ser adequadas, necessárias e proporcionais Mendes E Branco (2014, p. 339).

Não se pode olvidar que a o princípio da proporcionalidade assume relevante papel na imposição de restrições ao exercício do direito de propriedade, sendo essencial sua aplicação associada a outros princípios para efetivar o regramento que imponham a conformação do uso da propriedade, e, conforme ensina Mendes E Branco (2014, p. 344), o legislador é autorizado a concretizar o princípio da função social, observando-se que:

Ele não deve restringir a liberdade além do que for estritamente necessário; não deve todavia descurar-se também da concretização da função social da propriedade. Como as novas disposições de índole conformativa-restritiva incidem normalmente sobre situações já constituídas e reguladas, faz-se mister que o legislador leve em conta as estruturas jurídicas preexistentes.

Destarte, considerando a propriedade como direito fundamental, associado à sua função social, verifica-se que ocorrendo conflitos entre o direito fundamental e outra norma constitucional, deve o aplicador do direito utilizar a interpretação

sistemática e o princípio da proporcionalidade para fins de solução do litígio, fazendo prevalecer o direito coletivo diante do direito individual.

4.2 LIMITES AO DIREITO DE PROPRIEDADE.

Conforme analisado, as locações de unidades autônomas residenciais localizadas em condomínios edilícios, por meio da plataforma AIRBNB, não possuem um regramento específico em nosso país, e diante desta situação deve-se analisar a possibilidade de as assembleias condominiais, por meio de suas convenções, limitarem o direito de propriedade, restringindo que os proprietários de imóveis realizem locações por meio da referida plataforma.

Nos condomínios edilícios, a limitação do direito de propriedade decorre na prática do conflito entre o direito de um proprietário e o direito de outro proprietário, conforme ensina Silvio Rodrigues (2003, p. 114): “são as limitações impostas pela lei às prerrogativas individuais e com o escopo de conciliar interesses de proprietários vizinhos, reduzindo os poderes inerentes ao domínio e de modo a regular a convivência”.

Destarte, analisando-se o cumprimento da função social da propriedade, em face do conflito de direitos entre os condôminos, o direito coletivo deve prevalecer sobre o direito individual de um condômino proprietário, conciliando os interesses dos proprietários, prevalecendo o dever jurídico de vizinhança, impondo limitações ao exercício do direito de propriedade.

Maria Helena Diniz (2006, p. 271) classifica o direito de vizinhança da seguinte forma:

“restrição ao direito de propriedade quanto à intensidade de seu exercício, regulando o seu uso nocivo”, essa é a limitação mais comum e ampla, é a limitação que impõe limites ao uso nocivo da propriedade, que deve ser usada somente conforme os bons costumes da sociedade; “limitações legais ao condomínio similares às servidões”, as servidões estão presentes em vários aspectos nas propriedades, como as passagens forçadas e águas, e por último “restrições oriundas das relações de contiguidade entre dois imóveis”, orienta sobre o estado físico da propriedade, como o direito de construir, os limites existentes entre dois prédios, existindo sempre o uso do bom senso na hora de construir, para que não aconteça invasão de propriedade vizinha.

O nosso estudo concentrar-se-á na primeira forma posta pela célebre professora, interpretando-se a locação de imóvel residencial por meio da plataforma digital AIRBNB, em face da legislação pátria e considerando a possibilidade de convenção condominial restringir a fruição do direito de propriedade dos condôminos, bem como a força normativa daquela e os princípios da função social da propriedade e da segurança.

Ademais, quando o proprietário exerce o seu direito de propriedade além do estabelecido na legislação e em convenção de condomínio, há repercussão na propriedade vizinha e em todo o ambiente condominial, surgindo conflitos, pois o causador destes estaria exercendo seu direito de usar, gozar e dispor da propriedade, além do permitido, afetando a segurança dos demais condôminos, sendo necessária a imposição de limites, por meio da aplicação do regramento disciplinado.

As convenções de condomínio surgiram com o intuito de regulamentar o convívio entre os condôminos, e devido ao aumento da população e o aparecimento de inúmeros prédios condominiais, as pessoas sentiram a necessidade de criar uma norma entre elas, para regulamentar todo o funcionamento do condomínio, mesmo para aqueles que não são proprietários, a exemplo de inquilinos, hóspedes e visitantes que também estão sujeitos a convenção.

Lembrando sempre que essa convenção deverá estar em sintonia com as leis, e, por mais que essa seja um acordo particular entre as partes, a lei determina obediência em face do princípio da supremacia da ordem pública sobre a coletividade no âmbito do exercício de suas decisões privadas. Vale ressaltar que a convenção não está vinculada apenas aos condôminos que participaram da fundação da convenção, mas a todos, ainda que venham a entrar no condomínio posteriormente.

Diante disso, observe-se que para definir limites ao uso do imóvel, deve restar caracterizado o abuso do direito de propriedade, e este não deve ser definido apenas quando causa interferência direta a outras propriedades, mas também quando causa transtornos relacionados à segurança, ao sossego e à saúde.

Destarte, conforme regulado pelo Código Civil Brasileiro, ainda que a propriedade esteja sendo usada com aparente normalidade, resta saber se é potencial causadora de perturbação que caracterize o uso abusivo da propriedade, trazendo inconvenientes aos demais condôminos, como esclarece Elias Filho (2015,

p. 53):

São defesos, conseqüentemente, atos de uso e fruição da propriedade que violem a sua norma utilização, levando em consideração as normas urbanísticas aplicáveis e os limites ordinários de tolerância, ou seja, atos que excedam aos limites do razoável, da normalidade, observadas as normas aplicáveis, tanto com relação às perturbações sonoras, quanto aos riscos de segurança e saúde. “Em suma, tudo quanto possa, de modo geral, afetar a segurança, o sossego e a saúde dos vizinhos representa uso nocivo da propriedade.

4.3 AS RESTRIÇÕES DO DIREITO DE PROPRIEDADE IMPOSTAS PELAS CONVENÇÕES DE CONDOMÍNIO.

Em que pese o direito de propriedade apresentar caráter de direito fundamental, conforme estabelece o art. 5º, inciso XXII da Constituição Federal, este direito não é ilimitado, devendo inclusive atender a sua função social.

A função social decorre da vida em sociedade, devendo o homem envidar esforços para contribuir para o bem estar coletivo em detrimento de interesses individuais, e neste contexto, construiu-se a teoria da função social que, nas palavras de Figueiredo (2008, p. 83), consiste no pensamento que: “todo indivíduo tem o dever social de desempenhar determinada atividade, de desenvolver da melhor forma possível sua individualidade física, moral e intelectual, para com isso cumprir sua função social da melhor maneira”.

Aplicando-se a teoria da função social na esfera de exercício do direito de propriedade, vislumbra-se que o proprietário deve fazer uso de seus bens de forma a cumprir a função social, ou seja, amparado em parâmetros legais e morais estabelecidos, de forma a contribuir para a harmonização e interesse coletivo, conforme as lições de Duguit (1975, p. 257) que parte da premissa de que a propriedade como instituição jurídica forma-se para atender uma necessidade econômica, a qual se transforma em necessidade social, transmudando a propriedade em função social, considerando a relação dos elementos sociais existentes a partir de sua evolução diante da realidade econômica e social.

O Poder Judiciário começa a enfrentar situações de conflito e tem entendido que a locação com alta rotatividade e por curtos períodos, e que violam a convenção de condomínio de edifícios exclusivamente residenciais, caracterizam o uso nocivo

da propriedade, conforme a decisão da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco no Agravo de Instrumento AI: 4295245 PE (Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Disponível em: www.tjpe.jus.br. Consulta em: 21.abr.2017):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. CONDOMÍNIO RESIDENCIAL. LOCAÇÃO POR TEMPORADA DE CÔMODOS EM APARTAMENTO. VIOLAÇÃO À CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO. EDIFÍCIO EXCLUSIVAMENTE RESIDENCIAL. USO NOCIVO DA PROPRIEDADE. UTILIZAÇÃO DO IMÓVEL DE MANEIRA PREJUDICIAL À SEGURANÇA, SOSSEGO E BEM ESTAR DOS DEMAIS CONDÔMINOS. RECURSO A QUE SE NEGA

PROVIMENTO. 1. Hipótese em que a ré/agravante promove a locação de cômodos de seu apartamento a pessoas estranhas ao condomínio por curto período de tempo (dias, semanas), mediante veiculação de anúncios e propagandas em sites da internet, com a alteração do nome do condomínio para "ART SUÍTES HOME BOA VIAGEM BEACH". Tal atividade denota prática nitidamente comercial, destinando o apartamento da agravante a espécie de hospedaria/albergue, o que é vedado pela convenção condominial, que atribui caráter exclusivamente residencial do edifício e veda a destinação diversa das suas unidades imobiliárias. 2. Nos termos do art. 1.333 do Código Civil, a convenção de condomínio é obrigatória a todos os titulares de unidades imobiliárias no edifício. Já o art. 1.336, IV, apregoa que é dever do condômino "dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes". 3. Presentes os requisitos do art. 273 do CPC/1973 (vigente à época da decisão agravada) autorizadores da concessão de tutela antecipada, quais sejam, a verossimilhança das alegações do condomínio autor/agravado, consubstanciada na demonstração da prática comercial semelhante à hotelaria realizada pela agravante e da existência de vedação na convenção condominial quanto à destinação não residencial aos apartamentos do edifício e à sua utilização nociva aos demais condôminos; bem como o risco de dano irreparável e de difícil reparação, verificado através do perigo à segurança, tranquilidade e bem estar dos demais condôminos do edifício, a exemplo do incidente já relatado nos autos envolvendo hóspedes e porteiro. 4. Recurso a que se nega provimento para manter a decisão interlocutória agravada, ressaltando-se que fica vedada a locação por temporada do imóvel da agravante nos moldes atualmente praticados (aluguel de cômodos separados no apartamento para pessoas estranhas ao condomínio, por curto período, em alta rotatividade), seja ela proveniente de publicidade veiculada em sites da internet ou qualquer outro meio. (TJ-PE - AI: 4295245 PE, Relator: José Fernandes,

Data de Julgamento: 08/06/2016, 5ª Câmara Cível, Data de
Publicação: 25/07/2016). https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/366120927/agravo-de-instrumento-ai-4295245-pe?ref=topic_feed.

Considerando esta perturbação de ordem coletiva, existindo o conflito entre o direito individual de um condômino com os demais, amparando-se no exercício da função social da propriedade, cumpre trazer os preceitos apresentados na teoria da pluralidade dos direitos limitados, o qual limita o exercício do direito de propriedade ao considerar a supremacia do interesse coletivo da comunidade condominial em relação ao direito individual de cada condômino. Nas lições de Batalha (1953, p. 26), a limitação aos direitos de propriedade, em matéria condominial, deve observar uma relação de igualdades que se limitam reciprocamente, em uma relação de equilíbrio:

A concorrência de várias propriedades sobre a mesma coisa acarreta, necessariamente, a ideia de limite entre elas. Cada propriedade limita e cada propriedade é limitada. Aí se ensarta o conceito de quota, como medida do limite das diversas propriedades concorrentes sobre a mesma coisa. E esta a única construção jurídica que atende a verdadeira natureza do condomínio. (...). Em outros termos, o condomínio é, na frase expressiva de Sciarloja, uma relação de igualdades que se limitam reciprocamente, uma relação de equilíbrio, que torna possível a coexistência de direitos iguais sobre a mesma coisa na medida em que o exigem as mesmas faculdades atribuídas ao demais. E Oliveira Bosisio adverte que „o direito de propriedade não se divide nem por quotas ideais nem por quotas reais e que, quando se fala em quotas no condomínio, se faz referência à proporção segundo a qual os direitos dos condôminos reciprocamente se limitam. Em substância, a quota é a proporção que representa a utilidade auferida da coisa comum por cada condômino, servindo também para estabelecer a parte de contribuição para as despesas e a parte correspondente a cada um na repartição dos resultados de vendas eventuais. A compressão do direito de cada condômino, em virtude dos direitos dos demais condôminos, não faz desaparecer o conceito de propriedade. A elasticidade do domínio permite que este se comprima e se limite, sem desaparecer (...)”.

Esta teoria da pluralidade dos direitos limitados tem sido observada na jurisprudência, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, impondo ao condômino limites ao uso da propriedade, a exemplo da decisão da Ministra Nancy Andrighi (RESP Nº 309802 – RJ), na qual expõe que: “...o interesse da maioria se sobrepõe ao interesse de eventual, condômino prejudicado, somente podendo aquela deliberação ser alvo de mudança pelo consenso democrático da assembleia

dos condôminos”.

Cabe trazer decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que reconhece a competência da convenção de condomínio para impor restrições ao direito de propriedade, respaldada na teoria da pluralidade dos direitos limitados (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Consulta em: 21.abr.2017):

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. LOCAÇÃO DE APARTAMENTOS PARA TEMPORADA VETADA PELO CONDOMÍNIO. PRAZO PARA CESSAÇÃO DA LOCAÇÃO E MULTA, PARA A HIPÓTESE DE DESCUMPRIMENTO DA CITADA REGRA PROIBITIVA, FIXADOS EM ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORDINÁRIA. RESTRIÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE RESPALDADA NA TEORIA DA PLURALIDADE DOS DIREITOS LIMITADOS. PRECEDENTE DO E. STJ. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA REALIZADO NA AGE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DO AUTOR.

A Convenção do Condomínio, ora Recorrido, prevê a aplicação de multa para o condômino que destinar o apartamento para finalidade diversa do prédio, que é residencial.

O Regulamento Interno estabelece o procedimento que deve ser observado na hipótese de aplicação de multa, o termo inicial de sua incidência e a possibilidade de recurso administrativo.

Improcedente a alegação do ora Recorrente de que não há previsão nas regras internas do Condomínio, ora Recorrido, que assegurem o exercício da ampla defesa ou interposição de recurso administrativo.

O Autor, ora Apelante, compareceu à AGE de 19/12/2013, na qual a locação dos apartamentos por temporada foi vetada, mesmo depois de expor suas razões, tendo sido anotado prazo para encerramento daquela atividade - 30 dias -, sob pena de multa diária prevista no Regimento Interno -, a incidir a partir de 19/01/2014.

Contraditório e ampla defesa respeitados na AGE.

Termo inicial da sanção pecuniária fixado na ata da AGE: 19/01/2014.

Honorários advocatícios de sucumbência reduzidos para R\$ 500,00 (quinhentos reais) tendo em vista a pouca complexidade da causa e o trabalho desenvolvido pelos causídicos no processo. RECURSO

PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação nº 0075033-03.2014.8.19.0001. Rel. DES. FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS. Julgamento: 15/04/2015. DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL). <https://tj-ri.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/183874268/apelacao-apl-750330320148190001-rj-0075033-0320148190001/inteiro-teor-183874282?ref=juris-tabs#>.

Neste prisma, a Teoria da pluralidade dos direitos limitados estabelece que,

em função de propriedades múltiplas, dentro de um condomínio, existem limites estabelecidos em face da prevalência do direito coletivo em detrimento do exercício do direito de propriedade individual. Assim, torna-se fundamental a análise do caso concreto, e, em relação à locação de imóveis residenciais localizados em condomínios edilícios, por diárias, assemelhando-se a hotéis, flats, pousadas e similares, deve prevalecer o determinado em assembleia condominial, avaliando-se o potencial risco de perturbação à segurança e ao sossego, que fundamentaram a elaboração da convenção.

O aspecto primordial que devemos entender é que um condomínio, o qual teve sua destinação residencial definida em sua convenção, não possui a mesma estrutura de um hotel, não dispondo de mecanismos de segurança para recepcionar hóspedes com a rotatividade e volume gerados por meio das locações de imóveis utilizando-se a plataforma AIRBNB.

As regras de convivência impostas aos condôminos e usuários de um condomínio, estabelecidas na Convenção ou no Regulamento Interno, tornar-se-ia impossível de serem aplicadas diante da rotatividade e volume de hóspedes, sendo desarrazoado impor a um síndico manter segurança que possibilite garantir a tranquilidade em um condomínio que venha a possuir imóveis com destinação e uso semelhantes a um hotel.

Em benefício da harmonia do grupo, o exercício do direito da propriedade exclusiva deve coexistir com a co-propriedade e com os demais direitos individuais, conforme lições de Pereira (2016, p. 109):

... na verdade, o fato de coexistirem unidos a propriedade exclusiva e o condomínio, não sugere a abolição, senão o esforço, das imposições, das limitações, das restrições que, em benefício da harmonia do grupo, em benefício da coisa comum e em benefício do comportamento respeitoso dos interesses alheios, se estatuem.

Consequentemente, os comandos normativos estatuídos pela Convenção Condominial para regular a observância da destinação de uso das unidades individuais, definida pela assembleia geral, devem ser respeitados, ainda que se resulte a imposição de restrições ao exercício da propriedade individual, pois é resultante exercício democrático do voto da maioria dos condôminos em benefício dos interesses coletivos da comunidade condominial.

Ademais, a assembleia geral é o órgão deliberativo competente a decidir

sobre os diversos assuntos de interesse da comunidade, conforme lições de Pereira (2016, p. 148):

A Assembleia Geral é o órgão deliberativo dos condôminos, e pode ser Ordinária ou Extraordinária. Suas deliberações têm força obrigatória para os condôminos, até sua anulação judicial ou por deliberação tomada em outra Assembleia. Tudo, porém, condicionado à observância da Convenção e das disposições legais.

A matéria sujeita à deliberação da Assembleia não tem limitação. Como expressão genérica, pode-se declarar que todos os assuntos do interesse da comunhão pertencem aos condôminos, e, pois, sobre eles a Assembleia é apta a decidir.

Destarte, ao desvirtuar a finalidade de sua unidade individual e do edifício, utilizando-os de forma incompatível com a estabelecida na convenção de condomínio, estaria o condômino proprietário afrontando as regras estabelecidas, especificamente ao comando previsto no art. 1.336, inciso IV do Código Civil, o qual garante aos condôminos, entre outros, o direito ao sossego e à segurança: “Art. 1.336. São deveres do condômino: (...) IV - dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes”.

Assim, o condômino deve usar sua propriedade com observância ao que foi estabelecido na Convenção, e nos dizeres de Gonçalves (2016, p. 416):

A utilização do condomínio sofre, portanto, limitações impostas pela lei e restrições previstas na convenção. Além da norma genérica do art. 1.277 do Código Civil, proibindo o uso anormal da propriedade, o art. 1.336, IV, do mesmo diploma considera dever do condômino não utilizar as suas partes de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.

Mas a limitação não se ampara apenas na utilização prejudicial ao sossego e à segurança, mas também devido à caracterização *suigeneris* do contrato locação por meio da plataforma AIRBNB, que transforma uma edificação residencial em um ambiente similar aos empreendimentos de hotelaria, e, conforme ensina Câmara (2004, p. 51):

a convenção de prédio tipicamente residencial proíbe, via de regra, a utilização das áreas privativas ou áreas comuns com atividades mercantis, não especificando a atividade, pois são inúmeras as possibilidades. Assim, em princípio, estaria proibida a utilização de apartamento em qualquer atividade comercial, ainda que se trate de um atelier. Reforça a proibição

a presença constante de pessoas estranhas ao prédio, como empregados, fregueses e fornecedores, o que, geralmente, prejudica a segurança dos demais moradores.

Ora, a atividade de hospedagem também se caracteriza como atividade comercial, e, deste modo, também poderia os condôminos, observando-se o quórum qualificado de aprovação da convenção, estabelecerem restrições ao uso da propriedade individual, impedindo-se a locação por meio da plataforma AIRBNB.

Conforme visto, o direito de propriedade não é absoluto e, neste caso, havendo abuso de direito por parte do proprietário em relação ao uso de sua unidade, os interessados poderão solicitar a intervenção do Poder Judiciário que atuará, se for o caso, limitando o exercício do direito de propriedade e restrição do uso prejudicial ao direito de vizinhança, conforme previsto no art. 1.277 do Código Civil: “Art. 1.277 - O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.”

O Tribunal de Justiça de São Paulo prolatou interessante acórdão sobre o disciplinamento da utilização de imóvel que julga a locação pactuada por temporada ou fim de semana, especificamente sobre a competência da assembleia condominial para tratar casos de restrição ao uso de imóveis que se destinam a fins residenciais (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Consulta em: 21.abr.2017):

Os autores proprietários de um apartamento de veraneio no condomínio requerido, confessadamente utilizado para locação por temporada ou fim de semana, insurgem-se contra a limitação de ocupantes por unidade residencial, estabelecida em assembleia geral, para os casos de locação ou empréstimo. A convenção condominial estabelece que (...) as unidades autônomas do edifício (...) se destinam exclusivamente a fins residenciais, vedado, portanto, seu uso para qualquer outro fim, tendo cada proprietário o direito de usar, gozar e dispor de sua propriedade exclusiva, como melhor lhe aprouver, desde que não prejudique igual direito dos demais condôminos, e não comprometa a segurança, solidez e o nome do edifício, e nem de às unidades autônomas destinação diversa da finalidade do prédio.(...) Ao que se tem, não estipulou a assembleia geral nenhuma alteração na convenção condominial nem no regimento interno. Ao revés, e sem interferir no direito de propriedade dos autores, apenas fixou regra para casos específicos. Estabelecendo, como lhe era permitido até mesmo por imperativo de segurança e do bom nome do edifício -, diretrizes para hipóteses de empréstimo ou locação a terceiros

estranhos ao quadro de proprietários do condomínio. Ademais, a anulação da decisão assemblear perquirida pelos autores confessadamente busca resguardar unicamente a exploração econômica do bem. O que, em assim sendo, além da segurança, deixa de observar o direito dos outros condôminos em não se verem às voltas com toda sorte de aborrecimentos causados pelo excesso de ocupantes nas unidades locadas ou emprestadas, mormente nos festejos de fim de ano e férias (v. G., falta d'água ocasionada pela excessiva demanda decorrente da desmesurada lotação de unidades). Por outro lado, como bem consignado pela r. Sentença, “a anulação de assembleia de condomínio somente deve ser decretada quando presentes motivos fortes e suficientes que evidenciem ruptura ao sistema legal ou prejuízo concreto à sociedade condominial. Afora esses casos, as deliberações adotadas por coletividade de condôminos, regularmente reunidos em assembleia, devem ser preservadas. Por fim, consigno que a análise de mérito das matérias tratadas nas normas condominiais, uma vez provenientes de deliberações em assembleias, deve-se restringir à legalidade dos comportamentos dos sujeitos nela inscritos, e não à justeza das deliberações, caso em que os interessados deverão se acudir da própria assembleia geral, seara apta a tratar destes assuntos”. (Apelação nº 0020327-73.2012.8.26.0477. Rel. Luiz Ambra. Praia Grande; 8ª Câm. De Dir. Privado; julgado em 19/01/2015).
<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI002HYX90000>.

Observa-se assim que há na jurisprudência situações similares às discussões de prováveis conflitos que venham a surgir diante de casos que condôminos proprietários de imóveis em prédios com fins residenciais utilizem-se da plataforma digital AIRBNB para locação. É exatamente nesta linha de raciocínio que se procura delinear o tratamento jurídico que deve ser dado às locações de imóveis por usuários da plataforma digital AIRBNB. Não se trata de restringir plenamente a possibilidade de sua utilização, mas sim reconhecer a autonomia da assembleia condominial para limitar o uso da propriedade devido a situações que possam atentar contra a segurança, o sossego e a salubridade dos proprietários, de forma a respeitar a função social de propriedade.

Além disso, cumpre reconhecer o direito dos demais condôminos, representados também pelo condomínio, diante da utilização da propriedade de modo prejudicial por qualquer condômino, alegar a teoria do abuso do direito, trazida no art. 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”.

O artigo 1.336 do Código Civil estabelece o dever de não utilizar a propriedade de modo a causar prejuízos a outros condôminos, especificamente no que concerne ao sossego, à salubridade, à segurança e aos bons costumes. Assim, diante de situações de infringências à Convenção ou Regimento Interno por morador de unidade, ainda que não proprietário, devem aplicadas as sanções previstas na Convenção e no Regulamento Interno.

Portanto, a propriedade não pode ser utilizada com abuso de direito, devendo os interesses coletivos prevalecerem em detrimento do interesse particular do condômino que comete o mau uso da unidade individual, e, conforme lições de Lopes (2000, p. 153):

A vida em comum, no mesmo edifício, sujeita os condôminos a uma disciplina jurídica especial, em que não há lugar para o individualismo ou o egoísmo... Na solução de conflitos, deverá o juiz dar prevalência, sempre, aos direitos da coletividade condominial e não aos interesses de um único condômino, por mais respeitáveis que sejam... Essa orientação se ajusta perfeitamente aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum, na medida em que evita a desarmonia e o dissentimento entre os condôminos, preservando a ordem, a disciplina e a tranquilidade do edifício. (...) O exercício da propriedade não pode ser colocado em nível de extremado individualismo, que ignore os interesses coletivos (...) Para que se preserve a harmonia, possível a limitação do número de ocupantes de cada apartamento, desde que o condomínio ou seu representante, com delegação para tal não aja abusivamente.

Destarte, deve o abuso no exercício do direito de propriedade ser combatido de forma a possibilitar a convivência harmônica dentro do condomínio, mantendo ambiente de pacificação, sossego e segurança.

Em relação à segurança, em tempos de violência crescente na sociedade brasileira, refere-se à exigência de informações sobre aqueles que utilizam o edifício. Diante do surgimento recente do conceito de economia compartilhada, a exemplo do AIRBNB, que se traduz num sítio eletrônico especializado em locação de imóveis por diárias, diversos problemas podem surgir para aqueles condomínios de finalidade estritamente residencial, inclusive quanto à possibilidade de não ser possível ao condomínio manter controle adequado sobre todos os usuários de uma determinada unidade diante da alta rotatividade os hóspedes locatários.

Apesar de o condômino poder dispor de sua unidade, nos termos do Art.

1.335 do Código Civil e em função do exercício regular do direito de propriedade descrito na Constituição Federal, para fins de atendimento de sua função social, devem ser observadas as limitações impostas pelo direito ao sossego, saúde, segurança e aos bons costumes daqueles que compartilham a copropriedade impõem restrições que podem ser estabelecidas nas Convenções de Condomínio.

Não obstante a possibilidade de locação do imóvel, diante dos fatores analisados que implicam no abuso do direito de propriedade, quais sejam: não atendimento à função social da propriedade, em face do uso em desacordo com a finalidade prevista e da utilização dos imóveis por números desarrazoados de usuários com perturbação à segurança e ao sossego dos demais condôminos, caracterizando perturbação à paz condominial, além da utilização de modalidade de locação *suigeneris*, caracterizando atividade comercial comparada à atividade de hospedagem, amparada na teoria da pluralidade dos direitos limitados; verifica-se que as convenções de condomínio são instrumentos hábeis para limitar o uso da propriedade, restringindo a locação de imóveis localizados em condomínios edifícios com fins residenciais, como ensina Lopes (2000, p. 52):

O proprietário de um apartamento é titular de um direito de natureza complexa, por isso que exerce seu direito de coproprietário sobre as partes comuns e seu domínio sobre as partes exclusivas, sujeito a restrições de uso e obrigações perante a comunidade a que pertence. Tais restrições e obrigações se impõem para tornar possível o exercício do direito pelos demais condôminos, assegurando-se perfeito equilíbrio na vida condominial. Em verdade, não há propriamente restrições ao direito de propriedade - o titular continua a exercer os poderes inerentes a esse complexo jurídico, mas uma regulamentação do exercício ou do uso da propriedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como introdução uma breve análise sobre o conceito de economia compartilhada, buscando aprofundar o estudo sobre a utilização da plataforma digital AIRBNB para fins de locação de imóveis em condomínios residenciais, com a finalidade de compreender a natureza jurídica do contrato celebrado entre os usuários AIRBNB “locador” e “locatário”, e enquadrando este negócio jurídico dentro do ordenamento jurídico brasileiro, qualificando-o como contrato *suigeneris*, assemelhando-se ao contrato de hospedagem, celebrado com hotéis, pousadas e flats, não sendo aplicável a Lei do Inquilinato.

Posteriormente, considerando-se os objetivos delineados, verificou-se que a convenção de condomínio é instrumento hábil e fundamental para o exercício da vida condominial, e, para tanto, a nossa doutrina e a nossa jurisprudência reconhece na convenção de condomínio força normativa para impor restrições e, coadunando-se com este entendimento, devem os condôminos proprietários, ainda que tenham ingressado posteriormente a elaboração da convenção, respeitarem os limites impostos.

Outrossim, o direito de propriedade não é absoluto e ao reconhecer que o direito coletivo no ambiente condominial se torna prioritário diante do interesse individual, verifica-se a possibilidade de a convenção de condomínio atuar para restringir a propriedade das unidades autônomas. Para tanto, partindo-se de conceito extensivo do exercício da função social da propriedade como instrumento de manutenção da paz condominial, observa-se que ao utilizar a unidade autônoma em desacordo com o estabelecido nas convenções, condômino está cometendo abuso de direito.

Assim, amparadas na teoria da pluralidade dos direitos limitados, as restrições de uso do direito de propriedade de unidades habitacionais em condomínios residenciais, em face da supremacia do interesse coletivo em detrimento do interesse individual, diante do exercício da função social da propriedade, surgem como possibilidade real e efetiva de regramento de limitações de uso da propriedade.

Destarte, a convenção condominial apresenta-se como instrumento adequado para reger o uso de unidades autônomas individuais de condomínios residenciais, podendo restringir o direito individual de propriedade de condôminos, de forma a impedir que estes utilizem os seus imóveis residenciais como se fossem empreendimentos de hospedagem, em face da utilização da plataforma digital AIRBNB, em observância à proteção jurídica da segurança e do sossego, estabelecidos no Código Civil, em prol da coletividade condominial, exigindo-se o exercício da função social da propriedade, alicerçando-se este exercício também na teoria da pluralidade de direitos limitados.

REFERÊNCIAS

LAVAQUIAL, ANA CLÁUDIA CORRÊA. **Cocriando Valor na economia colaborativa sob a perspectiva da Lógica Dominante de Serviço: o caso**

Airbnb. Rio de Janeiro. UFRJCOPPE. 2015.

FERREIRA, KAROLINA MATIAS; MÉXAS, MIRIAN PICININI; ABREU, WENISTON; MELLO, PRISCYLLA LEVENTIS. Economia Compartilhada e Consumo Colaborativo: uma revisão da literatura. 2016. Disponível em: <http://www.inovarse.org/sites/default/files/T16_369.pdf>. Acesso em: 31.mar.2017.

MALUF, ADRIANA CALDAS DO REGO FREITAS DABUS. Limitações urbanas ao direito de propriedade. São Paulo: Atlas, 2010.

SOUZA, AGNALDO CELINO DE. Condomínio em edifícios : manual do condômino : convenção, administração : modelos de atas e editais. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ELIAS FILHO, RUBENS CARMO. Condomínio edilício : aspectos de direito material e processual. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. Direito Civil Brasileiro: direito das coisas, volume 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TARTUCE, FLÁVIO. Direito civil, v. 4 : Direito das Coisas. 8a. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MENDES, GILMAR FERREIRA. Curso de direito constitucional. 9ª Edição, Revista e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES, JOÃO BATISTA. Condomínio. 7ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

RUGGIERO, BIASI. Questões Imobiliárias. São Paulo. Ed. Saraiva, 1997.

VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática: Lei no 8.245, de 18-10-1991. 14a. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DINIZ, MARIA HELENA. Curso de direito civil brasileiro – Direito das coisas. São Paulo: Saraiva, 2006.

RODRIGUES, SILVIO. Direito Civil – direito das coisas. São Paulo: Saraiva, 2003.
BATALHA, WILSON. Loteamentos e Condomínios. São Paulo: Max Limonad, 1953.
PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. Condomínio e Incorporações: 12. ed. rev. e atual. segundo a legislação vigente. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CÂMARA, HAMILTON QUIRINO. Condomínio Edilício. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004.

DUGUIT, LEON. Las transformaciones del Derecho Publico y Privado. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975.

NADER, PAULO. Curso de direito civil, volume 4: direito das coisas. 7ª. ed. rev.,

atual. e ampl. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2016.

FIGUEIREDO, GUILHERME JOSÉ PURVIN DE. A propriedade no direito ambiental. 3ª Edição. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MALUF, CARLOS ALBERTO DABUS. Condomínio edilício . 3. ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, 2002.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> . Acesso em: 26.mar.2017.

BRASIL. Constituição Federal. Brasília, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 26.mar.2017.

BRASIL. Lei nº. 11.771, de 17 de setembro de 2008. Política Nacional do Turismo

Brasília, 2008. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11771.htm>. Acesso em: 26.mar.2017.

BRASIL. Portaria MTUR nº. 100/2011, de 16 de junho de 2011. Política Nacional do Turismo Brasília, 2008. Disponível em: <

<http://www.turismo.gov.br/legislacao/?p=175>>. Acesso em: 26.mar.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: www.stj.jus.br. Consulta em: 21.abr.2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em:

www.tjsp.jus.br. Consulta em: 21.abr.2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Disponível em:

www.tjpe.jus.br. Consulta em: 21.abr.2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Consulta em: 21.abr.2017.

EVENTOS, MERCADO &. Reportagem: Marx Beltrão quer regulamentar Airbnb, isenção de vistos e aumentar recursos da Embratur.

Disponível em:

http://www.mercadoeventos.com.br/_destaque_/slideshow/marx-beltrao-promete-regulamentar-airbnb-isencao-de-vistos-e-aumentar-recursos-da-embratur/.

Consulta em: 18.abr.2017.

GUARDIAN, THE. Something in the Airbnb: hosts anxious as New York begins crackdown. <https://www.theguardian.com/technology/2017/feb/12/airbnb-hosts-new-york-fines-government-illegal>. Disponível em: Consulta em: 18.abr.2017.

A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS CEMITÉRIOS

Bernardo Santos Ferraz¹
Mayra Andrade Marinho Farias²

RESUMO

O presente trabalho busca abordar os aspectos relacionados a imunidade tributária que pode ou não ser concedida aos cemitérios, estes enquadrados como os -templos de qualquer cultoll citados no artigo 150, IV, b, da nossa Constituição Federal. Os cemitérios podem ser públicos ou privados, sendo este último pertencentes a igrejas e entidades religiosas ou de outro lado por pessoas comuns que buscam o lucro. Os públicos pertencem aos Municípios e, portanto, não podem ser tributados pelo simples fato de que um ente não pode tributar um outro ente. A maior discursão é quando analisamos a tributação ou não dos cemitérios privados e religiosos. Estes para serem imunes devem fazer parte da finalidade essencial dos templos de qualquer culto presentes na constituição.

Palavras- chave: Cemitério, imunidade, imposto, lei, religião, templo, igreja

ABSTRACT

The present study seeks to show the aspects involved in immunity contributing that could grant to the burial grounds (cemeteries). The Burial Grounds belongs to a group named "temples of any creed or faith", which gives immunity of taxes payments, in according to Brazilian constitution (150, IV, b). The burial grounds can be public or privet. If it's privet, belongs to churchs or companies that are seeking for profits. The public ones has as it's owners, the city government, and because of it, they cannot be taxed by other public institution, in according to the brazilian constitution. The bigger discussion is when we analise the tax payments of the burial grounds that belongs to average business people or the others that belongs to religious institutes. These to be immune must be part of the essential purpose of the temples of any creed or faith present in the constitution.

Key words: Burial ground, immunity, tax, law, religion, temple, church

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, visando a uma regulação e estruturação no nosso sistema tributário, concede aos Entes Federados (leia-se União, Estados, Municípios e Distrito Federal) a competência para legislar sobre os tributos. Ao passo que concede este poder, também o limita, para que sejam preservados determinados valores, sejam estes políticos, sociais, religiosos, dentro outros, salvaguardando entes, situações, bens e pessoas.

¹ Bacharelado em Direito no UNIESP.

² Professor orientador.

As imunidades tributárias representam uma garantia constitucional, que foi adquirida por meio de um processo evolutivo, vindo desde o Estado patrimonial (meados do século XIII) até os dias de hoje.

O aprofundamento do estudo da imunidade tributária torna-se, nos dias atuais, de suma importância devido à inclusão da iniciativa privada nas funções de serviços públicos que até então eram exercidas pelo Estado.

Dentre os agraciados com a imunidade tributária, estão presentes, no Art. 150 VI, —bll da Constituição Federal, os templos de qualquer culto, demonstrando o profundo valor que a religião tem em nossa população. O grande desafio está na limitação da interpretação do que seriam os chamados —templosll que o legislador constituinte se propôs a defender.

Por meio de uma especificidade maior, este estudo focará na prestação de serviços dos cemitérios que, no caso dos privados, apesar de preencherem todos os requisitos para sua inclusão dentre as hipóteses de imunidade tributária, sua finalidade tem fator determinante para que haja uma discussão sobre a incidência da imunidade.

Para o fim a que se propõe, este estudo será dividido em três capítulos:

O primeiro capítulo trará uma base sólida para que possamos analisar de forma mais clara o tema proposto, sendo feita uma abordagem histórica da imunidade tributária no Brasil, explicitando, logo após, como se dá a competência tributária, o conceito de imunidade tributária e uma diferenciação de extrema relevância para uma análise prática melhor entre isenção e imunidade.

O segundo capítulo trará a conexão entre as imunidades tributárias e a religião, expressa em nossa Carta Magna por meio das imunidades dos templos de qualquer culto, embargando, assim, seu conceito, sua relação histórica e suas finalidades, mediante a visão de diversos doutrinadores consagrados.

Por fim, a pesquisa entra em sua temática proposta, a imunidade tributária dos cemitérios, no terceiro e último capítulo, momento em que se fará uma análise dos cemitérios e sua longa relação com diversas crenças. Após feita tal análise, focaremos nas hipóteses de indecência de imunidade tributária nos cemitérios públicos e particulares, levando em conta sua fruição e a observação de casos relevantes para o tema, como os acórdãos que tratam exclusivamente da imunidade tributária dos cemitérios religiosos e aqueles que buscam lucro.

A escolha do tema decorreu-se pelo fato de que, apesar de ser um assunto

de extrema relevância, existem poucos estudos sobre o assunto. Os cemitérios estão presentes em nossa sociedade há muitos anos, sendo utilizados não só como depósito de material biológico, mas também como forma de cultuar o corpo de nossos falecidos, atos observados em diversas religiões. Quando a Constituição Federal usa a expressão —templos de qualquer culto para falar sobre imunidade tributária, a mesma não se refere apenas às edificações, mas a tudo que esteja relacionado com qualquer atividade religiosa, incluindo-se, assim, os cemitérios.

2 A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO DAS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS

O ato de tributar mescla-se ao surgimento da sociedade organizada, existindo, assim, desde os primórdios da sociedade. Na sua origem, os tributos eram utilizados em caráter não permanente, tendo como função a arrecadação de fundos para custear determinado objetivo, sendo mais comumente usados em épocas de guerra. Tem-se a teoria de que as primeiras dessas formas de arrecadação foram feitas na forma de presente aos líderes tribais por seus serviços prestados à comunidade, dando origem à palavra tributo.

As imunidades tributárias, como são conhecidas na atualidade, são frutos de um longo processo evolutivo, desde os primórdios da sociedade, para tornar-se hoje fundamentais para a concretização do Estado Democrático de Direito.

Podemos dizer que, antes do aparecimento das Cidades-Estados, na era das sociedades primitivas, não havia a presença das imunidades tributárias, pois, até então, os bens eram de uso coletivo, não havendo o instituto da propriedade privada. Tais bens decorriam da exploração da natureza, sendo utilizados para a própria sobrevivência, não havendo forma de expropriação.

Na era medieval, sendo o sistema vigente o feudalismo, temos aqui indícios do surgimento das imunidades tributárias, que, de início, eram tidas como privilégio das classes consideradas dominantes (nobreza e clero), sendo eximidas do pagamento dos tributos, de modo que os menos favorecidos arcassem com este encargo. Analisando tal situação, podemos notar como, de início, as imunidades

tributárias feriam diversos dos princípios que, hoje em dia, nossa sociedade defende fervorosamente, como os princípios da capacidade contributiva e da isonomia. De acordo com o tempo, a classe dominante tornou-se cada vez mais abusiva, gerando, assim, grande revolta da sociedade e, conseqüentemente, maior repulsa a tais privilégios da época.

Sobre o tema, Regina Helena Costa (2010, p.09) expõe:

A nobreza não aceitava sua função de contribuinte. Para ela, cumpria aos proletários o encargo fiscal: ou melhor, seria papel do proletariado sustentá-los. Tal situação acabou por desembocar na Revolução Francesa, quando os benefícios não mais seriam exclusivamente de uma determinada classe social, consolidando o Estado Fiscal. Antes das Revoluções, entre elas a francesa, reinava uma situação na qual tanto o clero quanto a nobreza eram instituições autônomas.

Com o fim do feudalismo, surge o Estado patrimonial, surgindo, de fato, as imunidades tributárias, sendo consideradas como uma forma de limitação do poder da realeza, homenageando o senhorio e a igreja com a imunidade tributária.

Conforme a sociedade evoluía, cada vez mais a imunidade tributária ganhava foco e estruturação. Com a formação do Estado Moderno, a mesma passou a ser controlada pelo Estado, e não mais pelo Rei. A partir de então, a imunidade sofreu uma profunda reformulação e passou a ser considerada uma limitação de tributar do agora Estado perante as liberdades preexistentes dos indivíduos.

No Brasil, as primeiras manifestações dos conceitos de imunidade tributária e capacidade contributiva mostraram-se presentes já em 1824 com a Constituição do Império, protegendo-se a Igreja Católica – que, na época, tinha forte influência por ser a religião oficial do país – e a indústria extrativista. Com a instauração do regime federativo em nosso país, a Constituição Federativa de 1891 foi moldando o ideal das imunidades tributárias com a imunidade recíproca.

No decorrer dos anos, as demais imunidades foram, aos poucos, sendo introduzidas nos textos de nossas Constituições seguintes. Na nossa atual

Constituição de 1988, mantiveram-se as imunidades já existentes, adicionando-se, em seu texto, as imunidades das taxas e contribuições, o que expressa a importância, em determinadas situações, de pessoas ou bens receberem diferentes tratamentos, devido aos seus importantes papéis em nossa sociedade.

2.2 COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

Para falarmos de imunidade tributária, devemos ter ciência de que a Constituição Federal não cria tributos, ela apenas outorga poder para que União, Estados, Municípios e Distrito Federal instituam tributos por meio das próprias leis.

Luciano Amaro (2014, p.81) traz uma definição clara e ampla do tema:

Temos assim a competência tributária – ou seja, a aptidão para criar tributos
– da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Todos têm, dentro de certos limites, o poder de criar determinados tributos e definir seu alcance, obedecidos os critérios de partilha de competência estabelecidos pela Constituição. A competência engloba, portanto, um amplo poder político no que respeita a decisões sobre a própria criação do tributo e sobre a amplitude da incidência, não obstante o legislador esteja submetido a vários balizamentos, que estudaremos no capítulo seguinte.

A competência tributária seria o poder que a Constituição Federal cede para que determinados entes políticos possam legislar, instituindo ou majorando sobre um tributo e suas hipóteses de incidência, sujeitos ativo e passivo, base de cálculo e alíquota.

Na doutrina, temos algumas divergências quanto à classificação da competência tributária. Adotaremos aqui a mais comumente utilizada, que a divide em privativa, residual e comum. A competência privativa é o poder de instituir os tributos aos entes federados atribuído com exclusividade, a este ou àquele. Com relação à residual, podemos definir como a competência concebida à União para os outros impostos além dos expressos na Constituição. Por fim, temos a comum, aquela atribuída a todos os entes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

O professor Paulo de Barros Carvalho (2007, p.228) sobre a imunidade tributária diz: —A competência tributária, em síntese, é uma das parcelas entre as prerrogativas legiferantes de que são portadoras as pessoas políticas, consubstanciada na possibilidade de legislar para a produção de normas jurídicas sobre tributos.

A competência tributária outorgada não possui caráter obrigacional, cada ente tem facultatividade para exercer ou não esse poder, de acordo com seus critérios e com sua situação política e econômica. Este poder é considerado incaducável e

irrenunciável, ou seja, o mesmo não se perde ao longo do tempo e não pode ser renunciado. Vale ressaltar que a competência tributária é indelegável, de acordo com o Art 7º da nossa Constituição Federal:

Art. 7º. A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do § 3º do Art. 18 da Constituição.

A exceção que é mencionada no artigo diz respeito não à competência tributária em si, mas sim à capacidade tributária. A capacidade tributária, sim, é delegável, devendo-se entender que é a capacidade de ser sujeito ativo, por meio de cobranças, fiscalizações e execuções. O ente político pode, por meio de lei, delegar a capacidade ativa para terceiros, passando esse terceiro a ser sujeito ativo do tributo.

A instituição dos tributos se dá exclusivamente por meio de lei ou instrumento normativo que detém forma de lei, como a Medida Provisória.

Devemos aqui fazer uma rápida menção sobre o termo capacidade tributária, comumente confundido com a competência tributária. Não podemos confundir tais termos, que se apresentam completamente diferentes. A capacidade tributária é delegável, provém da Constituição ou de lei, é exercida mediante atos administrativos e pode ser revogada a qualquer tempo por aquele que a tenha conferido. Já a competência tributária é indelegável, só pode ser concedida pela Constituição Federal, é exercida por lei e pode ser alterada por Emenda Constitucional.

2.3 CONCEITO DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

Assim como a Constituição define competência tributária aos entes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), conferindo poder para legislar sobre os tributos, exigindo-os em determinadas situações ou pessoas, nossa Carta Magna também define que haja situações e pessoas que não sejam oneradas por tais tributos. Temos, assim, a imunidade tributária, ficando imune de tributação certa especificidade pessoal ou material, em razão de norma constitucional.

Alguns autores entendem que a imunidade tributária tem dupla natureza,

podendo ser considerada como norma constitucional demarcatória da competência tributária, contendo hipótese de intributalidade. Por outro lado, pode ser considerada como um direito público subjetivo das pessoas que são direta ou indiretamente por ela agraciadas.

As normas imunizantes tributárias, em sua grande maioria, estão consolidadas na Constituição Federal em seu Art. 150, IV, que assim estabelece:

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

VI - instituir impostos sobre:

patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

templos de qualquer culto;

patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.
(Constituição Federal, 2003, p.99/100).

As imunidades tributárias buscam a proteção e a preservação dos valores que nossa Constituição elege como relevantes, tais como o acesso à informação, à liberdade de expressão, à atuação de certas entidades, à liberdade religiosa e outros. As mesmas preconizam os princípios e garantias constitucionais, para que haja uma limitação no poder de tributar. O doutrinador Hugo de Brito Machado (2002, p. 241) cita:

A imunidade é o obstáculo decorrente de regra da Constituição à incidência de regra jurídica de tributação. O que é imune não se pode ser tributado. A imunidade impede que a lei defina como hipótese tributária aquilo que é imune. É limitação de competência. O importante é notar que a regra de imunidade estabelece exceção. A Constituição define o âmbito do tributo, vale dizer, o campo dentro do qual pode o legislador definir a hipótese de incidência da regra de tributação. A regra de imunidade retira desse âmbito uma parcela, que torna imune. Opera a regra imunizante, relativamente ao desenho constitucional do âmbito do tributo, da mesma forma que opera a regra de isenção relativamente à definição da hipótese de incidência tributária.

As pessoas, bens e situações imunes são abrangidas pelos contornos das regras de competência tributária, por meio de normas implícitas e explícitas. Outro doutrinador que traz relevante definição sobre o tema é Roque Antônio Carrazza (2010, p.746), dizendo que:

A imunidade tributária é um fenômeno de natureza constitucional. As normas constitucionais que, direta ou indiretamente, tratam do

assunto, fixam, por assim dizer, a incompetência das entidades tributantes, para onerar, com exações, certas pessoas, seja em função de sua natureza jurídica, seja porque coligadas a determinados, fatos, bens ou situações[...].

Por meio de toda esta análise acerca de como a Constituição Federal disciplinou rigorosamente sobre a prática das competências tributárias, retirando do legislador constituinte a faculdade de definir o alcance das normas jurídicas que legislam sobre os tributos, pode-se afirmar que a norma imunitória apresenta-se como uma —incompetência tributária¹¹, compartilhando desta opinião boa parte dos doutrinadores.

2.4 IMUNIDADE X ISENÇÃO

No dia a dia da esfera jurídico-tributária, é comum que as pessoas encontrem dificuldade em diferenciar a definição de imunidade e de isenção, visto que, na prática, as duas têm efeito idêntico: liberam o contribuinte de efetuar o pagamento do tributo. Devemos aqui distinguir estes termos, pois, para o Direito Tributário, imunidade e isenção são inconfundíveis.

Grande parte dos doutrinadores costumam abordar sobre a imunidade e a isenção em conjunto, visando a uma maior facilidade na distinção desses temas, apresentando os principais pontos em que se assemelham e se diferenciam. Um dos doutrinados que vão contra esta forma de estudo é Paulo de Barros Carvalho (2007, p.198):

São categorias jurídicas distintas, que não se interpenetram, mantendo qualquer tipo de relacionamento no processo de derivação ou fundamentação, a não ser em termos muito oblíquos e indiretos. A conclusão é no sentido de que não se pode delinear paralelismo entre as mencionadas instituições, como o faz a doutrina brasileira.

Como visto anteriormente, a imunidade tributária é a vedação de cobrança de tributo ou renúncia fiscal que decorre da Constituição Federal. Portanto, mesmo nos casos em que o legislador constituinte utiliza o termo —isenção¹² no texto, o mesmo, na verdade, está falando de imunidade. A isenção é uma lei infraconstitucional que estabelece a não incidência de tributação em certos sujeitos ou situações. Lembrando que o ente não é obrigado a recolher tributos em todo e qualquer caso, ele pode dispensar legalmente o recolhimento em situações predeterminadas.

Alexandre Mazza (2015, p.351) discorre sobre o assunto:

(...) a imunidade é uma norma constitucional que limita a competência tributária, afastando a incidência de tributos sobre determinados itens ou pessoas. Assim, a imunidade opera no plano constitucional interagindo com as regras que definem a competência para instituição de tributos antes que o fato gerador ocorra. A isenção é um benefício legal concedido pelo legislador que, excluindo o crédito tributário (Art. 175 do CTN), libera o contribuinte de realizar o pagamento do tributo após a ocorrência do fato gerador.

A imunidade está relacionada com a competência do ente para tributar, enquanto a isenção tem atuação no seu exercício. Assim, nos casos em que uma determinada situação é imune, estamos dizendo que a mesma está fora da competência do Estado. Quando falamos de isenção, o Estado tem competência, mas preferiu não a exercer, prevendo que tal situação estaria, mediante lei infraconstitucional, isenta.

Luciano Amaro (2014, p.117) diferencia os temas da seguinte forma:

Basicamente, a diferença entre a imunidade e a isenção está em que a primeira atua no plano da definição da competência, e a segunda opera no plano do exercício da competência. Ou seja, a Constituição, ao definir a competência, excepciona determinadas situações que, não fosse a imunidade, quedariam dentro do campo de competência, mas, por força da norma de imunidade, permanecem fora do alcance do poder de tributar outorgado pela Constituição. Já a isenção atua noutro plano, qual seja, o do exercício do poder de tributar: quando a pessoa política competente exerce esse poder, editando a lei instituidora do tributo, essa lei pode, usando a técnica da isenção, excluir determinadas situações, que, não fosse a isenção, estariam dentro do campo de incidência da lei de tributação, mas, por força da norma isentiva, permanecem fora desse campo.

Vale destacar que a isenção tem aplicação estrita, sendo interpretada literalmente de acordo com a norma. Já a imunidade admite interpretação ampla, sendo norteadas e levando em consideração os princípios constitucionalmente consagrados.

2.5 CLASSIFICAÇÃO DAS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS

As classificações apresentadas pela doutrina são as mais diversas, algumas de uma forma mais simplificada e outras desenvolvidas em várias subclassificações. Objetivou-se aqui uma compilação simples entre algumas doutrinas, apenas para um

melhor entendimento e prosseguimento do tema proposto com clareza. Então, temos:

2.5.1 Imunidade objetiva: são aquelas em que a imunidade incide sobre próprio objeto em si. Está presente no Art. 150, VI, —all da Constituição Federal.

2.5.2 Imunidade subjetiva: são aquelas em que a imunidade incide e é considerada de acordo com a condição pessoa, protegendo, assim, seu patrimônio, renda e serviços. Está presente no Art. 150, § 2º e 4º da Constituição Federal.

2.5.3 Imunidade recíproca: os entes políticos não podem tributar-se reciprocamente por meio de impostos sobre seus patrimônios, renda e serviços. Presente no Art. 150, VI, —all da Constituição Federal. De uma forma brilhante, Paulo de Barros Carvalho (2007, p.199) demonstra porque se faz necessária a existência de tal imunidade.

A imunidade recíproca, prevista no Art. 150, VI, a, da Constituição é uma decorrência pronta e imediata do postulado da isonomia dos entes constitucionais, sustentado pela estrutura federativa do Estado brasileiro e pela autonomia dos Municípios. Na verdade, encerraria imensa contradição imaginar o princípio da paridade jurídica daquelas entidades e, simultaneamente, conceder pudessem elas exercer suas competências impositivas sobre o patrimônio, a renda e os serviços, umas com relação as outras.

2.5.4 Imunidade genérica: segundo Regina Helena Costa (2013, p.59),

As imunidades genéricas são, como visto, as contidas no Art. 150, VI, e §§ 2º a 4º, da Lei Maior, e assim denominadas porque dirigem vedações a todas as pessoas políticas, abrangendo quaisquer impostos que recaiam sobre o patrimônio, a renda e os serviços das entidades consideradas. Portanto, outras espécies de tributos, como taxas e contribuições, estão forado alcance de tais normas.

O termo genérico se dá, pois são aquelas que têm um campo de aplicação para todos os impostos. Conferem imunidade aos entes elencados no Art. 150, IV da Constituição Federal. São eles:

- Imunidade recíproca às pessoas políticas (Art. 150, VI, —all da CF).
- Imunidade do patrimônio, renda e serviços das Autarquias e Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público (Art. 150, §2º da CF).

- Imunidade do patrimônio, da renda e dos serviços dos templos de qualquer culto (Art. 150, VI, —bll da CF). Imunidade dos Partidos Políticos, Sindicatos dos empregados, Instituições assistências e educacionais sem fins lucrativos (Art. 150, VI, —cII da CF).
- Imunidade dos jornais, livros, periódicos e o papel destinado a sua impressão (Art. 150, VI, —dII da CF).

3 IMUNIDADE DOS TEMPLOS DE QUALQUER CULTO

3.1 A RELIGIÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A religião é um dos pilares de nossa sociedade desde seus primórdios, atuando desde a manutenção do Estado até na formação e educação das pessoas. Talvez a separação da religião e o Estado tenha sido uma das maiores conquistas democráticas do mundo. A influência da religião é tanta que a sociedade contemporânea criou uma classificação para os Estados, de modo que eles podem ser Laicos, Confessionais ou Ateus.

O Estado Laico é aquele que não possui uma religião oficial, procurando ser neutro em temas religiosos para garantir a liberdade religiosa, a isenção e a justiça em seus órgãos estatais. Sendo neutro e imparcial, busca respeitar todas as crenças existentes, almejando uma boa convivência entre seus cidadãos. O Estado Confessional possui uma religião reconhecida como oficial no Estado, gozando tal religião de privilégios, assim como seus representantes. Por fim, temos o Estado Ateu, em que se prega a rejeição a todas as formas de religião, buscando suprimir totalmente a liberdade religiosa ou dificultando sua prática.

A presença da religião no ordenamento jurídico brasileiro se faz presente desde nossa primeira Constituição. A Constituição Imperial de 1824, que estabeleceu no Brasil a Monarquia hereditária e aplicou quatro poderes, sendo eles o Executivo, Legislativo, Judiciário e o Moderador (este último exercido pelo imperador), já trazia a religião católica romana como religião oficial, fazendo com que o Brasil fosse considerado um Estado Confessional. A Constituição de 1824 é considerada a de maior vigência em nossa país, visto que a mesma perdurou por mais de 65 anos. Conforme preceituado no artigo 5º da Carta Magna de 1824: “A religião católica romana continuará a ser a religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico ou particularmente, em casas

para isso destinadas, sem forma alguma exterior de temploll.

Apesar de trazer como religião oficial a católica romana, era permitido o culto doméstico a outras religiões, havendo a liberdade de crença sem liberdade de culto. Resumidamente, a Igreja Católica desfrutava de todos os benefícios que provinham dessa qualificação, e aqueles que fossem adeptos de outras religiões acabavam por sofrer forte discriminação pela sociedade em geral.

A Igreja exercia, na época, tanta influência que o Imperador só era aclamado se jurasse manter a religião oficial. Pode ser observado também que, durante o período Imperial, não existia uma real liberdade religiosa, pois mesmo o culto católico podendo ser realizado de forma livre, desfrutando de certos privilégios, havia diversas restrições com relação à organização e ao funcionamento da então religião oficial.

Nossa segunda constituição, em 1891, marca uma República Presidencialista no país, tendo como contexto histórico a recente Proclamação da República ocorrida em 1889, ocorrendo um desejo de romper a forte ligação que até então havia do Estado com a Igreja Católica. Em 1890, por meio de um decreto, o Brasil, então, tornou-se um Estado laico, sendo este um momento marcante, pois agora nosso país se via separado de uma religião oficial, permitindo a liberdade de crença e de culto, rompendo, assim, os laços fortes que havia com a Igreja Católica. A Constituição de 1891 consagra, assim, o Estado Laico, separando Igreja e Estado, consolidando um dos princípios básicos em nossa sociedade, sendo este o da liberdade. Em seu Art. 72, §3º, a Constituição da República consagra a liberdade religiosa: —Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comumll.

Ao longo dos anos, a liberdade religiosa passou por um processo evolutivo até chegarmos à nossa atual Constituição de 1988, considerada de extrema importância para os direitos humanos e para a cidadania. Com a liberdade religiosa agora expressa no texto constitucional, assegura-se a liberdade de crença, de culto e de organização religiosa. A liberdade religiosa seria a autonomia de escolher sua religião, de aderir ou não, de mudar de uma religião livremente.

Segundo o doutrinador Alexandre de Moraes (2002, p.215):

A conquista constitucional da liberdade religiosa é verdadeira consagração de maturidade de um povo, pois, como salientado por Themístocles Brandão Cavalcanti, é ela verdadeiro desdobramento da liberdade de pensamento e manifestação.

A abrangência do preceito constitucional é ampla, pois sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto. O constrangimento à pessoa humana de forma a renunciar sua fé representa o desrespeito à diversidade democrática de ideias, filosofias e a própria diversidade espiritual.

No preâmbulo de nossa atual Carta Magna, ainda há resquícios do forte poder religioso em nossa sociedade, o que se pode observar no trecho em que se registra que foi promulgada —sob a proteção de Deus¹¹. Há grande discussão quanto a essa menção feita no preâmbulo, defendendo alguns doutrinados que ele vai contra a liberdade religiosa defendida.

3.2 CONCEITO DE TEMPLOS DE QUALQUER CULTO

A Constituição Federal, em seu Art. 150, VI, —bll, concede a imunidade tributária ao patrimônio, renda e serviços dos templos de qualquer culto. Deve ser frisado logo de início que essas imunidades apenas se valem para os impostos, não se aplicando em outras formas que recolhimento do Estado, tais como as contribuições de melhorias, taxas e demais. Ao conceder tal imunidade, estamos diante de uma reafirmação de um dos direitos fundamentais, a liberdade da prática religiosa, também inserido em nossa Carta Magna no Art. 5, VI a VII.

Para um melhor entendimento da aplicação da tal imunidade, de início, devemos aqui traçar conceitos sobre culto e templo. O culto em síntese é qualquer forma de manifestação organizada de religiosidade. Sobre a definição, Eduardo Sabbag (2015, p.337) diz que:

(...) culto é a manifestação religiosa cuja liturgia adstringe-se a valores consonantes com o arcabouço valorativo que se estipula, programática e teleologicamente, no texto constitucional. Assim, o culto deve prestigiar a fé e os valores transcendentais que a circundam, sem colocar em risco a dignidade das pessoas e a igualdade entre elas, além de outros pilares de nosso Estado. Com efeito, é imprescindível à seita a obediência aos valores morais e religiosos, no plano litúrgico, conectando--se a ações calcadas em bons costumes (arts. 1º, III; 3º, I e IV; 4º, II e VIII, todos da CF), sob pena donão reconhecimento da qualidade de imune.

A partir de tal definição, podemos perceber que a proteção concedida aos

cultos apenas vale para aqueles que não incitem a violência, os sacrifícios humanos, o racismo, o fanatismo e demais. Respeitados os valores morais, até a forma de manifestação mais extravagante ou exótica pode ser considerada como culto.

Com o intuito de somar vários tipos de visão sobre o tema, o professor Roque Antonio Carrazza (2010, p. 802) define culto como uma —confissão religiosa, definindo-o da seguinte forma:

Confissão religiosa nada mais é que uma entidade dotada de estrutura orgânica hierarquizada, instituída com o objetivo fundamentado de agrupar, de modo permanente, pessoas que partilham das mesmas crenças transcendentais, vale dizer, que nutrem a mesma fé numa dada divindade. Nesse sentido, são confissões religiosas não só a Igreja Católica e as nascidas da Reforma Protestante, como as que adotam fórmulas mais elementares e variadas de organização (sinodal, congregacionista etc.). Também merecem esta qualificação as comunidades judaicas e muçulmanas, que, embora se caracterizem pela dispersão e multiplicidade e se relacionem mais por vínculos religiosos que jurídicos, têm uma fé comum.

Logo, para ele, culto seria a reunião de pessoas, tendo como finalidade a disseminação da fé e da religião, esta devendo ser constante e periódica.

Já a definição de templo possui larga ampliação semântica, e a doutrina tem encontrado dificuldades em reduzi-lo a planos cartesianos. Na prática, o que se pode perceber são diversas igrejas ao redor do mundo com seus cultos das formas e organizações mais diversificadas possíveis, sendo enquadradas, mesmo assim, em uma só definição. Diante da realidade, mostre-se o motivo pelo qual se torna tão difícil uma definição precisa de templo.

A palavra —templum vem do latim *templum* (terreno sagrado, santuário) e costuma ser usada em termos gerais para indicar o local em que são celebrados cultos religiosos ou cerimônias, incluindo também toda a estrutura das atividades ali envolvidas. Em um sentido restrito, templo é considerado, única e exclusivamente, o local onde são celebrados os cultos religiosos.

Devido à crescente evolução e crescimento das mais diversas religiões e seus templos, existem três teorias sobre a conceituação do termo que serão citadas aqui, retiradas também do livro do professor Eduardo Sabbag (2015, p.338 – 339):

Teoria Clássico-restritiva (Concepção do Templo-coisa):
Conceitua o templo como o local destinado à celebração do culto. Pauta-se na coisificação do templo religioso (*universitas rerum*, ou seja, o conjunto de coisas), que se prende, exclusivamente, ao local do culto. Exemplo: não deve haver a incidência de IPTU sobre o imóvel – ou parte dele, se o culto, v.g., ocorre no quintal ou terreiro da casa – dedicado à celebração religiosa; não deve haver a incidência

de IPVA sobre o chamado templo-móvel (barcaças, caminhões, vagonetes, ônibus etc.); entre outras situações. Como defensores dessa concepção, aproximam-se Pontes de Miranda, Sacha Calmon Navarro Coêlho, entre outros.

Teoria Clássico-liberal (Concepção do Templo-atividade):

Conceitua o templo como tudo aquilo que, direta ou indiretamente, viabiliza o culto. Nessa medida, desoneram-se de impostos o local destinado ao culto e os anexos deste (universitas juris, ou seja, o conjunto de relações jurídicas, afetas a direitos e deveres). Como defensores dessa concepção, aproximam-se Aliomar Baleeiro, Roque Antônio Carrazza e Hugo de Brito Machado.

Note alguns didáticos exemplos na linha de defesa dessa concepção: não deve haver a incidência de IPTU sobre a residência do religioso, sobre a casa ou salão paroquial, sobre o centro social, sobre todos os anexos ao templo, como nítidas pertenças do templo;

não deve haver a incidência de IPTU sobre o local destinado à aprendizagem da liturgia (conventos ou outras habitações de comunidades religiosas);

não deve haver a incidência de IPVA sobre o veículo (carro, avião, barco) utilizado pelo religioso para a realização do trabalho eclesiástico.

Para Aliomar Baleeiro, não se deve considerar templo —apenas a igreja, sinagoga ou edifício principal, onde se celebra a cerimônia pública, mas também a dependência acaso contígua, o convento, os anexos por força de compreensão, inclusive a casa ou residência do pároco ou pastor, desde que não empregados em fins econômicos.

É possível notar que as duas correntes até aqui apresentadas — a do templo-coisa e a do templo-atividade — apresentam uma característica comum: limitam a imunidade ao local do culto e ao conjunto de bens e atividades vinculadas a ele. O STF, aliás, sob a égide da Carta Magna de 1946, assim se posicionava:

EMENTA: A imunidade estatuída no Art. 31, V, —II, da Constituição (1946), é limitada, restrita, sendo vedado à entidade tributante lançar impostos sobre templos de qualquer culto, assim entendidos a igreja, o seu edifício, e dependências. Um lote de terreno, isolado, não se pode considerar o solo do edifício do templo.

(RE 21.826/DF, 2ª T., rel. Min. Ribeiro da Costa, j. 02-07-1953).

Teoria Moderna (Concepção do Templo-entidade):

Conceitua o templo como entidade, na acepção de instituição, organização ou associação, mantenedoras do templo religioso, encaradas independentemente das coisas e pessoas objetivamente consideradas. No sentido jurídico, possui acepção mais ampla que pessoa jurídica, indicando o próprio —estado de ser, a —existência, vista em si mesma.

Nessa medida, o templo-entidade extrapola, no plano conceitual, o formato da universitas rerum, destacado na teoria clássico-restritiva, e a estrutura da universitas juris, própria da concepção clássico-liberal, aproximando-se da concepção de organização religiosa, em todas as suas manifestações, na dimensão correspondente ao culto. Curiosamente, segundo Flávio Campos, o texto constitucional registra o vocábulo entidade —exatas cinquenta e duas vezes e, em todas elas, emprega-o com este sentido de ‘instituição’, ‘associação’, ‘organização’. Como defensores dessa concepção, aproximam-se José Eduardo Soares de A nosso sentir, a concepção moderna tem-se mostrado a mais adequada à satisfação da problemática que circunda a tributação dos templos religiosos que, em virtude do dinamismo que tem orientado a atividade, com questões jurídicas as mais variadas possíveis, requerem do exegeta um certo despreendimento das estruturas formais, a fim de atingir a ratio legis e propor a justiça fiscal aos casos concretos. Melo, Marco

Aurélio Greco, Celso Ribeiro Bastos, entre outrosll.

Percebe-se como se tem grande divergência na doutrina, alternando entre uma aplicação mais restrita, entendendo-se os templos como apenas a construção física e material; até uma interpretação mais abrangente, que transcenda os limites físicos da edificação, levando em consideração toda a sua estruturação.

Sobre ambos os conceitos Paulo de Barros Carvalho (2007, p.200) diz:

Dúvidas surgiram sobre a amplitude semântica do vocábulo culto, pois, na conformidade da acepção que tomarmos, a outra palavra — templo — ficará prejudicada. Somos por uma interpretação extremamente lassa da locução culto religioso. Cabem no campo de sua irradiação semântica todas as formas racionalmente possíveis de manifestação organizada de religiosidade, por mais estrambóticas, extravagantes ou exóticas que sejam. E as edificações onde se realizarem esses rituais haverão de ser consideradas templos. Prescindível dizer que o interesse da coletividade e todos os valores fundamentais tutelados pela ordem jurídica concorrem para estabelecer os limites de efusão da fé religiosa e a devida utilização dos templos onde se realize. E quanto ao âmbito de compreensão destes últimos (os templos), também há de prevalecer uma exegese bem larga, atentando-se, apenas, para os fins específicos de sua utilização.

O esclarecimento dos conceitos de culto e templo são imprescindíveis para o entendimento da aplicação da imunidade que nossa Carga Magna concede, pois assim poderemos ter uma noção de sua finalidade e o que se busca proteger em nossa sociedade. Nossa legislação maior não oferece elementos linguísticos capazes de informar claramente quais seriam os serviços, rendas e patrimônios dos templos que deveriam ou não ser imunes. Como foi dito nos capítulos anteriores, a religião e o Estado sempre tiveram relações muito estreita, às vezes até se confundindo, fazendo com que tal relação atualmente seja delicada e de extrema relevância.

3.3 FINALIDADE ESSENCIAL DO TEMPLO DE QUALQUER CULTO

Para analisarmos melhor as finalidades dos —templos de qualquer cultoll, devemos interpretar o Art. 150, VI, b, em conjunto com o §4 do mesmo artigo. Após feita essa análise, fica demonstrado que a imunidade tributária se aplicará aos templos de qualquer culto, compreendendo exclusivamente o patrimônio, a renda e

os serviços relacionados com as finalidades essenciais destes.

A norma constitucional, por abranger todas as formas de religião, utiliza-se da essencialidade como forma de regulamentar e delimitar o pagamento ou não dos impostos pelas entidades imunes. A grande problemática é que nossa Carta Magna não informa quais seriam estes serviços relacionados à finalidade essencial, trazendo indagações do que seria considerado como tal. Assim, citada a norma constitucional com relação aos templos de qualquer culto, não se sabe ao certo quais seriam as finalidades essenciais.

Sobre o tema, Regina Helena Costa (2013, p.61) fornece a seguinte definição:

A renda considerada imune é aquela que decorre da prática do culto religioso, compreendendo as doações dos fiéis (incluindo as esmóltulas e os dízimos) bem como as consequentes de aplicações financeiras, pois estas visam à preservação do patrimônio da entidade.

Ainda, os serviços religiosos são imunes, gratuitos ou não, mesmo que envolvam o fornecimento de mercadorias, como ocorre na assistência aos pobres.

[...]

Finalidades essenciais são aquelas inerentes à própria natureza da entidade – vale dizer, os propósitos que conduziram à sua instituição. Finalidades essenciais dos templos de qualquer culto, portanto, são a prática do culto, a formação de religiosos, o exercício de atividades filantrópicas e a assistência moral e espiritual aos fiéis.

No mesmo entendimento da professora Regina Helena Costa, Yashiaki Ichiara (2001, p.239) explicita que:

Havendo vendas no recinto do templo, de catecismo, bíblias, livros religiosos, santinhos, revistas, emblemas da instituição, água benta, pílulas de Frei Damião, santos de barro, de porcelana, de madeira etc., hóstia, vinho utilizado exclusivamente na celebração de missas, velas consumidas durante o culto etc., por serem atividades diretamente ligadas ao templo ou ao culto, entendem-se incluídas na imunidade.

Ambos os autores citados acima compartilham da posição doutrinária majoritária sobre o assunto, ou seja, uma teoria mais ampla, devendo ser considerada a origem desse patrimônio ou serviço como elemento-chave para a análise da aplicabilidade ou não da imunidade tributária.

Os templos, como, por exemplo, as igrejas, podem arrecadar recursos das formas mais diversas, seja por meio de dízimos, vendas de produtos religiosos internos, ofertas, cerimoniais de casamentos, batizados e demais. Dito isto, deve-se analisar caso a caso a relação destas formas de arrecadação com a finalidade

essencial do templo.

4 A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS CEMITÉRIOS

4.1 CONCEITO E CONTEXTO HISTÓRICO DOS CEMITÉRIOS NO BRASIL

O cemitério, em um sentido mais comum, utilizado no dia a dia, pode ser considerado o lugar onde são sepultados os cadáveres e, na maioria dos casos, considerados lugares de prática religiosa.

Em sentido jurídico, cemitério é um bem imóvel, público ou privado, de uso especial, fiscalizado pelo poder público municipal, negócio jurídico de concessão ou locação, onde são sepultados os mortos.

Cemitério vem do latim *coemeterium*, que, por sua vez, deriva de *cinisterium* (cinos: doce e renor: mansão), como do grego *kouméterion*, de *kaimão*, que significa —eu durmoll. Nos tempos primitivos, o cemitério era considerado o local onde as pessoas dormiam. Só após os primeiros séculos que o termo assumiu o significado de necrópole. Não se sabe ao certo o exato surgimento dos cemitérios como os conhecemos hoje. É grande a possibilidade de que tenham surgido quando os homens começaram a se fixar em regiões determinadas e com o surgimento da propriedade privada.

No Brasil, os primeiros cemitérios eram nas próprias Igrejas, porém os sepultamentos obedeciam a uma determinada hierarquia, fazendo com que quem doasse mais fosse sepultado mais próximo ao altar-mor ou nas vizinhanças desses locais. Os acatólicos, judeus, protestantes, escravos e outros eram proibidos de ser sepultados na igreja.

Somente alguns anos depois, surgiram os cemitérios ao céu aberto, porém, ainda assim, sob o domínio da Igreja, sendo dela o encargo de administrar os locais. Esses novos cemitérios foram criados graças à Carta Régia, do Príncipe Regente ao Governador de Minas Gerais, fazendo Sua Alteza o pedido no sentido de que, por questões satânicas, os corpos fossem enterrados em cemitérios construídos em um local separado de Vila Rica.

O surgimento de cemitérios públicos e privados só ocorreu após a

secularização, concretizada com o Decreto nº 119-A, em 1890, baixado pelo Governo Provisório de 1889-91. Na época, deveria haver cemitérios civis públicos, para que quaisquer defuntos, independente de religião ou como haviam falecidos, pudessem ser sepultados.

Em nossas Constituições, a primeira a legislar sobre os cemitérios foi a Constituição de 1891, que, em seu artigo 71, §5º, determinou que: —Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral e as leis. Aqueles cemitérios que não foram passados para o Poder Público por expropriação ou acordo continuaram sendo propriedade de quem já os possuía, podendo ser utilizados apenas como campo santo.

Após diversas Constituições ao longo dos anos, passando por modificações no que tange a este assunto, nossa atual Constituição de 1988 nada dispõe sobre tal matéria. Atualmente, existem no Brasil cemitérios públicos e privados, sendo livre a implementação de novos, desde que sejam sempre submetidos ao poder de polícia mortuária dos municípios.

4.2 A NATUREZA JURÍDICA DOS CEMITÉRIOS

De início, faz-se necessário frisar novamente que os cemitérios são bens imóveis, sendo eles públicos ou privados, de uso especial. Os mesmos são destinados ao sepultamento dos cadáveres ou de seus restos mortais, sob o poder da polícia mortuária do município. Podemos perceber, com a definição acima, que os cemitérios podem ser públicos, levando em consideração que pertencem de fato ao Poder Público ou privado. No entanto, apesar de pertencerem a qualquer um, a Administração Pública exercerá o seu poder de polícia sobre eles.

As opiniões no que tange à real finalidade dos cemitérios não são unânimes. Alguns acreditam que os cemitérios servem unicamente como local de sepultamento de cadáveres ou seus restos mortais para a proteção da saúde da sociedade, evitando a disseminação de doenças e demais consequências que podem ser geradas a partir da decomposição dos corpos. Olhando por esse prisma, vemos unicamente uma importância de cunho sanitário para os cemitérios.

Outra forma de observar os cemitérios seria sob a ótica religiosa. Nas mais diversas religiões, o cemitério tem papel fundamental como forma de cultuar o corpo do falecido. Esses locais são considerados sagrados, podendo ser o sepultamento uma forma de homenagear o falecido, sendo realizados diferentes ritos, de acordo com cada religião, para demonstração de fé e crença. Dessa forma, o termo —templo de qualquer cultoll que é imunizado em nosso país é percebido de forma mais clara, pois essa imunidade abrange a instituição religiosa como um todo.

4.3 IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS CEMITÉRIOS PÚBLICOS

O cemitério tem um papel fundamental ao longo da história em diversas religiões, representando uma forma de cultuar o corpo do falecido. Atualmente, os mesmos estão situados em domínio público ou privado. Podem ser considerados como públicos os que estão situados em terreno público e são administrados de forma direta pelo Município ou explorados por terceiros mediante uma concessão. Estes cemitérios terão caráter exclusivamente secular, em face do laicismo constitucional do Estado brasileiro.

Pelo fato de os cemitérios municipais serem bens públicos de uso especial, pode-se constatar que os túmulos são de propriedade do Poder Público, apenas havendo a concessão de seu uso ao administrador, de acordo com regras previamente estabelecidas. Sobre o tema, faz-se necessário citar os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles (2008, p.465):

Os terrenos dos cemitérios municipais são bens de domínio público de uso especial, razão pela qual não podem ser alienados, mas simplesmente concedidos aos particulares para as sepulturas, na forma do respectivo regulamento local. Daí a exata afirmativa de Trobatas de que -a concessão de uso dos terrenos de cemitérios é um modo de utilização privativa do domínio público, segundo a sua destinação específicall. Essa concessão de uso é revogável desde que ocorram motivos de interesse público ou seu titular descumpra normas de utilização, consoante têm entendido uniformemente os Tribunais.

Fica claro que é delegada apenas a execução de um serviço público, sendo observados limites contratuais e legais. O Estado é o responsável pela prestação de serviços públicos e, quando não se acha capacitado para tanto, seja por não dispor de meios suficientes ou adequados, concede essa atribuição, para que uma

empresa cumpra a finalidade.

O Estado realiza um contrato de concessão do serviço público, sendo estabelecida uma tarifa a ser cobrada do usuário pelo poder concedente, formulada a partir da análise dos custos da atividade desenvolvida. Em outras palavras, essa concessão significa que o custeio da realização dos serviços que seriam cumpridos pelo Estado é transferido para os usuários. Levando em conta que a empresa tem o dever de pagar o determinado valor ao poder concedente, a mesma inclui no valor do serviço a sua própria manutenção e o custo do valor da outorga, demonstrando que o custeio dos serviços é transferido aos usuários.

A Lei 8.987 de 1995, levando em conta suas alterações posteriores, demonstra a regulamentação para que terceiros possam exercer a administração de cemitérios públicos, mesmo terceiros alheios à Administração Pública:

Art. 2º - Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

- poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;
- concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;
- concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;
- permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

A concessão pública, de uma forma geral, possui bons resultados para a poder público, pois, se o mesmo não se sente apto, de acordo com seus fundamentos, para a prestação de determinados serviços à sociedade, a concessão desta prestação a terceiros que possuem as devidas condições para realizá-las se torna benéfica tanto para o próprio poder, quanto para a sociedade em si, que usufruirá de um serviço realizado com êxito.

Analisando os cemitérios propriamente ditos, vemos que, em diversos casos, é inviável ao poder público arcar com uma estrutura administrativa, física e funcional

para o atendimento de uma demanda enorme de óbitos que, infelizmente, ocorrem em todo o Brasil. Seria uma tarefa extremamente árdua e complexa de se realizar com qualidade, dada a quantidade de cemitérios que é necessária para suportar os sepultamentos. Percebe-se o quanto se torna sensata a concessão deste serviço a terceiros, para que haja mais eficiência, observando-se sempre a qualidade do serviço oferecido pelo terceiro e a regulamentação para a concessão.

Nos casos em que há a ausência da concessão, os cemitérios públicos serão administrados diretamente pelo Município, que arcará com a realização dos sepultamentos dos mortos por meio de seus próprios órgãos e recursos, sendo uma responsabilidade exclusiva do mesmo. Uma vez que os Municípios realizam a administração dos cemitérios, estes ficam livres dos pagamentos de impostos, de acordo com a imunidade recíproca. A imunidade recíproca veda que uma pessoa política institua impostos sobre a outra.

Fazendo uma rápida explanação pela imunidade recíproca das pessoas políticas, vale salientar que é a mais antiga exoneração constitucional tributária. Seu surgimento ocorreu em 1891, Art. 10, na primeira Constituição Republicana. Em seu teor, o artigo cita: —É proibido aos Estados tributar bens e rendas federais ou serviços a cargo da União, e reciprocamentell.

A imunidade recíproca decorre de vários princípios, como o federativo e a autonomia, além da isonomia das pessoas políticas. O princípio federativo porque, se uma pessoa política pudesse cobrar impostos da outra, estaria interferindo em sua autonomia, podendo gerar problemas econômicos que, por seguinte, teria a possibilidade de atrapalhar a realização do objetivo em si da pessoa tributada. O princípio da isonomia das pessoas políticas é observado pelo fato de que, se uma pessoa política tributa outra, estaria criando um ambiente de supremacia e relação de dominação, o que é vedado pelo princípio.

4.4 IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS CEMITÉRIOS RELIGIOSOS E PRIVADOS

A legislação brasileira permite ao poder público se utilizar da colaboração de particulares para o desenvolvimento de seus serviços para garantir um bom funcionamento. Nos cemitérios, é permitida a sua concessão ou permissão pelo poder público, neste caso, o Município, a qual cabe analisar cada caso em particular

e decidir qual das duas modalidades atenderia melhor o interesse de todos, pois é ele quem regulamenta, disciplina e fiscaliza os cemitérios privados.

Os serviços prestados pelo cemitério serão regidos pelas leis de seus respectivos municípios, sejam estas a Lei Orgânica, leis locais e atos normativos sobre o tema. A concessão de tal serviço também deve observar as normas que versam sobre competências ditadas pelos Estados e a União que são hierarquicamente superiores.

Quando falamos sobre cemitérios privados, estes podem ser os pertencentes a instituições religiosas e aqueles que pertencem a terceiros quaisquer, que geralmente o utilizam para fins comerciais com a venda e o aluguel de túmulos.

Ambos tipos de cemitérios citados acima são objeto de constante debate entre doutrinadores no que se diz respeito à imunidade tributária destes, sendo os cemitérios considerados, extensivamente ou não, uma extensão do templo religioso.

Houve dois importantes julgamentos de Recursos Extraordinários do STF que versaram sobre a incidência do IPTU nestes cemitérios, que se faz necessário citar aqui.

Para um melhor entendimento sobre o assunto, é importante explanar rapidamente sobre o que é o IPTU. O Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) é uma das espécies de imposto de competência municipal, incidente sobre patrimônio imobiliário, mais especificamente sobre prédios e terrenos localizados na área urbana.

Primeiramente, iremos falar sobre os cemitérios que pertencem a instituições religiosas. O Recurso Extraordinário 578562 do Supremo Tribunal Federal, tendo como Relator o Ministro Eros Roberto Grau, analisou o caso da Sociedade da Igreja de São Jorge e Cemitério Britânico, que pedia o reconhecimento da não incidência do IPTU sobre o terreno em que estava construído o cemitério.

O Ministro Eros Grau, relator, em seu voto, resume alguns argumentos que foram utilizados pela recorrente e faz observações relevantes, de extrema importância:

A recorrente diz que desde o início do século XIX está situado na Ladeira da Barra, em Salvador, imóvel onde existe uma Capela destinada ao culto da religião anglicana e um cemitério – Cemitério Britânico – no qual há aproximadamente quinhentos túmulos. [...] A recorrente, entidade filantrópica sem fins lucrativos, é titular do domínio útil do imóvel, preservando a Capela, o Cemitério Britânico e jazigos, bem assim o culto da religião anglicana professada nas suas instalações.

Embora aqui se trate de questão de direito, ela é conformada pelas circunstâncias do caso, a situação a que respeita este recurso. Esta Corte procede, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, inicialmente à interpretação de textos normativos e da realidade, desde então produzindo normas jurídicas gerais, posteriormente cogita da aplicação dessas normas jurídicas gerais ao caso, definindo, então, a norma de decisão do caso. O modo sob o qual os acontecimentos que compõem o caso se apresentam pesará de maneira incisiva na produção das normas a ele aplicáveis e, em seguida, na definição da norma de decisão.

Essas observações são relevantes porque diversa da que se há de aplicar aos cemitérios que consubstanciam extensões de entidades de cunho religioso é a norma de decisão que calha a situações nas quais empresas exploram a atividade de locação e/ou venda de jazigos. Vale dizer: no julgamento do presente recurso esta Corte não dirá, simplesmente, que cemitérios em geral estão abrangidos, ou não estão abrangidos, pela imunidade; diversamente, decidiremos se cemitérios que consubstanciam extensões de entidades de cunho religioso estão, ou não estão, por ela alcançados.

Pois é evidente que jazigos explorados comercialmente, por empresas dedicadas a esse negócio, não gozam da proteção constitucional de que se cuida. Ainda que a família e amigos próximos do ali enterrado possam cultivar a sua memória diante do jazigo. No caso se trata de situação diversa daquela a que nesse apartado voto faço alusão.

[...]

No caso destes autos o cemitério é anexo à Capela na qual o culto da religião anglicana é praticado; trata-se do mesmo imóvel, parcela do patrimônio, da recorrente, abrangido pela garantia contemplada no artigo 150.

Percebe-se a cautela em não generalizar todos os cemitérios a serem agraciados com a imunidade tributária, especificando que estariam abrangidos apenas aqueles que servissem de extensão de entidades de cunho religioso. Em seu voto, o Relator utiliza-se de premissa já fixada em outro Recurso Extraordinário anterior, de número 325822, que definiu que as imunidades não abrangem unicamente os prédios destinados aos cultos, mas também sua renda, serviços e patrimônio relacionados às finalidades da entidade religiosa. Segue o fim de seu voto com a referida citação ao RE:

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que a limitação ao poder de tributar que a imunidade do Art. 150, VI, —bll contempla há de ser amplamente considerada, de sorte a ter-se como cultos distintas expressões de crença espiritual. Mais ainda no RE n. 325822, Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, definiu que ela abrange não apenas os prédios destinados ao culto, mas também o patrimônio, a renda e os serviços —relacionados com as finalidades essenciais das entidadesll mencionados no preceito constitucional. Daí que a regra do § 4º desse artigo 150 serve de vetor interpretativo dos textos das alíneas —bll e —cII do seu inciso VI.

No caso destes autos, o cemitério é anexo à capela na qual o culto da religião Anglicana é praticado; trata-se do mesmo imóvel, parcela do patrimônio, da recorrente, abrangido pela garantia contemplada no

Art. 150. Garantia desdobrada do disposto no Art. 5º, VI e 19, I, da Constituição do Brasil. A imunidade aos tributos, de que gozam os templos de qualquer culto, é projetada a partir da [i] proteção aos locais de culto e suas liturgias e da [ii] salvaguarda contra qualquer embaraço ao seu funcionamento. Da interpretação da totalidade que o texto da Constituição é, em especial, dos seus artigos 5º, VI; 19, I e 150, VI, b, tem-se que, no caso, o IPTU não incide --- lembro que na imunidade nenhum tributo jamais incide; as áreas da incidência e da imunidade são antípodas --- o IPTU não incide, dizia eu, sobre o Cemitério Britânico. Dou provimento ao Recurso Extraordinário para julgar improcedente a execução.

Os demais votos acompanharam o Relator, sendo dado provimento ao recurso com unanimidade. Desta forma, o SFT pacificou o entendimento jurisprudencial de que os cemitérios de cunho religioso são considerados uma extensão dos templos religiosos, de acordo com suas finalidades essenciais, gozando, assim, de imunidade tributária e, conseqüentemente, o não pagamento do IPTU.

Agora, falando dos cemitérios privados, tendo como finalidade a exploração comercial, devemos salientar que os mesmos dependem de licença por parte da administração, sendo proibido ao município conceder a prestação de tais serviços sem uma prévia autorização legislativa e licitação.

Até então, nossa jurisprudência se mostra a tender para o entendimento de que os cemitérios privados de cunho comercial não gozam de imunidade tributária, pois, se assim fosse, nossa norma Constitucional estaria dando privilégios a atividades econômicas que visam ao lucro, mesmo estas sendo exploradas pelo Estado.

Tal tema foi discutido do RE 544815 do Supremo Tribunal Federal, sendo o relator o Ministro Joaquim Barbosa e interposto por Beatriz da Neves Fernandes contra o Município de Santo André (SP). No caso, Beatriz é a proprietária de um terreno sobre o qual foi construído um cemitério particular e pleiteava o não pagamento do IPTU sobre o referido terreno por supostamente gozar de imunidade tributária. A parte autora no ano de 2013 pediu a desistência do processo que foi concedido em 2015, porém faz-se necessário comentar aqui alguns dos votos dados ao longo desse julgamento antes de sua suspensão, ocorrida por pedido do Ministro Celso de Mello.

O relator Ministro Joaquim Barbosa, analisando o caso em apreço, destacou alguns pontos de extrema importância para a caracterização da imunidade tributária do cemitério privado:

a propriedade imóvel pertence a uma pessoa natural e laica;
o imóvel estava alugado a uma empresa privada sem qualquer vínculo com as finalidades institucionais típicas de entidade eclesiástica;
o imóvel é empregado em atividade econômico-lucrativa, cujo produto não é destinado à manutenção de atividades institucionais essenciais a qualquer entidade religiosa. Para o ínclito julgador, é inequívoco que o produto arrecadado com o pagamento dos alugueres da propriedade imóvel ou mesmo com o produto da venda ou cessão dos jazigos não se destina precipuamente à manutenção de atividades essenciais de entidade religiosa. Pelo contrário, o produto da exploração do imóvel visa ao acréscimo patrimonial do proprietário do terreno e de quem mais o explore economicamente

Percebe-se que, para o Ministro Joaquim Barbosa, o cemitério da presente ação não preenche as características necessárias para ser considerado um —templo de qualquer cultoll e, assim, afastar o pagamento do IPTU. Cabe destacar também outro trecho importante de seu voto:

Terrenos explorados comercialmente por entidade não eclesiástica para fins que não são necessariamente próprios à expressão da crença sejam considerados como templos. Ademais, deixou claro que -serviço funerário é atividade de interesse público, especificamente de saúde pública e de saneamento, não se tratando ontologicamente de questão de índole religiosa, pois é possível conceber a existência de doutrina mística que ignore por completo esta questão.

Indo contra o relator, o Ministro Carlos Ayres Britto entende que deve haver, sim, a concessão da imunidade tributária, fundamentando da seguinte forma:

Os cemitérios estão recamados de religiosidade, de um sentimento puro, além do mais, enterrar os seus mortos é um dever e paga-se ainda para enterrar e manter guardado ali o seu morto com um tributo, IPTU. Estamos sendo muito transigentes com essa fúria arrecadadora, com essa sanha fiscal do poder público que não respeita sequer a última morada do indivíduo, entendeu. O local do culto vale por si mesmo, nada tem a ver com a entidade que eventualmente vitalize, até economicamente, este espaço.

Na visão do Ministro Carlos Ayres Britto, o que importaria de fato é que o cemitério cumpre efetivamente seu papel religioso, independentemente de ser privado ou não.

Diante da parte autora pedir a desistência do processo, não temos uma jurisprudência precisamente unânime sobre o tema, porém a tendência é que a imunidade não seja concedida aos cemitérios privados de fins comerciais. A grande questão aqui é se a imunidade visa a proteger unicamente os considerados —templos de qualquer cultoll, não importando as características do proprietário do terreno, mas sim a liberdade de culto religioso, como podemos concluir ao analisar o

Art. 150, IV, b, da Constituição Federal. Por outro lado, se analisarmos o §4º do artigo 150 da Constituição Federal, em que se determina a vedação ao patrimônio, renda e serviços relacionados com a finalidade específica da propagação livre da religião envolveria aspectos relacionados às pessoas ligadas ao templo, barrando, assim, os cemitérios privados que tenham fins lucrativos e não relacionados com as entidades religiosas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como intuito abordar um tema relativamente obscuro pelo fato de os cemitérios não terem previsão expressa na matéria referente às imunidades tributárias. Nossa Constituição Federal, ao disciplinar sobre tal matéria, não faz menção alguma aos cemitérios, incluindo apenas as pessoas jurídicas de direito público e os templos religiosos, dentre aqueles agraciados com a imunidade tributária.

Sobre as imunidades tributárias, fez-se uma abordagem histórica, analisando seu surgimento, compreendendo que, de início, eram consideradas privilégios das classes dominantes. Apenas com o surgimento do Estado Patrimonial é que as imunidades tributárias tomaram uma forma do que são nos dias atuais. Em seguida, as imunidades foram conceituadas de uma forma mais ampla, fazendo-se uma classificação, demonstrando o relacionamento com a competência tributária e a distinção entre a isenção.

As imunidades tributárias dos templos de qualquer culto são de extrema importância para nosso país, dada a forte influência que a religião tem no Brasil. Apenas em nossa Constituição de 1891, fomos consagrados como um Estado Laico, ou seja, sem uma religião oficial, deixando para trás a religião católica como oficial. Tal fato histórico demonstra o peso que a religião tem em toda a formação de nossa sociedade e como ela possuiu e ainda possui, de certa forma, uma ligação com o Estado.

No tocante aos cemitérios e ao tema específico do trabalho, os mesmos podem pertencer tanto a pessoas jurídicas de direito público ou às de direito privado. Ao longo deste estudo, percebemos que não há dúvidas sobre a sua imunidade tributária. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência já são consolidadas no assunto, pois a própria Constituição veda que entes públicos instituem impostos

sobre o patrimônio, renda ou serviços uns dos outros.

O debate maior fica a cargo dos cemitérios de cunho privado. Estes podem pertencer a entidades religiosas ou a quaisquer outras pessoas comuns. Para serem imunes tributariamente, estes devem ser considerados extensivamente aos templos de qualquer culto. Aqueles pertencentes a entidades religiosas são a luz de grande parte da doutrina imunes tributariamente e foram reconhecidos pelo STF como uma extensão às entidades religiosas, devido ao fato de o ato de sepultar os mortos ser considerado, em diversas religiões, como uma forma religiosa de cultuar e homenagear o falecido. Em outras palavras, os cemitérios são considerados um local de propagação religiosa, sendo, assim, —templos de qualquer cultoll, portanto, imunes tributariamente.

Falando agora dos cemitérios privados com fins lucrativos, em nosso estudo, vemos um divisor de opiniões. Caso seja feita unicamente a análise realizada acima, os cemitérios com fins lucrativos seriam também imunes, pois, apensar de pertencerem a uma empresa, o seu papel religioso continua sendo cumprido. Porém, se analisarmos o patrimônio, renda e serviços vedados às finalidades essenciais dos templos de qualquer culto, os cemitérios pertencentes a empresas não poderiam ser imunes, pois seriam totalmente descaracterizados pelo fato da uma empresa não ter qualquer vínculo com uma entidade religiosa e possuir fins lucrativos próprios.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. Ed. Saraiva, 2014
BARROS, Vinicius. Direitos Reais sobre os Cemitérios.
<http://vzum95.jusbrasil.com.br/artigos/324833513/direitos-reais-sobre-os-cemiterios>
(04/2016) - Acessado em 16 de novembro de 2016
- CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. Ed. Malheiros, 2010
- CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. Ed. Saraiva, 2007
CHIMENTI, Ricardo Cunha. Direito Tributário. Ed Saraiva, 2012
- COSTA, Regina Helena. Curso de Direito Tributário. Ed. Saraiva, 2013
- COSTA, Regina Helena. Imunidades Tributárias. Teoria a Análise da Jurisprudência do STF. Ed. Malheiros, 2010.
- DERBLY, Rogério José Pereira. Natureza jurídica dos cemitérios. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3590

(05/2003) - Acessado em 17 de setembro de 2016

GASPERINI, Marcella. A Influência da Religião no ordenamento jurídico Brasileiro. <http://marcellagasperini.jusbrasil.com.br/artigos/332813246/a-influencia-da-religiao-no-ordenamento-juridico-brasileiro> (04/2016) - Acessado em 13 de setembro de 2016

ICHIHARA, Yoshiaki. Imunidades tributárias. Ed. Atlas, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. Ed. Malheiros, 2002 MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Tributário. Ed. Saraiva, 2015 MEIRELES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. Ed. Malheiros, 2008 MINARDI, Josiane. Manual de Direito Tributário. Ed. JusPODIVM, 2015

MORAES, Alexandre de. Constituição no Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. Ed. Atlas, 2002

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Curso de Direito Tributário. Ed. Saraiva, 1995

OLIVEIRA, Alexandre Machado de. Imunidade tributária. http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7865 (06/2010) - Acessado em 05 de setembro de 2016

RICARDO, Alexandre. Direito Tributário Esquematizado. Ed. Método, 2016
SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. Ed. Saraiva, 2015 SCHOUERI, Luis Eduardo. Direito Tributário. Ed. Saraiva, 2012
SILVA, Tiago Andreotti e. A imunidade tributária dos cemitérios no sistema constitucional brasileiro. <https://jus.com.br/artigos/11368/a-imunidade-tributaria-dos-cemiterios-no-sistema-constitucional-brasileiro> (06/2008) - Acessado em 10 de setembro de 2016.

**CRIMES CIBERNÉTICOS: UMA ANÁLISE DA OMISSÃO DO PODER
LEGISLATIVO DO ESTADO E CONSEQUENTE DEFICIÊNCIA NO SISTEMA
JURÍDICO PENAL BRASILEIRO**

*CYBER CRIMES: AN ANALYSIS OF THE OMISSION OF THE STATE
LEGISLATIVE POWER AND CONSEQUENT DEFICIENCY OF THE BRAZILIAN
CRIMINAL LEGAL SYSTEM*

Carlos Augusto de Carvalho Neto¹
Valberto Azevedo²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo fazer uma análise da omissão do poder Legislativo do Estado Federativo do Brasil, fazendo apontamentos sobre a forma como foram elaboradas as leis que foram editadas no País para o combate dos Crimes Cibernéticos, fazendo uma análise da legislação sobre os crimes cibernéticos e sua ineficácia, resultando em incoerentes tipos penais. Entender como o Direito se aplica nesses casos concretos usando o Código Penal e legislação Penal vigente no Brasil em analogia.

Palavras – Chaves: Crimes Cibernéticos. Legislação Penal. Poder Legislativo

ABSTRACT

The present work aims to analyze the omission of the legislative power of the Federative State of Brazil, making notes on the way in which the laws that were published in the country were prepared for the fight against cybercrime, analyzing the legislation on crimes And their inefficiency, resulting in incoherent criminal offenses. Understand how the law applies in these concrete cases using the Penal Code and criminal law in force in Brazil in analogy.

Key words: Cyber Crimes. Penal Legislation. Legislative power

1 INTRODUÇÃO

O trabalho ora apresentado surge como exigência de conclusão de curso e como critério para obtenção do título de bacharel em Direito pelo Instituto de Educação Superior da Paraíba (IESP). O interesse por investigar a referida temática surge da análise do crescimento das práticas delituosas cibernéticas após participar do “Estágio Participação”, programa idealizado pela Câmara dos Deputados, realizado nos dias 04, 05 e 06 de julho de 2016 em Brasília-DF.

A partir das discussões realizadas foi observado que a legislação penal vigente no Brasil é da década de 1940 e que naquela época não existia instrumento

tecnológico eficiente, rápido e prático como temos nos dias de hoje. Atualmente, temos diversos meios da tecnologia que nos facilita o acesso à informação e a comunicação que através deles rapidamente podemos nos conectar. Estamos vivendo a era da informação, e a maior fonte de informações e meio de comunicação que conhecemos é a internet. Portanto, a falta de normas e regras específicas do país associada à tecnologia compromete a ordem e o bem estar social, sendo estabelecida a insegurança jurídica.

Percebemos, portanto, que o Sistema Jurídico Brasileiro sofre com a insuficiente normatização legal com relação ao avanço do desenvolvimento tecnológico e conseqüente aumento da prática delituosa cibernética. Tendo em vista que o avanço tecnológico é constante, o legislativo não acompanha tal desenvolvimento, se omitindo em relação a crimes dessa natureza. Portanto, surge imediatamente o seguinte questionamento: a norma legal vigente no Brasil é capaz de intervir sobre a prática delituosa cibernética?

Neste trabalho, sustenta-se a hipótese de que a normativa legal não é suficiente para lidar com as práticas delituosas cibernéticas, tendo em vista que não há tipificação penal para crimes dessa natureza. O Estado juntamente ao Poder Legislativo não acompanha tal desenvolvimento, sendo omissivo e deixando o meio cibernético, que já é considerado um meio frágil para a prática delituosa, vulnerável à prática desse tipo de crime.

Portanto, objetivamos de forma geral compreender a falha do Sistema Jurídico Brasileiro no que diz respeito à falta de tipificação penal que caracteriza uma omissão do Estado em relação aos crimes praticados no meio cibernético. E especificamente, compreender o que é o crime cibernético e a forma pela qual ele pode ser praticado; estudar a falha do sistema jurídico brasileiro com relação a tipificação da norma penal a essas práticas delituosas; e verificar a aplicação da norma legal a essas práticas delituosas por analogia ao Código Penal Brasileiro de 1940.

2 A SOCIEDADE INFORMATIZADA

Vivemos uma era considerada a era da informação, onde a população mundial em sua maioria atualmente tem acesso a um aparelho eletrônico com acesso a rede interligada a milhões de usuários como também dispositivos eletrônicos que permitem acesso a uma rede de usuários. Smartphones, Tablets,

Computadores, Notebooks são os mais conhecidos e mais usuais.

Por sociedade da informação queremos significar aquela que

está baseada nas tecnologias de informação e comunicação que envolve a aquisição, o armazenamento, o processamento e a distribuição da informação por meios eletrônicos, como a rádio, a televisão, telefone e computadores, entre outros. Estas tecnologias não transformam a sociedade por si só, mas são utilizadas pelas pessoas em seus contextos sociais, econômicos e políticos, criando uma nova comunidade local e global: a Sociedade da Informação (GOUVEIA *apud* SAVEGNANO & WOLTMANN, 2015, p.4).

Ainda sobre o mesmo conceito exposto:

Sociedade da informação" também denominada de "sociedade do conhecimento", é expressão utilizada para identificar o período histórico a partir da preponderância da informação sobre os meios de produção e a distribuição dos bens na sociedade que se estabeleceu a partir da vulgarização das programações de dados utiliza dos meios de comunicação existentes e dos dados obtidos sobre uma pessoa e/ou objeto, para a realização de atos e negócios jurídicos (LISBOA, 2006, p. 78-95).

Percebe-se que essa evolução para era digital gerou grande economia e importância política para o país, transformando a sociedade comum em sociedade informatizada. Essa mudança tem os seus efeitos positivos como também é notório os pontos negativos que estão relacionados à criminalidade digital ou cibercriminalidade.

No entanto, mister analisar o termo acima mencionado (criminalidade digital), tendo em vista sua essência, a sua origem. Na formulação do termo, não há uma relação direta entre a palavra e a coisa, e sim a abordagem de como se formula no dizer da sociedade os efeitos do crime no mundo virtual. Desta forma, o crime não é um componente integrante e originário do mundo digital, mas sim uma prática simbólica que ali acontece pelo fato de nós, componentes de uma sociedade informatizada, lançados e ligados através de todo um aparato tecnológico, se usa do instrumento para atingir a conduta considerada antijurídica.

Em 23 de novembro de 2001, o Conselho da Europa organizou em Budapeste a chamada Convenção sobre o Cibercrime. A leitura das razões explicativas, em que se dá

o contexto dessa convenção, nos permite aqui identificar as condições de produção das tecnologias de governo, em uma perspectiva internacionalista, para administrar a sociedade da informação. Vale destacar três pontos presentes neste texto: (1) a ligação das tecnologias da informação a todos os aspectos da atividade humana; (2) a necessidade de medidas técnicas de proteção aos sistemas de informática que estão relacionados a medidas jurídicas de prevenção e dissuasão da delinquência; e, (3) a necessidade de se respeitar os direitos do homem na nova sociedade da informação. (BARBAI, 2013, p.48,49).

Portanto, “o direito deve prevalecer, fazendo valer a justiça nos conflitos entre cidadãos desta sociedade digital. Faz-se preciso o mínimo de controle para fazer frente àquele que realiza uma conduta antissocial cibernética” (JESUS, 2016, p. 19).

A tecnologia não para de avançar, e o Estado enfrenta problemas para acompanhar as atividades criminosas que acontecem constantemente no meio cibernético, tendo em vista as normas instituídas para dar início ao processo legislativo.

A tecnologia avançou e com ela trouxe vários meios e instrumentos os quais trazem ao ser humano a possibilidade de desempenhar atividades da vida cotidiana, com isso lançou o cidadão no universo informatizado, dando acesso a fontes informacionais que o permita conhecer e interagir com o mundo que a tecnologia proporciona.

A revolução da tecnologia e da informação busca a aplicação do conhecimento na criação de novos mecanismos de processamento de dados e informações, sendo que o seu desenvolvimento é gerido por meio da sua difusão entre os usuários da própria informação que dela se apropriam e a inovam constantemente, tal qual como diria Immanuel Kant, “o conhecimento é um processo de síntese, no qual o intelecto proporciona a forma e a experiência oferece conteúdo”. A revolução tecnológica funcionaria como um motor que se alimenta de informação e produz mais informação, sendo este o pilar do sistema econômico vigente (MONTEIRO NETO, 2008, 15).

Antes os sistemas eletrônicos apenas presentes em algumas partes das atividades do ser humano, hoje representa um papel importante para a sociedade, pois está atrelada a todos os setores da vida social moderna, quebrando barreiras geográficas e temporais, facilitando as relações humanas e econômicas.

Portanto, é importante a elaboração de normas para regulamentar as relações

sociais desse universo, pois sem um arcabouço legal, gera a insegurança jurídica.

3 OS CRIMES CIBERNÉTICOS

Apesar de parecer ter sido um acontecimento natural do avanço da tecnologia, o surgimento da internet foi fruto de um planejamento estratégico, iniciado na década de 1960 sob a ameaça da guerra fria e temeroso ataque Soviético. Dessa forma, o Governo Americano naquela época resolveu criar um departamento de defesa chamado de projeto ARPANET, criado e desenvolvido pela Advanced Research Projects Agency – Rede de Agência de Projetos de Pesquisa Avançada – (ARPA).

Tudo começou com a fabricação do primeiro computador, construído em 1946, o ENIAC (Eletronic Numerical Integrator and Computer – ENIAC). Sem dúvida, esse foi um marco do avanço tecnológico naquela época. Poucos anos mais tarde, em 1957, o Presidente dos Estados Unidos da América, John Kenedy, com o objetivo de enviar um Americano à Lua em contrapartida ao lançamento do primeiro satélite artificial da União Soviética, teve a ideia de criar um sistema de defesa a prova de destruição. Dessa forma, foi criada a Agência de Investigação de Projetos Avançados (Advanced Research Project Agency – ARPA). Posteriormente, foi criada a Administração Nacional da Aeronáutica e do Espaço (National Aeronautics Space Administration – NASA) que enfraqueceu a ARPA e o foco neste momento histórico passou a ser a computação interativa, dando início ao que conhecemos hoje por sistemas operacionais, como Windows e Linux, por exemplo.

A tecnologia foi avançando e surgiu a ideia de criar uma rede que fosse capaz de comunicar máquinas que estivessem em pontos distantes, podendo assim fazer uma transmissão de dados de um ao outro. Foi criada então a Agência de Pesquisas em Projetos Avançados na Rede (Advanced Research Projects Agency Network - ARPANET) que é a tecnologia base do que conhecemos hoje por internet. Neste momento histórico, nasce à internet, tecnologia desenvolvida que hoje interliga usuários do mundo inteiro.

A primeira conexão internacional da ARPANET foi realizada em 1973, interligando a Inglaterra e a Noruega. No final dessa década, a ARPANET substituiu seu protocolo de comutação de pacotes, denominado Protocolo de Controle de Rede (Network Control Protocol - NCP), para o Protocolo de Controle de

Transmissão/Protocolo de Interconexão (Transmission Control Protocol/Internet Protocol - TCP/IP), que é a linguagem básica de comunicação ou protocolo da rede mundial de computadores, ou seja, o protocolo de transmissão de dados pela internet, utilizado hoje. Assim, tal protocolo é um conjunto de camadas responsáveis por determinadas tarefas, a exemplo da comunicação entre o servidor de internet e computador local, que só pode ser feita com base na configuração TCP/IP. (LIMA, SIMÃO PRADO apud WENDT; JORGE, 2012, p. 7)

A ARPANET que até então ainda não era chamada ou considerada “internet”, passou a ser chamada internet depois da criação da teia mundial (World Wide Web – WWW) em 1986. A criação da World Wide Web trouxe melhorias a interface gráfica, pois é um conjunto de documentos em hipermídia, da Linguagem de marcação de Hipertexto (Hyper Text Markup Language – HTML), linguagem utilizada para produzir páginas da internet.

Dessa forma, a internet começou a tomar proporção, chegando ao conhecimento das pessoas da sua existência, com a necessidade de fosse entendida aquela nova tecnologia existente. Apenas em 1995 a internet foi disponibilizada de forma comercial, os usuários conseguiam apenas trocar e-mails. Porém, já era muito eficiente àquela época este tipo de avanço tecnológico.

É considerado crime cibernético aquele que através de um computador, rede ou meio eletrônico usa como base de ataque para cometer conduta antissocial cibernética, a fim de acessar indevidamente com a violação de medidas de segurança de determinada rede, sistemas informáticos e ou arquivos eletrônicos.

Para Jesus & Milagre (2016), crime cibernético ou crime informático é conceituado como fato típico e antijurídico, cometido por meio da tecnologia da informação ou contra ela. Assim, é um ato típico e antijurídico cometido através da informática em geral, ou contra um sistema, dispositivo informático ou rede de computadores.

A partir do exposto inferimos que os crimes cibernéticos no Brasil representam perigo a qualquer cidadão que faz o uso de dispositivo não só informático como também dispositivos eletrônicos, podendo ser vítima de uma ação delituosa. A sociedade informatizada conseqüentemente experimenta as transformações do meio tecnológico que influenciam diretamente no Direito Penal.

Nesse sentido, é interessante dar atenção à definição da empresa Norton by Symantec que trabalha diretamente com a segurança da informação cibernética.

Para esta instituição,

Cibercriminalidade pode assumir muitas formas e pode ocorrer quase a qualquer hora ou lugar. Os criminosos cibernéticos usam métodos diferentes segundo suas habilidades e seus objetivos. Esse fato não deveria ser surpreendente, afinal, o crime cibernético é nada mais que um "crime" com um ingrediente "informático" ou "cibernético". O Tratado do Conselho Europeu sobre Crime Cibernético usa o termo "cibercrime" para definir delitos que vão de atividades criminosas contra dados até infrações de conteúdo e de copyright [Krone, 2005]. No entanto, outros autores [Zeviar- Geese, 1997-98] sugerem que a definição é mais ampla e inclui atividades como fraude, acesso não autorizado, pornografia infantil e cyberstalking (assédio na Internet). O Manual de Prevenção e Controle de Crimes Informáticos das Nações Unidas inclui fraude, falsificação e acesso não autorizado [Nações Unidas, 1995] em sua definição de cibercrime. Como é possível observar a partir dessas definições, o cibercrime pode englobar uma gama muito ampla de ataques. Compreender essa ampla variedade de crimes cibernéticos é importante visto que os diferentes tipos de crimes cibernéticos requerem atitudes diferentes para melhorar a segurança do seu computador. A Symantec, com base nas diferentes definições de crime cibernético, o define de forma precisa como qualquer delito em que tenha sido utilizado um computador, uma rede ou um dispositivo de hardware. O computador ou dispositivo pode ser o agente, o facilitador ou a vítima do crime. O delito pode ocorrer apenas no computador, bem como em outras localizações (NORTON, 2016).

Levando em consideração a evolução da tecnologia e a conseqüente ascensão da sociedade informatizada, o Brasil começou a se deparar com os efeitos que o uso indevido no que tange à criminalidade digital trouxe para a realidade jurídica inerente a legislação penal.

A Polícia Federal realizou em 2014 a operação IB2K para desarticular uma quadrilha suspeita de desviar pela Internet mais de R\$ 2 milhões de correntistas de vários bancos, quadrilha que usava parte do dinheiro desviado para comprar armas e drogas; o último relatório da Central de Denúncias de Crimes Cibernéticos que aponta um crescimento, entre 2013 e 2014, de 192,93% nas denúncias envolvendo páginas na Internet suspeitas de tráfico de pessoas; e os gastos de US\$ 15,3 bilhões com crimes cibernéticos no Brasil em 2010. (CAMARA, 2016).

A realização da operação pela Polícia Federal para desarticular a quadrilha responsável pela prática de crimes cibernéticos foi motivo que ensejou a instauração

da Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar os efeitos deletérios perante a economia e sociedade do País. Foi apontado na CPI um crescimento entre 2013 e 2014, de 192,93%, relatório feito pela Central Nacional de Denúncias de Crimes, sendo gastos US\$ 15,3 bilhões com crimes cibernéticos no Brasil em 2010. Contudo, os cibercrimes tem em sua essência a característica de conduta antissocial e antijurídica oferecendo perigo a sociedade da informação por utilizar determinada rede ou dispositivos eletrônicos como objeto para realização do crime, onde milhões de usuários interligados são vulneráveis a essas práticas criminosas gerando desfalque na economia do Brasil.

Portanto, podemos classificar o crime cibernético virtual em três categorias: puro, misto e comum.

O Crime virtual puro sugere qualquer conduta ilícita que tenha por objetivo exclusivo o sistema de computador, pelo atentado físico ou técnico ao equipamento e seus componentes, inclusive dados e sistemas. Outrossim, podem ser considerados crimes virtuais mistos aqueles em que o uso de meios computacionais é condição necessária para a efetivação da conduta, embora o bem jurídico visado seja diverso do informático. Por fim, o crime virtual comum seria aquele em que se utiliza da Internet apenas como instrumento para a realização do delito já tipificado pela lei penal (FIORILLO *apud* CAMARA, 2016).

Sobre a aplicação da norma penal aos crimes cibernéticos o Brasil adota o sistema da reserva legal no seu ordenamento jurídico. Não há crime sem lei anterior que o defina. O sistema adotado no Brasil para legislar denominado de processo legislativo, não acompanhou o avanço e a mudança constante conforme o crime evolui com a tecnologia.

O Crime Cibernético próprio é aquele que ataca a tecnologia da informação em si. Para estes delitos, a legislação penal era lacunosa, sendo que, diante do princípio da reserva legal, muitas práticas não poderiam ser enquadradas criminalmente. Já o crime cibernético impróprio, é aquela conduta que se utiliza a tecnologia da informação para a realização do delito, conduta que ataca bens jurídicos já protegidos pelo Código Penal brasileiro. A legislação criminal para este tipo de delito é suficiente, tendo em vista que grande parte destas condutas realizadas encontram correspondência em algum dos tipos penais. Os crimes cibernéticos mistos são complexos, pois, além da proteção do bem jurídico eletrônico a legislação protege outro bem jurídico. Crime cibernético mediato ou

indireto é um delito informático praticado para ocorrência de um delito não informático, consumado ao final. Em Direito informático, comumente um delito informático é cometido como meio para prática de um delito-fim de ordem patrimonial. Como por exemplo, no caso do agente que captura dados bancários e usa para desfalcar a conta corrente da vítima. Pelo princípio da consunção, o agente só será punido pelo delito fim.

A simples utilização de um computador para perpetração de um delito como um estelionato não deveria ser – repita-se – com precisão técnica, considerada um crime informático. Ocorre, todavia, que não só autores, mas também as mídias em geral, convencionam denominar crimes informáticos qualquer delito praticado com o uso da tecnologia, seja ela o instrumento da conduta, seja o objeto do ilícito. Apesar de não ser a mais técnica, a nosso ver, é impossível ignorá-la, dada a sua particular popularidade acadêmica e, por que não, social, vez que mesmo a mídia em geral passou a se valer dessa mesma classificação.

Mister dizer que novos tipos penais previstos na Lei n. 12.737/2012 são delitos previstos da categoria próprios dos crimes cibernéticos, onde o bem jurídico protegido é a segurança dos dispositivos e dados informáticos.

Para Jesus & Milagre “quando tratamos de tecnologia da informação, a técnica para criar leis deve ser outra. Isto porque o legislador deve ter o cuidado para que não conceba uma ordenação jurídica natimorta, que ingressa no arcabouço legislativo de modo ultrapassado” (2016, p.29). Em outras palavras os autores nos dizem que a legislação penal não pode ser atrasada com relação ao crime que está em constante mudança. O legislador tentou condenar técnicas informáticas criminosas, sendo importante frisar que as técnicas ou formas como se dá o delito sempre mudam. Ou seja, a conduta praticada por diversas técnicas deveriam ser o objeto principal a ser observado pelo o legislador.

Segundo os mesmos doutrinadores,

Não se legisla sobre técnica! Qualquer tentativa de legislar sobre técnicas e métodos de um ataque resulta em uma legislação por demais específica e pouco eficaz, com rápida obsolescência. Assim ao se legislar sobre crimes informáticos, não se começa pela análise de uma técnica, tampouco definindo tipos penais, mas analisando condutas incrimináveis que podem ser realizadas por diversas formas (técnicas) e que mereçam a

consideração do Direito Penal (JESUS & MILAGRE, 2016, p.30).

Portanto, observa-se que existe um equívoco do legislador por falta de apoio técnico que o leva a criação de incoerente tipo penal. A exemplo disto, podemos citar a Lei 12.737/12 que alterou o artigo 154 - A tipificando como crime de “invasão de dispositivo informático”. A falta de coerência na redação da lei tipificando como crime a invasão ao dispositivo informático resulta na dificuldade de sua aplicação ao fato concreto. O simples uso por terceiros de determinado dispositivo eletrônico, mesmo que sem autorização, não caracteriza crime na visão dos Magistrados. Ademais, a simples quebra de sistemas de segurança ou, ainda, a alteração de páginas de internet denominada de pichação virtual ou de perfis nas redes sociais não configurariam automaticamente crime, de acordo com a redação dada.

No entanto, é necessário que lei acompanhe as inovações tecnológicas para regulamentar e garantir a segurança e o bem estar na sociedade da informação. Tendo em vista que o Brasil adota o sistema jurídico em que a legislação é a principal fonte, entendemos que esta não acompanha as mudanças do meio eletrônico onde são usadas as diversas técnicas através da conduta para a atividade criminosa, pois o processo legislativo é moroso em relação às mudanças do mundo cibernético. Assim, o andamento do processo legislativo não pode ser equiparado a constante evolução do crime no meio cibernético.

Analisando o contexto abordado neste projeto, podemos perceber que vivemos uma verdadeira evolução histórica, vivenciando o avanço veloz da tecnologia e a sua itinerante capacidade de transportar a informação em um curto espaço de tempo. A tecnologia por sua vez atinge quase todo o cidadão, aqueles que podemos considerar de “cidadão informatizado”. Os que decidiram não se incluir na sociedade da informação, de alguma forma foram lançados no universo digital, e isso pode representar um perigo iminente àqueles que preferem ignorar aquilo que se tornou presente na vida prática do ser humano.

É dever de o Estado resguardar o direito Constitucional do cidadão a segurança, não devendo se omitir a evolução da tecnologia para garantir a segurança e ordem pública. Essa é uma tarefa difícil para o Estado, se amoldar aos novos meios de que a sociedade informatizada se utiliza para as diversas formas de convivência, necessitando da norma legal para a sua regulamentação, e que sem

ela é estabelecida a insegurança jurídica. Quando se fala em evolução tecnológica, podemos afirmar que isso é um ponto positivo para a sociedade, como também se percebe que a criminalidade cibernética avança conjuntamente.

No Brasil para se criar uma lei é exigida a instauração do processo legislativo. Isso desafia o Estado, pois as técnicas e formas como se efetuam um delito cibernético mudam constantemente, portanto é quase impossível acompanhar o avanço desses crimes. Nesse sentido, torna-se imperativo que seja instaurada imediatamente a reprimenda penal para responsabilizar e punir àquele que pratica delito cibernético, pois isso causa grandes impactos na sociedade e na economia do país.

A sociedade da informação está em constante evolução, devendo o Estado instituir formas para o combate das práticas delituosas cibernéticas que não se limitam apenas a legislação penal, mas também a legislação no que tange a educação informática, podendo ser instituída a lei para criação de projeto de políticas públicas ao combate do crime no meio cibernético.

Comumente, podem ser usados artefatos, técnicas ou métodos para a prática de condutas que podem ser consideradas crimes cibernéticos, e os mais praticados são denominados de:

Vírus: Espécie de malware. Programa de computador com a capacidade de alterar dados ou sistemas, destruir, alterar arquivos e programas, ou mesmo executar funções inesperadas em um sistema computacional ou dispositivo informatizado. Um vírus capaz de se replicar pela rede recebe o nome de *worm*. **Trojan:** Espécie de *malware*. Programa que faria algo além do que parece. “Cavalo de Tróia” é uma instrução ou código malicioso comumente ocultado em outro software, que, instalado, torna um computador ou sistema vulnerável ou mesmo explora vulnerabilidades já existentes. Dependendo do trojan, é possível não só acessar um sistema, como se tornar administrador, copiar informações confidenciais. Muito comum o uso de trojan em *phishing scam* (e-mails maliciosos que falsificam a identidade visual de instituições e induzem usuários a clicar nestes códigos maliciosos, momento em que são infectados, ou spear phishing, que é o phishing direcionado, focado em um grupo ou organização específicos). Programas como *binders*, *joiners* e *packers* podem compactar um trojan ou inseri-lo juntamente ao outro programa comum e inofensivo, com um game e até mesmo uma apresentação de slides. **Sniffing:** Técnica consistente em capturar pacotes de dados, transmitidos em redes TCP/IP, onde é possível realizar a interceptação do que é trafegado em uma rede.

Normalmente, o tráfego da rede é salvo em arquivos .pcap (pacotes) posteriormente interpretados ou codificados em programas específicos, como Xplico, Wireshark ou Tcpxtract. Tráfego de rede não criptografado pode conter dados bancários, senhas e outras informações utilizadas pelo criminoso digital. Também pode ser combinado com outras técnicas como *arp poisoning*. **Backdoor**: Código malicioso implantado pelo cracker ou trojan, que permite o escalonamento de privilégio, a invasão, a tomada do sistema ou o desligamento de mecanismos de segurança. Para alguns especialistas, *backdoor* não é vulnerabilidade, mas um código malicioso que permite acesso facilitado ao sistema ou máquina. Em outras palavras, *backdoor* é um meio não documentado de acessar um sistema, burlando os mecanismos de autenticação. Algumas *backdoors* são inseridas propositalmente por programadores dos sistemas e outras por ataque de vírus, **trojan** e **worm**. Normalmente, os atacantes usam *backdoor* para facilitar o acesso futuro a um sistema previamente comprometido. **Spyware**: Código ou programa malicioso instalado ou injetado normalmente em aplicativos baixados de fontes duvidosas, que tem a função de coletar informações do usuário de um computador e enviá-las ao destinatário. Informações do usuário de um computador e enviá-las ao destinatário. Informações comumente coletadas são hábitos de consumo, informações de navegação, dentre outros. Alguns permitem o controle da máquina pelo atacante. Também podem estar inseridos dentro de *adwares*, softwares não autorizados que exibem propagandas no computador da vítima. Assim como os famosos cookies, também se prezam a coletar informações sobre um usuário de um serviço web. **Rainbow Table**: Ataque destinado à quebra de senhas criptografadas, consiste em submeter os hashes a uma tabela de hashes já calculados para realização de comparações. **Connection Back**: Uma técnica ou aplicação (para muitos considerada antiga) capaz de fazer com que a vítima conecte-se diretamente ao atacante, sendo que, de tal conexão, o atacante passa a ter acesso a máquina da vítima. Normalmente, o atacante é quem tenta se conectar a uma máquina. Porém, muitas vezes um firewall local ou de rede pode bloquear essas tentativas ou, mesmo, a máquina não está acessível diretamente na Internet ou o seu endereço IP é desconhecido. *Connection back* é uma técnica que consiste em fazer a máquina da vítima conectar-se ao computador do atacante, o que muitas vezes contorna os problemas descritos acima (JESUS & MILAGRE, 2016, p. 35, 36, 39).

Desta forma, condutas executadas através de técnicas como as descritas acima, merecem atenção especial do legislador, que comumente são perpetradas por agentes que as praticam. Fica a depender de tipos penais coerentes para

aplicação da lei ao fato concreto, pois, o que podemos observar é que um dos principais erros é a confusão entre conduta e técnica. Portanto, ao elaborar uma legislação sobre crimes cibernéticos é interessante que se faça uma análise de condutas incrimináveis, pois é através da conduta que se comete o ato que enseja ao ilícito, e não sobre a técnica que pode levar a uma norma demais específica, e ineficaz. A criação de uma norma sobre uma técnica a torna rapidamente obsoleta porquê pode-se cometer um ilícito através de várias técnicas, que está constante mutação.

4 OS CRIMES CIBERNÉTICOS NO BRASIL

Para compreender o crime cibernético, precisamos nos ater ao mundo virtual, onde todo e qualquer usuário que se utiliza dos seus meios, equipamento eletrônico seja ele qual for, conectado a uma rede interligada a vários usuários, pode praticar uma conduta antissocial cibernética, sendo assim uma conduta antijurídica, caracterizando um crime cibernético.

Para Jesus & Milagre (2016), crime cibernético ou crime informático é conceituado como fato típico e antijurídico, cometido por meio da tecnologia da informação ou contra ela. Assim, é um ato típico e antijurídico cometido através da informática em geral, ou contra um sistema, dispositivo informático ou rede de computadores.

Atualmente os crimes cibernéticos são preocupantes na realidade do Brasil, tendo em vista que a cada dia é crescente o número de delitos praticados, ocupando a posição de quarto País com maior número de ameaças cibernéticas.

Pesquisas sempre revelaram que o Brasil está na rota dos crimes cibernéticos. De acordo com a Polícia Federal, em notícia no de 2004, de cada dez hackers ativos no mundo, oito vivem no Brasil. (MILAGRE, 2016, p.26).

Estes crimes afetam diretamente a economia do País por atingir vários usuários em um curto espaço de tempo, gerando um verdadeiro desfalque na economia. Segundo pesquisas realizadas por algumas empresas de tecnologia, foi detectado que apenas em 2011, diariamente eram atingidos 77 mil brasileiros por essas práticas delituosas, gerando um prejuízo anual de R\$ 104 bilhões de reais, segundo levantamento da empresa Norton.

Para 2012, segundo dados da F-secure, o Brasil anualmente registraria prejuízo da ordem de R\$ 40 bilhões. (MILAGRE, 2016, p.27)

Uma pesquisa realizada pelo Ponemon, denominada “percepções sobre segurança na rede”, indica que, no mundo, fraudes digitais, roubo de propriedade intelectual e danos às redes corporativas já geraram um prejuízo de U\$\$ 1 trilhão em apenas um ano. Pela pesquisa, o Brasil é o segundo maior país em número de crimes cibernéticos (MILAGRE, 2016, p.27).

Os primeiros legisladores sobre os crimes cibernéticos, equivocadamente, buscavam punir as técnicas ou armas usadas no meio eletrônico. Pois, técnica ou armas usadas para praticar delito cibernético está em constante mudança, buscar punir técnica acaba resultando em uma legislação ultrapassada.

Comportamentos que merecem atenção do Direito Penal Informático no Brasil, para Damásio de Jesus e José Antônio Milagre:

Acesso Ilegítimo: Trata-se do acesso sem autorização, não necessariamente com a violação de medidas de segurança (invasão). Comumente, dá-se em um sistema informático que pode ser conceituado como um dispositivo isolado ou grupo de dispositivos relacionados ou interligados, em que um ou mais deles desenvolve o tratamento automatizado de dados. Para se legislar sobre acesso indevido é importante considerar que as convenções internacionais estabelecem que seja necessário indicar que tal acesso deve ter intenção ilegítima. No Brasil, para parte da doutrina o acesso ilegítimo ganha status de tipo penal, com a Lei n. 12.737/2012. Já para outros autores, o Brasil pune com o art. 154-A do Código Penal somente a invasão (acesso ilegítimo forçado, com rompimento de obstáculo). Interceptação Ilegítima: É a conduta relacionada ao uso de meios técnicos, em transmissões não públicas, para interceptação e captura de dados e informações. Tal conduta pode ser punida, no Brasil, nos termos do art. 10 da Lei n. 9.276/96. [...] Interferência de dados (dano informático): É o ato intencional e ilegítimo, realizado por um ou mais agentes, no escopo de danificar, apagar, deteriorar, alterar ou eliminar dados informáticos. Diz respeito em verdade ao dano informático. Brasil, embora tenha sido previsto no projeto de Lei n.84/99, na publicação da Lei n. 12.735/2012, o “dano informático” foi suprimido. Logo, se da invasão decorre o dano, temos agora a incidência do art. 154-B do Código Penal, nos termos da nova Lei n. 12.737/2012. Se, porém, o agente não invade, mas apenas causa dano informático, ainda nos valem do Código Penal de 1940, na subsunção do art. 163 (crime de dano). [...] Interferência em Sistemas: Está relacionada à conduta daquele que,

dolosamente, causa obstrução grave, intencional e ilegítima, ao funcionamento de um sistema informático, por meio da introdução, transmissão, danificação, eliminação, deterioração ou suspensão de dados informáticos. No Brasil, não temos um tipo que tutele os bens jurídicos de todas as condutas acima narradas. Com a edição da Lei n. 12.737/2012, temos a tipificação do delito de interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública, que, em verdade, cobre parte das condutas acima descritas. Uso abusivo de dispositivos: Diz respeito à conduta de produzir, vender, obter, utilizar, importar ou distribuir dispositivo ou programa informático concebido para fins da prática de outras condutas criminosas ou mesmo senhas, códigos de acesso e dados informáticos que permitam o acesso indevido a sistemas. Com a publicação da Lei n. 12.737/2012, temos parte destas condutas cobertas pelo art. 154-A do Código Penal, onde a lei pune não só o invasor, mas o que desenvolve e distribui ferramentas com esta finalidade. No art. 325 do Código Penal, que trata da violação de sigilo funcional, temos a pena de detenção de seis meses a dois anos e multa para o agente que permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública (JESUS & MILAGRE, 2016, p. 43).

Portanto, estes são alguns exemplos que a Doutrina nos traz sobre algumas técnicas delituosas praticadas que são incrimináveis e previstas na nossa legislação.

Mas, que conduta podemos classificar como crime? No Brasil, a legislação penal foi usada em analogia para dar suporte a repressão de alguns crimes praticados, aqueles crimes ainda não previstos na legislação penal brasileira, o que é um sério problema para a sociedade informatizada. Crimes contra a honra como por exemplo, pois as práticas de vários outros delitos não eram previstas em lei. Com advento da lei 12.735/12 e 12.737/12, foram resolvidos alguns problemas em parte, mas que o legislador não observou na sua formação, e não conseguiu abranger ao mundo gigantesco cibernético. O Brasil adota o sistema Constitucional do Processo Legislativo para a elaboração de Leis, o que é totalmente ultrapassado quando comparado a constância das mudanças e avanços da tecnologia. Não só da tecnologia em si, mas a forma das práticas em que aquele que comete crime cibernético acha para aplicar ao usuário. Portanto, é necessária a reprimenda legal prevista no sistema Penal para fazer frente àquele que comete um delito, um sistema que alcance a velocidade e consiga combater os crimes que são cometidos no mundo virtual. Atualmente, o Brasil possui um arcabouço legal praticamente

“natimorto”, pois se legislou sobre o tema no País de uma forma incoerente por causa da técnica usada para elaborar o texto onde objetiva reprimir essas condutas através da reprimenda penal contra determinada técnica usada por um criminoso. A elaboração de leis sobre os crimes cibernéticos no Brasil é considerada ultrapassada pela sua forma que atribui crime a determinadas técnicas ao invés de condenar determinada conduta praticada por diversas técnicas, pois técnicas são constantemente alteradas, nascem e morrem a qualquer momento de acordo com o avanço da tecnologia, com que a criação de novos dispositivos, novos sistemas operacionais, há uma mutação do “modus operandi” utilizado por aquele que pratica um crime cibernético.

Nota-se que a forma para legislar sobre os crimes cibernéticos deve ser de forma mais coerente, dando surgimento ao um tipo penal que possa incriminar determinadas condutas.

Nas palavras de Damásio de Jesus & José Antônio Milagre,

Teoria TCC é um método o qual o legislador deve observar para que seja minimamente eficiente, eficaz e que não precise ser complementada com o tempo, bem como para que se possa compreender o crime digital, sistematizá-lo da seguinte forma: Técnica: método, procedimento, software ou processo informático utilizado e que pode caracterizar um comportamento. Uma técnica pode ser executada manualmente ou por meio de subtécnicas, métodos automatizados ou ferramentas. A exemplo, um agente que obtém acesso a dados de um repositório pode estar utilizando a técnica de *sql injection*. Comportamento: Uma ação realizada por meio de uma ou mais técnicas, cometida por um ou mais agentes, por ação ou omissão, em face de redes de computadores, dispositivos informáticos ou sistemas informatizados. Crime: um ou vários comportamentos, que utiliza uma ou mais técnicas, que ofende um ou mais bens ou objetos jurídicos protegidos pelo Direito. Mantendo o mesmo exemplo, a “invasão de sistema informático” pode ser ou não considerada crime, dependendo do país em que é praticada (2016, p. 29).

Observado este exemplo de teoria, nota-se que não se legisla sobre técnica, pois a tentativa de legislar sobre técnica resulta em uma legislação específica demais e pouco eficaz, resultando em um tipo penal que será rapidamente ultrapassado. Mister a análise de condutas incrimináveis que podem ser realizadas por diversas técnicas resultando em um tipo penal coerente e eficaz.

Notadamente, este é um problema causado em decorrência da falta de

investimentos na educação básica do País, não só básica, mas que de uma forma geral educacional. A instituição de políticas públicas seria a solução para amenizar essas condutas que constantemente são praticadas no universo digital, pois o agente se utiliza dos meios que ele tem acesso, seja ele qualquer dispositivo eletrônico para cometer um ato ilícito. Pois bem, os dispositivos eletrônicos que atualmente são uma verdadeira necessidade na sociedade que vivemos, que é uma sociedade informatizada, não praticam por si só crime! O animus surge com o agente, e o ato ilícito se concretiza com o meio eletrônico de que ele possa utilizar.

Portanto, o investimento na educação seria fundamental para a redução de atos delituosos cibernéticos, fazendo o cidadão entender que o crime cibernético é tão grave quanto os crimes que são praticados no meio físico social. Para a sociedade informatizada, se instalou a sensação de que os crimes praticados no universo digital são impunes, principalmente em um país que não investe na educação, e é por isso que a legislação precisa ter eficácia pra fazer frente a essas condutas, tornando-as incrimináveis com um coerente tipo penal.

5 A LEGISLAÇÃO PENAL CIBERNÉTICA NO BRASIL

A Lei 12.737/12 foi elaborada em decorrência de um fato que aconteceu com a atriz Carolina Dieckmann, que teve suas fotos em situação íntima copiadas do seu computador e divulgadas na internet. O projeto de lei por ter sido oriundo de um ato considerado ilícito ter repercussão nacional, tramitou no Congresso Nacional com regime de urgência, o que resultou em uma legislação com pontos confusos para interpretação, ou mesmo interpretação subjetiva, o que pode ser utilizado para enquadramento de condutas incrimináveis, ou mesmo para a defesa e respaldo de infratores cibernéticos, tornando-a ineficaz. Desta forma, é notório que a elaboração desta Lei não foi capaz de lidar com as condutas criminosas cibernéticas, que a cada dia os agentes infratores mudam a forma de cometê-lo (*modus operandi*), estudando as melhores possibilidades de atacar aqueles que são considerados vulneráveis, logo, vítima dos delitos cibernéticos. Não apenas os vulneráveis são atacados, mas sim todos aqueles que de alguma forma foi lançado no universo digital, podendo se tornar alvo. Não pode o Estado se omitir a essas condições que se estabelecem no meio digital, mas que afeta diretamente o mundo real, ferindo inclusive garantias Constitucionais que foram outorgadas pela Carta Magna ao

cidadão Brasileiro.

O Projeto de Lei 2.793/11 trazia em seu bojo proposta de modificação do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940), compreendia em 04 (quatro) artigos. Estava previsto o delito de invasão de dispositivo informático, no Art. 154-A, o qual era acrescido de 05 (cinco) parágrafos. Já o Art. 154-B estipulava que a ação seria pública condicionada à representação para os delitos citados no artigo anterior, exceto nos casos em que o crime fosse praticado contra a administração direta ou indireta e empresas concessionárias de serviços públicos.

Desta forma, também foi proposta a inclusão dos parágrafos 1º e 2º ao Art. 266, onde passava a incorrer na mesma pena do delito de interrupção de serviço telegráfico, radiográfico e telefônico a conduta que interrompesse serviço telemático ou de informação de utilidade pública, a qual deveria ser dobrada em ocasião de calamidade pública. Ademais, estava presente a modificação do Art. 298, para a inclusão do Parágrafo único que definiria o crime de falsificação de cartão de crédito. Desta forma, o cartão de crédito ou débito seria equiparado a documento particular. A justificativa apontada para a apresentação do PL consistia na “necessidade de regulamentação de aspectos relativos à sociedade da informação”. Segundo seus autores ele foi elaborado como opção ao Projeto de Lei 84/1999, que fora criado para esse fim, e já em avançado estado de evolução não podia sofrer modificações, muito embora estivesse destinado ao fracasso. (OLIVEIRA, 2013, p.23).

Foram acrescentados pela Lei 12.737/12 os artigos 154-A e 154-B do Decreto Lei nº 2.848 de 1940 – Código Penal. E foram alterados os artigos 266 e 298 que passaram a vigorar com nova redação. Vejamos o texto da Lei *ipsis litteris*:

Art. 1o Esta Lei dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos e dá outras providências. Art. 2o O Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, fica acrescido dos seguintes arts. 154-A e 154-B: “Invasão de dispositivo informático. Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. § 1o Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput. § 2o Aumenta-se a pena de um sexto a um terço

se da invasão resulta prejuízo econômico. § 3o Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave. § 4o Na hipótese do § 3o, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos. § 5o Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra: I - Presidente da República, governadores e prefeitos; II - Presidente do Supremo Tribunal Federal; III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.” “Ação penal Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.” Art. 3o Os arts. 266 e 298 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passam a vigorar com a seguinte redação: “Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública Art. 266. § 1º Incorre na mesma pena quem interrompe serviço telemático ou de informação de utilidade pública, ou impede ou dificulta-lhe o restabelecimento. § 2o Aplicam-se as penas em dobro se o crime é cometido por ocasião de calamidade pública.” (NR) “Falsificação de documento particular. Art. 298. Falsificação de cartão Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, equipara-se a documento particular o cartão de crédito ou débito.” (NR) Art. 4o Esta Lei entra em vigor após decorridos 120 (cento e vinte) dias de sua publicação oficial.

O projeto de Lei 84/1999, conhecido como projeto Azeredo, inicialmente proposto na Câmara dos Deputados passou por diversas alterações até sua aprovação. Posteriormente, o projeto 84/1999 se tornou projeto de Lei Substitutivo no Senado Federal (PL 89/2003) proposto pelo Senador Eduardo Azeredo. O diploma legal trazia seu texto um caráter punitista, repressor e criminalizador muito mais forte que o projeto de Lei 84/1999 da Câmara dos Deputados começando pela quantidade de tipos penais criados que eram eles vinte e um. O PL 89/2003 trazia os seguintes tipos penais em seu texto: a) Acesso não autorizado a rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado; b) Obtenção,

transferência ou fornecimento não autorizado de dados ou informação; c) Divulgação ou utilização indevida de informações e dados; d) Dano, destruição de dado eletrônico; e) Inserção ou difusão de código malicioso; f) Inserção ou difusão de código malicioso seguido de dano; g) Estelionato eletrônico, quando a difusão facilitasse ou permitisse acesso indevido à rede de computadores; h) Atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública (informação ou telecomunicação); i) Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático, dispositivo de comunicação, rede de computadores ou sistema informático; j) Falsificação de meio eletrônico ou documento público; k) Falsificação de dado eletrônico e documento particular.

Este projeto de Lei não teve boa aprovação por boa parte dos parlamentares, para uns representava um bom avanço no combate dos crimes cibernéticos, mas para outros e em sua maioria tratava-se apenas de uma tentativa do Estado de controlar o avanço da tecnologia no País, impondo limites a este. Os artigos apresentados no texto do projeto também poderiam representar forte ameaça a liberdade de expressão, ao regular a utilização de informações contidas em redes de computadores através de regulamentação prevista em lei, que a depender de sua interpretação poderia vir a tolher o direito sobre a liberdade de expressão configurando a censura, dando margem para controle do Estado. Este projeto de Lei (89/2003) chegou a ser chamado de AI-5 Digital, fazendo menção ao Ato Institucional nº 05 de 1968, implantado pelo regime militar em 1968, e que censurava em sua maior parte as diversas formas de comunicação.

Naquela época, a sociedade reprovou a iniciativa por parte do Poder Legislativo de criminalizar atos cotidianos praticados na internet, como por exemplo tornar suspeita de responsabilização as redes P2P (peer-to-peer) que tem como principal utilidade a transmissão de arquivos, que possibilitou compartilhamentos em massa de arquivos digitais.

Em sua totalidade, o PL 89/2003 foi aprovado em sua minoria de artigos, tendo em vista o seu caráter repressor e ameaçador a direitos fundamentais outorgados pela Constituição Federal, como por exemplo a liberdade de expressão. Portanto, tendo sido levado a votação apenas 5 (cinco) artigos com aprovação dos parlamentares e em seguida com o veto de um artigo destes, que ao final, o Projeto de Lei 84/1999 ou 89/2003 se tornou na Lei 12.735/2012 contendo 04 (quatro) artigos. Atualmente, os artigos 2º e 3º foram vetados. Segue o texto da Lei *ipsis*

litteris:

Art. 1º Esta Lei altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, e a Lei no 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares; e dá outras providências. Art. 2º (VETADO) Art. 3º (VETADO) Art. 4º Os órgãos da polícia judiciária estruturarão, nos termos de regulamento, setores e equipes especializadas no combate à ação delituosa em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado. Art. 5º O inciso II do
§ 3º do art. 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 20 Parágrafo 3º II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio.

Fazendo a leitura deste texto legal, podemos observar que se trata de um dispositivo que mesmo com o intuito organizacional e normatizador, acaba ficando ultrapassada. Pois, o arcabouço legal penal vigente também não pode se omitir, devendo aplicar a norma mais próxima daqueles crimes cometidos no meio eletrônico.

6 ANALOGIA AO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO DE 1940 E LEGISLAÇÃO PENAL VIGENTE

O nosso país adota o sistema da reserva legal, não há crime sem lei anterior que o defina. Tendo em vista este princípio, que é claro ao dizer que não existe crime sem previsão de lei, não poderá reprimir uma conduta não tipificada. Portanto, não pode o Estado quedar-se em omissão, que ainda ao legislar, precisa passar por um processo legislativo moroso. No entanto, os operadores do Direito não devem ficar esperando uma previsão legislativa para corrigir determinado problema jurídico. Se possível, usar a legislação atual em analogia para aplicar àqueles delitos que se enquadram no texto legal em vigor.

Nossa legislação sobre os crimes cibernéticos ainda se apresenta como insuficiente para o seu combate, porém, em casos concretos, há a possibilidade da aplicação de alguns tipos penais em analogia ao nosso código penal de 1940.

Crimes mais comuns praticados no âmbito virtual que são passíveis de

aplicação em analogia ao código penal brasileiro são:

Calúnia - Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa. § 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§2º - É punível a calúnia contra os mortos. [...] Exceção da verdade - § 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo: I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível; II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141; III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.[...]

Difamação - Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. [...] Exceção da verdade - Parágrafo único

- A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções. [...]

Injúria - Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. § 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena: I - quando o ofendido, de forma reprovável,

provocou diretamente a injúria; II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria. § 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes: Pena -

detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência. § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia,

religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003) Pena - reclusão de um a três anos e multa.

[...] Ameaça - Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único - Somente se

procede mediante representação. [...] Furto - Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 1º - A pena

aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno. § 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois

terços, ou aplicar somente a pena de multa. § 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico. [...] Furto qualificado - § 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é

cometido: I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa; II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; III - com emprego de chave falsa; IV - mediante concurso de duas ou mais

pessoas. § 5º - A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior. (Incluído

pela Lei nº 9.426, de 1996) § 6º A pena é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos se a subtração for de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração. [...] Dano - Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. Dano qualificado - Parágrafo único - Se o crime é cometido: I - com violência à pessoa ou grave ameaça; II

- com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave; III - contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista; (Redação dada pela Lei nº 5.346, de 3.11.1967); IV - por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima: Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à violência. [...] Apropriação indébita - Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. [...] Aumento de pena - § 1º - A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa: I - em depósito necessário; II - na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamentário ou depositário judicial; III - em razão de ofício, emprego ou profissão. [...] Estelionato - Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis. § 1º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º. § 2º

- Nas mesmas penas incorre quem: - Disposição de coisa alheia como própria - I - vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria; - Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria - II - vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias; - Defraudação de penhor - III - defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado; [...] Fraude na entrega de coisa - IV - defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém; - Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro - V - destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as conseqüências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro; - Fraude no pagamento por meio de cheque - VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento. - § 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de

economia popular, assistência social ou beneficência. - Estelionato contra idoso - § 4º Aplica-se a pena em dobro se o crime for cometido contra idoso [...] Violação de direito autoral - Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003) Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003) § 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente: (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003) § 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente. (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003). [...] § 3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente: (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003) [...] § 4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto. (Incluído pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003) (CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, 1940, s/p).

Ainda, em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente,

Lei 8.069/90 Estatuto da Criança e do Adolescente - Art. 247. Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência. §

1º Incorre na mesma pena quem exhibe, total ou parcialmente, fotografia de criança ou adolescente envolvido em ato infracional, ou qualquer ilustração que lhe diga respeito ou se refira a atos que lhe sejam atribuídos, de forma a permitir sua identificação, direta ou indiretamente. § 2º Se o fato for praticado por órgão de imprensa ou emissora de rádio ou televisão, além da pena prevista neste artigo, a autoridade judiciária poderá determinar a apreensão da publicação.

Quanto a Lei de Propriedade Industrial,

Lei 9.279/96 Lei de Propriedade Industrial - Dos Crimes Contra os Desenhos Industriais - Art. 187. Fabricar, sem autorização do titular, produto que incorpore desenho industrial registrado, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. [...] Art. 188. Comete crime contra registro de desenho industrial quem: I - exporta, vende, expõe ou oferece à venda, tem em estoque, oculta ou recebe, para utilização com fins econômicos, objeto que incorpore ilícitamente desenho industrial registrado, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão; ou; II - importa produto que incorpore desenho industrial registrado no País, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão, para os fins previstos no inciso anterior, e que não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular ou com seu consentimento. Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa. [...] Dos Crimes Contra as Marcas - Art. 189. Comete crime contra registro de marca quem: I - reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada, ou imita-a de modo que possa induzir confusão; ou; II - altera marca registrada de outrem já aposta em produto colocado no mercado. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. [...] Art. 190. Comete crime contra registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque: I - produto assinalado com marca ilícitamente reproduzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte; ou; II - produto de sua indústria ou comércio, contido em vasilhame, recipiente ou embalagem que contenha marca legítima de outrem. Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa. [...] Dos Crimes Cometidos por Meio de Marca, Título de Estabelecimento e Sinal de Propaganda - Art. 191. Reproduzir ou imitar, de modo que possa induzir em erro ou confusão, armas, brasões ou distintivos oficiais nacionais, estrangeiros ou internacionais, sem a necessária autorização, no todo ou em parte, em marca, título de estabelecimento, nome comercial, insígnia ou sinal de propaganda, ou usar essas reproduções ou imitações com fins econômicos. Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou expõe ou oferece à venda

produtos assinalados com essas marcas. [...] Dos Crimes Contra Indicações Geográficas e Demais Indicações -

Art. 192. Fabricar, importar, exportar, vender, expor ou oferecer à venda ou ter em estoque produto que apresente falsa indicação geográfica. Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa. [...] Art. 193. Usar, em produto, recipiente, invólucro, cinta, rótulo, fatura, circular, cartaz ou em outro meio de divulgação ou propaganda, termos retificativos, tais como "tipo", "espécie", "gênero", "sistema", "semelhante", "sucedâneo", "idêntico", ou equivalente, não ressaltando a verdadeira procedência do produto. Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa. [...] Art. 194. Usar marca, nome comercial, título de estabelecimento, insígnia, expressão ou sinal de propaganda ou qualquer outra forma que indique procedência que não a verdadeira, ou vender ou expor à venda produto com esses sinais. Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa. [...] Dos Crimes de Concorrência Desleal - Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem; II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem; III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos; V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências; VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento; VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve; VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave; [...] IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem; X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador; XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato; XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; [...] XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de

desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciono, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser; XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. § 1º Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e XII o empregador, sócio ou administrador da empresa, que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos. § 2º O disposto no inciso XIV não se aplica quanto à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto, quando necessário para proteger o público.

A legislação Penal Brasileira vigente traz dispositivos penais que buscam tutelar os bens jurídicos inerentes a todo cidadão. Teoricamente, sob o aspecto constitucional dos bens protegidos conferidos pela Constituição, é de se equiparar a teoria que sustenta a aplicação de um Direito Penal Mínimo, que tutela a proteção jurídica de bens em caráter individualista.

Atualmente, no Brasil, acaba ocorrendo à aplicação da legislação penal disponível em analogia, causada pela falta de uma legislação específica, consistente e eficiente para se aplicar ao fato concreto. A norma penal existente sobre os crimes cibernéticos na legislação Brasileira consiste em uma norma penal aberta, não em forma geral, mas sim em parte. Portanto, o Código Penal é aplicado e alguns casos em analogia.

Vejamos a exemplo este julgado do pedido de habeas corpus, Ipsis Litteris:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO ATRAVÉS DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. APELAÇÃO EM LIBERDADE.

IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE PRESO EM OUTRA AÇÃO PENAL E ENVOLVIDO MAIS DE UMA VEZ EM CRIMES VIRTUAIS. MUDANÇA DE ENDEREÇO NÃO INFORMADA AO JUÍZO COMPETENTE. PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA PARA PRESÍDIO PRÓXIMO À RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA. JUÍZO DE EXECUÇÕES PENAS. ORDEM DENEGADA. 1. Cuida-se de HABEAS CORPUS, com

pedido liminar, impetrado em favor de RAUL BEZERRA DE ARRUDA JÚNIOR, apontando como autoridade coatora o Juiz Federal da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba por ter indeferido o pedido de liberdade provisória, nos autos do processo n.º 0001537-

02.2014.4.05.8201, face à sentença penal condenatória proferida nos autos da Ação Penal n.º 2006.82.01.001114-6, instaurada para apurar a prática dos delitos tipificados nos artigos 1º, VII, c/c parágrafo 2º, inc. I, da Lei n.º 9.613/98, e nos arts. 288 e 155, parágrafo 4º, inc. II e IV, do Código Penal. 2. Depreende-se dos autos que o paciente, juntamente com outros cinco acusados, em liame subjetivo permanente, formaram uma quadrilha visando ao furto sistemático de contas bancárias, mediante a utilização de programas preparados para invadir e subtrair contas bancárias pela internet, o que configuraria, em tese, os tipos penais previstos nos artigos 155, parágrafo 4º, inciso II e IV, e 288, ambos do Código Penal, no artigo 10 da Lei n. 9.296/96, no artigo 10 da Lei Complementar n. 105/2001 e no artigo 1º, inciso VII, c/c parágrafo 2º, inciso I, da Lei n. 9.613/98. 3. O impetrante sustenta, em síntese, que a decisão de indeferimento do pedido de liberdade provisória carece de fundamentos concretos e sem qualquer alicerce para a manutenção da segregação cautelar do paciente. Pugna, pois, pela concessão da ordem assegurando-lhe o direito de responder a todos os atos do processo em liberdade até o seu trânsito em julgado, ou, na remota impossibilidade, a imediata transferência do paciente para um presídio próximo à localidade da residência de sua família situada em Parnamirim/RN. 4. Afastada a alegação de nulidade do ato judicial de negativa do direito de apelar em liberdade, porquanto satisfatoriamente fundamentado pelo juízo a quo na parte dispositiva da sentença condenatória. Excerto da sentença transcrito. 5. Conforme se infere da parte dispositiva da sentença condenatória, o paciente não se inibiu de continuar a prática delitativa tendo sido preso novamente em cumprimento à determinação do Juízo da Comarca de Pombal-PB nos autos do Processo n.º 1921-53.2012.815.0301, além de ter-se envolvido mais de uma vez em crimes virtuais. Consta, ainda, o registro de que o paciente não foi localizado pela Polícia Federal nos endereços indicados em Campina Grande/PB. 6. A não comunicação de mudança de endereço ao juízo competente, bem como a reiteração das condutas delituosas, revela a inadequação e insuficiência das medidas cautelares alternativas à prisão previstas no art. 319 do CPP. 7. Considerando que inexistem elementos nos autos suficientes à análise do pedido de transferência do paciente para um presídio próximo à localidade da residência de sua família (Parnamirim/RN), cabe ao Juízo de Execuções Penais do Rio Grande do Norte apreciar tal pretensão. Ordem de habeas corpus denegada em consonância com o parecer ministerial. (TRF-5 - HC: 00093902720144050000 AL, Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena, Data de Julgamento: 15/01/2015, Primeira Turma, Data de Publicação: 22/01/2015).

Notório que o ato ilícito praticado nesse caso concreto foi um cibercrime, se usando dos meios necessários, através da conduta, aplicando técnicas para obter resultado crime. *Ipsis Litteris*: Depreende-se que dos autos que o paciente, juntamente com outros cinco acusados, em liame subjetivo permanente, formaram uma quadrilha visando o furto sistemático de contas bancárias, mediante a utilização de programas preparados para invadir e subtrair contas bancárias pela internet, o que configuraria os tipos penais citados. Podemos perceber que o autor do pedido de Habeas Corpus cometeu crime tipificado pelo código penal de 1940, do artigo 155, parágrafo 4º, incisos II e IV configurando o furto qualificado sendo aplicado em analogia.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho ora apresentado visou abordar a incoerência e ineficácia da legislação penal cibernética vigente, causando consequência no sistema jurídico Penal Brasileiro, tendo em vista a constância em que as práticas delituosas cibernéticas avançam todos os dias. Portanto, o nosso sistema legislativo ainda é muito moroso, e não acompanha a velocidade em que a sociedade informatizada se amolda cada vez mais as ferramentas que o universo digital dispõe. Todos os dias surgem novos fatos na sociedade informatizada, gerando demanda para o Direito, gerando a necessidade de um legislativo eficiente, com coerentes tipos penais, um sistema que acompanhe a velocidade dos fatos novos que surgem.

Ademais, entendemos que o Estado não deve se omitir a tal responsabilidade para com a sociedade, sendo necessária a instituição da norma penal capaz de lidar com os atuais crimes praticados no meio tecnológico para que seja punido aquele que comete uma conduta antissocial cibernética.

A partir de todo o exposto, verificamos que o Sistema Jurídico Brasileiro sofre com a insuficiente normatização legal com relação ao desenvolvimento tecnológico e consequente avanço dos crimes cibernéticos. Tendo em vista que o avanço tecnológico é constante, o Poder Legislativo não acompanha tal desenvolvimento, se omitindo em relação a crimes dessa natureza não tendo legislação específica vigente no país para tipificação penal.

A instauração de normas jurídicas para regulamentar e fazer frente aqueles que resolvem cometer um ato ilícito, antijurídico de potencial capacidade lesiva,

gerando capacidade ao Estado de Direito mediar o poder para processar, julgar e punir (*jus puniendi*) o ofensor. A Internet é um espaço digital que o homem criou e não tem total controle, mas no mínimo, o Estado tem que se posicionar para garantir os direitos fundamentais que a Constituição Federal outorga.

Desta forma, é notório que um dos maiores motivos que resultam uma demanda gigantesca de crimes cometidos não só na esfera digital, como também no mundo físico, é a falta de investimentos para a instituição de políticas públicas educacionais no meio cibernético.

Por fim, conclui-se que o Brasil carece de uma legislação consistente, trazendo consigo um texto com interpretações subjetivas, resultando em ineficácia para aplicação da norma. Uma omissão por parte do Poder Legislativo do Estado, que não observa os fatos que nascem dia após dia em uma sociedade atual, informatizada que foi lançada no universo digital, fazendo com que novos bens jurídicos a serem tutelados surjam, trazendo novos aspectos jurídicos. Portanto, necessita de um arcabouço legal eficaz para fazer frente às condutas antijurídicas praticadas no meio cibernético, e possibilitar ao próprio Estado que exerça o seu Poder de punir (*jus puniendi*) com a aplicação de coerentes tipos penais de forma adequada e justa.

REFERÊNCIAS

BOITEUX, Luciana. **Crimes informáticos: reflexões sobre política criminal inseridas no contexto internacional atual**. In: Revista brasileira de ciências criminais.

BRASIL. Câmara dos Deputados, CPI - Crimes Cibernéticos, 4 de maio de 2016. Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a prática de crimes cibernéticos e seus efeitos deletérios perante a economia e a sociedade do Brasil. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=214D61B364D3F74027CAB7F56C3E0C39.proposicoesWeb2?codteor=1455189&filename=REL+4/2016+C+PICIBER+%3D%3E+RCP+10/2015. Acesso em Maio de 2017.

BRASIL. CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em Março de 2017.

BRASIL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.html

BRASIL. LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm

CASSANTI, Moisés de Oliveira. Crimes Virtuais, Vítimas Reais. Rio de Janeiro; Brasport, 2014.

CONSELHO DA EUROPA (Budapeste) (Org.). Convenção Sobre o Cibercrime. Disponível em: <http://www.internacional.mpf.mp.br/normas-e-legislacao/legislacao/legislacoes-pertinentes-do-brasil/docs_legislacao/convencao_cibercrime.pdf>.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Crimes no meio ambiente digital. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRABOSKY, Peter. Cibercrime. Mundo Virtual – Cadernos Adenauer. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, Ano IV, n. 06, 2003.

JESUS, Damásio; MILAGRE, José Antônio. Manual de Crimes Informáticos, São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Simão Prado. Crimes virtuais: uma análise da eficácia da legislação brasileira e o desafio do direito penal na atualidade. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15260&revista_caderno=3. Acesso em maio de 2017.

NORTON BY SIMATEC. O que é crime cibernético. Disponível em: <http://br.norton.com/cybercrime-definition>.

OLIVEIRA, Jôline Cristina. O cibercrime e as leis 12.735/12 e 12.737/12. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj045489.pdf>. Acesso em maio de 2017.

PINHEIRO, Reginaldo César. Os Crimes Virtuais na esfera jurídica brasileira. Boletim IBCCrim. Ano 8, n 101, abril/2001.

SAVEGNAGO, Jéssica Uliana.; WOLTMANN, Angelita. A regulamentação dos Cibercrimes no Brasil: Uma análise Jurídica dos “Três Pilares” Norteadores do Marco Civil da Internet. In: 3º CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E

CONTEMPORANEIDADE DA UFSM, 2015, Santa Catarina. Anais eletrônicos... Santa Catarina: UFSM, 2015. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-10.pdf> Acesso em: 08 nov. 2016

WENDT, Emerson; NOGUEIRA, Higor Vinicius. Crimes Cibernéticos ameaças e procedimento de investigação. 2. Ed. Rio de Janeiro; Brasport, 2013.

BARBAI, Marcos A. A criminalidade no espaço digital: a formulação do sentido. In: DIAS, Cristiane. Formas de mobilidade no espaço e-urbano: sentido e materialidade digital [online]. Série e-urbano. Vol. 2, 2013, Consultada no Portal Labeurb – <http://www.labeurb.unicamp.br/livroUrbano/> Laboratório de Estudos Urbanos – LABEURB/Núcleo de Desenvolvimento da Criatividade – NUDECRI, Universidade

Estadual de Campinas – UNICAMP.
Disponível em:
http://www.labeurb.unicamp.br/livroEurbano/volumell/arquivos/pdf/eurbanoVol2_MarcosBairbai.pdf Acesso em: Maio de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5º Região). Habeas Corpus nº 00093902720144050000 AL, Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena, Data de Julgamento: 15/01/2015, Primeira Turma, Data de Publicação: 22/01/2015). Disponível em: <https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178269147/habeas-corpus-hc-93902720144050000-al>

LISBOA, Roberto Senise. "Direito na Sociedade da Informação". RT- 847, p. 78-95. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Maio- 2006. pp. 85.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR E O INSTITUTO RECALL: aspectos legais, doutrinário e jurisprudencial

Carlos George Ramalho Silva
Valkberto Alves de Azevedo Filho

RESUMO

O presente trabalho tem como tema analisar a responsabilidade civil do fornecedor e o instituto do *recall*, através dos seus aspectos legais, doutrinário e jurisprudencial. Fundado no direito à informação e segurança garantidos aos consumidores, à luz da Lei nº 8.078/90, o *recall*, consiste no dever imposto aos fornecedores de comunicar ao público consumidor quanto à existência de produtos ou serviços defeituosos colocados no mercado, promovendo a sua retirada para o saneamento dos defeitos identificados. O produto ou serviço defeituoso é aquele que não oferece a segurança que podia esperar o consumidor, pondo em risco a sua saúde e integridade. A responsabilidade civil implantada no CDC tem como regra a responsabilidade objetiva, que desconsidera a análise subjetiva (culpa) do agente, como forma de restaurar o equilíbrio entre os sujeitos da relação de consumo, em virtude da vulnerabilidade do consumidor, de modo que o fornecedor responde pelos produtos ou serviços viciados ou defeituosos comercializados. O desenvolvimento da temática fará uso do método qualitativo, de natureza bibliográfica, buscando a interpretação dos fenômenos e a atribuição dos significados. Nessa esteira, o CDC prevê a responsabilização do fornecedor em caso de danos causados aos consumidores, imputando-lhe a obrigação de reparar os prejuízos decorrentes. O destaque para a importância do *recall* é o ponto conclusivo deste trabalho, por se tratar de uma prática necessária a prevenção de acidentes de consumo, com a finalidade de proteger e preservar a vida, saúde, integridade e segurança dos consumidores, evitando, assim, que danos materiais e morais sejam provocados.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Acidente de Consumo. Recall.

ABSTRACT

The present work has as its theme to analyze the civil responsibility of the supplier and the institute of the recall, through its legal, doctrinal and jurisprudential aspects. Based on the right to information and security guaranteed to consumers, in light of Law no. 8.078 / 90, the recall consists of the duty imposed on suppliers to communicate to the consumer public the existence of defective products or services placed on the market, promoting their withdrawal Sanitation of identified defects. The defective product or service is one that does not provide the security that could be expected by the consumer, jeopardizing their health and integrity. The civil liability implanted in the CDC is based on strict liability, which disregards the subjective analysis (fault) of the agent, as a way of restoring the balance between the subjects of the consumer relationship, due to the vulnerability of the consumer, so that the supplier Responds to defective or defective products or services on the market. The development of the thematic will make use of the qualitative method, of bibliographical nature, seeking the interpretation of the phenomena and the attribution of the meanings. In this wake, the CDC foresees the liability of the supplier in case of damages caused to the consumers, imputizing him the obligation to repair

the consequent damages. The importance of the recall is the conclusive point of this work, since it is a necessary practice to prevent consumer accidents, with the purpose of protecting and preserving the life, health, integrity and safety of consumers, That material and moral damages are caused.

Keywords: Consumer Law. Accident of Consumption. Recall.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa monográfica busca analisar a Responsabilidade Civil do fornecedor frente ao instituto do Recall no contexto da relação consumerista entabulada.

De origem inglesa, a palavra recall denota literalmente “chamamento” ou “chamar de volta”, cujo termo é bastante utilizado pelos fornecedores para comunicar ao público, ou mesmo chamar a atenção de determinado público quanto à retirada de certo produto ou componentes defeituosos, e que importem em risco para os consumidores.

No ordenamento jurídico brasileiro, é a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) que guarda a previsão do recall, ao estabelecer vedação aos fornecedores quanto à colocação no mercado consumidor de produtos ou serviços, cujo grau de nocividade ou periculosidade tem ou deveria ter conhecimento (BRASIL, 2017).

Outrossim, o microsistema de defesa do consumidor, impõe ao fornecedor, quando da ciência da periculosidade de produtos ou serviços já postos no mercado de consumo, o dever de comunicar tal constatação às autoridades, e, especialmente aos consumidores, por meio de informes publicitários (BRASIL, 2017).

Sendo um mecanismo preventivo, o cumprimento do recall não exime o fornecedor da responsabilidade pelos defeitos e danos decorrentes do produto ou serviço comercializado, mesmo fora do prazo de garantia ou depois do anúncio do recall.

A responsabilidade civil que é entendida como a obrigação legal de reparar prejuízos causados a bens jurídicos alheios, depende da existência concomitante dos elementos caracterizadores: conduta,nexo de causalidade e dano. Este último será material quando atingir o patrimônio do ofendido, ou moral quando o objeto lesionado for algum ou alguns dos bens jurídicos da personalidade da vítima.

Quando a culpa do agente é levada em consideração na aferição do dano, a

responsabilidade será subjetiva, a qual deve ser comprovada pelo ofendido para fazer nascer o dever de indenizar (RODRIGUES, 2002, p. 11). Contudo, quando se abstrai o elemento culpa, sendo suficiente a relação de causalidade entre a conduta e o dano para criar a obrigação indenizatória, a responsabilidade civil será objetiva, admitindo-se em alguns casos a presunção ou a desnecessidade de prova (GONÇALVES, 2003, p. 18).

O Código de Defesa do Consumidor, objetivando restaurar o equilíbrio entre as figuras do consumidor e fornecedor, ante a vulnerabilidade daquele para com este, adotou como regra a Responsabilidade Objetiva, porém, sem prejuízo da defesa do fornecedor, nas hipóteses legalmente previstas.

Fundada na Teoria do Risco da Atividade Empresarial, dada a sua finalidade lucrativa, a responsabilidade civil presente no CDC, faz com que o fornecedor responda pelo fato do produto ou do serviço, e pelo vício do produto ou do serviço.

Numa escala de ofensividade, o produto ou serviço são considerados defeituosos quando não oferece a segurança esperada pelo consumidor, pondo em risco a sua saúde e integridade.

O fornecedor deve responder pelos produtos ou serviços inadequados que são disponibilizados no mercado, em decorrência da violação de um dever de segurança (MIRAGEM, 2008, p. 260).

Sem prejuízo da integral proteção da Lei de Consumo (Lei nº 8.078/90), o recall decorre da dupla garantia que assiste aos consumidores: o direito de informação e segurança (BRASIL, 2017).

Todavia, o debatido instituto não se traduz apenas em dever do fornecedor, mas, consiste também no compromisso do consumidor em atender ao chamamento, garantindo sua própria segurança e impedindo a materialização de potenciais acidentes de consumo.

O referido trabalho justifica-se por buscar a compreensão da importância do recall como uma prática essencial na prevenção de acidentes de consumo, com o escopo de proteção e preservação da vida, saúde, integridade e segurança do consumidor, evitando eventuais prejuízos materiais e morais, ao passo em que investiga a responsabilidade civil do fornecedor, seja na obrigação da prática do recall ou mesmo dos danos efetivamente causados aos consumidores.

Ao final da análise legal e doutrinária, a pesquisa proporá, ainda que brevemente, um estudo de cunho jurisprudencial, no afã de observar o

posicionamento dos tribunais quanto ao instituto do recall e suas repercussões.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O presente e inaugural capítulo objetiva investigar um dos mais polêmicos e importantes institutos jurídicos, considerado como o eixo central do Direito Civil, uma vez que, percorre toda e qualquer relação jurídica de interesses. Trata-se da Responsabilidade Civil.

Para tanto, é imprescindível compreender sua concepção, os elementos que a estruturam, e algumas de suas classificações, seguindo o norte da pertinência temática.

2.1 CONCEITO

Em seu étimo, a palavra responsabilidade, deriva do verbete latino *respondere*, que se refere à obrigação assumida por alguém, como consequência do seu agir, quando do desempenho de suas atividades.

Maria Helena Diniz (2010, p.33) ao discorrer acerca do conceito de responsabilidade, aduz que:

O vocábulo responsabilidade é oriundo do verbo latino *respondere*, designando o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo. [...] O responsável será aquele que responde e que responsabilidade é a obrigação do responsável, ou melhor, o resultado da ação pela qual a pessoa age ante esse dever.

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 1-2) define:

Pode-se afirmar, portanto, que *responsabilidade* exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social.

Percebe-se, portanto, que a responsabilidade nasce do inadimplemento obrigacional. Surge da inobservância do dever de cumprimento de um preceito estabelecido num pacto contratual, ou quando ignora as normatizações reguladoras da vida em sociedade.

A responsabilidade civil emana da prática de ato ilícito, no entanto, segundo o Código Civil, equipara-se ao ato ilícito, a conduta do sujeito, que mesmo no exercício de seu legítimo direito, extrapola o legalmente permitido, e por este excesso acaba por provocar danos na esfera de direitos de outrem. A esse ato, denomina-se abuso de direito (BRASIL, 2017).¹

Destarte, a responsabilidade civil revela-se, pois, como a obrigação de reparar outro sujeito, em razão de o responsável, ter causado lesão, com modus operandi doloso ou culposos, por meio de um agir positivo ou omissivo, desde que presente o liame causal entre a conduta do autor do dano e o prejuízo propriamente dito.

2.2 DOS ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Igualmente anunciados entre a doutrina, como pressupostos do dever de indenizar, a conduta, o nexos causal e o dano, referem-se aos requisitos acumulativos da configuração da responsabilidade civil.

É indispensável à efetiva materialização da responsabilidade civil, a presença de todos esses elementos acima mencionados, posto que, a falta de qualquer um desses pré-requisitos, embaraça a obrigação de indenizar.

2.2.1 Conduta

De fato, a responsabilidade civil é a expressão obrigacional mais concreta da atividade do homem. Sabendo-se que esta pode originar prejuízo, é possível concluir que a responsabilidade jamais nasceria sem a atuação humana. Sendo assim, o primeiro elemento da responsabilidade civil, é inarredavelmente a conduta humana.

Nesse viés, Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 27) explicitam quanto à ideia de conduta humana:

[...] a ação (ou omissão) humana voluntária é pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil. Trata-se, em outras palavras, da conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo. Assim, em nosso entendimento, até por um imperativo de procedência lógica, cuida-se do primeiro elemento da responsabilidade civil.

¹BRASIL. Código Civil: Lei n. 10.406/2002.

Art. 187. 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.

Corroborando com a exposição acima, Queiroga (2003, p. 15) vaticina que: “A ação é ato positivo. A omissão é um ato negativo, ou ausência do ato. A ação ou a omissão podem decorrer de ato próprio, de ato de terceiro ou de coisa que esteja sob sua guarda”.

Logo, a conduta enquanto requisito da responsabilidade civil, pode ser um agir ou uma inação do homem, cuja vontade acarreta um dano alheio.

2.2.2 Nexo causal

É simplesmente impossível existir responsabilidade civil, sem que haja uma ligação entre a conduta do ofensor e o resultado danoso. O nexos causal refere-se ao liame estabelecido entre os outros dois elementos: a conduta e o dano.

Versando sobre o nexos de causalidade, Maria Helena Diniz (2010, p.11) prenuncia:

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexos causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexos representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência.

Infere-se, que o nexos de causalidade, exerce dupla função na seara da responsabilidade civil: tem o papel de identificar o autor da lesão, e possui a finalidade de traçar a extensão do prejuízo a ser reparado.

2.2.3 Dano

Ao lado da conduta e do nexa de causalidade, o dano ou prejuízo, é o último pressuposto da responsabilidade civil.

Sendo assim, acode por esta ocasião, gizar a narrativa esclarecedorade Venosa (2003, p. 28):

Somente haverá possibilidade de indenização se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto. [...] pode-se entender que a expressão dano injusto traduz a mesma noção de lesão a um interesse. [...]

O dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis, a princípio, danos hipotéticos. Sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima.

Pode-se asseverar que o dano corresponde à materialização da ofensa, como produto de ação intencional ou negligenciada, significando um dos elementos da responsabilidade civil. Não há, pois, que se falar em indenização se não há o dano (CAVALIERI FILHO, 2004).

Em suma, a indenização, incontestavelmente é precedida da existência de efetivo dano, não se admite que a fustigada lesão habite no plano abstrato, mas, do contrário, a vítima lesionada deve ter, de fato, suportado um dano, que pode traduzir-se, ora, numa diminuição patrimonial, ora, em uma afronta aos bens jurídicos da personalidade, a saber: dano à honra, a imagem, ao nome, a liberdade de expressão, dentre outros. Daí, dizer-se que houve dano moral.

2.3 DANO MATERIAL E MORAL

Sendo a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2017) a morada dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, não rechaçou, mas, cobriu com seu manto, a tutela do direito à indenização em decorrência de prováveis danos materiais ou morais, que qualquer pessoa venha a sofrer.

Tomando como ponto de partida o dano como ideia de gênero, brotam duas grandes espécies, sendo, pois, o dano patrimonial ou material, e o dano moral, também difundido como extrapatrimonial.

Assim, tem-se que o dano é material, quando afeta exclusivamente o conjunto de bens patrimoniais do sujeito passivo. Doutra ângulo, o prejuízo que atinge o campo moral do ofendido, é aquele que fere diretamente a pessoa, na sua condição de ser humano, não provocando nenhuma lesão aos bens economicamente

apreciáveis.

Na verdade, o dano material está relacionado ao fato de que os bens jurídicos atingidos são suscetíveis de apreciação econômica, sendo, pois, o sinal indissociável de sua patrimonialidade e correspondente localização dentro dessa categoria (NALIN, 1996).

Desta feita, o dano material alberga o prejuízo financeiro aferido de imediato, e o que provavelmente deixou a vítima de crescer em seu patrimônio em razão da lesão sofrida.

Sob outro prisma, cumpre registrar que os danos morais são percebidos pela transgressão aos direitos de ordem não econômica. Nessa trilha, Américo Luiz Martins da Silva (1999, p. 36) ventila: “a expressão dano moral deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial”.

Ora, o que mais se debateno universo jurídico-processual, é acerca da quantificação do valor indenizatório devido, em virtude da comprovação dos danos morais alegados, uma vez que, essa modalidade de lesão, não concebe a restauração do estado in natura das coisas. Por tal motivo peculiar, o quantum da indenização destinada a quem foi moralmente prejudicado, deve revelar finalidade compensatória, no intuito de atenuar o injusto experimentado.

2.4 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA

Já é cediço que a responsabilidade civil se apresenta em diferentes classificações. Importa distinguir duas importantes categorias de responsabilidades. São elas: a responsabilidade subjetiva (que se ocupa da verificação da culpa *latu sensudo* causador do dano) e aquela que não avalia a existência de culpa (responsabilidade objetiva).

O Código Civil Brasileiro, especificamente nos artigos 186 e 187 retrocitados, adotacomo regra geral a responsabilidade subjetiva, pois, além do exame dos pressupostos caracterizadores já estudados, exige a presença do elemento anímico, manifestado através do dolo ou culpa do autor do dano.

Primeiramente, ao divagar quanto à responsabilidade civil subjetiva, Gagliano e Pamplona Filho (2009, p.13) esclarecem que “A responsabilidade civil subjetiva é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposo”.

Veja-se, portanto, que ao se atribuir responsabilidade a alguém, ressalvada a

atividade ancorada em risco (que não considera a culpa), se faz necessário provar a intenção do acusado, para investigar se a conduta foi impulsionada por dolo ou culpa.

Maria Helena Diniz (2010, p. 130), palestrando sobre o assunto em questão, clarifica que a responsabilidade subjetiva, encontra “sua justificativa na culpa ou dolo por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa”.

Não há dúvidas que o comportamento do autor deve contrariar o fixado em regramento legal, e, conseqüentemente, resultar em efetiva lesão aos bens jurídicos do sujeito passivo.

Em sentido diametralmente oposto, a responsabilidade civil objetiva, como já introduzida, corresponde aquela que não leva em conta o elemento culpa.

A difundida teoria da culpa objetiva, albergada em nosso ordenamento jurídico, na Carta Magna de 1988, precisamente no art. 37, § 6º (BRASIL, 2017)², e igualmente contida no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)³, exatamente nos seus artigos 12 e 14 (BRASIL, 2017), acena para a obrigação de indenizar a vítima do evento danoso, independentemente da existência ou não da culpa ou dolo do ofensor.

É de bom alvitre, reproduzir as palavras de Maria Helena Diniz (2010, p. 130):

A responsabilidade objetiva se funda no risco, que explica essa responsabilidade no fato de haver o agente causado prejuízo à vítima ou a seus bens. É irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência do nexos causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar.

Venosa (2003, p. 18), colaborando com as lições sobre a responsabilidade objetiva, expõe que “na responsabilidade objetiva, como regra geral, leva-se em conta o dano, em detrimento do dolo ou da culpa. Desse modo, para o dever de indenizar, bastam o dano e o nexos causal, prescindindo da prova da culpa”.

Além de estar prevista na Carta Política e no CDC, a responsabilidade lastreada na teoria do risco, encontra-se entalhada no texto do parágrafo único do art. 927 do Código Civil.⁴

Tendo-se estampada a ideia das modalidades de responsabilidade civil e suas peculiaridades, a contemporânea pesquisa caminha em direção à delimitação do tema proposto, e dedica o capítulo subsequente, à verificação da

responsabilidade civil contida no Direito do Consumidor, ao passo em que examinará os elementos da relação de consumo, e as hipóteses de responsabilização do fornecedor de produto ou serviço.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Já se assimilou que a responsabilidade civil é a obrigação que uma determinada pessoa tem de reparar um dano (prejuízo) causado a outrem. Igualmente, compreendeu-se que a responsabilidade objetiva prescinde da culpa. A responsabilização do agente independe de ter agido com culpa ou dolo, sendo suficiente que tenha provocado o resultado. Provada a relação de causalidade, nasce a obrigação de indenizar (QUEIROGA, 2007, p. 10).

Em face dessa desigualdade entre fornecedor e consumidor, dada à vulnerabilidade deste em face daquele, o CDC adotou como finalidade precípua “restabelecer o equilíbrio e a igualdade nas relações de consumo” (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 456), o fazendo com a implantação da responsabilidade civil objetiva para dirimir os conflitos originados nas relações de consumo, como uma das ferramentas de proteção e defesa do consumidor.

3.1 ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO

O Código de Defesa do Consumidor se pauta nas diretrizes constitucionais, e são essas que asseguram a capacidade de atingir o real objetivo do Códex do Consumidor brasileiro: a proteção da vulnerabilidade (NORAT, 2012, p. 36).

São, portanto, elementos da relação de consumo: a relação de consumo propriamente dita, o consumidor e o fornecedor.

Muito embora os conceitos de consumidor e fornecedor estejam previstos na Lei nº 8.078/90 (BRASIL, 2017), o legislador não tratou de definir o conceito de relação de consumo, “[...] deixando o conceito em aberto justamente para lhe dar a maior amplitude possível” (GREGORI, 2007, p. 165).

A partir da leitura dos artigos 2º e 3º do CDC, infere-se que a relação de consumo deve ser formada por dois sujeitos, o fornecedor e o consumidor, de modo

que se estes sujeitos estiverem ausentes, não se pode falar em relação de consumo, tampouco na aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Partindo da premissa de que a relação existente entre o consumidor e o fornecedor é de compra e venda de um produto ou de contratação de um serviço, pode-se definir relação de consumo, como toda relação jurídico-obrigacional que envolve esses sujeitos e tem como objeto produto ou serviço a ser adquirido (ALMEIDA, 1993, p. 1).

O conceito de consumidor não se limita a definição estatuída no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor que dispõe: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Na verdade, essa é a concepção em sentido estrito. Contudo, a ideia é mais elástica, pois, o parágrafo único do mesmo artigo aduz que: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. O art. 17 do diploma consumerista também é enfático: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

Neste mesmo sentido, o art. 29 do CDC prescreve ao definir: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

Logo, consumidor é a pessoa física, jurídica, ou até mesmo a equiparada, e ainda, a coletividade de pessoas, determináveis ou não, que adquirem ou utilizam produtos ou serviços para benefício próprio ou de outrem (NORAT, 2012, p. 41).

A grande discussão – o que resultou em correntes doutrinárias divergentes – é quanto à determinação do que seria “destinatário final” à luz do CDC. Assim, surgiram as seguintes teorias, que se ocupam em definir a conceituação de consumidor: a finalista, a maximalista e a mista.

Para a teoria finalista, o consumidor é entendido como aquele que retira um produto do mercado, e utiliza-o como destinatário final, ou seja, aquele que consome, adquire, utiliza, exaure o produto adquirido para seu uso próprio, sem utilizá-lo de modo algum em outra atividade de comércio ou profissional (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 470).

Noutro sentido, a teoria maximalista, defende que basta tão somente, que o produto ou serviço seja retirado do mercado, e quem o faça, utilize-o como destinatário final, não tendo qualquer relevância se o produto ou serviço se prestará

a satisfação de uma necessidade pessoal, ou se será agregado a um novo processo produtivo (NORAT, 2012, p. 42).

Há, por conseguinte, uma terceira corrente, conhecida como finalista mitigada, temperada, aprofundada ou mista, que compreende o consumidor, como destinatário final, por adquirir ou utilizar produto ou serviço para uso privado, contudo, admitindo-se o seu uso em atividade de produção, para desenvolvimento de atividade comercial ou profissional, desde que provada a vulnerabilidade desta pessoa física ou jurídica que adquire o produto ou contrata o serviço (NORAT, 2012, p. 43).

A figura do fornecedor é definida de forma clara na disposição do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, que aduz: “fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Da própria leitura do dispositivo consumerista percebe-se a intenção do legislador em alargar ao máximo a concepção de fornecedor. Fazendo isto de maneira acertada, pois, para o consumidor existir, é obrigatória a existência do fornecedor (NORAT, 2012, p. 47).

Percebe-se que o fornecedor pode ser o Estado, por meio das concessionárias de serviços públicos. Os entes despersonalizados, ou seja, aqueles que “embora não dotados de personalidade jurídica quer no âmbito mercantil, quer no civil, exercem atividades produtivas de bens e serviços” (GRINOVER, et al., 2004, p. 44), bem como os presumidos, como a figura do importador, que apesar de o produto ter origem estrangeira, ele responderá por seus defeitos (GODOY, 2009, p. 143).

Importante ressaltar que apenas poderá ser tida como fornecedor, aquela pessoa (física ou jurídica) que coloque produtos ou serviços no mercado consumidor de maneira habitual.

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O instituto da responsabilidade civil também é tratado no Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 260) pontua:

O Código de Defesa do Consumidor, atento a esses novos rumos da responsabilidade civil, também consagrou a responsabilidade objetiva do fornecedor, tendo em vista especialmente o fato de vivermos, hoje, em uma sociedade de produção e de consumo em massa, responsável pela despersonalização ou desindividualização das relações entre produtores, comerciantes e prestadores de serviços, em um polo, e compradores e usuários do serviço, no outro.

A responsabilidade adotada pelo Código de Defesa do Consumidor é a objetiva, também chamada de “responsabilidade sem culpa” (FILOMENO, 2007, p. 171), conforme dispõe o art. 12 do referido diploma, onde se estabelece que, respondem objetivamente, ou seja, independente de culpa: o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e ainda o importador.

É indubitável que uma das características precípua da relação de consumo, que fundamenta a responsabilidade objetiva, é a questão da vulnerabilidade, de modo que sempre que estiver configurada a relação de consumo, as regras consumeristas serão aplicadas, independentemente da área do direito (VENOSA, 2003, p. 156).

Em suma, a responsabilidade civil que rege o Código Civil tem como regra a responsabilidade subjetiva, e a exceção será a responsabilidade objetiva, ao passo que código consumerista possui como regra geral é a responsabilidade objetiva, “fundada no dever de segurança do fornecedor” (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 17) e na Teoria do Risco, e excepcionalmente se aplica a responsabilidade subjetiva, como é o caso da prestação de serviços dos profissionais liberais.

3.2.1 Responsabilidade pelo fato do produto e do serviço

A primeira situação consiste na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, também denominado de “acidente de consumo” (GONÇALVES, 2009, p. 260-261), encontra-se disciplinada nos artigos 12 e 14 do CDC, tal responsabilidade será flagrantemente objetiva, pois ali se prevê que em caso de danos causados aos consumidores, em decorrência de defeitos no produto ou serviço postos no mercado de consumo, os fornecedores respondem, independentemente da existência de culpa.

Excepcionando a responsabilidade objetiva, tem-se o caso dos profissionais liberais – também chamado de autônomo, por prestar serviço pessoalmente e sem

subordinação a quem contrata o seu serviço –, cuja responsabilidade dependerá da aferição de culpa, segundo reza o art. 14, § 4º do CDC, cujo fundamento se consolida em razão de “os contratos intuitu personae, assim negociados, em regra são lastreados na confiança que se tem no conhecimento técnico do profissional” (GODOY, 2009, p. 147).

Ad argumentandum tantum, os parágrafos 1º e 2º do art. 3º do CDC descrevem a conceituação de produto e serviço, respectivamente: “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”, “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”.

Por fato do produto ou do serviço, entenda-se “defeito” do produto ou do serviço, que o tornam inseguro, perigoso. É o vício que oferece riscos à saúde ou segurança do consumidor, podendo resultar em danos (NORAT, 2012, p. 117).

Assim, à luz do § 1º do art. 12 do Código consumerista, o produto é considerado defeituoso “quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – sua apresentação; II – o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi colocado em circulação”.

Nessa mesma trajetória, segundo inteligência do § 1º do art. 14 do CDC, tem-se por defeituoso o serviço “quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – o modo de seu fornecimento; II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi fornecido”.

Seja qual for o dano resultante, um dos direitos básicos resguardados ao consumidor é “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”, segundo previsão do art. 6º, VI do CDC, ressalvadas as excludentes arroladas no § 3º do art. 12 e no § 3º do art. 14 do CDC.

A responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço será solidária, justamente para resguardar o consumidor de não ter a quem atribuir o dano experimentado. Possibilitando ao consumidor ingressar no Judiciário contra qualquer daqueles que intervierem na cadeia de fornecimento do produto, consoante prescreve o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor. É o que nos diz o parágrafo único do art. 7º do Código consumerista: “Tendo mais de um autor a

ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”.

O comerciante por sua vez, só poderá ser responsabilizado subsidiariamente quando o fabricante, o construtor, o produtor ou importador não puderem ser identificados (incisos I e II do art. 13 do CDC), ou ainda, quando não conservar adequadamente os produtos perecíveis (inciso III do mesmo artigo).

O dever de segurança se protraí para além da aquisição do produto ou da contratação do serviço, por isso mesmo que existem os recalls, que consistem na convocação pelo fornecedor de todos os consumidores que adquiriam certo produto, e que posteriormente teve defeito ou vício constatado, para que seja promovido seu saneamento antes que este se exteriorize, provocando danos ao consumidor.

3.2.2 Responsabilidade pelo vício do produto e do serviço

Preliminarmente, deve-se entender que vício é a imperfeição de qualidade ou quantidade que tornam os produtos ou serviços inadequados ou impróprios ao consumo, sem causar um dano externo ao consumidor, mas, não se prestando ao que se destinam ou lhes diminuindo o valor, não havendo manifestação externa, capaz de gerar dano (GRINBERG, 2000, p. 147-148).

Os vícios podem ser aparentes quando de fácil constatação, ou ocultos, quando só aparecem após algum ou muito tempo de uso, ou ainda quando não podem ser facilmente identificados (NUNES, 2010, p. 180-181).

O Código de Defesa do Consumidor trata dos vícios de qualidade do produto no art. 18, e dos vícios de quantidade do produto no art. 19. Noutro giro, os vícios do serviço são regulados pelo art. 20 (vícios de qualidade), e por analogia é aplicado o art. 19 aos vícios de quantidade do serviço. Não foge a regra, a responsabilidade pelo vício do produto ou serviço é objetiva e solidária (caput do art. 18 e 19 do CDC), independentemente de ser vício aparente ou oculto.

O CDC estabelece as situações em que os produtos são tidos como impróprios ao uso e consumo (§ 6º do art. 18): a) produtos com prazos de validade vencidos; b) produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou c) em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação.

Quando o consumidor estiver diante do vício de qualidade do produto, e mesmo noticiado ao fornecedor, este não sanar o vício no prazo máximo de trinta dias, poderá o consumidor exigir alternativamente e ao seu talante (incisos I, II, e III, do § 1º do art. 18 do CDC): I – a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III – o abatimento proporcional do preço.

Contudo, quando estiver diante de vício de quantidade (incisos I ao IV do art. 19 do CDC), poderá escolher alternativamente: I – o abatimento proporcional do preço; II – complementação do peso ou medida; III – a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios; IV – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

Ao tratar dos vícios de qualidade dos serviços, o CDC em seu art. 20, assim determina: a) a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; b) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; e, c) o abatimento proporcional do preço.

De acordo com o art. 20 do Códex consumerista: “São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade”. Refere-se ao serviço impróprio em virtude da existência de vício de qualidade (NORAT, 2012, p. 151).

O fornecedor deve disponibilizar todas as informações relevantes e essenciais sobre o produto ou serviço posto no mercado de consumo, pois, caso contrário incorrerá em vício de informação – violando direito do consumidor, contido no inciso III do art. 6º do CDC – e potencializará as chances de que acidentes de consumo ocorram (NORAT, 2012, p. 149).

4 O INSTITUTO DO RECALL E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Como já se introduziu nas linhas antecedentes, o dever de segurança do fornecedor e conseqüentemente sua responsabilidade se prorroga para além da aquisição do produto ou mesmo da contratação do serviço, ônus esse que fundamenta a existência dos recalls no âmbito da relação de consumo, mormente no

mercado de produção e consumo em massa.

4.1 CONCEITO DE RECALL

Com a entrada em vigor do CDC, foi introduzida em seu arcabouço a palavra recall. Proveniente da língua inglesa denota a expressão “chamar de volta” (RIZZOTO, 2003). Para Norat (2012, p. 108):

O *recall* é a convocação, feita – obrigatoriamente – pelo fabricante ou distribuidor, com o objetivo de que determinado produto ou serviço que ele colocou no mercado de consumo lhe seja trazido de volta para substituição ou conserto de possíveis ou reais falhas.

Compreende-se, portanto, que o recall enquanto instituto – inicialmente utilizado pelas indústrias automobilísticas, e posteriormente introduzido nas demais indústrias farmacêuticas, tecnológicas, etc. –, consiste no dever legal que é imputado ao fabricante ou distribuidor, de convocar os consumidores adquirentes de determinado produto ou serviço disponibilizados no mercado, de que lhes tragam de volta para providências de conserto de eventuais ou constatados defeitos ou vícios, sem qualquer ônus para os consumidores.

4.2 FUNDAMENTO LEGAL

O fundamento legal do recall está esculpido no caput do art. 10 e § 1º, § 2º e § 3º do CDC, que também é regulado pela Portaria nº 487/2012, do Ministério da Justiça que regulamenta a matéria (BRASIL, 2017). Quanto às referidas disposições consumeristas, veja-se:

Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

§ 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

§ 2º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço.

§ 3º Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de

produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito.

A partir das normas consumeristas acima, compreende-se que é vedado ao fornecedor colocar no mercado produto ou serviço que tem ou deveria ter o conhecimento de sua nocividade ou periculosidade à segurança ou à saúde dos consumidores. Contudo, se por algum motivo isso ocorrer, devem prontamente levar tal fato às autoridades e aos consumidores, através de anúncios publicitários, convocando a quem possa interessar.

Importa registrar que a fiscalização dos recalls é de responsabilidade do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, órgão subordinado à Secretaria de Desenvolvimento Econômico – SDE.

4.3 IMPORTÂNCIA PREVENTIVA DO RECALL

A finalidade precípua do recall (chamamento ou recolha do produto) é a prevenção, pois como assevera Norat (2012, p. 108):

O objetivo fundamental do *recall* é o de proteger e preservar à vida, saúde e segurança dos consumidores, evitar a concretização de potenciais acidentes de consumo, bem como impedir ou minimizar que os consumidores sofram qualquer tipo de prejuízo, seja moral ou material, em virtude do vício detectado no produto ou serviço.

Ora, quando há a descoberta de problemas relacionados à segurança de produto posto no mercado, entra em cena o recall, onde preventivamente solicita-se a devolução de um lote ou linha completa de determinado produto feita pelo próprio fabricante (LÍDICE, 2016).

A Portaria nº 487/2012, fundada no direito básico do consumidor de proteção à vida, saúde e segurança, determina que o comunicado do recall, deve trazer todas as informações detalhadas do produto, devendo também ser enviado ao DPDC para aprovação após a análise das exigências da portaria, tudo isso para que o recall atinja seu objetivo principal, qual seja dar ciência ao maior número de pessoas sobre os prováveis riscos inerentes ao produto.

Desde o ano de 2000, o Ministério da Justiça vem realizando recalls. Esta prática adotada representa nítida preocupação dos fornecedores, a partir das reclamações dos consumidores quanto aos defeitos dos bens de consumo. Assim,

acidentes de consumo podem certamente ser evitados por meio do recall, como uma medida protetiva.

4.4 RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR

Sem mais delongas, posto que fartamente pontuado ao longo desta pesquisa, a responsabilidade civil do fornecedor é objetiva, o que não diverge na hipótese da “convocação”. Quanto a isto, pertinente registrar a observação de Norat (2012, p. 108), nestes termos:

A responsabilidade do fornecedor é objetiva. Enquanto os produtos que ocasionaram o *recall* existirem no mercado de consumo, o fornecedor terá a responsabilidade pela sua pronta reparação. Ressalte-se que essa reparação ocorrerá sem nenhum ônus para o consumidor, mesmo que no anúncio do *recall*, o fornecedor estipule um prazo para o seu encerramento.

Portanto, ainda que o fornecedor estipule termo final para o recall persiste sua responsabilidade enquanto tais produtos defeituosos existirem no mercado, ou seja, estabelecer prazo nessas condições é ilegal.

Outrossim, mesmo que o consumidor do referido produto defeituoso não seja encontrado, ainda assim, permanece a responsabilidade do fornecedor por possíveis acidentes de consumo, uma vez que é objetiva, e havendo dano, responderá nos moldes da legislação de defesa do consumidor.

Caso convocado, o consumidor negligencie, mesmo assim, o fornecedor prevalece integralmente responsável. O máximo que pode ser ventilado é a culpa concorrente do consumidor (NUNES, 2010, p. 165).

Se porventura o consumidor, antes mesmo do chamamento, tiver experimentado algum prejuízo, deverá deduzir em juízo sua pretensão, caso não seja possível obter solução junto aos PROCONs estaduais ou municipais.

Enquanto perdurar o risco que fez surgir o recall, o consumidor poderá exigir o reparo ou a substituição da peça ou do produto defeituoso junto ao fornecedor. Tratando-se de dano moral ou material decorrente do defeito, terá o consumidor o prazo de cinco anos, contados da data do incidente para reclamar a reparação (SALES, 2014). Quanto ao dispositivo correlato da Lei nº 8.078/90, tem-se:

Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos

danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Em suma, a responsabilidade do fornecedor é objetiva para todos os fins quando se trata de realização de recall.

4.5 COMPROMISSO DO CONSUMIDOR

Malgrado seja objetiva a responsabilidade do fornecedor, o consumidor deve estar atento ao chamamento de possível recall, até porque trata-se de alertas sobre riscos de eventuais produtos defeituosos, cabendo a este o compromisso em atender à convocação.

Negligenciar um chamamento é talvez por em risco a saúde, segurança e integridade do consumidor ou mesmo de seus familiares. Há quem discuta a relativização da responsabilidade do fornecedor ante a conduta inerte e negligente do consumidor, porém, a regra é que o fornecedor responde objetivamente por eventuais danos, consoante assaz mencionado.

4.6 ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS

Nos Tribunais pátrios, o recall e a responsabilidade dos fornecedores de produtos defeituosos tem sido objeto de várias demandas, cujos acidentes de consumo em alguns casos precedem ao chamamento, em outros são posteriores ao evento danoso.

Nesse sentido, tem-se decisão do Superior Tribunal de Justiça. Observe-se:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO. AUTOMÓVELFIESTA. QUEBRA DO BANCO DO MOTORISTA. DEFEITO DE FABRICAÇÃO. PERDADO CONTROLE DO VEÍCULO. ACIDENTE GRAVE. RECALL POSTERIOR AO EVENTODANOSO. ÔNUS DA PROVA DO FABRICANTE.

1 - Ação de indenização proposta com base em defeito na fabricação do veículo, objeto de posterior recall, envolvido em grave acidente de trânsito.

2 - Comprovação pelo consumidor lesado do defeito do produto (quebrado banco do motorista com o veículo em movimento na estrada) e da relação de causalidade com o acidente de trânsito (perda do controle do automóvel em estrada e colisão com uma árvore), que lhe causou graves lesões e a perda total do veículo.

3 - A dificuldade probatória ensejada pela impossibilidade

deperícia direta no veículo sinistrado, no curso da instrução do processo, não caracteriza cerceamento de defesa em relação ao fabricante.

4 - Inocorrência de violação às regras dos incisos II e III do § 3º do art. 12 do CDC.

5 - Precedente desta Corte.

6 - Recurso especial desprovido.

(STJ – REsp: 1168775 RS 2009/0234552-3, Relator: Ministro PAULO DE

TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, Data de julgamento:

10/04/2012. Publicação: DJe 16/04/2012). (Grifos acrescentados)

Neste caso, o fornecedor foi responsabilizado, haja vista que restou provado o defeito de fabricação manifestado em momento posterior ao chamamento.

A seguir, decisão do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, condenando o fornecedor, seguindo o entendimento do STJ de que a responsabilidade objetiva prevalece ainda que o consumidor não atenda ao chamamento. Note-se:

AÇÃO INDENIZATÓRIA - DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS - ACIDENTE DE MOTO - TRAVAMENTO NO ACELERADOR - DEFEITO DE FÁBRICA - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - IRRESIGNAÇÃO - AGRAVO RETIDO - MATÉRIA IDÊNTICA A PRELIMINAR DO APELO - RECURSO PREJUDICADO - APELAÇÃO - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA - FATO DO PRODUTO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - DEFEITO DE FÁBRICA COMPROVADO - OBJETO DE RECALL - DANOS DEMONSTRADOS - MINORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO - DESCABIMENTO - SENTENÇA MANTIDA - AGRAVO RETIDO PREJUDICADO - DESPROVIMENTO DO APELO. -

- Quanto à necessidade da produção de provas, o Juiz tem o poder-dever de rejeitar as provas desnecessárias e protelatórias, pois é do seu livre convencimento o deferimento de produção de quaisquer provas que entender pertinentes ao julgamento da lide.

- **A circunstância de o adquirente não levar o veículo para conserto, em atenção a RECALL, não isenta o fabricante da obrigação de indenizar.** STJ REsp 1010392 RJ 2006/0232129-5 VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS os presentes autos acima identificados. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00014286620118150251, 3ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. SAULO HENRIQUES DE SÁ BENEVIDES, j. em **04-10-2016**. (Grifos acrescentados).

Da lavra do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, colaciona-se jurisprudência em que o pedido de indenização por danos morais foi julgado improcedente, por ter sido o vício sanado a contento quando do recall. Vide:

AQUISIÇÃO DE VEÍCULO ZERO QUILOMETRO. **RECALL.**

FABRICANTE. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. CONCESSIONÁRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONSERTO REALIZADO A CONTENTO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL.

O autor adquiriu um veículo zero quilômetro fabricado pela 1ª ré, o qual apresentou diversos defeitos meses após a compra. Analisando-se a prova dos autos infere-se a veracidade da alegação acerca da existência de defeito nos freios do veículo, fato motivador de um recall feito pelo fabricante. Na época da perícia, constatou-se que após os consertos efetuados, o veículo ficou em condições normais de funcionamento. Desse modo, não incide a hipótese de substituição do bem, trazida no art. 18, § 1, I, do CPDC, **porquanto o vício foi sanado a contento. Por outro lado, inobstante o defeito no produto colocado no mercado pela 1ª ré, a situação descrita nos autos indica tão somente a existência de inexoráveis aborrecimentos, que implicam na reparação de prejuízos materiais, mas nunca danos morais, porquanto tais prejuízos morais pressupõem efetiva lesão de sentimento, malferindo direito da personalidade, que não é o caso dos autos.** No que tange à 2ª ré, concessionária que efetuou a venda do veículo e após, prestou assistência técnica, consertando o veículo, infere-se que, por se tratar de fato do serviço, não cabe sua responsabilização civil, nos termos do que dispõe o art. 13 do CPDC, sendo também improcedente o pedido em relação a este.

DESPROVIMENTO DO RECURSO. (TJ-RJ - APL: 00153683220098190001 RJ 0015368-32.2009.8.19.0001, Relator: ROBERTO DE ABREU E SILVA, Data de Julgamento: **26/11/2013**, 9ª Câmara Cível, Data de Publicação: 17/03/2014, DJE) (Grifos acrescidos)

A seguir, tem-se decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgando pela improcedência da ação de indenização por danos morais, cujo veículo foi objeto de recall, não tendo sido provado que o acidente decorreu de defeito de fábrica do veículo. Senão, veja-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. ACIDENTE DECONSUMO. Coautor que se envolveu em acidente enquanto trafegava com veículo fabricado pela requerida que, pouco depois, foi objeto de recall pela empresa fabricante. Insurgência contra sentença de improcedência. Manutenção em parte.

1. Preliminar por cerceamento de defesa. Inocorrência. Desnecessidade e irrelevância de esclarecimentos pelo perito. Análise de relevância que cabe ao juiz, porque destinatário da prova. Art. 130 do CPC. Enunciado 09 desta 3ª Câmara. Ademais, oitiva de testemunha não realizada por preclusão. Displicência dos próprios autores que não providenciaram o encaminhamento da carta precatória. Preliminar afastada.

2. **Responsabilidade civil. Inexistência de ilicitude e de dano moral. Não restou demonstrado que o acidente ocorreu por conta do desprendimento da roda traseira.** Laudo pericial conclusivo nesse sentido. Por outro lado, ausência de danos morais indenizáveis por conta da mera necessidade de recall. Pedidos não acolhidos. Honorários

advocáticos. Aplicabilidade do art. 20, § 4º do CPC em razão da ausência de condenação. Equidade. Redução determinada. Pedido parcialmente acolhido. Recurso parcialmente acolhido. (TJ-SP - APL: 00046871020118260495 SP 0004687-10.2011.8.26.0495, Relator: CARLOS ALBERTO DE SALLES, Data de Julgamento: 16/09/2014, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/09/2014, DJE) (Grifos acrescidos)

Desse modo, percebe-se que cada vez mais, conflitos originados nas relações de consumo envolvendo recall são levados ao Judiciário. No entanto, não obstante deva assegurar-se a proteção do consumidor, bem assim, seja objetiva a responsabilidade do fornecedor, compreendemos que cada caso deve ser avaliado, evitando assim, julgamentos injustos, que acabam por contribuir para o enriquecimento sem causa de alguns jurisdicionados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primordialmente, não se pode deixar de frisar que a temática escolhida para esta pesquisa, partiu dos estudos e do interesse pelo instituto da Responsabilidade Civil, dada a sua importância e capilaridade, visto que não se limita ao campo do Direito Civil, mas, se espalha para outros ramos do direito, a exemplo do Direito do Consumidor.

Foi justamente no âmbito da relação de consumo que se resolveu analisar a responsabilidade civil do fornecedor, a partir do estudo do recall, percorrendo, ainda que brevemente, por seus aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais.

Deu-se início com o estudo da Responsabilidade Civil, seu conceito, elementos de constituição, que consistem em conduta,nexo causal e dano. Seguiu-se com a análise do dano material e moral, assim como buscou-se compreender as diferenças e peculiaridades da responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

A presente pesquisa prosseguiu com o estudo da Responsabilidade Civil no Direito do Consumidor, ao passo em que investigou-se os elementos da relação de consumo, a Responsabilidade Civil nas relações de consumo, cujas modalidades são a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, e responsabilidade pelo vício do produto e do serviço.

Finalmente, como convergência dos capítulos precedentes, analisou-se o instituto do recall diante da Responsabilidade Civil. Foi investigado o conceito de recall, seu fundamento legal, e sua importância preventiva que envolve a

responsabilidade do fornecedor, assim como o compromisso do consumidor em atender à convocação, de modo a evitar acidentes de consumo. Por fim, foi necessário consultar algumas jurisprudências pátrias envolvendo a matéria do recall e a responsabilidade civil do fornecedor, no intuito de acompanhar o entendimento acerca da matéria.

Percebeu-se que o recall é um mecanismo de prevenção, com fundamento no CDC, objetivando evitar acidentes de consumos e danos decorrentes, todas às vezes em que o fornecedor tomar conhecimento de que produtos ou serviços, com possíveis ou reais defeitos foram colocados no mercado, convocando os consumidores à devolvê-los para conserto ou substituição.

O chamamento se pauta na proteção da vida, saúde e segurança do consumidor, fundado no direito à informação e reparação por eventuais danos experimentados em virtude de acidentes de consumo.

Conclui-se, portanto, que a responsabilidade civil do fornecedor por produto defeituoso posto no mercado deve prevalecer, seja por acidentes de consumo anterior ao recall, ou mesmo após, se perdurar o risco que o originou, posto que ilegal estabelecer prazo, se ainda existem produtos a serem recolhidos para conserto ou substituição.

Desse modo, espera-se que esta pesquisa desperte a atenção dos operadores do direito, estudiosos e profissionais que lidam com o Direito do Consumidor e de todos os interessados no aprofundamento e desenvolvimento de ações de proteção aos direitos do consumidor, bem como, provocando novas reflexões sobre o assunto.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1993.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406/02. In: ANGHER, Anne Joyce. (org.) Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. 21. ed. São Paulo: Rideel, 2017.

.Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078/90. In: ANGHER, Anne Joyce. (org.) Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. 21. ed. São Paulo: Rideel, 2017.

. Constituição da República Federativa do Brasil. In: ANGHER, Anne Joyce. (org.) Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. 21. ed. São Paulo: Rideel, 2017.

. Ministério da Justiça. Portaria n. 487/2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130827-10.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2017.

. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Acórdão na Apelação n. 00153683220098190001/RJ. Relator: SILVA, Roberto de Abreu e. Publicado no DJE de 17-03-2014. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117626853/apelacao-apl-153683220098190001-rj-0015368-3220098190001>>. Acesso em: 26 mai. 2017.

. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial n. 1168775 RS 2009/0234552-3. Relator Ministro: SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Publicado no DJE de 16-04-2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21536388/recurso-especial-resp-1168775-rs-2009-0234552-3-stj>>. Acesso em: 26 mai. 2017.

. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão na Apelação n. 00046871020118260495 SP 0004687-10.2011.8.26.0495. Relator: SALLES, Carlos Alberto de. Publicado no DJE de 18-09-2014. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/140275822/apelacao-apl-46871020118260495-sp-0004687-1020118260495>>. Acesso em: 26 mai. 2017.

Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Acórdão na Apelação n. 00014286620118150251 PB. Relator: BENEVIDES, Saulo Henriques de Sá. Publicado no DJE de 07-10-2016. Disponível em: <<https://tj-pb.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/392896301/apelacao-apl-14286620118150251-0001428-6620118150251>>. Acesso em: 26 mai. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Apud BRITTO, Marcelo Silva. Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo código civil. Jus Navigandi. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5159>>. Acesso em 26 mar. 2017. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2008.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v. 7: responsabilidade civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. v. III. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GODOY, Cláudio Bueno de. Responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). Responsabilidade civil nas relações de consumo. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito das obrigações: parte especial – responsabilidade civil. (Col. Sinopses Jurídicas, v.6, t. 2). São Paulo: Saraiva, 2003.

. Direito civil brasileiro, IV volume: responsabilidade civil. 4. ed. ver. São Paulo:

Saraiva, 2009.

GREGORI, Maria Stella. A responsabilidade das empresas nas relações de consumo. Revista do Consumidor, São Paulo, ano 16, n. 62, abr./jun., 2007.

GRINBERG, Rosana. Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo. Revista do Consumidor, São Paulo: RT, ano 09, n. 35, jul./set., 2000, p. 147-148.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LÍDICE, Roberta. Direito do Consumidor: a importância do recall como medida preventiva. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48397/direito-do-consumidor-a-importancia-do-recall-como-medida-preventiva>. Acesso em: 25 mai. 2017.

MIRAGEM, Bruno. Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 260

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Responsabilidade Civil: Descumprimento do contrato e Dano Patrimonial. Curitiba: Juruá, 1996.

NORAT, Markus Samuel Leite. Sinopse de direito do consumidor. Leme/SP: CL EDIJUR, 2012.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Comentários ao código de defesa do consumidor. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

QUEIROGA, Antônio Elias de. Responsabilidade civil e o novo código civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Responsabilidade civil e o novo código civil. 3. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RIZZOTTO, Rodolfo Alberto. Recall – 4 Milhões de carros com defeito de fábrica. Rio de Janeiro: RDE Empreendimentos Publicitários Ltda, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. Direito civil, v. IV. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALES, Davi Henrique Damasceno de. O Código de Defesa do Consumidor e o Recall. Disponível em: <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/o-codigo-de-defesa-do-consumidor-e-o-recall/55893>. Acesso em: 25 mai. 2017.

SILVA, Américo Luiz Martins da. O dano moral e a sua reparação civil. São Paulo: RT, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. v. 43. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FORO PRIVILEGIADO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Claudinea Gomes Oliveira do Nascimento¹
Albérico Santos Fonseca²

RESUMO

Esse trabalho estuda o foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa. O processamento e julgamento de autoridades em tribunais superiores estão descritos na Constituição Federal, por meio dos artigos 102 e 105. A Lei de Improbidade veio depois da Constituição, no caso em 1992. O legislador tentou, através de lei, garantir o foro por prerrogativa de função à autoridades nas ações de improbidade, inserindo um dispositivo no Código de Processo Penal. Essa lei, porém, foi declarada inconstitucional, e os questionamentos sobre foro por prerrogativa de função ou não nas ações de improbidade, chegaram ao STJ e STF, mantendo-se o entendimento de que essas ações tramitam no Juízo Cível, portanto sem foro privilegiado.

Palavras-chave: Foro por prerrogativa de função. Foro privilegiado. Improbidade Administrativa. Constituição.

ABSTRACT

This paper studies the forum by function prerogative in the actions of administrative misconduct. The processing and prosecution authorities in higher courts is described in the Constitution, by Articles 102 and 105. Misconduct Act came after the Constitution in the case in 1992. The legislature tried, by law, to ensure the forum for prerogative according to authorities in the impropriety of actions by inserting a device in the Code of Criminal procedure. This law, however, was declared unconstitutional, and questions about function right forum or not the impropriety of actions, reached the Supreme Court and Supreme Court, maintaining the understanding that these actions proceed through the Civil Court, so no special jurisdiction.

Keywords: Forum for right function. Administrative dishonesty. Constitution.

1 INTRODUÇÃO

Este é um trabalho debruçado sobre o foro por prerrogativa de função, chamado de “foro privilegiado”, especificamente nas ações de Improbidade Administrativa.

A Constituição Federal, vide artigos 102 e 105, já traz a competência do

¹ Aluna graduanda do 10º período do Curso de Direito do UNIESP.

² Professor do UNIESP.

Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, como foro por prerrogativa de função, para processamento e julgamento de infrações penais e de crimes comuns de autoridades.

Como se pode inferir, ou ver, a própria Constituição Federal já definiu em que condições as autoridades serão processadas e julgadas no chamado foro privilegiado. Sendo assim, verificar-se-á no discorrer do presente trabalho que houve em algum momento, uma discussão sobre o foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade, o que aliás, levou aos tribunais superiores o debate jurídico.

Através de uma pesquisa bibliográfica estudar-se-á o foro por prerrogativa de função e a Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92 – penetrando no conhecimento sobre as condutas que caracterizam o ato ímprobo, ou seja, a violação aos princípios da Administração Pública, bem como a referida competência para processar e julgar determinada pelo órgão jurisdicional.

Abordar-se-á que tipo de controle social essa norma exerce, seus efeitos pedagógicos e sua ação às vezes silenciosa barrando agentes da vida política brasileira.

Analisar-se-á a ausência de foro privilegiado estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal para os agentes políticos nas ações de improbidade administrativa, além da garantia de retorno dos bens ou valores desviados aos cofres públicos.

A Constituição Federal trata do tema de foro privilegiado nos artigos 102 e 105, especificando a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para julgar autoridades. Com o advento da Lei de Improbidade (Lei 8.429/92) algum tempo depois houve a tentativa de garantir às autoridades foro privilegiado nas ações de improbidade, por meio da redação dada pela Lei 10.628, de 24/12/2002, ao §2º, do artigo 84, do Código de Processo Penal.

Essa redação do §2º, do art. 84, do CPP, contudo, foi declarada inconstitucional pela colenda corte do Supremo Tribunal Federal em 15/09/2005, através das ADIs 2.797-2 e 2.860-0. O posicionamento da maioria dos ministros do STF é de que as ações de improbidade administrativa têm caráter civil, e a Constituição Federal especifica o foro privilegiado tão somente nos casos de infração penal. Se a lei Maior não destacou foro privilegiado para ações de natureza cível, no caso das ações de improbidade, não poderia uma Lei ordinária fazê-lo.

Sendo assim, com a declaração de inconstitucionalidade do §2º, do art. 84 do CPP, as cortes superiores passaram a discutir em casos concretos a efetiva

existência, ou não, do foro privilegiado para as autoridades que respondem as ações de improbidade administrativa. Em julgado, a segunda turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, analisando a REsp 1569811, que não há foro privilegiado para autoridades quando responderem a ações de improbidade administrativa.

O Brasil é um país de uma dívida histórica com a educação, a saúde, habitação e a segurança pública, entre outros setores da prestação de serviço ao cidadão. Em contrapeso, somos a nação com uma das mais altas cargas tributárias do mundo. Ou seja, pagamos muitos tributos, e, no entanto, não temos esses recursos revertidos em melhor qualidade de vida para nosso povo. E uma das razões para isso, é a deficiência de fiscalização da aplicação dos recursos públicos, aliada a falta de eficiência de nossa Legislação de, em tempo célere, identificar, processar, condenar e fazer os responsáveis devolverem esses montantes integralmente aos cofres públicos.

Antes da Constituição Federal de 1988 a legislação infraconstitucional tinha duas Leis que já versavam da proteção ao patrimônio público ante as condutas indevidas dos agentes públicos. As Leis 3.164/57, e 3.502/58, acostar-se os meios de impor ao gestor a perda de bens adquiridos de forma ilícita bem como o ressarcimento integral do dano causado ao erário. Limitando-se a esses dois encaminhamentos não havia dúvida do buraco que havia na legislação anterior com relação ao assunto.

Então não resta dúvida de que Constituição de 1988 ocasionou uma nova visão, larga e mais eficiente, não apenas para proteger o patrimônio público, mas para conferir uma conduta ética mais compatível com os anseios da sociedade no que tange ao trato da gestão e dos recursos do contribuinte.

Os importantes princípios constitucionais da administração pública elencados no artigo 37 da CRFB/88 surgem como um padrão de comportamento obrigatório a quem ocupa cargo público. Os princípios da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade, e eficiência, explanam o sentimento da população em relação aos gestores e detentores de cargos no serviço público e até mesmo para com os que contratam com o poder público.

O presente trabalho tem por objetivo discutir se os agentes políticos possuem foro especial por prerrogativa de função quando processados por atos de improbidade administrativa.

A metodologia utilizada para desenvolver-se este trabalho, foi à pesquisa

bibliográfica, através de leituras e obras sobre o tema, assim como a Constituição, leis, jurisprudências e doutrinas.

No primeiro capítulo fora abordado a relação jurídica da Constituição Federal e os atos de improbidade administrativa.

No segundo capítulo nos mostra sobre o conceito e significados de improbidade administrativa.

No terceiro capítulo analisa a moralidade administrativa e os sujeitos ativos passivos que cometem os atos ímprobos.

No quarto capítulo menciona a lei de improbidade administrativa e sua aplicabilidade quanto as espécies de atos ímprobos e suas sanções.

No quinto capítulo é analisada a competência para julgamento dos agentes políticos nas ações de improbidade e sobre a existência de prerrogativa de função nessas ações.

2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS ATOS DE IMPROBIDADE

A Constituição de 1988 apontou regras e sanções para atos de improbidade na administração pública e conseqüente penalidades para os agentes públicos através do artigo 37, §4º, da CRFB/88.

A legislação para combater a improbidade administrativa, na seara civil, iniciou-se com o Decreto-lei federal 3.240/41, que estabelecia o sequestro e a perda os bens de autores de crimes que resultaram prejuízo para a Fazenda Pública, desde que se constatasse enriquecimento ilícito, e subsidiariamente a reparação civil do dano e a incorporação ao patrimônio público de bens de aquisição ilegítima de pessoa que exercesse ou tivesse exercido função pública.

O dispositivo 37, § 4o, da Constituição Federal obriga que os atos ímprobos implicarão: na suspensão dos direitos políticos: na perda da função pública; na

indisponibilidade dos bens do agente e no ressarcimento ao erário, na forma gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Em atendimento à Constituição Federal foi editada a Lei no 8.429/92, chamada Lei de Improbidade Administrativa colocando as penas a serem aplicáveis

aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no curso do mandato, cargo, emprego ou função administrativa pública direta, indireta ou até fundacional e dando outras providências.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a previsão constitucional de punição da improbidade administrativa reflete "a revolta do povo brasileiro contra a corrupção nos escalões governamentais e administrativos".

2.1 DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Atos considerados ímprobos são aqueles que, tendo natureza civil e devidamente tipificada em lei federal, violam direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais que norteiam a administração pública, independentemente de denotarem enriquecimento ilícito ou provocarem algum prejuízo material ao cofres públicos.

Na definição de Ives Gandra (2009, p. 32), é irresponsável aquele que suja, tisona, arranha, atinge, ataca a moralidade pública, sendo ímprobo administrador, favorecendo terceiros, praticando a concussão ou sendo ímprobo administrador, favorecendo terceiros, praticando a concussão ou sendo instrumento de corrupção.

Mattos Neto (1997, p. 54), analisando a Lei de Improbidade, afirma, que a moralidade administrativa está contida na noção de probidade administrativa, mencionando que o diploma legal em questão aprecia atos de improbidade administrativa todos que ensejam enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao erário ou atentam contra os princípios da administração, dentre os quais está o princípio da moralidade, acompanhado pelos princípios da legalidade, impessoalidade e publicidade, além dos implícitos, que, mesmo assim, aplicam-se à gestão dos negócios públicos.

Para Di Pietro (2009, p. 46), quando se fala em probidade administrativa, não se deve restringir ao cumprimento da lei em seu caráter formal, mas "observar os princípios da boa fé, de lealdade e éticos, de normas que garantam a boa gestão e a cumprimento da disciplina interna na Administração pública".

A autora ainda harmoniza os significados de probidade e moralidade administrativa, tendo em vista que o objetivo a ser alcançado com essas expressões é a honestidade, que por si só não se limita ao cumprimento do princípio da

legalidade, mas tem como meta a conduta ética na condução do bem comum, que é a gestão da coisa pública.

Alexandre de Moraes (2012, p 25) lança a importância, do que chama de constitucionalização do Direito Administrativo: “Esse novo status trouxe para o Direito Administrativo os modernos métodos interpretativos constitucionais, ampliando a ingerência política do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, nos negócios da Administração Pública, com a finalidade de probidade e efetividade”

Para José Afonso de Sousa (2010,p, 26) “a ideia subjacente ao princípio é a de que moralidade administrativa não é moralidade comum, mas moralidade jurídica. Essa consideração não significa necessariamente que o ato legal seja honesto”. Faz-se necessário o perfeito discernimento do fiel cumprimento a Lei em relação ao sentido empregado à moralidade em sua compreensão ampla.

A Constituição de 1988, ao destacar expressamente os princípios da Administração Pública, colocou lado a lado a Legalidade e a Moralidade (além da impessoalidade, publicidade e eficiência, este último incluso pela redação da Emenda 19/98). Vimos que moralidade e probidade tem o mesmo alcance, o mesmo sentido, e ambos não devem se confundir com legalidade quanto a sua aplicação. A legalidade vai muito além de uma mera observância, é fundamental a sua execução e obediência.

Legalidade está pautada ao cumprimento da Lei, mas nem tudo que é legal é moral, é probo. A Constituição traz a partir de sua promulgação em 1988 um enfoque maior, sobre probidade e moralidade, sob o ponto de vista de condutas que estão além da lei formal, mas de condutas de dignidade, decência e ética.

Veja o que ensina Carvalho (2002, p. 15) “Assim não há como entender as normas constitucionais e legais referentes à defesa do patrimônio e moralidade pública sem a premissa de que tal proteção é essencial para assegurar a dignidade da pessoa humana”.

Observa-se a partir de agora que a defesa do patrimônio público, da moralidade pública, está alicerçada em normas de direitos fundamentais, inafastáveis do olhar cauteloso do cidadão. “Para que o homem possa viver uma vida digna, com a satisfação de suas necessidades materiais e espirituais básicas, devem atuar os agentes públicos com probidade” (CARVALHO, 2002, p.7).

3. DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O surgimento do princípio da legalidade teve origem no nascimento do próprio Estado de Direito. Configura uma das maiores garantias do administrado frente ao Poder Público.

Esse princípio traz a noção de soberania popular, nos termos do art.1º, parágrafo único, da Constituição federal: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Representa uma integral subordinação do Poder público à previsão legal. Os agentes da Administração Pública devem atuar sempre de conformidade com a lei. Nas relações de direito privado é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, com base no princípio da autonomia da vontade. Já com relação à Administração Pública, só é permitido fazer o que a lei autoriza. Está expressamente previsto no caput do art.37 da Constituição Federal.

4. DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Improbidade é o termo mais técnico para se falar em corrupção administrativa, uma vez que promove o desvirtuamento da função pública e o desrespeito à ordem jurídica, decorrendo intrinsecamente da violação ao princípio da Moralidade Administrativa. O artigo 37, § 4º da Constituição Federal elenca as penas para a prática de ato de improbidade, assim tracejadas:

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: § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Há uma diferença substancial entre legalidade e moralidade. Àquele se refere ao cumprimento de normas editadas pelo Poder Público, lei no sentido formal, enquanto este está ligado ao conjunto de valores éticos que não devem ser

afastados da atividade administrativa. Algo que pode cumprir um princípio pode perfeitamente está em desacordo com o outro.

Carvalho Filho (2009 p, 223) ampara que durante o processo de identificação dos critérios de conveniência, oportunidade e justiça, o gestor público tem o dever que observar a devida diferença entre o que é honesto e o que é desonesto.

Moralidade está profundamente ligado à probidade, chegando ao ponto de concorrer para a mitigação da lesividade. Ou seja, a proteção da moralidade e da probidade enseja que mesmo sem comprovação de dano efetivo ao patrimônio público, mas a transgressão aos princípios da administração é satisfatório para caracterização do ato de improbidade.

Não é fácil estabelecer distinção entre moralidade administrativa e probidade administrativa. Pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de honestidade na Administração Pública. Quando exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância dos princípios éticos, de lealdade, boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.

A improbidade administrativa, como ato ilícito, vem sendo prevista no direito brasileiro desde longa data, para os agentes políticos, enquadrando-se como crime de responsabilidade. Para os servidores públicos em geral, a legislação não falava em improbidade, mas já denotava preocupação com o combate à corrupção, ao falar em enriquecimento ilícito no exercício do cargo ou função, que sujeitava o agente ao sequestro e perda de bens em favor da Fazenda Pública. O mesmo não ocorreu com a lesão à moralidade. A inclusão do princípio da moralidade administrativa entre os princípios constitucionais impostos a administração é bem recente, porque ocorreu apenas com a Constituição de 1988.

A inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição foi um reflexo da preocupação com a ética na administração pública e com o combate à corrupção no âmbito do setor público. O princípio da moralidade ampliou o rol de infrações, a improbidade ganhou abrangência, em abranger infrações outras que não apenas o enriquecimento ilícito.

A inserção do princípio da moralidade na Constituição é coerente com a evolução do princípio da legalidade.

4.1 DOS SUJEITOS ATIVOS E PASSIVOS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei 8.429/92 disciplina, no seus dispositivos. 2º e 3º, o agente que comete o ato de improbidade, ou seja, os sujeitos ativos ímprobos. Para uma melhor compreensão, podemos dividir o sujeito ativo em: agente público, sendo aquele que pratica o ato de improbidade administrativa próprio; e o terceiro, que com ele concorre materialmente ou por indução, ou, ainda, que tira proveito da prática ilícita do ato de improbidade administrativa - ato de improbidade administrativa imprópria ou por equiparação.

Com isso, podemos alistar, de forma ampla, os sujeitos ativos próprios dos atos de improbidade sejam eles: os agentes públicos, servidores públicos (estatutários, celetistas remanescente de outros regimes anteriores) dos entes públicos (administração direta, autarquia e fundação pública); os servidores públicos das entidades governamentais privadas (fundações governamentais privadas, sociedades de economia mista e empresas públicas); os contratados, particulares no exercício transitório de funções públicas, sem vínculo profissional e os agentes políticos, respeitadas as disposições constitucionais. No que concerne aos agentes políticos, existem casos excepcionais fundados na Constituição Federal.

Os casos excepcionais, que não admitem a incidência plena das sanções da lei em questão, são aqueles que dizem respeito ao Presidente da República, Senadores e Deputados Federais e Estaduais. Já, o terceiro equiparado é o agente do ato de improbidade impróprio ou equiparado. Neste sentido, dispõe o art. 3º da Lei 8.429/92 que suas disposições são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. Como se vê, o terceiro não faz parte dos quadros da administração ou entes tutelados pela Lei. É um particular que venha a induzir ou se beneficiar do ato de improbidade e, por consequência é co-autor do ato ímprobo.

A Lei no 8.429/92 tratou dos sujeitos dos atos de improbidade em seus três primeiros dispositivos, que versam, respectivamente, sobre os sujeitos passivos, os sujeitos ativos e os terceiros que, embora estranhos à noção de agente público, tenham concorrido para a prática do ato de improbidade. Ante a técnica legislativa

adotada, considerando sujeitos ativos em potencial os agentes que mantenham algum tipo de vínculo com os sujeitos passivos, a individualização daqueles pressupõe a exata identificação destes, tornando contrária ou mesmo infrutífera qualquer tentativa de análise isolada.

Os sujeitos ativos de ato de improbidade administrativa são aqueles indicados pelo art. 1º, caput e parágrafo da lei em questão. Diante de um rol tão vasto, verifica-se que o legislador pretendeu alcançar todas as pessoas que possam prejudicar o interesse público em uma administração proba, englobando tanto os agentes públicos, quanto particulares.

Para que se compreenda quem é agente público, termo sempre tão controvertido na doutrina, a lei o definiu no seu art. 2º, para efeitos da aplicação da Lei 8.429, como sendo aquele “que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas” no artigo 1º, caput e parágrafo único.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho (2009, p, 16), a norma tem que ser aplicada restritivamente aos efeitos da lei, vez que escapa ao conceito comum de agente público, pois, para o autor, é necessário haver vínculo jurídico formal entre o estado e a pessoa física.

O autor ressalta que, tecnicamente, ao seu ver, os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como as entidades beneficiadas por auxílio e subvenção estatal não são agentes públicos, mas assim devem ser considerados para efeitos da Lei de Improbidade Administrativa, por haver expressa determinação legal.

Genericamente, com a inclusão da Emenda Constitucional 18/1998, ficou claro que há quatro espécies de agentes públicos, prestadores de serviço à Administração Pública, pois o art. 37 engloba os agentes políticos, os servidores públicos, os militares e os particulares em colaboração com o Poder Público.

Como observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro,(2009, p, 27) a Constituição Federal de 1988 nominou a seção II do capítulo referente à Administração Pública (Capítulo VII) com a expressão “Servidores Públicos” para se referir às pessoas que trabalham na Administração Pública direta e indireta; já a seção III do mesmo capítulo é referente aos militares dos estados, Distrito Federal e territórios. Em outros capítulos, há referência aos que exercem função pública, como a legislativa e

jurisdicional e ainda há as pessoas que atuam sem vínculo empregatício com o estado.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro,(2009, p, 26), finda que, embora a seção II refira-se a servidor público como aquele que presta serviço à Administração Pública direta e autarquias e fundações, dentre os agentes públicos, servidor público é todo aquele que presta serviços à Administração Pública direta e indireta, pois a seção I refere-se a servidor público desta forma, o que inclui também os que prestam serviços a empresas públicas e a entidades de economia mista.

A categoria dos servidores públicos compreende, portanto, os servidores estatutários, os empregados públicos e os servidores temporários.

Para Hely Lopes de Meirelles,(2010, p, 37), os agentes políticos são autoridades máximas dos Poderes investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por meio de nomeação, eleição designação ou delegação. Sendo independentes nos assuntos de sua competência, os agentes políticos, para o saudoso autor, sujeitam-se apenas aos graus e limites constitucionais, e ficam a salvo de responsabilização civil por erros de atuação, salvo se comprovada culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 45) agente político é aquele que titulariza cargos estruturais da organização política do país, sendo somente o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e os respectivos auxiliares, como os ministros de estados, os ministros de governo e os secretários; inclui também os Senadores, Deputados e Vereadores no rol. Portanto, o autor entende como agente político apenas aqueles que exercem cargos eletivos e seus agentes nomeados.

Considera-se sujeito passivo material o titular do bem jurídico ameaçado ou violado pela conduta ilícita. No caso específico dos atos de improbidade, os sujeitos passivos em potencial estão previstos no art. 1º da Lei no 8.429/92, in verbis:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Territórios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta Lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício

ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Como se constata, a identificação do sujeito passivo deve preceder à própria análise da condição do agente, pois apenas serão considerados atos de improbidade, para os fins da Lei no 8.429/92, aqueles praticados em detrimento: a) da administração direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal; b) de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; e c) do patrimônio de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, ou que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público.

Partindo-se da compreensão subjetiva adotada pelo art. 1º da Lei de Improbidade, o substantivo administração abrange o conjunto de pessoas jurídicas que desempenhem uma atividade de natureza pública, quer seja de forma direta, quer seja de forma indireta, isto independentemente da atividade finalística própria do Poder do qual emanem (Legislativo, Executivo e Judiciário) ou do lugar que ocupem na organização do sistema federativo.

5.A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei nº 8.429/92, de Improbidade Administrativa, foi publicada em 1992, quatro anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, e veio regulamentar o artigo 37, §4 de nossa Carta Magna.

A Constituição Federal de 1988 já trouxe as sanções que deveriam ser aplicadas nos casos de agentes que caíssem na prática de ato de improbidade administrativa. Além do ressarcimento ao erário, e da medida cautelar de indisponibilidade dos bens, também constam entre as sanções a suspensão de direitos políticos e a perda da função pública.

A Constituição após estabelecer os princípios da Administração Pública no

artigo 37, caput, da CRFB/88, também tratou de lidar e abordar um tema extremamente importante e por si só emergente na discussão e na busca de uma gestão com valores éticos e morais, a probidade.

Nesse aspecto o legislador já impõe pela norma constitucional as sanções determinadas ao ímprobo, entre as quais a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública, sem prejuízo de outras modalidades de pena e de ações, conforme o texto da Constituição “na forma e gradação previstas em Lei”, ou seja, estivemos diante de uma norma de eficácia limitada que não recebe normatividade suficiente para a sua aplicação, o que impõe a necessidade de regulamentação através de uma norma infraconstitucional.

É importante ressaltar a exigência de culpa ou dolo, a depender da tipificação do ato para configurar a improbidade administrativa, como ensinamento de Di Pietro, (apud MORAES, 2012), “O enquadramento da lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo”.

Para Meirelles, Wald e Mendes (2009 p.256) a plena discussão sobre as espécies de atos de improbidade administrativa, lembra, embora não exposto em lei, que as três condutas podem ser configuradas simultaneamente, insurgindo o agente público contra os dispositivos da Lei: “Um mesmo ato de improbidade pode gerar enriquecimento ilícito de alguém, causar prejuízo ao erário e violar princípios da administração pública”.

Para facilitar o entendimento em relação a casos em que o mesmo agente responderá, ao mesmo tempo, pelas condutas tipificadas nos artigos 9º, 10º e 11º, da Lei 8.429/92, vejamos: “seria o caso, por exemplo, de um funcionário que aceitasse suborno para assinar um contrato superfaturado. Há enriquecimento ilícito do funcionário e do contratante, prejuízo ao erário e violação de vários princípios”, (MEIRELLES, WALD e MENDES, 2009, p. 256).

A Lei de Improbidade Administrativa, nº 8.429/92, tipificou as condutas de três formas, sendo elas:

5.1. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

A tipificação do enriquecimento ilícito está enunciada através do artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa. Esse tipo de conduta é o que acumula o maior

rigor da lei, através das devidas sanções, pela natureza de subtração da coisa pública, que pode ser benefício pecuniário ou não diretamente, podendo ser apropriação e bem público.

A caracterização dessa conduta está relacionada ao aumento de patrimônio do agente com a constatação da diminuição do patrimônio do órgão ou entidade pública.

Di Pietro (2009, p.823) ensina que deve se observar quanto ao dolo ou culpa do agente no momento de querer atribuir o ato de improbidade: “Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto”.

5.1.1 Prejuízo ao erário

A Constituição Federal previu o princípio da probidade administrativa em seu art. 37 e, para eliminar lesões a tão importante preceito, a carta previu como instrumentos a ação popular (art. 5º, LXXIII), a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma da lei (art. 37, §4º), e a ação penal cabível.

Em quatro circunstâncias, a CRFB faz menção explícita à improbidade, tais como em seu art. 15,v, 85, no art. 14, §9º,5 e no citado art. 37, §4º, em que se preconiza que as punições elencadas ali não possui natureza penal, já o §5º prevê a imprescritibilidade do ressarcimento do erário pelo dano sofrido.

Na legislação infraconstitucional, entre as três condutas tipificadas na Lei de Improbidade Administrativa, o prejuízo ao erário (art10 da Lei 8.429/92), é a única em que tem no elemento subjetivo dolo ou culpa, cabendo em qualquer uma das duas, a configuração do ato de improbidade, bastando, a comprovação do dano ao patrimônio público.

Bezerra Filho (2005, p. 57) assim descreve a necessidade da certificação do prejuízo conferido ao ente público, “exige para a sua consumação a constatação de dano, perda, diminuição ou redução do nível de riqueza patrimonial do Poder Público, sem o qual não se caracteriza a tipologia elencada”.

A conduta descrita no artigo 10 da lei de improbidade administrativa é a única

em que aparece não apenas a ação, mas também a omissão, como meio de produzir o ato lesivo ao erário, quer seja por desvio, apropriação ou dilapidação dos bens.

5.1.1.1 Dos atos que atentam contra o princípio da moralidade

Conforme o Moraes (2012, p. 145), lembra “o agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que demonstrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César”.

A partir desse ensinamento observamos que os princípios exigem respeito a forma conjunta de atuarem para o bem da administração pública. Em uma sucinta afirmação identificamos pelos menos três dos princípios constitucionais da administração pública que exigem obediência ao mesmo tempo. O dever é ao mesmo tempo de respeitar a lei (legalidade) a conduta ética (honestidade, moralidade) e a transparência (publicidade).

Honestidade, um dos deveres impostos pela Lei, tem amparo em diversos princípios da administração pública, notadamente da legalidade e da moralidade. Para Bezerra Filho (2005, p. 54) é tudo que aquilo que é feito estando em conformidade com a decência, respeitando-se a ordem geral e em perfeita consonância com as leis da verdade e da virtude.

5.1.1.1.1 Das sanções aplicadas

A Constituição da República elencou um conjunto de sanções ao responsável pelos atos de improbidade administrativa. Tal era a preocupação dos legisladores quando da confecção do texto constitucional de 1988, que no próprio dispositivo já são elencadas algumas das sanções aplicadas aos que viessem a praticar o ato de improbidade. O artigo 15 da Constituição proíbe a cassação dos direitos políticos, deste modo, resta-se a falar em perda, nos dois casos especiais expressos através dos incisos I e IV, do referido texto constitucional, sendo eles, o cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado e recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa.

Sendo assim passamos a falar sobre a suspensão enunciada na Constituição sobre os casos de improbidade administrativa, consistindo, portanto na perda temporária dos direitos políticos, quando foi estipulado o período de suspensão de

acordo com cada ato tipificado na Lei 8.429/92:

A lei impõe nos casos de enriquecimento ilícito, suspensão de direitos políticos por um período de 8 a 10 anos, na conduta de prejuízo ao erário a suspensão ocorre por prazo entre 5 e 8 anos, e finalmente no ato de violação aos princípios a suspensão é aplicada entre 3 e 5 anos.

Resta ainda destacar que a sanção de suspensão de direitos políticos tem caráter mais incisivo do que a inelegibilidade, tendo em vista que àquela impõe a restrição de votar e de ser votado, enquanto esta impede de ser votado.

Pode ocorrer nas três espécies de atos de improbidade administrativa, a saber, no enriquecimento ilícito, no prejuízo ao erário e na violação dos princípios da administração pública. Só ocorre, porém, com o trânsito em julgado da sentença condenatória, isso não quer dizer que na esfera administrativa, obedecidos os procedimentos legais, não possa acontecer a perda da função com servidor público.

Nem todas as imposições constantes do artigo 37, §4º, da CRFB/88 tem natureza de sanção, como explica Di Pietro (2009, p.824). É o caso da indisponibilidade dos bens, cuja natureza é preventiva com o objetivo de garantir a satisfação da reparação do dano, em caso de procedência da ação de improbidade, acautelando o bem proposto como garantia de ressarcimento ao erário. O ressarcimento ao erário ensina Di Pietro (2009, p. 824) só é possível diante da constatação do prejuízo ao patrimônio público, sob pena de o Estado ficar na situação de enriquecimento ilícito.

Além das imposições previstas na Constituição Federal, a própria Lei de Improbidade Administrativa – nº 8.429/92 – traz em seu artigo 12 as penas previstas para cada espécie de ato de improbidade, acrescentando o rol previsto na Carta Magna: A multa civil se dá como reparação pelo dano causado, com valores diferenciados para cada espécie de ato administrativo.

Pelo artigo 9, no caso de enriquecimento ilícito, a multa é aplicado com base no valor acrescido ao patrimônio do agente, sendo 3 vezes o valor aumentado nos bens do agente, conforme está expresso no artigo 12, I, da Lei 8.429/92.

No caso do artigo 10, de prejuízo ao erário, consta do artigo 12, II, da Lei 8.429/92, que a multa será calculada pelo valor do dano causado, sendo calculada por duas vezes pelo montante do prejuízo.

Enfim, no caso de violação dos princípios da administração pública (artigo 11), diz o artigo 12, III, da Lei 8.429/92, que a multa aplicada será de 100 vezes o

salário do agente público que cometeu o ato.

A proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário ocorre com prazo diferente para cada uma das espécies de ato de improbidade, conforme preveem os incisos I, II e III, do artigo 12 da Lei 8.429/92:

A proibição de contratar com o poder público tem prazo diferente para cada conduta da Lei de Improbidade, sendo de 10 anos para os casos de enriquecimento ilícito, de 5 anos para a conduta de prejuízo ao erário, e de 3 anos para os atos de improbidade por violação dos princípios da Administração Pública.

6. DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DO FORO POR PRERROGATIVA DEFUNÇÃO DOS AGENTES POLÍTICOS

Primeiramente se faz necessário esclarece sobre: o termo “Competência” dentro da temática abordada.

É a relevância da função ou do cargo que o acusado ocupa que retira os procedimentos penais do juízo de primeiro grau, remetendo-os às instâncias superiores o seu relativo processamento, é que produzirá o conceito do foro por prerrogativa de função, mais conhecido como foro privilegiado.

Para Fernando Capez a competência:

É a limitação do exercício do poder Jurisdicional. Trata-se de regras que apontam quais os casos que podem ser julgados por determinado órgão do Poder Judiciário. É, portanto, uma verdade medida da extensão do poder de julgar.

Há quem entenda que a prerrogativa do foro em razão da função afronta princípios basilares da Constituição Federal, dentre eles o Princípio da Igualdade, expressa, igualdade de todos perante a lei. Ressalta também, a indiferença da situação para determinados cargos.

As constituições modernas vêm estabilizando em seu texto, a existência do princípio da isonomia ou igualdade, princípio este que tem como condão a garantia da aplicação da lei sem excessos aos administrados. Na Constituição Brasileira de 1988 não foi diversa. Esta explicitou em seu texto notadamente em seu artigo quinto,

que todos são iguais perante a lei e garantiu aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade e a igualdade. Senão vejamos o texto da Carta Maior:

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.

Como se observa, o espírito da norma é consagrar tratamento igualitário entre homens, mulheres, brasileiros, estrangeiros residentes no país, para que, desta forma, não haja excessos por parte do administrador público ou de agentes políticos contra os administrados.

Mas, muito se pergunta, qual será é a vantagem de um julgamento com foro privilegiado? O principal ponto de tais indagações é a paridade de poderes: cidadãos comuns são julgados por instâncias inferiores, enquanto ocupantes de cargos públicos são julgados por tribunais de instâncias superiores. Tal separação garante independência do Poder Judiciário e evita pressões nos julgamentos, tanto dos acusados sobre os magistrados julgadores quanto dos próprios tribunais sobre os acusados.

Assim, se um acusado recorre a uma instância superior para ser julgado, coloca o caso nas mãos de juízes com um grau mais elevado de exigência.

Além disso, acusados com foro privilegiado não podem ser alvo de prisão preventiva ou temporária. Só vão para a cadeia em caso de condenação ou de flagrante de crime inafiançável.

A Carta Maior elencou em seu texto o foro por prerrogativa de função, disposição esta que tinha por finalidade resguardar um tratamento isonômico para as autoridades constituídas, concedendo a estas a prerrogativa de em seus crimes comuns, serem processados e julgados perante o Tribunal competente. Estas disposições estão traçadas nos seguintes artigos: art. 29 (Prefeito Municipal);

Art.102 (Presidente da República), Art. 104(Governador dos Estados),Art. 108(Juízes Federais), todos da Constituição Federal.

Ao consagrar em seu texto o tratamento diferenciado para algumas

autoridades, a Constituição Brasileira buscou na realidade conceder igualdade de tratamento para as autoridades pertencentes à administração pública municipal, estadual e federal, através da competência *ratione materiae*, pois a importância do cargo poderia trazer tratamento diferenciado que de alguma forma poderiam macular a aplicação da lei.

O presente instituto possui fundamento na medida em que os legitimados que exerçam o cargo especial e de grande relevância no cenário político do Estado e outras autoridades, venham a ser julgados por órgãos superiores garantindo-se assim, a aplicação do princípio da igualdade. A manutenção do julgamento destas autoridades por um juiz singular, de primeiro grau.

Entretanto, qual será a desvantagem de um julgamento com foro privilegiado? A principal desvantagem é que o condenado tem menos instâncias para recorrer. Salvo raras exceções, também não pode recorrer caso seja julgado diretamente pelo STF, a mais alta corte do país.

Além disso, o foro privilegiado não permite a reavaliação de provas dos autos, apenas uma reinterpretação do que já foi apresentado. Segundo, isso equivale a dizer que um acusado não pode pedir para que provas sejam avaliadas novamente e o recurso somente é admitido em algumas situações específicas --por exemplo, violação grave da lei ou da Constituição ou quando for necessário "uniformizar" o entendimento para casos semelhantes.

O princípio da igualdade é um direito fundamental, previsto no artigo 5º da Lei Maior que rege todo o ordenamento jurídico brasileiro. Analisando os ditames do referido princípio é nítido verificar que todos deveriam ser julgados obedecendo a forma ordinária de julgamento imposta pela legislação processual vigente, sem obtenção de qualquer forma de privilégio. Ocorre que, há exceções que são verificadas nas normas que estabelecem o foro privilegiado para o julgamento de determinadas autoridades, que, por sua vez, sempre são justificadas pela necessidade de proteger o exercício da função ou do mandato, não constituindo, absolutamente, privilégios pessoais dos detentores desses mandatos.

Em suma, considerando a ordem constitucional vigente República Federativa do Brasil, somente o constituinte originário pode instituir a prerrogativa de foro privilegiado, e este só o faz na seara penal.

6.1 FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO (FORO PRIVILEGIADO)

Após de dedicada atenção ao tema da improbidade administrativa, sob análise das normas constitucionais (artigo 37, §4º, da CF/88), e infraconstitucionais (Lei 8.429/92 – Lei da Improbidade Administrativa), passamos a discorrer sobre o tema do foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade.

É importante fazermos a abordagem da forma tecnicamente correta quando nos referimos ao instituto do foro por prerrogativa de função, separando-a do que chamam de foro privilegiado. Mas sobre qual fundamento que o constituinte originário estabeleceu a imunidade relativa aqui abordada? Até agora, no presente texto, usou-se os termos “prerrogativa de função” e “foro privilegiado” como habitualmente o fazem alguns operadores do direito na práxis jurídica, o que, no entanto, é tecnicamente incorreto, pois há alarmante diferença entre os dois.

Qual o significado do Foro por prerrogativa de função? Ao mesmo tempo conhecido como foro privilegiado, apesar de não ser o termo apropriado, o foro por prerrogativa de função pode-se dizer que é uma situação específica a qual estão submetidos os ocupantes de determinados cargos por serem processados e julgados por órgãos jurisdicionais superiores. Entretanto não configura ser um privilégio que viola o princípio de igualdade da Constituição? Na verdade o foro por prerrogativa de função é uma proteção constitucional que o cargo exige e não a pessoa, por isso não afronta a CRFB.

Segundo Tourinho Filho (p. 362. 2012), O foro especial por prerrogativa de função, ou foro privilegiado, é um instituto pelo qual se atribui a tribunais específicos da estrutura judiciária brasileira o poder de processar e julgar determinadas pessoas. Sua razão de ser é a especial posição política ou funcional ocupada por certas autoridades, que lhes vale um tratamento distinto daquele reservado aos demais cidadãos brasileiros. Existem pessoas que exercem cargos de especial relevância na gestão do Estado, e em atenção a esses cargos ou funções e somente que exercem no cenário político-jurídico da nossa Pátria gozam, obtém elas de foro especial, isto é, não serão processados e julgados como qualquer pessoa do povo, pelos órgãos comuns, mas pelos tribunais, órgãos superiores, de instância mais elevada na jurisdição.

6.1.1 DA COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO

Como fica então, no caso de um agente público que tem foro por prerrogativa de função cometer crime com uma pessoa comum, como fica?

Pela jurisprudência o processo não deve ser desmembrado e as pessoas que não tem foro, são atraídas para serem julgadas pelo mesmo órgão competente para o possuidor de prerrogativa de função. Exemplo recente é o julgamento da Ação Penal 470, no caso do Mensalão. Acontece que, no caso de crime doloso contra a vida há quem defenda a cisão, sendo assim, o réu que tem prerrogativa seria julgado pelo órgão competente e os demais pelo Tribunal do Júri.

A competência por prerrogativa de função abrange também as pessoas que não gozam de foro especial, sempre que houver concurso de pessoas (art.77, inciso I e art.78, inciso III do Código Penal). Ainda que o Tribunal competente venha a absolver o agente que goza de foro especial que agiu em concurso de pessoas, continuará competente para julgar os corréus sem a mesma prerrogativa.

Para compreender a discussão acerca dos termos vale ressaltar o que, em síntese, Tourinho Filho diz: “o privilégio decorre de benefício à pessoa, ao passo que a prerrogativa envolve a função” (TOURINHO FILHO, 2002, p. 126).

Certo é que, o Poder Constituinte Originário ponderou que deveria, em razão das posições e atividades exercidas por aqueles nos topos da hierarquia dos poderes executivo, legislativo e judiciário, darem-lhes a prerrogativa de função, ou seja, um foro diferenciado dos outros cidadãos.

Os que defendem a existência da prerrogativa de função, afirmam que ela protege a função e atividade de determinado cargo, ou seja, é de interesse público e a intenção não é dar privilégio a determinada pessoa. “Quando a Constituição proíbe o “foro privilegiado”, ela está vedando o privilégio em razão das qualidades pessoais, atributos de nascimento...” (CAPEZ, 2010, p. 122), mas no caso da prerrogativa de função “dá-se tratamento especial não à pessoa, mas ao cargo ou função que exerce, de especial relevância para o Estado” (MIRABETE, 2000, p. 67).

Segundo José Augusto Delgado, (p. 335 e p. 373, 2003) o foro por prerrogativa de função, acima de qualquer outra reflexão, é uma garantia e não privilégio. Uma segurança para os agentes políticos, pois passam a ser julgados por um órgão colegiado, composto por magistrados, em tese, mais experientes, que

atuam de modo coletivo.

Desta maneira tecnicamente é incorreto dizer que determinada pessoa tem foro privilegiado, mas sim certa pessoa pode ter um foro diferente dos outros cidadãos em função do cargo que a mesma ocupa.

Portanto, a imunidade somente será mantida quando a pessoa “estiver em efetivo exercício, não se estendendo àquele que estiver licenciado, ainda que no exercício de outra função, para a qual não se assegure a mesma garantia” (OLIVEIRA, 2008, p. 202). Concepção em conformidade com a súmula 451 do STF que dispõe: “A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional.”

O STJ decidiu que não há foro privilegiado às autoridades nas ações de improbidade administrativa. O julgamento ocorreu em 26 de outubro de 2015, e o ministro relator da matéria Luís Felipe Salomão, argumentou que a competência por prerrogativa de função nos casos de ações penais não alcança as ações de improbidade por serem de natureza civil.

O julgamento foi de grande relevância para discussão da matéria sobre foro privilegiado nas ações de improbidade administrativa.

Em 2002, foi publicada a Lei n.º 10.628, que acrescentou o § 2º ao art. 84 do Código de Processo Penal, prevendo foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade. Veja: § 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.

Diante dessa alteração legislativa, foi proposta a ADI 2797 em face da Lei n.º 10.628/2002 e o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional o referido § 2º do art. 84 do CPP, decisão proferida em 15/09/2005.

O Supremo decidiu que “no plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes”.

Em suma, o STF afirmou que, como a Constituição não estabeleceu foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade administrativa, a lei ordinária não poderia prever. Assim, firmou-se o entendimento de que as ações de improbidade administrativa deveriam ser julgadas em 1ª instância.

No entanto, o STF, opostamente ao que dita esse posicionamento, ainda

entende que seus Ministros devem ser processados e julgados perante o próprio Supremo por ato de improbidade, trazendo, assim, uma exceção que também não está prevista na Constituição Federal.

A matéria atinente ao foro especial por prerrogativa de função não se vê regulamentada apenas no âmbito infraconstitucional, nos limites do Código de Processo Penal, sendo de importância constitucional, tanto assim que o art. 29, inc. X, da Constituição Federal, estabelece a competência dos Tribunais de Justiça dos Estados para o julgamento de Prefeitos.

O art. 105 da Constituição Federal cuida do rol de competências do Superior Tribunal de Justiça, passando pelo tema do foro especial por prerrogativa de função. De igual modo, o artigo 102 da Constituição Federal estabelece o rol de competências do Supremo Tribunal Federal com as hipóteses em que lhe compete julgar originariamente (inciso I); julgar em sede de recurso ordinário (inciso. II), e em razão de recurso extraordinário (inciso.III), tratando, entre outros temas, do processo e julgamento, nas infrações penais comuns, do Presidente da República, do Vice- Presidente, dos membros do Congresso Nacional, de seus próprios Ministros e do Procurador-Geral da República, ou ainda, como se vê na alínea c do inc. I do mesmo artigo 102.

No entanto, a ação de improbidade administrativa possui natureza cível. Em outras palavras, é uma ação civil e não uma ação penal.

Assim, não existe foro por prerrogativa de função no caso de ações cíveis. Em regra, somente existe foro por prerrogativa de função no caso de ações penais e não em demandas cíveis. Destarte se for proposta uma ação penal contra um Deputado Federal, esta deverá ser ajuizada no STF. Mas, se for ajuizada uma ação de cobrança de dívida contra esse mesmo Deputado, a demanda será julgada por um juízo de 1ª instância.

O foro especial por proteger o cargo ou função pública, ocupado, não se estende quando o agente público não se encontra mais investido no cargo. Porém, existe a previsibilidade do envio de ação penal iniciada em primeira instância para tribunais superiores, como pode ocorrer a situação inversa. Em primeira hipótese, basta o agente se revestir em cargo que possui prerrogativa de função, quando então, sua ação deve ser iniciada em tribunal competente, por ser ação penal originária *ratione personae*. Igualmente, se o agente for destituído do cargo ou função, perderá, então, a prerrogativa de foro, porque que não mais ocupará um

cargo ou função pública de proteção do Estado.

Quando se fala em cassação, ou perda de mandato, deve-se estabelecer uma distinção entre crimes de responsabilidade e improbidade administrativa. Enquanto o primeiro é tratado no Decreto-Lei nº 201/67, o segundo tem tratamento constitucional, e está disposto no § 4º do art. 37 da Carta Magna.

Alguns doutrinadores e os Tribunais de Justiça têm entendido recentemente que a ação de improbidade administrativa, mesmo sendo proposta contra agentes que gozam do foro especial por prerrogativa de função, deve ser processada e julgada em primeira instância, por não ser possível o deslocamento do processo para o Supremo Tribunal Federal, ou outros tribunais sem que haja expressa previsão constitucional para tal.

Defendem ainda que não se admite o foro privilegiado para as ações civis de improbidade administrativa, pois a competência originária do Supremo Tribunal Federal é de direito estrito. Assim, afirmam que o legislador ordinário não poderia ampliar o estrito âmbito de competência da Suprema Corte.

No âmbito dessa discussão, em decisão recente no Resp 1569811, o STJ decidiu que, não existe foro privilegiado para julgamento de autoridades em ação de improbidade administrativa, segundo decisão unânime tomada pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar caso envolvendo deputado federal.

O caso diz respeito a ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, aceita pelo juiz de primeiro grau, para bloqueio de bens dos acusados de desvios de recursos em obras na Prefeitura de Nova Iguaçu.

A ação incluiu diversos réus, entre eles o então prefeito Nelson Roberto Bornier de Oliveira, que posteriormente elegeu-se deputado federal.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro considerou-se incompetente para apreciar o caso, alegando que caberia ao Supremo Tribunal Federal (STF) julgar a ação por envolver um parlamentar.

O Ministério Público tentou sem sucesso modificar o entendimento do TJRJ, apontando que o deputado federal tinha sido eleito para novo mandato na Prefeitura de Nova Iguaçu, no decorrer da ação civil pública.

Inconformado com a decisão, o Ministério Público recorreu para o STJ, onde o caso foi analisado pelo ministro relator, Humberto Martins, da Segunda Turma.

No voto, o ministro ressaltou que a Constituição estabelece a prerrogativa de foro no STF exclusivamente para ações penais, não alcançando ações de

improbidade administrativa, que possuem natureza cível. “É firme a jurisprudência no sentido de que o foro por prerrogativa de função não se estende ao processamento das ações de improbidade administrativa”, afirmou o ministro.

Humberto Martins salientou ainda o entendimento do STJ de que “fato superveniente que possa influir na solução do litígio deve ser considerado pelo tribunal competente” ao julgar a ação – no caso, a eleição do deputado federal para um novo mandato de prefeito.

Nesse contexto, considerando que o julgamento deve refletir o estado de fato da lide no momento da entrega da prestação jurisdicional e que não existe prerrogativa de função no âmbito da ação de improbidade, é o caso de provimento do apelo especial, concluiu o ministro.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chega-se à conclusão desse trabalho com convicções formadas em torno do tema abordado ao longo da explanação. Inicialmente vale destacar a importância da Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 37, faz uma abordagem específica e fundamental sobre a administração pública, seus princípios e possíveis sanções para atos de improbidade.

Pretende-se compreender melhor a concepção dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, transparência e eficiência na administração pública. E através do artigo 37, §4, a Constituição impõe a criação de lei específica para tratar da tutela da gestão pública, como algo fundamental para garantias individuais e coletivas do cidadão.

Posteriormente, em 1992, quatro anos após a Constituição Federal de 1988, vem a Lei 8.429, de Improbidade Administrativa – LIA – estabelecendo as condutas e as sanções para os casos de violação aos princípios da administração, enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário, contribuindo decisivamente para o controle social na gestão pública. Com a utilização, cada vez mais frequente, das ações de improbidade em face de gestores, autoridades e políticos, surgiu o debate sobre o foro de prerrogativa de função, ou não, nessas ações.

Então, no sistema corporativista em que vivemos o legislador, em benefício próprio criou a lei 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acrescentou ao artigo 84

do Código de Processo Penal, o §2º, que estabelecia o foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa.

A lei foi declarada inconstitucional através das ADIs 2.797 e 2860, em 15 de setembro de 2005. A partir daí começou a se formar um entendimento claro substancial de que as ações de improbidade administração não comportam o foro por prerrogativa de função.

A discussão foi provocada, tanto no STJ, quanto no STF, que já deliberaram sobre o assunto, uniformizando o entendimento de que não se aplica o foro por prerrogativa de função nas citadas ações, em razão da natureza civil da ação de improbidade.

REFERÊNCIAS

ABNT- Associação Brasileira de Normas Técnicas. Rio de Janeiro, Maio -2015.
BEZERRA FILHO, Aluizio. **Lei de Improbidade Administrativa**. Aplicada e Comentada, Curitiba-PR, Juruá Editora, 2005.

BRASIL .TRF-1 - APELAÇÃO CIVEL : AC 11240520094013309 BA 0001124-05.2009.4.01.3309. Rel. : Desembargador Federal Hilton Queiroz. Publicado e-DJF1p.400 de 07/03/2014. Disponível em :<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25042257/apelacao-civel-ac-11240520094013309-ba-0001124-0520094013309-trf1>. Acesso em 12/08/2016 BRASIL, STF-2ªT. – Re. Nº 160.381-SP-Rel. Min. Marco Aurélio RTJ 153/1.030.

Disponível em BRASIL, STF-2ªT. – Re. Nº 160.381-SP-Rel. Min. Marco Aurélio RTJ 153/1.030. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-da-supremacia-do-interesse-publico-e-principio-da-indisponibilidade-do-interesse-publico-pilares-do-,40101.html>. Acesso em 26/06/2016
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm. Acesso em 26/06/2016

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal, São Paulo: Saraiva, 2010.
CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora 2009.

CARVALHO RAMOS, André. Improbidade Administrativa. 10 anos da Lei 8.429/92, Belo Horizonte, Del Rey Editora, 2002.

CONSTITUIÇÃO FEDERATIVA DO BRASIL,1988.

DELGADO, J. A. Improbidade administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa. São Paulo: Malheiros, 2003.

DE MELO, Celso Antônio Bandeira, Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo. 3ª Ed.: Editora Malheiros, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22. ed. São Paulo, editora Atlas S.A., 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e Democracia. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar e Fundação Getúlio Vargas, 2001.
MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Os direitos sociais na Constituição Federal de 1998. Boletim da ENFAM, Brasília, v. 1, p. 5, jan. 2009.

OLIVEIRA, Jose, Roberto Pimenta. Improbidade Administrativa e Sua Autonomia Constitucional, Belo Horizonte: Forum, 2008.

MATTOS NETO. José. Foro por prerrogativa de função. 2ª ed. Rio de Janeiro. Editora Atlas. 2008

MEIRELLES, WALD e MENDES, Hely Lopes, Arnaldo e Gilmar Ferreira. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 33. ed. São Paulo, editora Malheiros Editores Ltda, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal, 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2004.
MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 28. ed. São Paulo, editora Atlas S.A., 2012.

MORAES, Alexandre. Ministério Público e o combate à corrupção, Improbidade Administrativa. 2002

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

OS LIMITES DO PODER FISCALIZATÓRIO: quanto o monitoramento de e-mail corporativo, a legalidade de revistas e filmagens.

Diego Dias Garcia de Araújo¹
Msc. José Carlos Ferreira da Luz²

RESUMO

O *Direito do Trabalho* é ramo do direito público que garante ao trabalhador um tratamento digno e que impossibilite o abuso do poder do empregador na relação de trabalho. Em se tratando de poder de fiscalização, sabe-se que ao empregador é dado, nos limites da lei, o direito de fiscalizar a atuação dos seus funcionários. O objetivo geral deste estudo analisar os limites do empregador em relação ao seu poder fiscalizatório empresarial, fazendo uma análise normativa, doutrinária e jurisprudencial da legalidade da revista de seus funcionários, das filmagens do local de trabalho e do controle de e-mails corporativos. Para o desenvolvimento deste estudo, utilizou-se a metodologia de pesquisa bibliográfica, descritiva, exploratória, explicativa e qualitativa. Resultados, verifica-se que apesar de o empregador possuir direitos relacionados ao poder fiscalizatório, este deve ser praticado de maneira que não fira a dignidade humana do indivíduo, a intimidade, honra, vida privada e demais direitos inerentes ao ser humano. Sendo assim, o poder fiscalizatório do empregador relativo a revista íntima ou de pertences, filmagens em ambiente de trabalho e controle e fiscalização de e-mails possui restrições. Conclui-se que o poder fiscalizatório do empregador encontra-se diretamente vinculado à manutenção da dignidade humana do trabalhador e a preservação de sua vida íntima. Ao empregador é dado o direito de fiscalizar dentro dos limites determinados por lei, sem que haja ferimento aos preceitos constitucionais.

Palavras – chave: Revista. Filmagem. Controle de e-mail. Poder fiscalizatório. Dignidade Humana. Direito.

ABSTRACT

The Labour Law is the branch of public law that guarantees the employee a fair treatment and that prevents the abuse of power by the employer in the work relationship. When it comes to fiscalization power, it is known that the employer is provided within the limits of the law, the right to control the performance of their employees. The aim of this study is to analyse the limits of the employer in relation to his fiscalization corporate power, making a normative analysis, doctrinal and jurisprudential of the legality of their staff inspection, of filming the workplace and the control of corporate e-mail. To develop this study, we used the methods of literature research, descriptive, exploratory, explanatory and qualitative. Results It is found that although the employer has rights related to fiscalization power, this should be practiced in a way that does not hurt the human dignity of the individual, intimacy, honor, privacy and other rights inherent to human beings. Thus, the fiscalization power of the employer on the intimate journal or belongings, filming in desktop and control and supervision of emails has restrictions. It is concluded that the supervision employer's power is directly linked to the maintenance of human dignity of the worker

¹ Graduando do UNIESP.

² Docente UNIESP.

and the preservation of his intimate life. The employer is given the right to inspect the extent allowed by law, without injury to the constitutional precepts.

Keywords: Magazine: Filming. Email control. Fiscalization power. Human Dignity. Right

1 INTRODUÇÃO

O Direito utiliza-se de seus princípios e regras para regular as relações interpessoais, com vistas a gerar o bem comum e a paz social, sendo, pois, um mecanismo utilizado para limitar a vida no meio social, garantindo que cada indivíduo possa ter uma vida digna, harmônica e com respeito ao próximo.

O ordenamento jurídico tem como base os princípios, que traçam as diretrizes que devem ser seguidas por todo o Direito. Alguns princípios são denominados de gerais, pois são aplicados a todas as áreas do Direito, como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, da Vedação, da Discriminação, da Intimidade, da Privacidade entre outros.

Em se tratando do Direito do Trabalho, que é o ramo do Direito que estuda as relações de emprego, existem princípios, regras e características específicas, a exemplo do princípio da proteção, a regra ou característica da alteridade e o elemento da subordinação.

A relação de emprego é formada pela figura do empregado e do empregador, onde em termos gerais, e tendo como base a legislação trabalhista vigente, o empregador é a pessoa física ou jurídica que dá origem à empresa individual ou coletiva e que se dispõe a assumir os riscos advindos da atividade econômica quando contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal dos serviços; e o empregado é a pessoa física que presta serviços de natureza não eventual ao empregador, sob sua dependência e mediante o recebimento de salário.

É evidente que os empregadores ancorados no seu poder de comando, com a intenção de fiscalizar a prestação do trabalho por seus empregados e de proteger o seu patrimônio, têm utilizado os mecanismos das filmagens do ambiente de trabalho, das revistas de seus funcionários e controle de e-mails. Logo, o empregado, ao ser submetido a este poder diretivo do empregador, sofre restrições em seu direito à intimidade. Todavia, o empregador, também, está sujeito a limites, no seu poder diretivo, como o respeito à liberdade e a dignidade do empregado.

Diante do contexto, considerando as garantias constitucionais atribuídas às partes integrantes da relação de emprego, questiona-se: As revistas, as filmagens e o controle de e-mails são legais ou há limites ao poder fiscalizatório do empregador?

Baseado nos aspectos acima mencionados, tem-se como objetivo geral deste estudo analisar os limites do empregador em relação ao seu poder fiscalizatório empresarial, fazendo uma análise normativa, doutrinária e jurisprudencial da legalidade da revista de seus funcionários, das filmagens do local de trabalho e do controle de e-mails corporativos.

Para se chegar ao fim almejado, tem-se como objetivos específicos deste estudo: Avaliar se a prática de revista dos funcionários, filmagens do ambiente de trabalho e controle de e-mails corporativos exercida pelo empregador em seu poder de comando, invadem a intimidade, a dignidade, a honra, a moral, a imagem e demais garantias constitucionais do empregado; Estudar quais as melhores práticas para prevenir a violação do patrimônio do empregador e ao mesmo tempo, preservar a dignidade do trabalhador; Examinar se, em algumas circunstâncias específicas, será admitida a revista de empregados, a filmagem no local de trabalho e o controle de e-mails.

Diante dos questionamentos acerca dos métodos utilizados pelo empregador na fiscalização do ambiente de trabalho e com base nas frequentes discussões acerca da legalidade do monitoramento do ambiente de trabalho, por meio da utilização de câmeras de filmagens, da revista dos funcionários e do controle de e-mails, a presente estudo pretende esclarecer as dúvidas com relação aos limites do poder de controle do empregador, através de análises normativas, doutrinárias e jurisprudenciais da matéria, verificando quais os procedimentos adotados em nossos Tribunais para harmonizar o direito de domínio do empregador e os direitos à intimidade, honra moral, vida privada e imagem do empregado, ambos consagrados pela nossa Constituição Federal.

2 PODER FISCALIZATÓRIO DO EMPREGADOR

O Direito do Trabalho possui como principal objetivo regulamentar as relações de trabalho, composta por duas partes que possuem interesses diversos e que por isso são possuidoras de direitos e deveres, já que tais relações são caracterizadas principalmente por um contrato sinalagmático entre as partes envolvidas.

Comumente se ouve que a Justiça do Trabalho é protetiva. Esta característica se dá pelo fato de o trabalhador ser a parte mais vulnerável da relação de trabalho, sendo, portanto, necessária a maior proteção deste. Contudo, é importante mencionar que o Direito do Trabalho não determina apenas as regras protetivas do trabalhador, mas estipula também regras que garantem os direitos do empregador, tendo em vista que ambas as partes são pessoas de direitos e deveres perante a relação empregatícia.

Assim sendo, tem-se que o objeto de estudo desta pesquisa foca-se no poder fiscalizatório do empregador, caracterizado por ser o poder que este mantém diante de seus subordinados, numa relação de trabalho caracterizada pela recompensa pecuniária que o empregado recebe por desenvolver suas atividades laborais, garantindo a produção de bens ou serviços que são objeto da atividade empresarial do empregador.

A relação de trabalho cria para o empregador o poder empregatício, e conseqüentemente fiscalizatório. Nesse contexto, cria para o empregado o dever de obediência, limitado à atividade laboral, demonstrando assim a subordinação, característica primordial para a relação de emprego, entendida como sendo a sujeição do labor do empregado à vontade do empregador.

Sendo assim, verifica-se que a relação empregatícia pauta-se na subordinação do empregado, através da sua força de trabalho, às determinações e normas da empresa, que estabelece regras e condutas que devem ser cumpridas por todos os empregados para que se alcance os objetivos da empresa.

A subordinação consiste na situação jurídica que emana da relação de emprego através da qual o empregado permite que sua força de trabalho seja utilizada como fator de produção na atividade econômica exercida por outrem, comprometendo-se a aceitar o poder de direção do empregador no sentido de dirigir a sua prestação pessoal de serviços. (DELGADO, 2011, p.55)

Entende-se, assim, que a subordinação jurídica oriunda da relação de trabalho compreende a sujeição do labor do empregado à vontade do empregador, sendo este detentor do poder fiscalizatório. Contudo, é importante evidenciar a existência das limitações ao poder fiscalizatório, sendo este o ponto chave dessa pesquisa.

Em linhas gerais, o contrato de trabalho estabelece uma relação jurídica sinalagmática, onde de um lado se encontra o empregado, e do outro o empregador.

Sabe-se que o empregado enquanto relação de trabalho encontra-se subordinado ao empregador, tendo este o poder fiscalizatório sobre aquele. Vale salientar, porém, que este poder de fiscalização possui um limite, não podendo inferir-se na dignidade humana do indivíduo. Contudo, tal poder determina a diferença entre as duas partes e seus resultados se evidenciam na exploração capitalista do trabalho e das forças produtivas.

[...] o exercício do poder de comando pelo capitalista, nas relações com seus empregados, é visto como inelutável resultado da inflexão do destino ou algo próprio da natureza das relações sociais de produção. Algo que é assim mesmo, que sempre foi e sempre será uma relação de desigualdade e desequilíbrio de poder. (GARCIA, 2009, p. 59).

O poder fiscalizatório, conhecido também como poder de controle, se caracteriza por se formar por um conjunto de regras legalmente determinadas que garantem ao empregador a possibilidade de acompanhamento contínuo, intermitente ou eventual da prestação do trabalho no âmbito do estabelecimento empresarial. Tal acompanhamento pode se evidenciar por controle de portaria, nas revistas pessoais dos empregados ou de terceiros, circuito interno de vídeo, controle de e-mails funcionais e de frequência, etc. (DELGADO, 2011).

Analisando o poder fiscalizatório do empregador determinado por lei, verifica-se a linha tênue existente entre este poder de fiscalização e a invasão de privacidade, ou mesmo desrespeito à dignidade humana do indivíduo empregado. Sabe-se que a tutela genérica da propriedade, neste caso a propriedade da empresa, não é justificativa suficiente para o exercício do poder de fiscalização do empregador, vez que certos tipos de fiscalização só podem ser utilizados como último recurso, justificada pela falta de meios idôneos e eficazes para salvaguardar o patrimônio do empregador. (BARROS, 2009)

Nesse sentido, para que o empregador possa se utilizar de determinados meios fiscalizatórios, é imprescindível que seja determinado motivo plausível que determine a adoção de meios invasivos de fiscalização.

Importante mencionar que o poder fiscalizatório do empregador está limitado até enquanto não invade a privacidade do empregado. Sendo assim, entende-se que determinados meios fiscalizatórios devem ser fundamentados de maneira idônea e caracterizada por motivos legais, buscando assim não incorrer no ferimento à integridade física e moral do trabalhador.

No texto constitucional fica evidente a supremacia dos direitos humanos, de forma que a dignidade da pessoa humana se torna a base de todo o ordenamento jurídico, podendo inclusive se opor às relações privadas, principalmente, onde não há igualdade entre as partes, pois tais direitos fundamentais constituem preceitos ético que devem ser tomados como base pela sociedade.

A relação de emprego é marcada pelo antagonismo existente entre o empregador e seu poder de direção, e o empregado que vende sua mão-de-obra em troca de trabalho; porém tal poder diretivo não é absoluto já que o princípio de proteção ao trabalhador estabelece que os direitos de personalidade e da dignidade humana devem ser respeitados, mesmo diante de controvérsias que venham a ser verificadas entre esses direitos tão contrastantes.

2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os sujeitos da relação de trabalho são o empregado e o empregador. Enquanto ser humano que é, o empregado detém vários direitos fundamentais, previstos tanto na Constituição Federal quanto no restante do ordenamento jurídico, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana a base de todos os direitos humanos, e também dos direitos de personalidade.

É reconhecido pelo ordenamento jurídico vigente que o empregado se encontra em patamar de desigualdade em relação ao empregador, por isso é merecedor de tratamento desigual por parte da legislação vigente para que esta possa lhe assegurar igualdade jurídica em detrimento da proteção da propriedade privada, que garante privilégios ao empregador.

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2009, p.21-22).

Os direitos fundamentais devem ser respeitados também pelos particulares, não apenas pelo Estado, o que objetiva a proteção da autonomia e privacidade do homem no meio social; porém a aplicação desses direitos fundamentais nas

relações jurídicas entre particulares não é homogêneo, pois quanto mais essencial for o bem maior será a proteção a esse direito em questão e menor será o patrocínio do direito privado. (PEDUZZI, 2009).

A dignidade da pessoa humana é considerada o pilar da vida em sociedade e dos direitos humanos, sendo disciplinada inicialmente no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 e adotado, também, pela nossa Carta Magna de 1988 onde se encontra no art.1º, III, funcionando como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Seu conceito foi desenvolvido ao longo da história, sendo resultado da conquista de povos de todas as nações, podendo variar conforme a cultura de cada povo, sendo irrenunciável e irreversível, intrínseco ao ser humano com o principal objetivo de proteger a vida, que nas relações de trabalho tem sofrido grandes perturbações durante toda a história da humanidade.

O empresário capitalista surgiu com o modelo liberalista econômico, e conseqüentemente, ao proletariado. A relação entre os atores capital e trabalho, desde seu surgimento, tem sido de grandes conflitos, haja vista que tem-se verificado a inobservância do princípio da dignidade da pessoa humana.

A discriminação irracional do trabalhador é mérito da selvageria capitalista que, no intuito devassador de auferir lucros, atribui ao ser humano traços mercantilistas, descartando-o quando não mais lhe convém, sem perquirir sobre a real função social da propriedade. (CECCHIN, 2007, p.56).

Qualquer pessoa tem direito a proteção de sua dignidade, o que não é diferente para o trabalhador, ao qual também é assegurado o direitos à intimidade, privacidade, honra e imagem, que impedem que o trabalhador seja tido como uma mercadoria. A Consolidação das Leis do Trabalho também se preocupou com o trabalhador, quando deixou claro no seu art. 483 a garantia de integridade ao mesmo no seu local de trabalho, de forma que sua honra e reputação sejam preservadas.

Tais direitos detêm a característica da oponibilidade contra todos, ou seja, mesmo que a legislação trabalhista não faça menção expressa a eles, os mesmos por serem consolidados constitucionalmente devem ser respeitados pelo empregador, estando seu titular dentro ou fora do estabelecimento empresarial, o que implica dizer que o fato de o empregado estar inserido no meio laboral não lhe

retira o direito a sua dignidade, privacidade, honra, imagem e intimidade.

Dessa forma esses direitos apenas podem ser moldados, na medida do possível para que possa garantir que a produção ocorra de forma a não violar os direitos humanos, fato esse que muitas vezes colide com o direito do empregador de fiscalizar seu empregado, fundado no direito da propriedade que lhe cabe. (PEDUZZI, 2009).

Importante se faz dizer que em consequência da celebração do contrato de trabalho, o trabalhador sofre algumas limitações normais aos seus direitos de personalidade em detrimento do bom desenvolvimento das atividades para as quais o trabalhador foi contratado para desempenhar. Mas, tanto o direito ao respeito á dignidade humana do empregado quanto o da propriedade do empregador devem ser respeitados, de modo que suas divergências naturais sejam cada vez mais minimizadas.

2.2 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Nas relações jurídicas de trabalho é evidente a desigualdade de forças existentes entre patrão e empregado, dessa forma a atuação estatal para poder diminuir tal disparidade é agir de maneira a privilegiar uma das partes, criando mecanismos de proteção aos mais fracos sob pena de estar de acordo com a exploração dos vulneráveis em detrimento dos mais fortes. (DELGADO, 2010).

Essas diferenças de poder, na relação de trabalho, se expressam através de imposição unilateral de cláusulas no contrato laboral por parte do empregador em detrimento do empregado que por sua hipossuficiência está impossibilitado de discutir ou discordar, restando-lhe apenas a opção de aceitar ou recusar os termos.

Analisando o princípio da proteção no Direito do Trabalho, tem-se que sua principal função é garantir a proteção do trabalhador na relação empregatícia.

[...] este princípio informa uma teia de proteção à parte hipossuficiente da relação empregatícia – o obreiro -, visando retificar (ou atenuar) no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático da relação de trabalho. (DELGADO, 2010, p. 183).

Sendo assim, percebe-se que este princípio encontra-se diretamente ligado ao princípio da dignidade humana, que busca principalmente a proteção do indivíduo inserido em determinado contexto no qual esteja no lado fraco da relação.

As limitações estatais ao exercício da autonomia privada surgiu a partir do século XIX em contrapartida a luta de classes, onde não havia no polo do empregado o mínimo vestígio de liberdade contratual. Deve-se ficar atento para o fato de que apenas as relações individuais de trabalho estão sujeitas ao princípio da proteção, ao passo que as relações coletivas de trabalho não estão aparadas por ele, uma vez que são compostas por partes que estão em situação de igualdade conseguida pela presença de entidade sindical.

O princípio da proteção tem aplicabilidade mediante seu desdobramento em algumas variáveis a seguir analisadas:

2.2.1 Princípio da Aplicação da Fonte Jurídica mais Favorável

Ou princípio da aplicação da norma jurídica mais favorável. Deduz-se assim de forma a ampliar o conceito de norma (lei, contratos e sentenças) para incluir também as fontes originárias do exercício livre da autonomia individual privada (contrato de emprego e regulamento interno da empresa).

Para um melhor entendimento da aplicação da norma jurídica mais favorável, tem-se que

O presente princípio dispõe que o operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações ou dimensões distintas: no instante da elaboração da regra (princípio orientador da ação legislativa, portanto) ou no contexto de confronto entre regras concorrentes (princípio orientador do processo de hierarquização das normas trabalhistas, ou, por fim, no contexto da interpretação das regras jurídicas (princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista. (DELGADO, 2010,p.184).

Esse princípio tem como base a aplicação da fonte jurídica mais favorável ao trabalhador, em caso de haver pluralidade de fontes vigendo ao mesmo tempo. Diante disso surge a dúvida: Diante de tantas normas vigentes, como identificar a norma mais favorável ao empregado? Para obter tal resposta faz-se necessário a observação de pelo menos um dos métodos distintos existentes. (DELGADO, 2010).

Pelo método da acumulação/atomística, o indivíduo que aplicara a norma deverá separar, de cada uma das fontes conflitantes, os itens que serão mais favoráveis ao trabalhador, de forma a juntar todos para aplica-los no caso concreto, criando um conjunto novo a partir dos ordenamentos discrepantes.

Pelo método do conglobamento puro/incindibilidade, em caso de normas

ordenamentos conflitantes, o aplicador do direito deverá observar qual o conjunto de itens de cada norma que será mais benéfico ao trabalhador no caso concreto e aplicá-la de forma que exclua totalmente das outras normas menos favoráveis.

Como forma de juntar esses dois métodos citados surgiu o método do conglobamento por institutos/mitigado/orgânico, em que o operador do direito deve escolher dentro do conjunto normativo mais favorável, itens que possam ser apreciados de maneira separada, de maneira a se analisar isoladamente os blocos legais, verificando qual deles é mais favorável ao trabalhador.

2.2.2 Princípio da Manutenção da Condição mais Benéfica

Ou princípio da inalterabilidade contratual *in pejus*, prega que diante de fontes diferentes com vigências sucessivas, deve-se manter a condição existente na vigência anterior se ela for mais benéfica ao trabalhador. (DELGADO, 2010).

Este princípio está presente no art.468 da CLT quando diz que “nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente dessa garantia” (CLT, 2012).

O art. 468 da CLT consubstancia o princípio da manutenção da condição mais benéfica, na medida que assevera que nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente dessa garantia. (MARTINEZ, 2012. p. 88).

Depreende-se daí que o objetivo do princípio é proteger o direito adquirido em negócios jurídicos feitos nas relações individuais de emprego, já que nas relações coletivas de emprego os empregados estão protegidos pela figura da entidade sindical, estando em patamar de igualdade, podendo negociar para gerar melhorias para o grupo.

2.2.3 Princípio do “In Dúbio Pro Operário”

De acordo com o art. 423 da CLT, tem-se que “quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.” (BRASIL, 2014).

Estabelece que diante de um dispositivo legal que possa gerar dúvida ou que esteja sujeita a interpretações diversas, deve ser aplicado o entendimento que seja mais favorável a figura do empregado.

2.3 ELEMENTOS FÁTICOS JURÍDICOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO

A relação empregatícia veio para romper com o sistema produtivo feudal e suas relações servis, posteriormente evoluindo para o trabalho subordinado. No Brasil, como marco inicial para o surgimento do direito trabalhista, houve a lei Áurea, que além de acabar com a escravidão, ainda estimulou a mais nova e nascente maneira de utilização da força do trabalho, mediante o estabelecimento de relação de emprego com os escravos libertos. (DELGADO, 2010).

A relação de emprego, no entanto, é o resultado da junção de um conjunto de elementos reunidos diante de um determinado contexto social. Esses elementos são denominados elementos fáticos-jurídicos; fáticos porque ocorrem no mundo dos fatos, e sua existência independe do meio jurídico; e jurídico porque diante da relevância social, são abraçados pelo direito que confere a eles efeitos compatíveis.

Os elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco:

a) prestação do trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com personalidade pelo trabalhador; c) também efetuada com não eventualidade; d) efetuada ainda sob subordinação ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade. (DELGADO, 2010, p.269).

Resumidamente, pode-se dizer que os requisitos caracterizadores dos mais variados tipos de relação de emprego são cinco: Trabalho feito por pessoa física; personalidade; não eventualidade; onerosidade e subordinação. Tais requisitos são indispensáveis para formalizar a relação de emprego, tendo em vista que são características inerentes a este tipo de relação e a falta de algum deles acarreta a não formalização da relação de emprego.

2.3.1 Trabalho Feito por Pessoa Física

O Direito do Trabalho protege as relações pactuadas por duas pessoas, onde uma das partes é, indubitavelmente, uma pessoa física, levando em consideração que os bens jurídicos tutelados por este ramo do direito jamais poderão ser usufruídos por pessoa jurídica, tais como “vida, saúde, integridade moral, bem-estar, lazer, etc.” (DELGADO, 2010, p.270).

Para que a relação de emprego seja caracterizada, o serviço para qual o trabalhador foi contratado deverá ser realizado por pessoa natural ou física, não podendo ele ser pessoa jurídica. Isso acontece porque as normas do direito trabalhista tem por objetivo proteger os bens jurídicos da pessoa natural, a exemplo da vida, da saúde, da integridade moral, etc.

3.2.2 Pessoaalidade

Outro requisito importante para a caracterização da relação de emprego é a pessoaalidade, que dita que o trabalho deve ser executado pelo empregado em pessoa, não podendo se substituído por outro indivíduo, visto que o contrato de emprego é intuitu personae e infungível em relação ao empregado.

Trata-se de elemento obviamente vinculado ao trabalho feito por pessoa física, mas que perante ele guarda importante distinção. O fato de ser o trabalho prestado por pessoa física não significa, necessariamente, ser ele prestado com pessoaalidade. Esse segundo elemento fático-jurídico tem, assim, que ser também a ferido na relação jurídica concreta formulada entre as partes. É essencial à configuração de relação de emprego que a prestação do trabalho, pela pessoa natural, tenha efetivo caráter de infungibilidade no que tange ao trabalhador. (DELGADO, 2010, p. 271).

Entende-se, assim, que na relação do emprego, além de a atividade dever ser praticada por pessoa física, esta pessoa tem que ser uma só, determinada, considerando que a mudança contínua de pessoa física para a realização de determinada atividade não caracteriza relação de emprego.

Importante ressaltar que em algumas situações o trabalhador esta autorizado por lei a ser substituído (Ex. Férias, licença maternidade, etc.) sem que haja a descaracterização da pessoaalidade na relação de emprego. Outro fato importante é que esse elemento da pessoaalidade não incide sobre a figura do empregador na

relação de emprego, visto que está regido pelo princípio da despersonalização da figura do empregador.

2.3.3 Não Eventualidade

Analisando os elementos fático-jurídicos das relações de emprego, percebe-se a sua interrelação e interdependência. A não eventualidade está diretamente ligada à pessoalidade. Considerando que a pessoalidade significa uma única pessoa ser uma das partes da relação de emprego, a não eventualidade demonstra o vínculo empregatício, vez que é prova de atividade contínua de um trabalhador a determinado empregador, havendo assim continuidade da relação de emprego. (DELGADO, 2010).

Conceituar trabalho não eventual não é tarefa fácil para os estudiosos do direito, uma vez que surgiram várias teorias visando esse objetivo, porém a que vem prevalecendo é a teoria dos fins do empreendimento, que considera que trabalho não eventual é aquele prestado em caráter ininterrupto e permanente, onde o empregado faz parte dos fins sociais pregados pela empresa, mesmo que desempenhe atividade meio.

2.3.4 Onerosidade

O principal direito do empregado, em contrapartida à sua principal obrigação que é a prestação dos serviços para os quais foi contratado, é o de receber sua contraprestação em forma de remuneração pelo trabalho executado. Se na relação entre patrão e empregado não estiver presente a onerosidade, não poderá ser caracterizada a relação de emprego mas sim de trabalho.

A relação empregatícia é uma relação de essencial fundo econômico. [...] ao valor econômico da força de trabalho colocada à disposição do empregador deve corresponder uma contrapartida econômica em benefício do obreiro, consubstanciada no conjunto salarial [...] O contrato de trabalho é, desse modo, contrato bilateral, sinalagmático e oneroso, por envolver um conjunto diferenciado de prestações e contraprestações recíprocas entre as partes, economicamente mensuráveis. (DELGADO, 2010, p.277).

Objetivamente, essa onerosidade se mostra através de pagamento efetuado pelo empregador de parcelas remuneratórias devidas em função do contrato

pactuado. Subjetivamente a onerosidade se mostra na intenção de efetuar a contraprestação, que traduz a intenção das partes, em detrimento da natureza e efeitos jurídicos do vínculo formado entre elas.

2.3.5 Subordinação

Esse é o elemento mais importante e diferenciador nas relações de trabalho e de emprego, atuando no modo de realização do trabalho e não na pessoa do empregado, se traduzindo numa limitação na autonomia do empregado no que diz respeito a forma de realização dos serviços.

Conceituando o termo subordinação, tem-se que este

A subordinação corresponde ao pólo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviço. (NASCIMENTO, 1989, p.103).

Existe por parte do empregado, uma subordinação ao empregador, porém essa subordinação não é necessariamente econômica, uma vez que o trabalhador pode perfeitamente ter situação financeira superior ao do seu empregador; não necessariamente também, será uma subordinação técnica haja vista que o obreiro, na maioria das vezes detém a técnica de trabalho que seu empregador não possui.

A subordinação existente na relação de emprego é a subordinação jurídica, pois o trabalhador deve acatar as ordens do empregador, o que gera para este o direito de aplicar penalidades ao empregado por conta de descumprimento de determinações ou cometimento de faltas no âmbito da empresa.

2.3.6 Alteridade

Importante ressaltar a alteridade na relação de emprego. Conceituando este termo, sociologicamente tem-se que alteridade é

[...] é a concepção que parte do pressuposto básico de que todo o homem social interage e interdepende do outro. Assim, como muitos antropólogos e cientistas sociais afirmam, a existência do "eu-individual" só é permitida mediante um contato com o outro (que em uma visão expandida se torna o Outro - a própria sociedade diferente do indivíduo). (MONTEIGNE, 2000, p. 307).

Nesse contexto, percebe-se que a alteridade é fundamental na relação de emprego, vez que a interação social entre empregado e empregador e de interdependência, considerando a necessidade de trabalho para o sustento do empregado e a necessidade de indivíduos para a realização do trabalho que fundamenta a atividade econômica desenvolvida pelo empregador.

Importante evidenciar que a alteridade garante ao empregado a não responsabilização em casos de prejuízo da empresa, vez que este é trabalhador e não empresário que assume o risco da atividade econômica desenvolvida.

COMISSÕES ESTORNADAS. DESCONTOS INDEVIDOS. PRINCÍPIODA ALTERIDADE. DEVOLUÇÃO.

Cabe ao empregador os riscos do empreendimento, como contrapeso lógico à livre iniciativa e ao jus variandi, dos quais é o titular absoluto. Os descontos salariais são restritos às situações cumulativas previstas no art. 462, da CLT. Por fim, a disposição na Lei específica do vendedor empregado (art. 7º, da Lei 3.207/57), é clara ao prever a possibilidade de estorno de comissões no caso de insolvência do comprador, e não mera inadimplência de parcelas da transação ultimada.

Devolução devida. Recurso provido. RO 00028086120135020027 SP 00028086120135020027 A28 Relator(a): MARIA ELIZABETH MOSTARDO NUNES. TRT2. (JUSBRASIL, 2014).

Entende-se, pois, que em termos de alteridade, verifica-se que “o serviço é prestado para outrem, que, este sim, assume os riscos do empreendimento.” (SARAIVA, 2009, p. 46).

2.4 PODERES DO EMPREGADOR

Define-se poder como a capacidade de produzir efeitos a partir de ações. Em sentido jurídico poder significa capacidade para submeter alguém a alguma coisa. Segundo o dicionário Michaelis, poder é:

1. Ter a faculdade ou possibilidade de;
2. Ter autoridade, domínio ou influência;
3. Ter força;
4. Ter permissão ou autorização;

Já o dicionário jurídico define poder como sendo o “[...] Direito de ordenar, de fazer-se obedecer, pela força coercitiva da lei ou das atribuições de que se reveste o

cargo de que está investido quem tem a faculdade de ordenar.” (GUIMARÃES, 2008, p.148).

Em se tratando de poderes do empregador, pode-se conceituar este termo como sendo “O conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna da empresa e correspondente prestação de serviços.” (DELGADO, 2010, p.631).

O poder de direção, organização ou comando do empregador está diretamente ligado à subordinação, e começa a existir com a celebração do contrato de trabalho entre empregado e empregador. Na relação de trabalho o poder do empregador divide-se em poder diretivo ou organizativo, poder regulamentar, poder fiscalizatório ou de controle e poder disciplinar.

Tem-se que tais poderes são inerentes à pessoa do empregador, sendo pois direitos deste na relação de emprego, caracterizando-se pela possibilidade legal de o empregador exigir do empregado o fiel cumprimento de suas obrigações no que tange à atividade laboral, predeterminadas quando da realização do contrato. (DELGADO, 2010).

Vale salientar que o poder do empregador se justifica precipuamente pelo caráter bilateral e sinalagmático da relação de emprego, já que as obrigações devem ser acordadas preliminarmente entre as partes, buscando dessa forma conter o abuso de poder na referida relação.

2.4.1 Poder Diretivo

Esse poder é definido como um conjunto de atribuições técnico- organizativas concentradas de forma tendenciosa no empregador, com objetivo de gerir a organização estrutural e espaço da empresa, bem como também o processo de produção adotado pelo estabelecimento juntamente com suas normas internas. Tal poder está explícito no art. 2º, caput da CLT: “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.” (BRASIL, 2014).

Poder diretivo (ou poder organizativo ou, ainda, poder de comando) seria o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a

especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços. (DELGADO, 2010, p.632).

Através desse poder, o patrão tem autorização para exigir determinadas condutas lícitas e éticas de seus subordinados com vistas a alcançar os objetivos almejados pela empresa. Embora a concentração desse poder fique na figura do gestor empresarial, é importante ressaltar que esse poder é da empresa e não de seus diretores, pois muitas vezes a existência dela não está condicionada em nenhum dos seus gestores enquanto pessoa física.

Essa concentração de poder tem explicação no fato de que existe o controle jurídico do empregador sobre toda a empresa, o que também inclui os riscos do negócio, porém essa concentração pode ser mitigada quando ocorre a democratização do poder diretivo, o que ainda não se vê com muita frequência no Brasil.

2.4.2 Poder Regulamentar

Trata-se do conjunto de vantagens que o empregador detém para poder ditar as regras gerais que deverão ser seguidas pelos trabalhadores dentro da empresa. Se concretiza com a utilização de diversos meios de comunicação direta e indireta com fins de dar instruções aos empregados.

Poder regulamentar seria o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à fixação de regras gerais a serem observadas no âmbito do estabelecimento e da empresa. (DELGADO, 2010, p. 633).

É a mera forma de realização externa das pretensões almejadas pela empresa, utilizando a linguagem escrita ou verbal para expressão do poder diretivo, de forma que possa ser assimilado e conhecido pelo universo material e jurídico, e por conta disso tal poder detém muita importância na relação contratual trabalhista.

Com o poder regulamentar não se produz regras jurídicas, mas apenas regras de cunho contratual, que contém itens abstratos e impessoais de obrigatório cumprimento no contexto de relação empregatícia, uma vez que resultam do exercício unilateral da vontade do empregador.

2.4.3 Poder de Fiscalização

Também deriva do poder diretivo e permite que o patrão ou seus prepostos, atuando legalmente, possam controlar a execução dos trabalhos feitos pelos seus trabalhadores pessoalmente ou através de meios eletrônicos, livros de ponto, revistas, etc.

Poder fiscalizatório (ou poder de controle) seria o conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno. Medidas de controle de portaria, as revistas, o circuito interno de televisão, o controle de horário e frequência, a prestação de contas (em certas funções e profissões) e outras providências correlatas é que seriam a manifestação do poder de controle. (DELGADO, 2010, p.635).

A fiscalização consiste em se verificar, por exemplo, o cumprimento de horários de trabalho e da regularidade da prestação dos serviços, não sendo um fim em si mesma, ou seja, ela tem por objetivo a proteção do patrimônio pessoal do trabalhador e também do patrimônio da empresa, tudo para que sejam protegidos os direitos fundamentais do trabalhador.

É um verdadeiro poder de controle, que tem limites em detrimento da proteção dos direitos básicos da pessoa do trabalhador, embora o ordenamento jurídico do Brasil ainda não detenha claramente regras e princípios que possam guiar o operador do direito em algumas situações do caso concreto.

Dessa forma temos que ressaltar que a carta Magna de 1988 não recepcionou condutas de fiscalização na prestação dos serviços por parte dos trabalhadores que possam agredir de alguma forma sua dignidade ou liberdade humana.

2.4.4 Poder Disciplinar

Permite que o empregador, e somente ele, na forma da lei possa aplicar penalidades ao empregado que não cumprir suas ordens ou ordens de terceiros, que tenha a finalidade ligada ao desenvolvimento do trabalho na empresa e em relação ao contrato de trabalho.

Poder disciplinar é o conjunto de prerrogativas concentradas no empregador dirigidas a propiciar a imposição de sanções aos empregados em face do descumprimento por esses de suas obrigações contratuais. (DELGADO, 2010, p. 636).

Esse poder passou por uma grande democratização onde a adoção de vários temperamentos da autonomia do empregador, inicialmente, a constante disciplina da matéria por contrato coletivo, e a conseqüente “especificação apriorística e objetiva das sanções disciplinares que podem ser infligidas; em seguida, a necessária comunicação ao trabalhador da falta disciplinar, e a possível intervenção das comissões internas [...] ou das representações sindicais.”(SIMON, 2002, p. 212).

2.5 PODER DE FISCALIZAR DO EMPREGADOR: LEGALIDADE DE REVISTAS, FILMAGENS E CONTROLE DE -EMAIL

Quando o empregado é inserido no mercado de trabalho esse fato não dá ao patrão direito de negar seus direitos de personalidade, dentre os quais se destaca o direito a intimidade de maneira que o empregado possa ficar, nesse aspecto, submisso ao empregador. Porém importante se faz dizer que em poucos aspectos, o empregado terá limitado o seu direito á intimidade.

A doutrina moderna nacional diz que direitos da personalidade é direito á integridade física, integridade intelectual e integridade moral onde nesta último se encontra o direito a intimidade, imagem, privacidade, honra, boa fama, etc. A integridade física é o direito á vida humana e, quando esse direito é desrespeitado, gera indenização por dano moral ou material dentro da relação de trabalho. A integridade intelectual gira em torno da liberdade de pensamento, autoria artística e invenções.

Quanto ao direito à intimidade é importante frisar que se trata de um fenômeno que nasceu com o homem, ou seja, existe desde as mais antigas civilizações como a Grécia clássica, onde Eurípedes fez a clara divisão entre o que deveria ser a esfera política e a esfera privada, mas sem se manifestar de maneira á proteger a intimidade. (PAVELSKI apud GUNTHER, 2009).

Porém em Roma ela acabou se incorporando à cultura do cristianismo, mas tal direito não tinha como fundamento, ainda, a dignidade da pessoa humana. Na idade média surgiram alguns textos que traziam garantias para impedir a violação de domicílios. Outro marco importante para o direito a intimidade foi a publicação, em 1890, do artigo “The Right of Privaci”, de Warren e Brandeis, onde foi amplamente discutido os direitos de imprensa na vida privada das pessoas. (PAVELSKI apud

GUNTHER, 2009, p. 56).

Após isso o direito a intimidade deixa de ser considerado um bem, que o homem teria a titularidade como se fosse uma coisa e passou a ser considerado uma característica pessoal do sujeito humano, ou seja, um direito de personalidade que quando violado gera direito a indenização baseado na liberdade de cada um.

Podemos dizer que intimidade é tudo aquilo que se passa entre quatro paredes, reservadamente, para a própria pessoa ou para o círculo mais restrito de sua família, e que compreende tanto o ambiente domiciliar quanto o local de trabalho. (BARROS, 2009, p.545).

De acordo com tal preceito destaca-se a art. 5º da CF que diz que é direito inviolável a intimidade, porém, no ambiente de trabalho esse direito subjetivo encontra algumas limitações, quando se trata de procedimentos utilizados pelo empregador para controlar o trabalho, sendo que na legislação brasileira não há nenhuma garantia legal que não permita, por exemplo, a inspeção pessoal.

O empregado é subordinado juridicamente ao empregador e por isso o trabalhador deve aceitar, na medida legal, o controle exercido pelo empregador, que por sua vez tem o poder diretivo pra poder administrar a prestação de trabalho, que se manifesta mediante a vigilância e fiscalização, pois em caso de mal conduta os descumprimento de ordens por parte do trabalhador,o patrão poderá tomar as medidas disciplinares cabíveis.

2.5.1 O ordenamento Jurídico Brasileiro e a Proteção da Intimidade do Trabalhador

A legislação vigente no Brasil tem encontrando dificuldade em definir até onde o poder de direção pode adentrar no direito à intimidade do empregado de maneira que não seja ferido o princípio da dignidade da pessoa humana. No que diz respeito as leis infraconstitucionais, os direitos da personalidade vêm disciplinados na lei 9.029/95.

A intimidade do empregado, não poucas vezes, sofre lesão logo que o trabalhador assina seu contrato de trabalho, haja vista que em função de suas necessidades sociais e econômicas acaba abrindo mão de sua personalidade para

se sujeitar aos desmandos patronais, uma vez que esse, muitas vezes acaba por adentrar mais do que o necessário na vida privada do trabalhador em nome do bem fiscalizar a relação de trabalho.

Quando o empregador exige que seu empregado preste informações sobre religião, origem étnica, preferência política, esse fato é capaz de gerar alguma forma de discriminação, além de não ter importância para a realização do trabalho em si, o que configura invasão de privacidade por parte do empregador.

De acordo com João de Lima Teixeira Filho, o dano “é o resultado de uma ação ou omissão, não estribada em exercício regular de um direito, em que o agente causa prejuízo ou viola direito de outrem, por dolo ou culpa”. (TEIXEIRA FILHO, 1996, p.12).

Diante disso, e do princípio da inviolabilidade da vida privada, pode-se dizer que qualquer ofensa ao direito da preservação da dignidade humana e da intimidade do indivíduo poderá ensejar dano moral ou material se ficar comprovado o nexo causal com o agente provocador do dano.

2.5.1.1 Revistas Pessoais

A revista íntima é toda e qualquer revista realizada em local de trabalho, por parte do empregador, para averiguar se o empregado está furtando algum objeto da empresa. Tal prática é totalmente vedada por lei, tendo em vista a preservação da intimidade e da dignidade humana do indivíduo.

De acordo com o art. 5º, X, da Constituição Federal: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 2014).

Nesse contexto, toda e qualquer violação da intimidade do indivíduo é considerado desrespeito a preceito constitucional, tendo o agredido o direito à indenização.

Antes da entrada em vigor da Lei nº 9.799/99, não existia nenhuma proibição da revista íntima de empregados. Diante disso muitos doutrinadores admitiam o acontecimento de revistas pessoais nos trabalhadores, ao passo que outros defendiam que tal procedimento deveria estar relacionado à exigência do trabalho mediante regulamento da empresa. Vale salientar, porém, que esta prática fere o

direito constitucionalmente garantido de preservação da intimidade do indivíduo.

Com o advento da referida lei, que alterou a CLT, introduziu-se no ordenamento jurídico pátrio o art. 373-A, VI, que determina a seguinte vedação: “proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.” (BRASIL, 2014).

Sendo assim, fica-se totalmente normatizada a vedação à revista íntima em qualquer hipótese, garantindo ao empregado agredido o direito de requerer em juízo indenização por dano moral e material.

Importante salientar que os defensores da revista íntima justificam sua utilização pelo fato de necessidade de garantia do patrimônio do empregador. Contudo, a proteção ao patrimônio do empregador não poderá, em hipótese alguma, expor a intimidade do empregado.

Há meios lícitos para a defesa dos bens do empregador: detector de metais, câmeras de segurança, inventário patrimonial, alarmes, entre tantos outros. O que não se deve tolerar é a solução barata, ofensiva, mesquinha e covarde da revista íntima. (VIDAL, 2008, p.2).

Os doutrinadores que se posicionam contra a revista, defendem a tese de que ela é um claro atentado ao direito individual do trabalhador, que deve se sujeitar a autoridade da empresa sempre.

Desta forma percebe-se que o poder diretivo é limitado, tendo em vista a necessidade de proteção da dignidade humana do trabalhador. Sendo assim, o poder diretivo poderá ser livremente exercido desde que não fique evidenciado danos, ou seja, desde que observe os limites permitidos pela lei.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE **REVISTA**. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. **REVISTAS PESSOAIS**. CONTATO FÍSICO. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. Não

se olvida que o poder empregatício engloba o poder fiscalizatório (ou poder de controle), entendido este como o conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno. Medidas como o controle de portaria, as **revistas**, o circuito interno de televisão, o controle de horário e frequência e outras providências correlatas são manifestações do poder de controle. Por outro lado, tal poder empresarial não é dotado de caráter absoluto, na medida em que há em nosso ordenamento jurídico uma série de princípios limitadores da atuação do controle empregatício. Nesse sentido, é inquestionável que a Carta Magna de 1988 rejeitou condutas fiscalizatórias que agridam a liberdade e dignidade básicas da

pessoa física do trabalhador, que se chocam, frontalmente, com os princípios constitucionais tendentes a assegurar um Estado Democrático de Direito e outras regras impositivas inseridas na Constituição, tais como a da - inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade- (art. 5º, - caput-), a de que -ninguém será submetido (...) a tratamento desumano e degradante- (art. 5º, III) e a regra geral que declara - invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem da pessoa, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação- (art. 5º, X). Todas essas regras criam uma fronteira inegável ao exercício das funções fiscalizatórias no contexto empregatício, colocando na franca ilegalidade medidas que venham cercear a liberdade e dignidade do trabalhador. Há, mesmo na lei, proibição de **revistas íntimas** a trabalhadoras - regra que, evidentemente, no que for equânime, também se estende aos empregados, por força do art. 5º, -caput- e I, CF/88 (Art. 373-A, VII. **Encontrado em:** 3ª Turma DEJT 22/08/2014 - 22/8/2014 AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA AIRR 9684720125120035 (TST) Mauricio Godinho Delgado. (JUSBRASIL, 2014).

Entende-se, assim, que as revistas íntimas são proibidas, pois ferem a dignidade humana do indivíduo, tendo em vista que a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem da pessoa são preservadas constitucionalmente e assim é garantido ao ofendido o direito à indenização. Justifica-se a proibição das revistas íntimas pelo fato de limitarem o direito à liberdade do trabalhador enquanto ser humano.

Em se tratando de revista nos pertences dos empregados, entende-se que, em tese, é possível sua realização, desde que não fira a dignidade humana do empregado e que seja justificada a sua necessidade, sem que esta se torne uma constante. Importante mencionar que a revista nos pertences dos empregados deve ser norteadada pela proporcionalidade e necessidade de realização, de forma esporádica, sem predeterminação de critérios e com objetividade no procedimento, ou seja, adotando-se sorteios entre todos os integrantes do setor. Nos casos em que não houver essas características, fica evidenciado o abuso no poder fiscalizatório, sendo este completamente inaceitável e cabendo indenização por danos morais ao empregado. (DELGADO, 2010).

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. REVISTA EM BOLSAS E PERTENCES **PESSOAIS** NA ENTRADA E NA SAÍDA DO EMPREGADO. ETIQUETAGEM DE PRODUTOS **PESSOAIS**. ABUSIVIDADE. ÔNUS DA PROVA. Por meio da prova testemunhal, ficou comprovado que as revistas pessoais eram realizadas em bolsas e outros pertences do reclamante. Na

chegada ao emprego os produtos contidos em sua bolsa eram etiquetados para verificação na saída e, na saída, quando verificada a existência de produtos não etiquetados, estes eram recolhidos se o empregado não comprovasse por nota fiscal a compra. Nesse contexto, o Eg. Tribunal Regional concluiu que a revista pessoal era realizada de forma abusiva e ofensiva à dignidade da pessoa humana, causando constrangimento e vexame. Não se trata, pois, de discussão sobre a distribuição do ônus da prova, mas sim da valoração da prova produzida (artigo 131 do CPC). Ilesos os arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC. Recurso de revista não conhecido” (Proc.: RR-145600-81.2009.5.19.0002. Data de Julgamento: 09/11/2011, Relator Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/11/2011). (JUSBRASIL, 2014).

Existem, assim, formas de revistas toleradas pela legislação, desde que não fira a integridade física e moral do trabalhador, sendo a sua dignidade necessariamente respeitada em todos os aspectos. Neste contexto, a jurisprudência considera abusiva as revistas constantes, diárias e sem motivos plausíveis que lhes justifiquem.

2.5.1.2 Controle Visual (Filmagens)

O monitoramento eletrônico por meio de câmeras é um dos mais eficazes meios utilizados pelos empregadores para inibir más condutas de seus empregados, e para proteger seu patrimônio e clientes no âmbito interno das empresas, bem como nas vias que dão acesso a esse ambiente. Isso acontece porque seria economicamente e seguramente inviável manter uma grande equipe de vigilância quando uma só câmera poderia, facilmente, fazer o trabalho de alguns vigilantes.

Esse recurso tem sua utilização respaldada no art. 2º da CLT, porém sua utilização é limitada já que o patrão não poderá monitorar todo e qualquer ambiente da empresa, já que por se tratar de um direito protestativo, o empregador só poderá exercê-lo até o limite de violação dos direitos de privacidade e liberdade dos empregados. Fala-se assim porque não é permitido, por exemplo, ao empregador instalar câmeras no banheiro, mesmo sendo a parte coletiva.

Segundo Barros (2009, p. 569) afirma que o legislador brasileiro não proibiu em nenhum momento a fiscalização e controle por meio de aparelhos audiovisuais, visto ser uma “decorrência lógica do avanço da tecnologia e poderá consistir em um instrumento probatório valioso na avaliação da conduta do empregado”.

O monitoramento eletrônico de maneira legal pode servir de meio de prova

para justa causa, mas é importante frisar que qualquer meio de controle e fiscalização por parte do empregador só poderá ser feito com a ciência do empregado.

Nesse sentido, as empresas de grande porte, como a Reclamada, têm plenas condições de utilizar outros instrumentos eficazes de controle de seus produtos, como câmeras de filmagens e etiquetas magnéticas. Tais procedimentos inibem e evitam a violação do patrimônio da empresa e, ao mesmo tempo, preservam a honra e a imagem do trabalhador. Na hipótese, conforme consta do acórdão regional, as revistas eram realizadas nas bolsas das empregadas também por seguranças do sexo oposto, conforme consignado pelo Eg. TRT – o que evidencia ainda mais a conduta irregular da Reclamada. Nessa linha, entende-se que houve uma exposição indevida da intimidade da obreira, razão pela qual faz ela jus à indenização por danos morais. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido. Acórdão do processo NÂº RR - 1011300-97.2007.5.09.0008. (LEXML, 2014).

O direito de exercer o controle visual não deve se entender ao controle auditivo, uma vez que, é considerado abuso de poder e a autoridade a instalação de mecanismos de escuta para gravação de conversa dos funcionários, o que se estende á exigência de que os funcionários devem trabalhar usando microfone no uniforme, exceto quando tais profissionais forem ligados ao ramo de telecomunicações. (BARROS, 2009).

2.5.1.3 Controle de E-mail corporativo e Mensagens Eletrônicas

De acordo com o art. 5º, XII da CF/88, é assegurada a toda pessoa o sigilo de comunicações de pensamento que não objetivem atingir o público determinado, seja através de cartas, telefone, telégrafo ou qualquer meio posteriormente inventado, o que sugere a proteção ao sigilo de dados, que veio a ser necessária com o advento da informática.

A sociedade atual é uma sociedade de informação, onde os novos meios de comunicação, cada vez mais velozes, disseminam uma quantidade inimagináveis de informações por minuto. Um exemplo desse tipo de meio comunicativo é a internet, que veio revolucionar o sistema econômico e social vigente, repercutindo sobremaneira no Direito, uma vez que o meio jurídico, assim como muitos outros meios, não consegue acompanhar as mudanças aceleradas no mundo cibernético.

Essa nova realidade da informação e do desenvolvimento, possibilita muito o

crescimento empresarial, mas também possibilita que os empregados durante o expediente de trabalho possa acessar sites, ou correio eletrônico, de maneira indevida, de maneira que passa a executar atividade diferente do presente no seu contrato de trabalho. (BARROS, 2009).

Diante disso os empregadores tem exercido fiscalização sobre o uso da internet pelos seus empregados, sobretudo sobre os e-mails deles, encontrando duas correntes que falam sobre tal procedimento: uma que defende que as correspondências dos trabalhadores não devem ser violadas de maneira nenhuma e sob nenhuma hipótese, pois isso implicaria em total desrespeito e lesão a intimidade a privacidade do funcionário.

A segunda corrente defende que os e-mails devem ser monitorados e que esse fato não se configura nenhum tipo de violação a privacidade e intimidade do empregado, já que o controle do empregador sobre essa ferramenta é uma questão de direito, pois aos funcionários não é permitido prejudicar o andamento do trabalho em função do uso de correio eletrônico para outros fins que não sejam do interesse do empregador.

Essa segunda corrente tem justificativa no direito de propriedade e no poder de controle exercidos pelo empregador, que permanecem ativos mesmo após todas inovações tecnológicas surgidas, e encontrado sua base no art. 2º da CLT, já que como o empregador fornece as ferramentas para que o trabalhador possa executar seu trabalho, ele tem o direito de exigir que tais ferramentas só sejam utilizadas para aquele fim.

Diante disso fica tipificado no art. 482, “b”, “e” e “h”, da CLT a justa causa por motivo de cometimento da infração, o que autoriza o desfazimento do contrato por culpa do trabalhador, por isso as correspondências eletrônicas do empregado, presentes em e-mail corporativo (e não particular), podem sim ser monitorados pelo empregador, não afrontando assim o direito a intimidade do mesmo. “Não integra a alçada do empregador o devassamento da vida privada do empregado, aqui se encontrando óbice ao exercício do poder diretivo, na modalidade fiscalizatória.” (MELO, 2013, p.3).

Se dentro do e-mail corporativo da empresa houver correspondências eletrônicas de cunho pessoal, mesmo assim o conteúdo desse e-mail poderá ser objeto de fiscalização por parte do empregador, porém há alguns casos em que a violação da vida privada do trabalhador pode ser permitida, a exemplo de quando há

necessidade de proteção da personalidade alheia; existência de suficientes indícios de prática de crime e em casos de violação de direitos difusos e coletivos da sociedade. (BARROS, 2009).

DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA. MAU PROCEDIMENTO. USO INDEVIDO DE CORREIO ELETRÔNICO. QUANDO SE CARACTERIZA. Prova que evidencia a utilização do email funcional, pelo empregado, para difundir informações tendentes a denegrir a imagem da empregadora. Constitui justa causa para a despedida o uso indevido do correio eletrônico fornecido pelo empregador, não se podendo cogitar de infração ao disposto no artigo 5º, inciso XII da CF, já que o serviço de "e-mail" é ferramenta fornecida para uso estritamente profissional. Sentença mantida. (Relator: FLAVIO PORTINHO SIRANGELO. Origem: 3ª Vara do Trabalho de Canoas. Acórdão - Processo 0016800-02.2007.5.04.0203. RO. Data: 03/09/2008). (MELO, 2013, p.3).

Analisando as jurisprudências e os entendimentos acerca do poder fiscalizatório do empregador, verifica-se a possibilidade de averiguação do email corporativo da empresa, considerando que este é uma ferramenta laboral necessária para a execução das atividades dentro da empresa e, portanto, faz parte do rol de "bens" que o empregador dispõe para que seus empregados realizem suas atividades, podendo fiscalizar sua utilização correta. Importante frisar que este tipo de controle se justifica pelo direito que o empregador possui de manter de forma correta e verificar a utilização de todas as ferramentas de trabalho disponibilizadas aos empregados.

Vale salientar, porém, que emails particulares e mensagens eletrônicas também particulares, recebidas pelos empregados em seus equipamentos eletrônicos, fazem parte do rol de "bens" particulares destes, não podendo o empregador averiguar seus conteúdos, sob pena de invasão de privacidade.

3 METODOLOGIA

Este estudo tem como objetivo analisar o poder do empregador, constituindo-se em uma apreciação dos métodos de fiscalização utilizados pelo empregador, em contraponto com o que dispõe a norma, doutrina e jurisprudência brasileira, quanto aos limites dessas condutas, possuindo, portanto, um vínculo direto com a realidade e objetivando que haja aplicabilidade imediata de tais preceitos.

Realizou-se este estudo através de uma pesquisa bibliográfica, descritiva e exploratória acerca do tema acima descrito, levando em consideração seus aspectos relacionados ao poder fiscalizatório do empregador.

Conceituando a pesquisa bibliográfica, tem-se que esta se desenvolve baseada em material científico já tornado público, acerca do tema em estudo e constituído principalmente de livros e artigos científicos.

Enfatiza-se a pesquisa bibliográfica por abranger toda bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, material cartográfico, etc. (LAKATOS e MARCONI, 2006, p.71).

No que tange à pesquisa do tipo descritiva, esta objetiva a descrição das características de determinada população ou fenômeno. Este tipo de pesquisa possui como finalidade principal identificar os fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência dos fenômenos, analisando principiologicamente, neste estudo, o poder fiscalizatório do empregador. (LAKATOS e MARCONI, 2006).

Levando em consideração seus objetivos, a presente pesquisa é predominantemente exploratória, conceituada da seguinte forma:

Pesquisa exploratória é a pesquisa que se caracteriza pelo desenvolvimento e esclarecimento de ideias, com o objetivo de oferecer uma visão panorâmica, uma primeira aproximação a um determinado fenômeno que é pouco explorado (GONÇALVES, 2001, p.65).

Deste modo, optou-se pela pesquisa explicativa, uma vez que pretende-se analisar os limites do empregador no seu poder de fiscalização, buscando harmonizar os direitos fundamentais do empregado e do empregador, frente aos direitos fundamentais, garantidos pela Constituição Federal, a todos os indivíduos da sociedade.

Para o tratamento dos dados coletados, esta pesquisa se caracteriza por ser um estudo qualitativo, pois possui enfoque indutivo e caráter descritivo.

A pesquisa qualitativa não envolve enumerar eventos estudados, mais a obtenção de dados descritivos sobre o processo interativo pelo contato direto com a situação estudada, procurando compreender os fenômenos dos participantes da situação em estudo (GONÇALVES, 2001, p.58).

Para a apresentação dos resultados, foi construído um texto para a análise dos dados pesquisados em livros, jornais, artigos, e revistas relacionados ao poder fiscalizatório do empregador e as suas limitações no que tange a revistas, filmagens e monitoramento de emails corporativos.

4 ANÁLISE ACERCA DOS LIMITES DO PODER FISCALIZATÓRIO DO EMPREGADOR

Como já é de conhecimento, o nosso ordenamento jurídico é regido por normas e princípios inseridos na Constituição Federal, com também normas infraconstitucionais. Existindo uma superioridade das normas Constitucionais perante as demais normas. Porém, importante mencionar que não existe hierarquia entre os princípios Constitucionais e, sendo assim, em caso de conflito entre tais princípios, sempre se busca o caminho da ponderação de interesses.

O Direito do Trabalho possui regras e princípios próprios, mas mesmo assim sempre deverá haver o respeito às normas e princípios da Constituição Federal.

Em se tratando de direitos, sabe-se que a Constituição Federal preserva a garantia da dignidade humana do indivíduo, independente da situação em que este se encontre. Sendo assim, os direitos do trabalhador encontram respaldo tanto na norma infraconstitucional, Consolidação das Leis Trabalhistas e demais normas, como também na Carta Magna, quando garante ao trabalhador enquanto ser humano detentor de direitos e deveres, a proteção relacionada à privacidade, à vida íntima, à manutenção da sua dignidade humana.

Em se tratando de relação de emprego, sabe-se que as partes que compõem esta relação, empregado e empregador, são detentores de direitos e deveres, caracterizando esta relação como sinalagmática. Sendo assim, percebe-se que além dos direitos dos empregados, os empregadores também possuem seus direitos, tendo em vista a necessidade de preservação e garantia de seus bens e manutenção da atividade econômica desenvolvida por estes.

É reservado ao empregador expressamente pela CLT a garantia de dirigir, fiscalizar e disciplina a prestação dos serviços prestados pelos seus funcionários, bem como a preservação do seu patrimônio. A prática de revistas, filmagens e monitoramento de e-mails dos empregados é um método utilizado pelo empregador,

de forma cada vez mais comum nos dias atuais.

Todavia, tais poderes devem sempre observar os direitos fundamentais inerentes a todo e qualquer indivíduo, como dignidade da pessoa humana, intimidade, honra, imagem, e demais garantias asseguradas ao empregado pela norma constitucional e normas infraconstitucionais, além das normas internacionais relacionadas ao Direito do Trabalho.

Importante mencionar que a Constituição Federal também assegura ao empregador o direito de propriedade. Assim fica clara a existência de um conflito entre o poder direito do empregador e o direito à intimidade de empregado. E se faz necessário, buscar meios de resolução desse conflito.

A doutrina e a Jurisprudência entende que deve-se utilizar o princípio da proporcionalidade, para que haja uma ponderação de interesses e sem que haja a supressão dos direitos de nenhuma das partes.

Conforme se pôde observar no decorrer do estudo, não há regulamentação legal, nem um posicionamento pacífico na doutrina e jurisprudência acerca dos limites do poder de fiscalização. O que temos são vários posicionamentos quanto aos limites de tais práticas nas relações laborais, desde os mais rigorosos, até os posicionamentos mais liberais.

Verifica-se que apesar de o empregador possuir direitos relacionados ao poder fiscalizatório, este deve ser praticado de maneira que não fira a dignidade humana do indivíduo, a intimidade, honra, vida privada e demais direitos inerentes ao ser humano. Sendo assim, o poder fiscalizatório do empregador relativo a revista íntima ou de pertences, filmagens em ambiente de trabalho e controle e fiscalização de emails possui restrições.

Desta forma, quanto à prática de revista pessoal, os mais recentes julgados consideram perfeitamente aceitável este tipo de revista, sendo tal direito decorrente do poder fiscalizatório do empregador em defesa de seu patrimônio.

Alguns admitem tal prática, fundamentando-se na ausência de previsão legal que a proíba, outros condicionam a existência um ajuste prévio entre o empregado e o empregador. Contanto que haja respeito à dignidade, intimidade, honra e privacidade do empregado, devendo ser avaliado se tal prática é realmente necessária, justificando seu uso como forma de preservação dos bens do empregador, e desde que não haja constância e frequência.

Vale lembrar que o entendimento de revista pessoal, é aquela que não viola a

intimidade e a dignidade dos trabalhadores, feita superficialmente, sem qualquer tipo de toque corporal e de forma discriminatória.

O que é absolutamente vedado, inclusive pelo artigo 373-A, IV da CLT, é a chamada “revista íntima”, caracterizada pela vistoria mais invasiva, inclusive das partes íntimas dos trabalhadores. Trata-se de conduta abusiva, afrontando a dignidade, intimidade, honra e demais garantias do empregado.

Em relação à filmagem do ambiente de trabalho, a tendência dos posicionamentos da doutrina e jurisprudência consiste em considerar esse procedimento lícito, desde que haja conhecimento dos empregados, é regular o uso pelo empregador, de sistema de filmagens, que exclua banheiros, refeitórios e locais destinados ao descanso ou a intimidade do empregado, filmando somente os locais efetivos de trabalho.

Por fim, quanto ao controle de e-mails, se faz necessário observar se o e-mail é de uso pessoal do empregado, ou se foi fornecido pelo empregador. Se caso o e-mail for de uso pessoal, o entendimento majoritário é que é inviolável, considerando que este é caixa para recebimento de correspondências de maneira eletrônica, equivalente a correspondências convencionais, consideradas invioláveis inclusive pela constituição Federal. Dessa forma o seu monitoramento é ilegal, ocasionando afronta à intimidade e quebra de sigilo de correspondência do empregado.

Em se tratando de e-mail for corporativo, cedido ao empregado pelo empregador, trata-se de uma ferramenta de trabalho, não havendo violação aos direitos fundamentais do empregado o seu monitoramento. Tal entendimento se deve ao fato de que o email corporativo é propriedade do empregador e a este é dado o direito de seu monitoramento, garantindo assim a preservação da imagem de sua empresa e impedindo o uso desregrado do email, inclusive pelo fato de utilização destes emails para a prática de crimes, criando situações vexatórias e constrangedoras para as empresas.

5. CONCLUSÃO

O Direito do Trabalho surgiu no ordenamento jurídico brasileiro como ferramenta de normatização das relações de trabalho, garantindo a trabalhadores e empregadores os direitos inerentes a cada um destes, levando em consideração a

relação empregatícia.

Apesar de o Direito do Trabalho ser protetivo dos direitos do trabalhador, é importante deixar claro que ao empregador são garantidos também alguns direitos, tendo em vista a garantia da manutenção da direção e da fiscalização das atividades desenvolvidas pelas empresas.

O objetivo geral deste estudo foi analisar os limites do empregador em relação ao seu poder fiscalizatório empresarial, fazendo uma análise normativa, doutrinária e jurisprudencial da legalidade da revista de seus funcionários, das filmagens do local de trabalho e do controle de e-mails corporativo.

Através do estudo aqui desenvolvido, percebeu-se que existem restrições ao poder fiscalizatório do empregador, consubstanciadas na efetivação da garantia constitucional de preservação da dignidade humana do indivíduo, levando em consideração a intimidade, a honra, a imagem e a privacidade do indivíduo enquanto trabalhador.

Em se tratando de revistas íntimas, estas são consideradas ilegais em todas as suas formas, considerando que ninguém pode sofrer revistas íntimas em local de trabalho, nem tampouco receber contato físico ou ser coagido a se despir para ser revistado pelo empregador. Em se tratando de revista em bolsas e pertences pessoais, só é possível este tipo de revista desde que não haja constância e que existam critérios que não caracterizem perseguição ou que seja diretamente vinculada a determinado indivíduo, ou seja, tais revistas devem ser esporádicas e é necessário critérios de seleção tais como sorteio, além da não repetitividade diária.

No que tange à filmagens no ambiente de trabalho, ao empregador é dado tal direito tendo em vista a manutenção do seu patrimônio. Este tipo de fiscalização não fere a dignidade humana do trabalhador desde que seja realizada em ambiente de trabalho e desde que não exponha a intimidade do trabalhador e desde que todos os empregados tenham conhecimento da utilização de filmagem no ambiente. Neste sentido, a doutrina e jurisprudência tem considerado este tipo de fiscalização lícito.

Em se tratando de controle de emails, tem-se que estes devem ser distinguidos entre emails particulares e emails corporativos. No caso de emails particulares, estes são de propriedade privada do empregado, sendo suas informações sigilosas tal qual qualquer tipo de correspondência, e portanto invioláveis. No que tange a emails corporativos, estes são ferramentas disponibilizadas pelas empresas para a atuação do empregado e realização de suas

atividades laborais. Sendo assim, são consideradas propriedade do empregador e a este é dado o poder de fiscalização dos endereços eletrônicos, buscando a garantia do sigilo de informações e o impedimento do uso irregular destes, garantindo assim a preservação da empresa em todos os sentidos.

Analisando os aspectos referentes ao poder fiscalizatório do empregador no que tange a revista íntima, controle por filmagem e controle de emails corporativos, percebe-se claramente que sua possibilidade de utilização está diretamente vinculada à manutenção da dignidade humana do indivíduo e à garantia constitucional da privacidade da pessoa humana.

Conclui-se, portanto, que o poder fiscalizatório do empregador encontra-se diretamente vinculado à manutenção da dignidade humana do trabalhador e a preservação de sua vida íntima. Ao empregador é dado o direito de fiscalizar dentro dos limites determinados por lei, sem que haja ferimento aos preceitos constitucionais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm Acesso em: 02, maio, 2014.

BARALDI, Cristiane. [A violação do princípio da dignidade da pessoa humana do empregado no procedimento de revista íntima no direito brasileiro](#). Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3421, 12 nov. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22999>>. Acesso em: 8 out. 2014.

BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CECCHIN, Airton José. *A dignidade humana nas relações de trabalho*, Paraná: *Revistas Ciências Jurídicas Sociais da Unipar*, 2007

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. Ed. São Paulo: LTr, 2010.

Curso de Direito do Trabalho. 10. Ed. São Paulo: LTr, 2011.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Meio ambiente do trabalho no contexto dos direitos humanos fundamentais e responsabilidade civil do empregador*. *Revista de direito do trabalho*. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, p. 54-73, out./dez. 2009.

GIL, Antônio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. São Paulo: Atlas, 1999.

GONÇALVES, Elisa Pereira. Conversas sobre iniciação à pesquisa científica. Campinas – SP: Alínea, 2001.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. Dicionário Compacto Jurídico. 11ª edição. Ed. Rideel. São Paulo: 2008, p. 148

JUSBRASIL. TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO: RO 00028086120135020027 SP 00028086120135020027 A28. Disponível em: <http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/145936950/recurso-ordinario-ro28086120135020027sp00028086120135020027-a28>. Acesso em: 19, Nov. 2014.

TST - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA : AIRR 9684720125120035 Disponível em: <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/135204719/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-9684720125120035> Acesso em: 19, nov. 2014.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. Técnicas de pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

LEÃO, Celina Gontijo. Poder diretivo do empregador X direitos da personalidade Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2673, 26 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17709>>. Acesso em: 8 out. 2014.

LEXML. Acórdão do processo Nº RR - 1011300-97.2007.5.09.0008 Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/busca/search?keyword=controle+de+empregados+por+filma+g+em&f1-tipoDocumento=Jurisprud%C3%AAncia> Acesso em: 19, Nov. 2014.

MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELO, Pollyana Oliveira. Controle do e-mail no ambiente de trabalho. Análise do conflito entre os direitos da personalidade do empregado e o poder diretivo do empregador. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3613, 23 maio 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24509>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

MONTAIGNE, Michel de. Ensaios. Volume I. Capítulo XXXI; Dos canibais. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 14.ed. São Paulo: LTr, 1989.

PAVELSKI, Ana Paula. Relação de emprego digno. In: GUNTHER, Luiz Eduardo, et al. (Coord.). Tutela dos direitos de personalidade na atividade empresarial. Curitiba: Juruá, 2009.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Perspectiva do Direito Como Integridade. 1. Ed. São Paulo: LTr, 2009.

Saraiva, Renato. Direito do trabalho para concursos públicos, 10.ed, São Paulo: Editora Método, 2009.

SIMÓN, Sandra Lia. A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado, São Paulo: LTR, 2002.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. O Dano Moral no Direito do trabalho. Revista LTr 9/1169, ano 60. set. 1996. São Paulo: Ed, Ltr, 1996.

VIDAL, Bernardo Raposo; ANELLO, Gustavo Lacerda. A sujeição do trabalhador à **revista pessoal pelo empregador**. Uma análise do Enunciado nº 15 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. Jus 13, n. 1894, 7 set. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11694>>. Acesso em: 22 out. 2014.

DOS CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS: A RELEVANTE PARCERIA ENTRE O PODER JUDICIÁRIO E OS CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS

Elayne Nascimento de Figueirêdo
Luciana de Albuquerque Cavalcanti Brito

RESUMO

O presente trabalho visa contribuir com a propalação das atividades prestadas pelos cartórios extrajudiciais à sociedade que tendem a atenuar a exacerbada demanda processual no Poder Judiciário. Como os cartórios extrajudiciais corroboram uma relação e um vínculo com a comunidade, do momento que nascem ao momento que falecem, torna-se imprescindível expor sua agilidade, praticidade, segurança jurídica e qualidade dos seus serviços oferecidos. Nesse sentido, o cerne deste trabalho é, portanto, esclarecer a relevância do Notário para o cenário jurídico brasileiro e buscar modificar a hesitação dos cidadãos em a eles recorrer por reconhecerem apenas o Poder Judiciário como proventor da Justiça, apresentando-os como um meio alternativo à resolução de procedimentos consensuais, isto é, de jurisdição voluntária. É sabido que a morosidade nas análises e decisões é um dos percalços enfrentados pelo Poder Judiciário e a desjudicialização é um dos mecanismos encontrados na tentativa de amenizar tal dificuldade. Além disso, outros processos como o reconhecimento de paternidade e a celebração de casamento homoafetivo, sem a intervenção da Justiça, trouxeram avanço ao objetivo almejado. Os cartórios extrajudiciais atuam sob a responsabilidade de profissionais especializados - tabeliães e registradores concursados - prestando um serviço público à sociedade ao garantir fé pública, valor probatório e força executiva judicial a diversos documentos, além de propiciar sua fácil reprodução, materializar a vontade das partes com imparcialidade e total observância e respeito à lei, orientando seus usuários acerca de suas práticas e suas consequências, a fim de evitar litígios futuros. Sendo assim, trataremos também da criação e fiscalização dos cartórios extrajudiciais, bem como as formas de sua atuação e de proximidade da sociedade, a fim de que evidenciem suas reais contribuições ao Judiciário.

Palavras – chave: cartórios extrajudiciais; Judiciário; desjudicialização

ABSTRACT

This paper aims to contribute to the promotion of the activities carried out by extrajudicial registries for the tendency to attenuate the exacerbated process in the Judiciary. As out-of-court registries corroborate a relationship and a bond with a community, the moment they are born when they die, it becomes imperative to export their agility, practicality, legal security and quality of their services offered. In this sense, the work in this work, therefore, clarify a relevance of the work to the Brazilian legal scenario and seek to modify the hesitation of citizens in a process of recognition as the Judiciary as provider of Justice, presenting them as an alternative means to resolution of consensual procedures, that is, of voluntary jurisdiction. It is well known that a slow analysis and decisions is one of the obstacles faced by the Judiciary and a misjudgment is one of the mechanisms found in an attempt to alleviate such difficulty. Consensus cases are resolved more quickly and at a considerable cost. In addition, other processes such as the recognition of paternity and a homoafetive marriage celebration, without an intervention of Justice, have brought the desired

goal forward. Extrajudicial registries update under the responsibility of specialized professionals - notaries and registered registrars - providing a public service to society for faith, probative value and judicial executive force to various documents, in addition to facilitating their easy reproduction, materialize a will of the parties with Impartiality and total observance and respect, guiding their comments on their practices and their consequences, in order to avoid future litigation. Thus, the creation and supervision of extrajudicial registries as a way of acting and of proximity of society, in order to show their real contributions to the Judiciary.

Keywords: Extrajudicial registries; Judiciary; Detrimentalization

1 INTRODUÇÃO

A proposta que envolve esse trabalho é: verificar e expor as atividades notariais e registrais que desburocratizam e desafogam o Poder Judiciário. Além disso, a proposta desse trabalho é estimular a respeitabilidade e credibilidade dos cartórios extrajudiciais, visando mitigar a antipatia da comunidade ante seus serviços; analisar, exemplificar e expor algumas das atividades prestadas por esses cartórios tais como registros de títulos e documentos, divórcio consensual, ata notarial, protesto de sentenças, inventários, união estável e sua dissolução, entre outros, abrangendo a doutrina e o ordenamento jurídico que ratificam e justificam a possibilidade dos feitos, assegurando sua fé pública; justificar a utilização destes serviços como forma alternativa à resolução de demandas consensuais; e incentivar o uso da justiça voluntária de forma a assegurar o princípio do Acesso à Justiça, rompendo com as críticas que maculam tal argumento.

O presente estudo nos mostra uma relevante importância para a sociedade, uma vez que os cartórios extrajudiciais oferecem inúmeros serviços que requerem procedimentos mais singelos e ágeis dotados de fé pública que funcionam não como um ofensor ao princípio do acesso à justiça, mas como um facilitador deste mesmo fundamento. E, conhecer tais atividades e compreender de que forma elas são corroboradas e exigidas, além de inferir o arcabouço de normas jurídicas que validam e tornam eficaz o alcance dessas estruturas, são imprescindíveis no reconhecimento e valorização de suas contribuições ao Poder Judiciário.

Por isso, a metodologia utilizada para o desenvolvimento deste trabalho, foi a pesquisa bibliográfica através de leituras de obras sobre o tema, assim como: livros, jurisprudências, doutrinas, artigos, cartilhas, sites de órgãos e associações competentes.

No primeiro capítulo, examinamos a evolução normativa dos serviços

notariais e registrais no Brasil, bem como as exigências de titularidade a quem as exercem.

No segundo capítulo, verificamos, com base em diversos autores, as garantias e princípios destinados aos serviços e atividades dos cartórios extrajudiciais.

Já no terceiro capítulo, traçamos um paralelo entre as atividades tipicamente exercidas pelo poder Judiciário, que, em contrapartida, podem ser atribuídas, com mais agilidade, praticidade e singeleza, aos cartórios e serventias extrajudiciais.

Com o quarto capítulo propomos explicar as atribuições das serventias extrajudiciais e a que cada uma se destina. As subdivisões desse capítulo projetam um panorama das atividades prestadas pelos cartórios extrajudiciais que auxiliam no processo de desjudicialização, apresentando-se aqui uma alternativa aos meios menos burocráticos para demandas consensuais, além de apresentar atividades, até então, pouco conhecidas pela sociedade.

No sexto capítulo propõe-se uma conclusão acerca das contribuições deste trabalho tanto para a comunidade jurídica como para o cidadão.

1- ETIMOLOGICAMENTE FALANDO

Com o advento da publicação da Carta Magna em 1988, as serventias extrajudiciais, também denominadas em algumas legislações estaduais de “cartórios extrajudiciais”, passaram a ser denominadas de Serviços Notarias e de Registro. Isso implica dizer que tal alteração não fora apenas etimológica, mas também estabeleceu peculiaridades e particularidades à publicidade de seus atos, às formas de sua titularidade e possibilitou a criação de novas leis que lhes oportunizam novas atividades cujo exercício era cabível apenas à esfera judiciária.

O Art. 208 da Constituição Federal do Brasil de 1967 previa o seguinte:

Art. 208 - Fica assegurada aos substitutos das serventias extrajudiciais e do foro judicial, na vacância, a efetivação, no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, contem ou venham a contar cinco anos de exercício, nessa condição e na mesma serventia, até 31 de dezembro de 1983. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 22, de 1982).

Tal legislação, oriunda do Congresso Nacional, permitia a permanência

quase que vitalícia – pois existia nessa época a aposentadoria compulsória para tabeliães e registradores

– na titularidade de um “cartório”, desde que fossem atendidos determinados requisitos legais sem a necessidade de concurso público.

A atual Constituição (CF/88), todavia, prevê em seu art. 236:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Com isso, o Poder Público delega ao particular as suas atividades, fiscaliza-as e exige-lhe que se submeta a um rigoroso concurso público.

A Lei Federal 8935/1994 regulamenta que:

Art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

Art. 5º Os titulares de serviços notariais e de registro são os: I - tabeliães de notas; II - tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos; III - tabeliães de protesto de títulos; IV - oficiais de registro de imóveis; V - oficiais de registro de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas; VI - oficiais de registro civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas; VII - oficiais de registro de distribuição.

Art. 14. A delegação para o exercício da atividade notarial e de registro depende dos seguintes requisitos:

I - habilitação em concurso público de provas e títulos;

2- OS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO NO BRASIL

Conforme estatística da ANOREG/BR (Associação dos Notários e

Registradores do Brasil) há aproximadamente treze mil cartórios de registros e notas no Brasil.

Suas serventias, por sua vez, são segmentadas por atribuição, de notas e de registro, a fim de que, segundo o CNJ – Conselho Nacional de Justiça -, os serviços extrajudiciais sejam distinguidos dos serviços judiciais (as funções típicas do poder judiciário). Enquanto os ofícios de notas destinam-se a escriturar e registrar instrumentos como contratos, procurações, inventários, escrituras, procurações, testamentos, reconhecimento de firmas, autenticações, declarações ou quaisquer outros documentos em que haja necessidade, seja por lei ou por vontade das partes, de torná-lo público, acessível a qualquer pessoa; os de registros são agrupados consoantes à especialidade dos oficiais titulares de serviços de registro.

Os serviços notariais e de registro tem como finalidade conferir fé pública por meio da garantia dos princípios basilares: publicidade, autenticidade, segurança, legalidade e eficácia dos atos jurídicos.

Para Meirelles (1982), publicidade é a “divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos”. O objetivo da publicidade dos atos jurídicos, segundo Souza (2006), é “atribuir segurança às relações jurídicas, permitindo a qualquer interessado que conheça o teor do acervo das serventias notariais e registrais”. Já a autenticidade, nas palavras de Souza (2006), é a “qualidade do que é confirmado por ato de autoridade, criando presunção de veracidade”. Para Dias (2006), a autenticidade consiste em assegurar a autoria de um dado documento. Já na definição da lei federal n.º 8.935/94 a definição engloba, além da autoria, o conteúdo do documento. A eficácia, por sua vez, é definida por Souza (2006) como a capacidade de produzir os efeitos jurídicos esperados. Em outras palavras, “significa a garantia de que o ato notarial ou de registro produzirá a consequência [esperada] própria do mesmo” (SOUZA, 2006). Por fim, a segurança é consequência da certeza quanto ao ato e sua eficácia. A certeza decorre da possibilidade de consulta aos teores dos registros e livros de notas (publicidade), e da presunção de verdade dos atos (autenticidade), o que permite a aferição de boa fé (SOUZA, 2006).

As atividades dos notários e registradores são fiscalizadas e disciplinadas pelas Corregedorias-Gerais de Justiça de cada Estado, que regulamentam, através de provimentos, suas normas de organização e procedimentos, bem como as de comunicação de todas as suas informações perante os Tribunais de Justiça

regionais. Isso corrobora a transparência e credibilidade que são princípios prezados e salvaguardados pelos códigos de normas.

3- O PARALELO ENTRE AS ATIVIDADES TÍPICAS DO JUDICIÁRIO E AS DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES

O princípio da razoabilidade do processo inserido pela Emenda Constitucional nº45 de 2004, inciso LXXVII no art. 5º da Carta Magna expõe como direito fundamental: "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Este princípio tem sido mitigado devido ao grande número de demandas processuais que tramitam no Judiciário aguardando a resolução dos conflitos sociais.

Essa preocupação com a celeridade motiva a desjudicialização, ou seja, impulsiona a utilização dos meios alternativos que garantem agilidade, desburocratização e, acima de tudo, a resolução consensual da vontade das partes (jurisdição voluntária).

O paralelo que se pode traçar entre o poder judiciário e as serventias extrajudiciais é justamente na profundidade e no alcance das suas funções e atividades, as quais podem ser entre eles fracionadas respeitando o limite de suas competências.

Vejamos que, de acordo com Alexandre de Moraes (Direito Constitucional. 9.^a ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 810), a função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional, é julgar, aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses. Portanto, a função jurisdicional consiste na imposição da validade do ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que houver necessidade.

Por outro lado, segundo Lígia Arlé Ribeiro de Souza (2011), os oficiais de notas e de registro tem como função conferir segurança jurídica aos negócios que envolvam questões não contenciosas, ou seja, aquelas nas quais não haja qualquer dúvida quanto à titularidade do direito em questão. Atos como a lavratura de uma escritura de compra e venda ou de divórcio consensual, bem como aqueles referentes a registro civil ou de imóveis, via de regra, não envolvem disputas entre os interessados. Nesses casos, o que se verifica é uma verdadeira atuação

preventiva por parte dos Titulares de Cartório, posto que, ao orientar as partes quanto à melhor forma de atender seus interesses, eles evitam que diversas questões sejam levadas ao Poder Judiciário.

Nota-se a possibilidade de total parceria entre as serventias extrajudiciais e o poder judiciário, uma vez que este é o agente fiscalizador daquele, o que não exime imparcialidade nem tampouco elimina o curso do processo por esfera judicial, apenas seria uma forma voluntária de formalizar situações em que não há conflitos nem resistências na lide.

Ademais, uma grande vantagem dos serviços de notas e registro é a presença constante do oficial em todo percurso do ato, orientando e esclarecendo as partes interessadas, uma vez que “a função do notário consiste em receber ou indagar a vontade das partes; assessorar como técnico as partes e com isso dar forma jurídica à vontade das partes; redigir o escrito que se converterá em instrumento público; autorizar o instrumento público, dando-lhe forma pública e credibilidade; conservar o instrumento autorizado; expedir cópias do instrumento” (apud BRANDELLI, 1998, p. 126).

De acordo ainda com Rufino Larraud, citado e comentado por Brandelli (1998, p. 126): “Função notarial é aquela atividade jurídico-cautelar cometida ao notário, que consiste em dirigir imparcialmente aos particulares na individualização regular dos seus direitos subjetivos, para dotá-los de certeza jurídica conforme as necessidades do tráfico e de sua prova eventual. Note-se que tal conceito encerra um conteúdo definido (direção jurídica dos particulares no plano da realização espontânea do direito), um objeto (os direitos subjetivos dos particulares em sua etapa de individualização), e um fim (a certeza jurídica dos direitos subjetivos, amoldando-os às necessidades do negócio e de sua prova eventual).”

A atividade cartorária, portanto, consiste, no assessoramento jurídico das partes, através da transposição da vontade das partes e sua formalização. Por isso é de vital relevância averiguar a estruturação das serventias extrajudiciais e seus serviços que reduzem a vasta procura judiciária, utilizando-se novas alternativas de se alcançar um mesmo objetivo jurídico.

4- ATRIBUIÇÕES DOS CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS

Os serviços e competências dos cartórios extrajudiciais são aduzidos

basicamente na Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994 (Lei dos Notários e Registradores), no Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) e na Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos) e, em regra geral, a classificação e limitações dependerão de cada atividade que se propõem oferecer à sociedade.

Luís Ramon Alvares, substituto do 2º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de São José dos Campos/SP, em Boletim Eletrônico nº 17 - ANO IV (São José dos Campos, 21 de Janeiro de 2010) declara que nos termos do art. 7º da Lei nº 8.935/94, aos tabeliães de notas compete, com exclusividade, lavrar escrituras e procurações públicas; lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados; lavrar atas notariais; reconhecer firmas; e autenticar cópias. Enquanto em seu art. 11, essa Lei confere aos tabeliães de protesto de títulos, privativamente, protocolar de imediato os documentos de dívida, para prova de descumprimento de obrigação; intimar os devedores de títulos para aceitá-los ou pagá-los sob pena de protesto; receber pagamento dos títulos protocolizados, dando quitação; lavrar protesto, registrando o ato em livro próprio, em microfilme ou sob outra forma de documentação; acatar o pedido de desistência do protesto formulado pelo apresentante; averbar o cancelamento do protesto e as alterações necessárias para atualização dos registros efetuados; e expedir certidões de atos e documentos que constem de seus registros e papéis.

Declara ainda que, por sua vez, aos oficiais de registro de imóveis compete, como regra, a prática de atos e registros relativos a imóveis. Os atos de registro estão enumerados no inciso I do artigo 167 da Lei nº 6.015/73 (rol exaustivo), enquanto que os atos de averbação estão elencados no inciso II do referido artigo (rol exemplificativo).

E nos termos do artigo 127 da Lei nº 6.015/73, aos oficiais de registro de títulos e documentos compete o registro: I- dos instrumentos particulares, para a prova das obrigações convencionais de qualquer valor; II - do penhor comum sobre coisas móveis; III - da caução de títulos de crédito pessoal e da dívida pública federal, estadual ou municipal, ou de Bolsa ao portador; IV - do contrato de penhor de animais, não compreendido nas disposições do art. 10 da Lei nº 492, de 30-8-1934; V - do contrato de parceria agrícola ou pecuária; VI - do mandado judicial de renovação do contrato de arrendamento para sua vigência, quer entre as partes contratantes, quer em face de terceiros (art. 19, § 2º do Decreto nº 24.150, de 20-4-

1934); e VII - facultativo, de quaisquer documentos, para sua conservação. Nos termos do artigo 129 da Lei 6.015/73, estão sujeitos a registro, no Registro de Títulos e Documentos, para surtir efeitos em relação a terceiros: 1º) os contratos de locação de prédios, sem prejuízo do disposto do artigo 167, I, nº 3; 2º) os documentos decorrentes de depósitos, ou de cauções feitos em garantia de cumprimento de obrigações contratuais, ainda que em separado dos respectivos instrumentos; 3º) as cartas de fiança, em geral, feitas por instrumento particular, seja qual for a natureza do compromisso por elas abonado; 4º) os contratos de locação de serviços não atribuídos a outras repartições; 5º) os contratos de compra e venda em prestações, com reserva de domínio ou não, qualquer que seja a forma de que se revistam, os de alienação ou de promessas de venda referentes a bens móveis e os de alienação fiduciária; 6º) todos os documentos de procedência estrangeira, acompanhados das respectivas traduções, para produzirem efeitos em repartições da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios ou em qualquer instância, juízo ou tribunal; 7º) as quitações, recibos e contratos de compra e venda de automóveis, bem como o penhor destes, qualquer que seja a forma que revistam; 8º) os atos administrativos expedidos para cumprimento de decisões judiciais, sem trânsito em julgado, pelas quais for determinada a entrega, pelas alfândegas e mesas de renda, de bens e mercadorias procedentes do exterior; e 9º) os instrumentos de cessão de direitos e de créditos, de sub-rogação e de dação em pagamento. O Registro de Títulos e Documentos tem competência residual, pois, nos termos do parágrafo único do artigo 127 da Lei 6.015/73, a ele caberá a realização de quaisquer registros não atribuídos expressamente a outro ofício.

Que aos oficiais civis de registro de pessoas jurídicas compete o registro, e alteração, dos atos constitutivos das associações, fundações, sociedades simples e partidos políticos. Nos termos do artigo 122 da Lei 6.015/73, no registro civil das pessoas jurídicas serão matriculados: I - os jornais e demais publicações periódicas; II - as oficinas impressoras de quaisquer natureza, pertencentes a pessoas naturais ou jurídicas; III - as empresas de radiodifusão que mantenham serviços de notícias, reportagens, comentários, debates e entrevistas; e IV - as empresas que tenham por objeto o agenciamento de notícias.

Enquanto que aos oficiais civis das pessoas naturais, declara que compete o registro e a averbação de atos da vida civil do indivíduo. Nos termos do artigo 29 da Lei nº 6.015/73, serão registrados no registro civil de pessoas naturais o nascimento,

o casamento, o óbito, a emancipação, a interdição, a sentença declaratória de ausência, a opção de nacionalidade e a sentença de adoção. Serão averbados no registro civil das pessoas naturais as sentenças que decidirem a nulidade ou anulação do casamento, a separação consensual ou litigiosa, o divórcio, o restabelecimento da sociedade conjugal, os atos judiciais ou extrajudiciais de reconhecimento de filhos, as escrituras de adoção e os atos que a dissolverem, e as alterações ou abreviaturas de nomes.

Existem ainda os Cartórios de Distribuição, responsáveis por distribuir equitativamente os serviços da mesma natureza, registrando os atos praticados; em caso contrário, registrar as comunicações recebidas dos órgãos e serviços competentes; efetuar as averbações e os cancelamentos de sua competência; e Expedir certidões de atos e documentos que constem de seus registros e papéis.

A relevância em compreender o que cada Cartório Extrajudicial é responsável em atuar corrobora, unido a outros fatores, principalmente, pela credibilidade e confiança a eles destinados. Em 2009, uma pesquisa da DATAFOLHA, realizada entre os dias 25 e 28 de agosto, se prontificou em avaliar essa estimativa, inclusive comparando-o a outros órgãos da Justiça, conforme podemos verificar na FIGURA 1 disponível na página de nº 14 desse trabalho. Nela verificamos, inclusive, que os cartórios extrajudiciais estão entre as instituições mais confiáveis do país e que, independente das classes socioeconômicas que fazem uso dos seus serviços, a confiança, agilidade e praticidade são critérios que elevam sua posição entre os demais. Todavia, há muitos serviços ainda pouco conhecidos pela sociedade que ainda merecem maior divulgação para sua utilização.

DATAFOLHA MOSTRA EMPATE TÉCNICO ENTRE AS INSTITUIÇÕES MAIS CONFIÁVEIS DO PAÍS.



Pesquisa realizada pelo Datafolha, entre os dias 25 e 28 de agosto de 2009, com os usuários de cartórios, de todas as classes econômicas, das cidades de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Curitiba e do Distrito Federal.

www.cartoriosaibemais.com.br

TABELIÃES E REGISTRADORES DO BRASIL

SEGURANÇA, CONFIANÇA E TRANQUILIDADE PARA VOCÊ.



FIGURA 1 – Fonte: ANOREG/BR (2009)

5.1- SERVIÇOS DOS CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS QUE PODEM DESAFOGAR O PODER JUDICIÁRIO

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) N° 45, de 2004, que possibilitou uma reforma do Poder Judiciário, prevê, dentre outras medidas, a desjudicialização

como método para reduzir a demanda remetida à Justiça. Dessa forma, os tribunais vem contando com os cartórios extrajudiciais, tendo-os como aliados importantes para prestar serviços à população. Esse fenômeno – a desjudicialização – tem o objetivo de agilizar as ações que não envolvem litígio e os benefícios são de mão dupla, ou seja, além de eliminar demorados processos judiciais para a população, ainda contribui para reduzir a crescente pressão sobre os tribunais.

Nesse sentido, em meados de 2010, o reconhecimento de paternidade foi um dos exemplos dessa contribuição, pois graças a uma norma editada pelo CNJ, qualquer das partes legitimadas, quer seja pai, mãe ou filhos maiores de 18 anos, podem requerer o registro de paternidade em qualquer cartório civil, sendo a inclusão do nome do pai na documentação do filho feita a qualquer momento diretamente no cartório. Também não é mais necessária a intervenção da Justiça para procedimentos de retificação de nomes na carteira de identidade. Atualmente para fazer correções basta fazer requerimento em cartório.

A ANOREG/BR, fundada em 04 de maio de 1984, é a única entidade da classe com legitimidade, reconhecida pelos poderes constituídos, para representar os titulares de serviços notariais e de registro do Brasil em qualquer instância ou Tribunal, operando em harmonia e cooperação direta com outras associações congêneres, principalmente com os Institutos membros e Sindicatos, representativos das especialidades. Ela é responsável por fortalecer a atividade notarial e de registro, garantindo a manutenção da gestão privada dos cartórios extrajudiciais para a ampla e eficiente atribuição de segurança jurídica e prevenção de conflitos, além de servir de consultoria aos demais órgãos estaduais, a fim de capacitar seus membros e tornar o conhecimento homogêneo acerca de suas atribuições, serviços e informações.

O advento do Novo Código de Processo Civil (NCPC) - Lei 13.105/2015-, que passou a vigorar no dia 18 de março de 2016 elencou diversas alterações nas atividades notarias que precisam ser analisadas. O Colégio Notarial do Brasil/SP (CNB-SP), em 08 de julho de 2016 destacou as principais mudanças, tais como boletim eletrônico do Portal do Registro de Imóveis (Portal do RI), postado em 12 de julho de 2016 às 14h59min, enumera:

– Participação de advogado na lavratura de escritura de dissolução de união estável: tornou-se necessária a presença de advogado ou defensor público para a lavratura de escritura pública de extinção consensual de união estável, conforme §2º

do artigo 733 do Novo CPC:

Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

Divórcio, separação e dissolução de união estável no caso de nascituro: havendo nascituro, é vedada a lavratura de escrituras de divórcio consensual, separação consensual e a extinção consensual de união estável, conforme artigo 733 do Novo CPC supracitado. A depender do caso, recomenda-se inserir declaração das partes nesse sentido.

Procuração para advogado: a procuração outorgada a advogado integrante de sociedade de advogados também deverá conter os dados desta, inclusive constar os números de CPF's (Cadastro de Pessoa Jurídica(s) de cada um deles:

Art. 105. A procuração geral para o foro, outorgada por instrumento público ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, exceto receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica, que devem constar de cláusula específica.

§ 1º A procuração pode ser assinada digitalmente, na forma da lei.

§ 2º A procuração deverá conter o nome do advogado, seu número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil e endereço completo.

§ 3º Se o outorgado integrar sociedade de advogados, a procuração também deverá conter o nome dessa, seu número de registro na Ordem dos Advogados do Brasil e endereço completo.

Ata Notarial: a ata notarial foi incluída no Capítulo XII – Das Provas.

Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.

Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

Inventário e Divórcio: foi incluída expressa disposição para constar que as escrituras públicas de inventário e divórcio são títulos hábeis para levantamento de valores depositados em instituições financeiras.

Art. 610. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial.

§ 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

[...]

Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

Título Executivo Extrajudicial: foi incluída, dentre os títulos executivos extrajudiciais, certidão relativa a valores de emolumentos devidos pelo atos praticados.

Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

[...]

XI – a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei;

Usucapião Extrajudicial: foi criada uma nova modalidade de reconhecimento de usucapião no qual está prevista a lavratura de ata notarial para instruir requerimento junto ao Oficial de Registro de Imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo.

Art. 1.071. O Capítulo III do Título V da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 216-A: (Vigência)

Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:

I – ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias;

II – planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização

profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes;

III – certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente;

IV – justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel.

§ 1º O pedido será autuado pelo registrador, prorrogando-se o prazo da prenotação até o acolhimento ou a rejeição do pedido.

§ 2º Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, esse será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar seu consentimento expresso em 15 (quinze) dias, interpretado o seu silêncio como discordância.

§ 3º O oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem, em 15 (quinze) dias, sobre o pedido.

§ 4º O oficial de registro de imóveis promoverá a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar em 15 (quinze) dias.

§ 5º Para a elucidação de qualquer ponto de dúvida, poderão ser solicitadas ou realizadas diligências pelo oficial de registro de imóveis.

§ 6º Transcorrido o prazo de que trata o § 4º deste artigo, sem pendência de diligências na forma do § 5º deste artigo e achando-se em ordem a documentação, com inclusão da concordância expressa dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso.

§ 7º Em qualquer caso, é lícito ao interessado suscitar o procedimento de dúvida, nos termos desta Lei.

§ 8º Ao final das diligências, se a documentação não estiver em ordem, o oficial de registro de imóveis rejeitará o pedido.

§ 9º A rejeição do pedido extrajudicial não impede o ajuizamento de ação de usucapião.

§ 10º Em caso de impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, apresentada por qualquer um dos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum.

Gratuidade nos atos notariais: a gratuidade no Novo CPC ficou restrita exclusivamente à hipótese prevista no artigo 98, § 1º, IX.

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira,

com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

§ 1º A gratuidade da justiça compreende:

...

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.

...

§ 8º Na hipótese do § 1o, inciso IX, havendo dúvida fundada quanto ao preenchimento atual dos pressupostos para a concessão de gratuidade, o notário ou registrador, após praticar o ato, pode requerer, ao juízo competente para decidir questões notariais ou registrais, a revogação total ou parcial do benefício ou a sua substituição pelo parcelamento de que trata o § 6o deste artigo, caso em que o beneficiário será citado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se sobre esse requerimento. Art. 517. A decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 523.

§ 1o Para efetivar o protesto, incumbe ao exequente apresentar certidão de teor da decisão.

§ 2o A certidão de teor da decisão deverá ser fornecida no prazo de 3 (três) dias e indicará o nome e a qualificação do exequente e do executado, o número do processo, o valor da dívida e a data de decurso do prazo para pagamento voluntário.

§ 3o O executado que tiver proposto ação rescisória para impugnar a decisão exequenda pode requerer, a suas expensas e sob sua responsabilidade, a anotação da propositura da ação à margem do título protestado.

§ 4o A requerimento do executado, o protesto será cancelado por determinação do juiz, mediante ofício a ser expedido ao cartório, no prazo de 3 (três) dias, contado da data de protocolo do requerimento, desde que comprovada a satisfação integral da obrigação.

Vale nesse ponto salientar que consoante o § 2º do art. 701 do NCPD, referente à AÇÃO MONITÓRIA: “[c]onstituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, independentemente de qualquer formalidade, se não realizado o pagamento e não apresentados os embargos previstos no art. 702, observando-se, no que couber, o Título II do Livro I da Parte Especial.”. Dessa forma, a certidão extraída de ação monitória que ateste a ocorrência dos requisitos desse dispositivo legal é também protestável. (NA)

– Convenção da Apostila da Haia: O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) também é responsável por coordenar e regulamentar a aplicação da Convenção da Apostila da Haia no Brasil, que entrou em vigor em agosto de 2016. O tratado, assinado no segundo semestre de 2015 pelo Brasil, tem o objetivo de agilizar e simplificar a legalização de documentos entre os 112 países signatários, permitindo

o reconhecimento mútuo de documentos brasileiros no exterior e de documentos estrangeiros no Brasil. Assim, os documentos públicos, produzidos por notários e registradores, os de fé pública, também são reconhecidos no exterior, acatando a veracidade e presumindo-se o valor probatório dos documentos a todos os países signatários da Convenção, garantindo e prezando, mais uma vez, pela seriedade, transparência e legalidade de seus feitos.

Também é importante destacar que todas as atividades expostas até o momento recebem um selo digital de fiscalização, no intuito de garantir a transparência e a segurança jurídica dos atos, e proporcionar o acesso eletrônico das informações lançadas, aproveitando-se dos avanços tecnológicos hoje alcançados. Garante então o Código de Normas do Tribunal de Justiça da Paraíba, no provimento nº 003, de 26 de janeiro de 2015, no Título VII, em seu Capítulo I, conforme o art. a seguir:

Art. 192. O Selo Digital de Fiscalização Extrajudicial tem por objetivo aperfeiçoar o sistema de controle administrativo da atividade notarial e registral, buscando garantir transparência e segurança jurídica aos atos oriundos dos respectivos serviços, a ser implementado por meios eletrônicos de processamento de dados, integrando a forma de todos os atos extrajudiciais.

§ 1º É obrigatória a utilização do Selo Digital em todos os atos notariais e registrais.

§ 2º A falta de aplicação do Selo Digital constituirá ilícito administrativo, sendo considerada falta grave a ser apurada na forma da legislação vigente, sujeitando o titular da serventia às penalidades previstas nos arts. 32, III e IV; 33, III e 35, da Lei Federal nº 8.935/1994, sem prejuízo das sanções civis e criminais.

5- CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do presente trabalho é possível ratificar quão relevante é a parceria dos serviços notariais e registrais à redução do excesso de demanda judiciária, além de suas contribuições temporais e econômicas aos atos consensuais.

Tornou-se possível verificar que os cartórios extrajudiciais oferecem inúmeros serviços que requerem procedimentos mais singelos e ágeis dotados de fé pública que funcionam não como um ofensor ao princípio do acesso à justiça, mas como um facilitador deste mesmo fundamento.

Dessa forma, conhecer tais atividades e compreender de que forma elas são corroboradas e exigidas, além de inferir o arcabouço de normas jurídicas que validam e tornam eficaz o alcance dessas estruturas, foi imprescindível ao

reconhecimento e valorização de suas contribuições ao Poder Judiciário.

A proposta desse trabalho alcançou não só o objetivo de expor a importância dessa parceria, mas também analisar as garantias de legalidade, seriedade, transparência, credibilidade dos atos realizados pelos cartórios extrajudiciais, bem como de sua fiscalização e disciplina, a fim de garantir a sua fé pública.

Também foi possível averiguar os serviços prestados pelos notários e registradores que ainda são desconhecidos ou inutilizados pela população e pela comunidade jurídica que podem viabilizar o objetivo de desafogar o Poder Judiciário, promovendo um meio alternativo de resolução de conflitos; estimular a respeitabilidade e credibilidade dos cartórios extrajudiciais, visando mitigar a antipatia da comunidade ante seus serviços; analisar, exemplificar e expor algumas das atividades prestadas por esses cartórios tais como registros de títulos e documentos, divórcio consensual, ata notarial, protesto de sentenças, inventários, união estável e sua dissolução, entre outros, abrangendo a doutrina e o ordenamento jurídico que ratificam e justificam a possibilidade dos feitos, assegurando sua fé pública; justificar a utilização destes serviços como forma alternativa à resolução de demandas consensuais; e estimular o uso da justiça voluntária de forma a assegurar o princípio do Acesso à Justiça, rompendo com as críticas que maculam tal argumento.

Assim, o presente trabalho tem um viés contributivo de gerar conhecimento e informação a comunidade jurídica e a todo cidadão que reconheça a significância desta pesquisa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, J. A. Desjudicialização: a relação entre a arbitragem e os serviços notariais e registrais. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 59, p. 101 a 122, jul./dez. 2011.

ALVARES, L. R. Substituto do 2º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de São José dos Campos/SP. Boletim Eletrônico nº 17

- ANO IV, São José dos Campos, 21 de Janeiro de 2010.

ANOREG/BR (Associação dos Notários e Registradores do Brasil). Cartório Saiba Mais. Disponível em:< <http://www.anoreg.org.br/cartoriossaibamais/>>. Acesso em 10 de abril de 2017.

BRANDELLI, L. Teoria Geral do Direito Notarial. Porto Alegre : Livraria do Advogado,

1998.

BRASIL, Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. BRASIL, Lei n.13.105, de 16 de março de 2015. Novo código de processo civil.

BRASIL, Lei n.6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências.

BRASIL, PROVIMENTO Nº 003, de 26 de janeiro de 2015. Poder judiciário tribunal de justiça da paraíba - corregedoria geral da justiça do estado da paraíba. Institui o Código de Normas Judicial e Extrajudicial da Corregedoria-geral do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba e dá outras providências.

BRASIL. Constituição (1998). Emenda Constitucional nº45, de 30 de dezembro de 2004. Inciso LXXVII no art. 5º da Constituição Federal. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134

e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

BRASIL. Lei Federal n.8935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios).

BRASIL. Lei n.11.441, de 24 de abril de 2007. Inventário, separação e divórcio. Disciplina a aplicação desta lei pelos serviços notariais e de registro.

DIAS, J. C. Direito contratual no ambiente virtual. Juruá Editora, 2ª edição, Curitiba, 2006.

MEIRELLES, H. L. Direito Administrativo Brasileiro, 9ª. ed., 1ª tiragem. São Paulo, Malheiros, 1982.

MORAES, D. A. Direito Constitucional. 9ª Ed., São Paulo, Atlas, 2001. P. 810.

SOUZA, E. P. R. As relações entre os serviços extrajudiciais registrais e notariais e a Lei de Arbitragem. Boletim do IRIB em Revista, v. 324, 2006.

SOUZA, E. P. R. Noções Fundamentais de Direito Registral e Notarial. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21.

SOUZA, Lígia Arlé Ribeiro de. Serventias extrajudiciais no processo de desjudicialização.

Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 3029, 17 out. 2011.

O ICMS E O COMÉRCIO ELETRÔNICO

Gabriela Alencar Dos Santos¹
. Mayra Andrade Marinho²

RESUMO

O presente estudo consistiu em verificar o problema surgido com a evolução do comércio eletrônico, frente à forma de tributação insculpida pela Constituição Federal de 1988 para o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS, que não estabelece uma forma de repartição da receita do imposto nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes.

Palavras-chaves: ICMS. Comércio eletrônico. Guerra fiscal. PEC 197/2012.

ABSTRACT

The present study was to verify the problem emerged with the evolution of e-commerce, due the form of taxation by the Federal Constitution of 1988 for the tax on circulation of goods and the rendering of interstate and intermunicipal transportation services and communication - ICMS, which does not provide a way of sharing the revenue from the tax on interstate transactions and payments for non-taxpayers end consumers.

Keywords: ICMS. E-commerce. Tax competition. PEC 197/2012

INTRODUÇÃO

O Imposto sobre operações relacionadas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação

O ICMS é considerado o tributo que tem maior importância no Brasil, responsável por cerca de 80% da arrecadação dos Estados (SABBAG, 2009), sendo o mais admirado com regras estatuídas diretamente do texto constitucional. Sobretudo, a Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988 foi criada com base no modelo econômico vigente na década de oitenta, quando a tecnologia, na forma vivenciada hoje, não era e nem poderia ser prevista.

Com o surgimento e desenvolvimento da era digital, a informatização e especialmente a Internet, desenvolveu-se uma nova forma de comércio, o comércio

¹ Discente do UNIESP.

eletrônico, que vem ganhando cada vez mais espaço no dia-dia dos brasileiros e se estabilizando, diminuindo as distâncias entre as pessoas e dando mais acessibilidade a produtos que antes não tinham alcance.

A exemplo da compra e venda de mercadorias por intermédio de meios eletrônicos, fazendo uso do mundo virtual, através da rede mundial de computadores e até mesmo smartphones (celulares inteligentes), conectados à internet, vem revolucionando o comércio mundial e crescendo de maneira rápida, repercutindo em vários setores da economia e até mesmo na administração pública.

O enigma que surge deste quadro é que a configuração do ICMS como delineado na CRFB/1988 não institui uma forma justa de repartição das receitas originárias procedente da arrecadação deste imposto nas prestações e operações interestaduais que são destinadas a consumidores finais não contribuintes. É que o art. 155, parágrafo segundo, inciso VII da Carta Magna destina, nestes casos, o produto da arrecadação integralmente ao Estado de origem, em prejuízo do Estado consumidor.

O desenvolvimento rápido do comércio eletrônico vem estimulando a competição fiscal e reproduzindo na arrecadação do ICMS nos Estados consumidores, que, sentindo-se prejudicados com a paralização de arrecadação, a diminuição de seu mercado consumidor local e evasão de parte de suas receitas, questionam o modelo atual. O principal argumento é que o regime que hoje rege a tributação interestadual contribui para o agravamento das desigualdades regionais de renda, uma vez que provoca uma transferência de receita dos estados basicamente consumidores para os estados produtores.

Em busca pela solução desse empecilho, tendo em vista que alguns estados buscaram solucionar esse problema de forma rápida (e inconstitucional), criando ato normativo conjunto, no âmbito do CONFAZ, determinando a cobrança do tributo também no estado de destino.

Nesse trabalho, será compreendido, o âmbito constitucional e legal composto no ordenamento brasileiro para o ICMS, elencando os princípios que regem o imposto e a forma determinada pela CRFB/1988 para a repartição da sua arrecadação. Será estimado como a evolução tecnológica e a internet introduziu no mundo novos aspectos, transformando o comércio, facilitando o contato entre

² Docente do UNIESP.

consumidores e fornecedores de todos os lugares, método que mudou a realidade dos negócios.

Podemos observar que com crescimento do comércio eletrônico (ecommerce) o esboço constitucional instituído pelo constituinte originário se tornou ultrapassado, estimulando ainda mais os problemas referentes à guerra fiscal. E, assim, serão estimadas algumas propostas de emendas à Constituição que tramitam no Congresso Nacional e visam mudanças na sistemática de distribuição da receita arrecadada com o ICMS, em razão da nova realidade comercial vivida no país.

O presente trabalho procura, através de pesquisa em acervo bibliográfico, artigos científicos, projetos de emendas à constituição, artigos em revistas e jornais abordando a sistemática atual do ICMS que muito vem gerando controvérsias e manifestando as soluções indicadas pelos integrantes do Congresso Nacional, para a resolução do problema.

2. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E A REPARTIÇÃO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

O Estado Brasileiro adotou, na CRFB/1988, a forma republicana de governo federativo de Estado e sistema presidencialista (arts, 1º a 18), dentre os objetivos fundamentais da República está o de garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e, diminuir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inciso III).

Buscando garantir o desenvolvimento nacional, foi necessária a definição dos papéis dos entes que compõem a República - a União, os Estados e Municípios

- por intermédio da repartição de competências materiais e legislativas, que abrangem diversos temas, dentre eles o financeiro e tributário. Essa divisão considerou as várias necessidades governamentais, como a manutenção da máquina administrativa, o zelo com a população, educação, saúde, dentre tantos outros interesses públicos. Para isto, o Poder Constituinte originário adotou como critério ou fundamento para a repartição o princípio da predominância do interesse, que estabelece a outorga de competência de acordo com o interesse predominante quanto à respectiva matéria. Sendo assim, a CRFB/1988, em seu art. 24, inciso I, direcionou para a União Federal a competência concorrente com os Estados e o

Distrito Federal para legislar sobre tributos, orçamento e finança (TEIXEIRA, 2012).

Como doutrina Hugo de Brito Machado (MACHADO, 2008), a

Constituição não cria tributo, apenas atribui competência às pessoas jurídicas de direito público interno para fazê-lo. O ilustre jurista evidencia que a lei complementar também não cria tributo, a não ser nos casos em que a constituição expressamente determina. Em princípio, A criação do tributo é, obra do legislador ordinário e é na lei ordinária que se permanece definida a situação de fato que, se e quando acontecer, faz nascer o dever jurídico de pagar o tributo.

3. O ICMS

3.1 BREVE HISTÓRICO

O imposto sobre a circulação de mercadorias – ICM, surgiu com a vinda da Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965 (BRASIL, 1965), que implementou a reforma tributária, para substituir o IVC – imposto sobre vendas e consignações, que também era de competência estadual e tinham várias desvantagens que levaram a sua extinção, especialmente o aumento excessivo e desordenado do exercício da competência fiscal, pois os Estados aumentavam excessivamente o campo de incidência da exação, de forma a abranger diversas outras operações (CALCIOLARI, 2011; TEIXEIRA, 2012).

O ICM foi criado, originalmente, com uniformidade de alíquotas para todas as mercadorias, de competência impositiva dos Estados e Municípios¹, de caráter não cumulativo e incidente sobre a circulação de mercadorias. Adotava o princípio da origem na sua formatação, assim, a arrecadação se dava no Estado em que o bem comercializado era produzido, tal circunstância agravou ainda mais a elevada desigualdade de rendas estaduais (CALCIOLARI, 2011).

Em 25 de outubro de 1966, surge o Código Tributário Nacional – CTN (BRASIL, 1966), que complementou as disposições constitucionais relativas ao ICM e estabeleceu normas básicas da estruturação do imposto. Após o Ato Complementar nº 31, de 28 de dezembro de 1966 (BRASIL, 1968), a competência para arrecadar o ICM ficou a cargo somente dos Estados, garantindo-se aos Municípios participação de 20% no produto da arrecadação da exação (CALCIOLARI, 2011).

O Decreto 406/1968 revogou alguns dispositivos do CTN 2 , mas as características relevantes da exação, no que abrange este estudo, não foram alteradas. A consonância das alíquotas manteve-se em todas as mercadorias, nas operações interestadual e, nas operações internas as alíquotas seriam diferenciadas, competindo ao Senado Federal fixar as alíquotas máximas internas, interestaduais e de exportação (TEIXEIRA, 2012).

1 Os municípios tinham competência para arrecadar o ICM, com base na legislação estadual, por alíquota não superior a 30% da instituída pelo Estado.

2 O STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 76.723/SP afirmou que o decreto-lei nº 406/1968 era materialmente lei complementar e, portanto, com poder para derrogar o CTN.

Com a Emenda Constitucional nº 1/1969, foi mantida a competência Estadual, mas estes entes não adquiriam competência desoneraria plena, uma vez que a União podia obsequiar isenções de impostos municipais e estaduais, atendendo importante interesse econômico ou social. Esse diploma legal também estabelecia que isenções fossem ofertadas mediante convênios celebrados entre o Distrito Federal e os Estados. Em 7 de janeiro de 1975, a Lei Complementar nº 24 entrou em vigor, ordenando, expressamente, que toda concessão de benefício deve percorrer de decisão realizada em convênios celebrados pelos Estados e DF, dependendo sempre de decisão unânime (BRASIL, 1975; CALCIOLARI; 2011).

Com a Constituição Federal de 1988 – CRFB/1988, foram fixados no campo de incidência do ICM os serviços de transporte intermunicipal e interestadual e os de comunicação, passou a possuir a letra “S” em sua sigla – ICMS (ALEXANDRE, 2014; SABBAG, 2009)

Com a definição expressa no art. 155, inciso II, da CRFB/1988, o imposto estadual chamado de ICMS, foi mesurado nacionalmente pela Lei complementar nº 87 de 1996 (BRASIL, 1996) e por cada estado-membro da Federação, de forma individual, obedecendo os princípios e limites ao poder de tributar entreposto pela CRFB/1988 (ALEXANDRE, 2014).

O ICMS confere a arrecadação da chamada receita derivada, aquela que é procedente do poder impositivo do Estado sobre o patrimônio dos contribuintes, que objetiva à manutenção do sistema público como um todo, como regulado na Constituição (ALEXANDRE, 2014). Este imposto é julgado o de maior importância no Brasil, representa cerca de 80% da arrecadação dos Estados (SABBAG, 2009),

responsável pela maior arrecadação numérica, tendo arrecadado em 2013 a soma de R\$ 358.048.192.000,00 (BRASIL, 2013a).

3.2 O ÂMBITO CONSTITUCIONAL E LEGAL DO ICMS

Ao criar a partilha do poder de tributar, a Constituição Federal, em seu art. 155, inciso II, atribuiu aos Estados e ao Distrito Federal a competência para instituir o imposto sobre operações concernentes à circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transporte intermunicipal e interestadual e de comunicação (ICMS), mesmo que as operações e prestações se iniciem no exterior. O ICMS é um imposto altamente econômico, sendo sua natureza mercantil incontestável, que a as operações referentes a circulação de mercadorias, bem como as prestações de serviços de transporte intermunicipal e interestadual. Obtém finalidade essencialmente fiscal, embora a Constituição Federal admita a seletividade, em razão da essencialidade das mercadorias ou serviços (BATISTA, 2010; 2012).

Mesmo tratando-se de um tributo de competência Estadual e Distrital, é um imposto de conformidade nacional, sendo o mais sorteado com regras estabelecidas diretamente no texto constitucional, que visou conferir alguma invariabilidade entre as vinte e sete legislações subnacionais (26 Estados mais o Distrito Federal), gerando mecanismos para solucionar ou evitar controvérsias entre os sujeitos ativos, tentando diminuir os efeitos de uma guerra fiscal prevista com a promulgação da Constituição Federal (ALEXANDRE, 2014).

A Carta Magna concedeu à lei complementar de caráter nacional a regulação dos pontos mais discutidos do ICMS, estipulando como requisito a revogação de benefícios fiscais e revogação de benefícios fiscais a celebração de convênios entre os entes federados, e atribuindo ao Senado importantes competências na fixação do regime de alíquotas, além de outras regras de uniformização e pacificação fiscal (ALEXANDRE, 2014).

A lei complementar tem a função de apenas melhorar a área factual descrita na norma da Constituição, excluindo, a possibilidade de desarmonia entre as diversas leis estaduais fixadas na hipótese de incidência tributária do ICMS (MACHADO, 2008). A Lei complementar nº 87/96 não criou, nem instituiu o ICMS, apenas definiu os fatos que o legislador estadual poderá atribuir na descrição das hipóteses de incidência. Caso não houvesse leis estaduais, não existiria o imposto.

Nessa conotação, a lei complementar nº 87/96 (Lei Kandir) estabelece em seus primeiros artigos:

Art. 1º Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

IV - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

V - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

§ 1º O imposto incide também:

I - sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade

II - sobre o serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente (BRASIL, 1996a).

Ricardo Santiago Teixeira (2012) observa que o ICMS alberga, na verdade, cinco diferentes impostos, a saber:

- 1) Imposto sobre operações mercantis – circulação demercadoria;
- 2) Imposto sobre o serviço de transporte interestadual e intermunicipal;
- 3) Imposto sobre o serviço de telecomunicação;
- 4) Imposto sobre a produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos e de

energia elétrica;

5) Imposto sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais (TEIXEIRA, 2012, P.149).

É evidenciado pelo autor que essas cinco modalidades de hipóteses de incidência tributária do ICMS são baseadas em situações econômicas de circulação de mercadoria ou prestação de serviço, apesar das especificidades de cada item (TEIXEIRA, 2012).

Da mesma maneira, Roque Antônio Carrazza (2009), também esclarece que esse imposto estadual prevê a existência de cinco impostos diferentes, como acima citados.

Enfatizando a questão do ICMS incidente sobre operações mercantis e a circulação de mercadorias dentro das fronteiras do país, comercializadas através de meios eletrônicos, que é objeto deste estudo, faz-se necessário a justificativa dos conceitos de operações, mercadoria e circulação.

3.2.1 Operações relativas à circulação de mercadorias

Como transmite Guilherme Cezarotti (2005), o durame da materialidade do ICMS sobre operações referentes à circulação de mercadoria está na expressão “operações”, que contém vários significados, mas o que realmente interessa aos operadores do direito, é o sentido Jurídico. O termo “operações” é utilizado em alguns artigos da Constituição Federal de 1988 (arts. 21, VIII; 48, II e XIII; 52, V, VII e VIII, entre outros), No âmbito que é utilizado, é onde podemos buscar seu significado, e, nesse fato, o contexto são os dispositivos que discorrem da matéria tributária.

A CRFB/1988, no art. 155, inciso II, autoriza a tributação de operações relacionada à circulação de mercadorias, e faz referência ao ângulo material de um imposto que incide sobre atos jurídicos. Somente diante atos jurídicos é que temos circulação de mercadorias. Compreendendo-se ato jurídico como todo ato lícito que tenha por intuito adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, nos termos da definição dada pelo art. 81 do Código Civil de 1916 (sem disposição correspondente no Código Civil de 2002) (CEZAROTTI, 2005; SANTOS 1997)

Portanto, o art. 155, parágrafo 1º, inciso I, da Constituição, ao determinar que se reduza do imposto a ser pago em cada operação o valor cobrado nas anteriores,

dá ao termo “operações” a concepção de sucessão de atos, próprio à circulação econômica. Cezarotti (2005), relata que essa referência do termo “operações”, conectada com as diversas fases de um ciclo produtivo, provém de o legislador constituinte ter requisitado a instituição de um imposto que oprima somente o consumidor final, mas que é arrecadado antecipadamente dos intervenientes em cada uma das fases do processo produtivo, asseverando a repercussão jurídica do tributo diante a sistemática de crédito e débito.

Já o conceito de “circulação” está relacionado à mudança de titularidade jurídica do bem, ou seja, quando o bem sai da titularidade de um sujeito e passa à titularidade de outro. O termo não só está citando à movimentação física do bem, e sim, à circulação jurídica (SABBAG, 2009).

Nessa conotação é a súmula 166 do STJ, que discorre “não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento da mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte” (BRASIL, 1996b).

Bem como explica Guilherme Cezarotti (2005) que a mudança de titularidade do bem presume a tradição, pelo comerciante ou industrial, em um decurso entre consumidores e fornecedores, até que o objeto da atividade mercantil chegue ao poder de alguém que irá tirá-lo de circulação jurídica com o intuito principal de incorporá-lo ao seu patrimônio por um tempo prolongado ou para seu consumo.

Em relação ao conceito de mercadoria, que é essencial para o estudo do fato gerador do ICMS, Eduardo Sabbag (2009) faz menção que, bens móveis são os que podem ser comercializados, mas com intuito de haver intenção de lucro com a movimentação jurídica do bem. Já Ricardo Alexandre (2014) afirma que o “conjunto das mercadorias” abrange os bens móveis que estão no mundo dos negócios com intenção comercial.

3.3 PRINCÍPIOS

3.3.1 Não- Cumulatividade

Conforme o art. 155, parágrafo 2º, inciso I, da CF/1988, o ICMS será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadoria ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal. Esse princípio

também vem regulado no art. 19 da Lei Complementar nº 87/96.

Eduardo Sabbag (2009, p. 950) doutrina que:

podemos entender que a regra constitucional da não-cumulatividade como o postulado em que o imposto só recai sobre o valor acrescentado em cada fase da circulação do produto, impedindo assim a ocorrência do chamado efeito "cascata", decorrente da incidência do imposto sobre imposto, ou sobreposição de incidências(SABBAG, 2009, P.950).

A sistemática da não cumulatividade funciona diante a utilização de ressarcimento financeiro, de maneira descritiva, fazendo uso do mecanismo dos créditos e débitos (ALEXANDRE, 2014).

3.3.2 Seletividade

Ao contrário do princípio tratado na matéria anterior, que é indispensável, o princípio da seletividade quanto ao ICMS é um princípio orientador, que se pauta pelas cláusulas de alíquotas diferentes em função da importância dos produtos/serviços.

A seletividade sucede do conceito do que é mais necessário ou do que é menos necessário ou dispensável, visando à minimização da carga tributária daqueles itens calculáveis mais importantes e maior onerosidade daqueles dispensáveis (SABBAG, 2009).

Também, no que refere-se a tal princípio, ressalta-se a observação de que atualmente há no STF um debate sobre a questão da seletividade do ICMS para os serviços de fornecimento de energia elétrica e telecomunicação. Em um recurso interposto pelas Lojas Americanas S.A. em desfavor da lei do Estado de Santa Catarina que instituiu alíquota para esses serviços bem acima do patamar de 17% cabível à maioria das operações (RE 714139). A recorrente alega que a Constituição prevê a possibilidade de incidência de alíquotas mais gravosas para produtos supérfluos e menores para os mais primordiais, de maneira que o Estado de Santa Catarina incorreu em inconstitucionalidade, ao consolidar alíquotas maiores para tais operações que são "inequivocamente fundamentais" (BRASIL, 2014).

3.4 REPARTIÇÃO DA ARRECADAÇÃO DO ICMS

A necessidade de um sistema constitucional de repartição de receitas ocorre

exatamente da forma federativa de Estado, que é caracterizada, pela autarquia dos entes que o compõem. E para que haja autarquia, os entes necessitam de recursos materiais para o rendimento das competências que a Constituição lhes atribui (ALEXANDRE, 2014).

Não é próprio do Estado visar lucros, porém é imprescindível a aquisição de recursos para financiar a manutenção da máquina administrativa e para realizar os propósitos constitucionais e, o que se dá com a arrecadação de receitas, tanto originária (do patrimônio estatal) quanto derivada (procedente dos tributos).

Na esfera do ICMS, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 158 convencionou que parte da receita deve ser repassada aos municípios integrantes do Estado-membro, nos seguintes termos:

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

(...)

IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios: I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal (BRASIL, 1988)

Essa repartição objetiva desenvolver o Estado como um todo, evitando predileções políticas e possibilitando que municípios que com reduzida arrecadação de impostos municipais obtenham receitas para que possam custear sua máquina administrativa, garantindo autonomia financeira necessária à efetividade do poder de auto-organização, autogoverno e autoadministração (ALEXANDRE, 2014).

3.5 APLICAR O PRINCÍPIO DA ORIGEM OU PRINCÍPIO DO DESTINO NO ICMS?

As operações comerciais tanto interestaduais quanto internacionais, em federações, são regidas pelos princípios de jurisdição/territorialidade e não discriminação. Tende-se, com eles, a aquisição de equidade na distribuição de

recursos tributários, além de evitar contradições no comércio com dupla tributação.

Mas, para tanto é imprescindível uma coordenação jurisdicional dos impostos sobre bens e serviços (BARATTO, 2005; BARATTO E LOBATO, 2007; BARATTO E MACEDO, 2007).

A instrumentalização do princípio da jurisdição fiscal é realizada por meio dos princípios de origem e destino. Portanto, a operacionalização dos princípios da origem e do destino para o caso da tributação de bens e serviços é feita através de “ajustamentos fiscais de fronteira” (border tax adjustments), que se referem aos impostos incidentes sobre o fluxo externo de mercadorias. Em cada um dos princípios, dispõe a forma como a arrecadação dos impostos é distribuída entre os países ou estados.

Gedalva Baratto e Mariano de Mattos Macedo (2007) doutrinam muito bem a questão dos princípios origem e do destino, a saber:

No princípio de origem, a competência para tributar as transações internacionais ou interestaduais é atribuída ao país ou estado de origem das mercadorias, abstendo-se o país ou estado de destino degravar estas transações (BASTO, 1991). Em cada país ou estado a arrecadação guarda relação com a produção. Todavia, o princípio de origem exige harmonização. As alíquotas devem ser uniformes porque uma tributação menor no país ou estado de origem (exportador) do que a aplicada no país ou estado de destino (importador) sobre bens e serviços produzidos internamente afeta a competitividade do país de destino e vice-versa.

Em processos de integração regional avançada ou em federações cuja competência tributária de bens e serviços é atribuída aos estados, é recomendável adotar o princípio da origem, ou seja, tributar e cobrar integralmente no estado de origem, mas veremos que isto requer instituir mecanismos para alocar o produto da arrecadação, no todo ou em parte, ao estado de destino. (...)

No princípio de destino, desoneram-se as exportações e tributam-se as importações com a carga tributária equivalente à que é aplicada ao produto nacional ou estadual (BASTO, 1991). A arrecadação de cada país ou estado guarda relação com o seu consumo. No comércio internacional esta sistemática requer „ajustes fiscais de fronteira” por parte das jurisdições envolvidas (alfândega, aduana). Princípio de destino, então, é a solução própria para mercados não integrados, sendo a regra aplicada ao comércio internacional de um modo geral.

As diferenças entre os princípios da origem e de destino não se restringem ao controle alfandegário, à existência ou não de ajuste fiscal de fronteira. **Do ponto de vista do princípio da equidade, é desejável que a receita de tributos sobre bens e serviços seja apropriada/ alocada/ atribuída ao país ou estado onde ocorre o consumo final dos bens e serviços, que é**

onde,preponderantemente, os consumidores demandam os serviços públicos (BARATTO E MACEDO, 2007, P. 15-16, grifos).

Desse modo, em concordância com o princípio de origem, tributa-se tudo o que é fabricado no país, ou seja, os produtos produzidos e utilizados internamente bem como as exportações, enquanto que os produtos importados não são tributados. Já o princípio do destino, o imposto recai sobre as importações, ou seja, as exportações são inteiramente desoneradas de tributação, enquanto as importações ficam limitadas ao mesmo sistema de tributação das vendas que os produtos domésticos. Dessa maneira, o princípio de origem gera um imposto sobre a produção, enquanto que o de destino tributa o consumo ou a utilização dos bens. Esse conceito também é válido para as operações interestaduais: com a adoção do princípio do destino, a tributação em cada estado é pertencente ao consumo de bens naquele estado, enquanto que, no princípio de origem, o imposto recai sobre a produção das empresas em todo o território nacional (FONSECA E BORGES, 2005).

A prática adquirida nos dias atuais tem sido a de reparar a receita tributária entre os estados de origem e de destino, através da aplicação, no estado de origem, de alíquota limitada, visando provocar ganhos de receita para os estados pertencentes às regiões menos desenvolvidas, isto, nas operações interestaduais que dedicam bens e serviços a contribuintes do imposto.

A forma tributária implantada com a CRFB/1988 admitiu para o ICMS alíquota de 7% nas saídas de mercadorias dos estados das regiões Sudeste (exceto Espírito Santo) e Sul, com destino aos estados das regiões Norte, Nordeste, Centro Oeste e o Espírito Santo, já no sentido contrário aplicam-se alíquotas de 12%. Com a diferença de alíquotas cobradas nas operações interestaduais, parte da arrecadação do ICMS sobre a produção industrial, centralizada nas regiões Sudeste e Sul, começou a beneficiar os estados menos desenvolvidos, tal qual a margem de tributação foi acrescida. Apesar de a diferenciação entre as alíquotas interestaduais abrandem o desequilíbrio na distribuição da receita, a condição continua sendo injusta, pois os estados produtores/vendedores/exportadores no comércio interestadual, que também são os mais desenvolvidos, ainda são favorecidos de uma parcela que poderia ser destinada aos estados menos desenvolvidos, os consumidores/importadores (FONSECA E BORGES, 2005).

Tal injustiça se firma ainda mais evidente quando enxergamos a questão do comércio eletrônico interestadual destinado ao consumidor final, que veremos, vem expandindo e, na sistemática atual, os estados consumidores não recebem nem ao menos uma parcela da arrecadação do imposto. Desta maneira, compreende-se que o sistema atual de ICMS brasileiro aplicado às transações interestaduais, principalmente no que tange a comercialização não presencial com consumidor não contribuinte, precisa ser alterado, pois é indutora de guerra fiscal entre os Estados, fragiliza o pacto Federativo e não contribui para a diminuição das desigualdades regionais (FONSECA E BORGES, 2005).

As propostas apresentadas para tentar reparar os desequilíbrios apontados baseiam-se, regra geral, em alterar o conceito de cobrança do ICMS nas operações interestaduais, no objetivo de substituir a prática presente pelo princípio de destino. Contudo, do ponto de vista do princípio da equidade, é almejado que a receita de tributos sobre bens e serviços seja adequada ao país/estado onde sucede o consumo final dos bens e serviços, no qual, preponderantemente, os consumidores requerem os serviços públicos, desse modo a receita disponível ao Estado guardará relação com o tamanho de seu mercado consumidor. Com a mudança do critério de cobrança do ICMS, para aplicar o princípio do destino, aguarda-se solucionar o problema da distribuição da receita entre os estados, ou ao menos diminuí-los, excluindo as distorções relacionadas à alocação dos recursos produtivos, e realizando a arrecadação deste imposto mais eficaz (BARATTO E MACEDO, 2007; FONSECA E BORGES, 2005)

É importante ressaltar que, em mercados incorporados, a atribuição de receita ao estado de destino não demanda obrigatoriamente que a cobrança intercorra no local de destino. É permitido tributar e cobrar na origem e inserir o produto da arrecadação ao destino, pois incumbir tais funções à origem não significa dizer que ela será ocupante do produto da arrecadação. Até mesmo, para melhorar o imposto, a cobrança deve ser na origem, evitando sonegação; e para aprimorar a divisão de renda o dinheiro deve pertencer o mais próximo possível do local em que o cidadão reside e demanda serviços públicos (BARATTO E MACEDO, 2007)

Gedalva Baratto e Mariano de Mattos Macedo (2007) apontam, duas formas para destinar o produto da arrecadação ao estado destino:

(...) a primeira reside em adoção de alíquota zero (na saída do estado de origem) combinada com concessão de diferimento do

pagamento do imposto (na entrada do estado de destino). Esta forma acaba por resultar em tratamento semelhante ao aplicado ao comércio internacional, com a grande diferença de que nas relações interestaduais não existe ajuste fiscal de fronteira, pois se está diante de um mercado integrado. Em decorrência, outro tipo de controle tem que ser adotado para evitar fraudes, como é o caso do cruzamento de informações, mudando a ênfase do controle de físico para contábil. A segunda forma se dá pela cobrança integral do imposto no estado de origem da transação, escolha que prescinde de ajuste fiscal de fronteira, mas que requer a instituição de mecanismos para atribuir o produto da arrecadação ao estado de destinação dos bens e serviços. Isto pode ser feito por diversos instrumentos: „câmara de compensação”, *clearing house*, instituição de fundos e sistemática de substituição tributária (BARATTO E MACEDO, 2007, P. 16).

Destaca-se que as duas formas esplanadas pelos autores detêm vantagens e desvantagens, mas o importante é que a atribuição de receita ao estado de destino não demanda obrigatoriamente que a cobrança aconteça no local de destino, sendo inclusive preferível, que a cobrança seja realizada pela origem e que o resultado da arrecadação seja apontado ao Estado consumidor.

Apesar das dificuldades que possam surgir, há um consenso absoluto nos manuais de justiça tributária de que a adoção do princípio do destino na cobrança do ICMS é a maneira mais justa de minimizar as diferenças entre as regiões menos desenvolvidas e as mais industrializadas (FONSECA E BORGES, 2005).

4. A INTERNET E A EVOLUÇÃO DO COMÉRCIO

O histórico do comércio tem origem no escambo, nas trocas físicas. Os negócios eram realizados através de encontros presenciais com os comerciantes ou seus representantes. A comercialização de mercadorias e a prestação de serviços exigiam a presença física do fornecedor e do comprador.

Com o surgimento da era digital e da internet inseriu no mundo várias características que até então não existiam e originou a necessidade de repensar diversos aspectos importantes referentes à organização social, à democracia, à tecnologia, à privacidade, à liberdade e a forma como as pessoas se interagem, inclusive no aspecto comercial.

Ricardo Luís Lorenzetti (2004) declara a Internet como sendo uma rede internacional ou de computadores interconectados que permite a comunicação entre

dezenas de milhões de pessoas e o acesso a uma grande quantidade de informações de todo o mundo. Ele destaca características juridicamente relevantes da rede, tais como o fato de ser aberta, onde qualquer um pode ter acesso; ser interativa, já que o usuário gera dados, navega e estabelece relações; ser internacional, ultrapassando as barreiras nacionais; ter a existência de múltiplos operadores; permitir a comunicação em tempo real e uma “desterritorialização” das relações jurídicas, porque no espaço virtual não existe limite geográfico.

A popularização da Internet fez surgir no consumidor uma maior confiança para a realização de transações através deste meio, tal fato atraiu a atenção de empresários e sociedades empresárias, que vislumbraram a possibilidade de aumento de lucros e se modernizaram para tornar viável a disponibilização de seus produtos e serviços para qualquer consumidor ou revendedor estabelecido em qualquer lugar, sem nenhum custo adicional de instalação de filiais, escritórios ou representações (MAIA, 2011; SANTOS, 2013).

Com o crescimento da oferta e da confiança de produtos no mercado eletrônico, a quantidade de consumidores também vem crescendo rapidamente, conforme se pode visualizar abaixo, na figura que mostra a evolução na quantidade de novos consumidores ao longo dos anos no Brasil (E-BIT, 2014).

Evolução dos números de novos e-consumidores

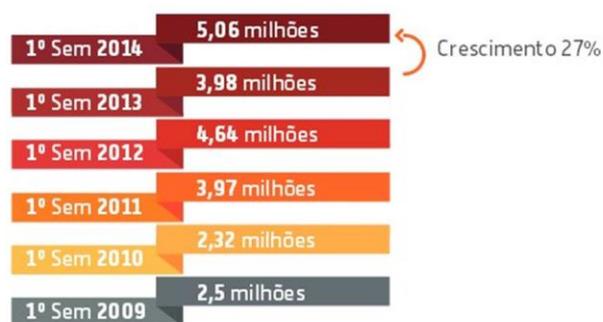


Figura 1 - Evolução dos números de novos e-consumidores

Fonte: E-bit. Relatório Webshoppers.

4.1 O COMÉRCIO TRADICIONAL OU FÍSICO

O setor empresarial que estuda a atividade de comércio de produtos, por muitos anos utilizou e ainda utiliza a forma clássica de atribuir sua atividade, que é o comércio físico, tradicional, que consiste em trocar, vender ou comprar mercadorias,

produtos, valores etc. O comércio tradicional é o ato de mercancia, a comercialização de produtos em estabelecimentos comerciais, em prédios físicos, onde o comerciante vende/revende diretamente, expondo suas mercadorias em sua loja. Nesta forma de comércio, o estabelecimento físico, o local da mercancia é considerado para efeitos fiscais como sendo o local do recolhimento dos tributos (TEIXEIRA, 2012)

O art. 11, parágrafo 3º, da LC nº 87/1996 considera estabelecimento o local, privado ou público, próprio ou de terceiros, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, ou onde encontram armazenadas as mercadorias.

O art. 11, parágrafo 3º, da LC nº 87/1996 considera estabelecimento o local, privado ou público, próprio ou de terceiros, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, ou onde encontram armazenadas as mercadorias.

4.2 O COMÉRCIO ELETRÔNICO

O comércio realizado por meios eletrônicos diversos, especialmente a Internet, mostra-se em notável expansão, devido a diversos incentivos de ordem econômica, tais como a redução de custos administrativos, encurtamento do processo de distribuição e intermediação, possibilidade de operar 24 horas por dia, superação das barreiras nacionais e aumento da velocidade na realização das transações (LORENZETTI, 2004) Conforme é possível visualizar no gráfico abaixo, em um lapso temporal de pouco mais de dez anos houve um crescimento vertiginoso no faturamento obtido por meio deste tipo de comércio.

Figura 2 - Evolução do faturamento anual do e-commerce no Brasil. Fonte: E-bit. www.e-commerce.org.br

Guilherme Cezarotti (2005), apresenta sua definição para o comércio eletrônico: O comércio eletrônico é definido, de modo geral, como o conjunto de transações realizadas mediante técnicas e sistemas que se apoiam na utilização de computadores, que se comunicam através da Interconnected Network – popularizada como Internet, por meio de modem (CEZAROTTI, 2005, P.23).

E nas palavras de Luiz Edmundo Celso Borba (2008):

A internet passa, então, a ser um meio cobiçado pelos comerciantes à frente de seu tempo que vislumbram, nela, a possibilidade de criar um „estabelecimento comercial virtual”, onde, este, não alcançaria, apenas, a freguesia do seu bairro, sua cidade, seu estado, ou seu país (isto no melhor dos prognósticos), mas sim o mundo. E hoje, esta já é uma realidade que faz parte da logística dos grandes centros comerciais. Com a rede mundial a seu serviço, a loja virtual permanece aberta 24 (vinte e quatro) horas por dia, 7 (sete) dias por semana. Esta nova modalidade econômica de circulação de produtos e serviços é denominada de Comércio Eletrônico (BORBA, 2008, P.167).

O comércio eletrônico, ou e-commerce, é definido, de modo geral, como o conjunto de transações realizadas mediante técnicas e sistemas que se apoiam na utilização de computadores, tablets e smartphones (m-commerce). São transações comerciais feitas por meio de um equipamento eletrônico, utilizando a internet como ferramenta de interligação entre as partes envolvidas. A finalização do negócio termina com o pagamento feito, em sua grande maioria, por meio eletrônico (ARAÚJO, 2011; SANTOS, 2013). A disseminação do uso da internet foi capaz de colocar fornecedores e produtos de todo o mundo em contato direto com consumidores finais à distância, ampliando de maneira antes inimaginável a possibilidade de se estabelecer relações comerciais, a redução de custos e elevação do lucro. De acordo com o relatório E-BIT (2014):

O comércio eletrônico brasileiro faturou R\$ 16,06 bilhões somente no primeiro semestre de 2014, superando o mesmo período em 2013 (quando registrou R\$ 12,74 bilhões), e com crescimento nominal de 26% no setor. O e-commerce ganhou 5,06 milhões de novos consumidores nestes seis primeiros meses do ano, que fizeram suas compras online pela primeira vez, marcando um crescimento de 27% em relação ao primeiro semestre de 2013 (E-BIT, 2014, p.08).

Com esse novo comportamento no mundo dos negócios surge então, algumas questões, uma vez que quando elaborada a atual Constituição não era possível se prever as situações e fatos jurídicos que apareceram após o advento da Internet. Tratando especialmente da questão tributária, objeto deste estudo, observa-se que o arcabouço tributário concebido pelo Poder Constituinte originário passou a ser insuficiente para atender a todas as demandas de ordem tributária e o

objetivo fundamental de redução das desigualdades sociais e regionais prevista pela Carta Magna, isso, ao menos no que tange a questão do ICMS.

4.2.1 Classificação do comércio eletrônico

As negociações mercantis no mundo virtual podem ser de mercadorias físicas (corpóreas ou tangíveis) ou digitais (incorpóreas ou intangíveis). Carlos Francisco de Sousa Maia (2011) salienta que a doutrina classifica o comércio eletrônico de acordo com a forma pela qual o produto comercializado é entregue ao consumidor final. Caso o bem adquirido seja incorpóreo, ou seja, tenham existência jurídica, mas não material e, sua entrega ocorrer via rede mundial de computadores, através de download, estar-se-á diante do chamado comércio eletrônico direto. Por sua vez, se o bem for tangível, corpóreo, e necessitar de intermediadores e transportadores para a tradição, tem-se um comércio eletrônico indireto. Quanto aos adjetivos “direto” e “indireto” na modalidade de comércio eletrônico, Guilherme Cezarotti (2005) afirma que são utilizados como sinônimo de imediato ou não, ou seja, referem-se à existência ou não de intermediários que prestarão serviço de entrega do bem adquirido pelo consumidor. Sendo a entrega por meios eletrônicos, não há intermediário perceptível atuando entre fornecedor e consumidor, caso seja por meios tradicionais, haverá um intermediário (transportador) que realizará a entrega do bem ao consumidor.

4.2.2 Modalidades de comércio eletrônico e o ICMS

Os contratos de compra e venda realizados através dos meios eletrônicos realizam-se tanto entre produtores (B2B – business to business), entre produtores e consumidores (B2C – business to consumer) e, entre consumidores (C2C- consumer to consumer), como nos casos de sites de leilões virtuais (TEIXEIRA, 2012) Na atual configuração das normas relativas ao ICMS, às negociações ocorridas entre produtores/revendedores (B2B), o imposto será recolhido integralmente para o Estado produtor, no caso de operações dentro do mesmo Estado, ou repartido entre o Estado de origem e o de destino, nas operações interestaduais. Sendo assim pelo fato de ambos, vendedor e comprador, serem contribuintes da referida exação.

Contudo, quando as negociações são feitas diretamente do produtor/fornecedor ao consumidor final (B2C), o fisco do Estado consumidor não pode cobrar parte do imposto sobre a circulação daquele bem adquirido, isto conforme a norma estabelecida no art. 155, parágrafo 2º, inciso VII, alínea “b” da CRFB/1988, a seguir transcrita: Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) (...) § 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) (...) VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á: a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto; b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele. (BRASIL, 1988. Grifos).

Desta forma, conforme a regra constitucional e em observância ao disposto no art. 11, inciso I, alínea “c” da LC nº 87/1996, o ICMS relativo à operação realizada por meio eletrônico, para o qual a venda é destinada a consumidor final, deverá ser recolhido integralmente no Estado onde ocorrer à transferência de propriedade do bem, ou seja, no local de emissão da nota fiscal (MAIA, 2011). Com a evolução exponencial das vendas de mercadorias por meio eletrônico, e o arcabouço legal acima abordado, os problemas atinentes à chamada guerra fiscal tem se acentuado, de forma que a cada dia se torna mais evidente a necessidade de alteração na legislação pátria.

5. GUERRA FISCAL OU COMPETIÇÃO FISCAL

A guerra fiscal é conceituada por Ricardo Pires Calciolari (2011) como a exacerbação de práticas competitivas entre entes de uma mesma federação em buscar de investimentos privados. Em outras palavras, o fenômeno pode ser compreendido com a utilização pelos governos estaduais e municipais de isenções, reduções e benefícios tributários concedidos a agentes privados visando alavancar a economia e industrialização das regiões. Segundo Andréa Lemgruber Viol (1999), a guerra fiscal, também conhecida como competição tributária e comumente vista em países federativos, acontece quando cada governo, agindo de maneira não

cooperativa e independente, implementa medidas tributárias que influenciam resultados econômicos e sociais de outros governos. Tal “guerra” se trava à revelia da Lei complementar nº 24/1975, recepcionada pela Constituição de 1988, que veda as concessões, isenções e outros incentivos relacionados ao ICMS, salvo quando previstas em reuniões do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), que congrega todos os Estados e o Distrito Federal. Os Estados, entre si, e também os Municípios, competem em busca de investimentos privados utilizando como principal mecanismo os tributos, isentando ou reduzindo-os, na tentativa de influenciar a alocação de tais recursos. A ocorrência dessa competição entre os entes divide opiniões doutrinárias e há aqueles que condenam e aqueles que, ao contrário, defendem seu uso em prol do benefício do contribuinte de fato, que é aquele que suporta o ônus da exação. Parte da doutrina acredita que a existência da “guerra” é fonte de distorções econômicas, uma vez que leva de arrecadação e gastos públicos a níveis diferentes do ótimo. E assim, mesmo o Estado competidor perderia com a guerra fiscal, mesmo que em longo prazo. Para os adeptos desta corrente, deve-se combater a competição tributária visando elevar o bem-estar público e financeiro dos entes federados (FERNANDES, 2012). Defendendo esse aspecto temos Andréa Lemgruber Viol (1999) argumentando que se engana quem pensa que o Estado competidor nunca perde. Por outro lado, a segunda corrente vê um caráter positivo na competição tributária, entendendo-a como uma forma de se alcançar a eficiência governamental, dando um limite ao poder do governo de fixar níveis de alíquotas de impostos acima dos desejáveis pela sociedade (FERNANDES, 2012).

5.1 MECANISMOS UTILIZADOS NA GUERRA FISCAL DO ICMS

A tributação é um dos principais mecanismos que o Estado detém para estimular ou desestimular o comportamento dos agentes econômicos. E os entes federados subnacionais tem feito uso de benefícios fiscais incentivadores para atrair mais investimentos, gerar mais riquezas e conseqüentemente alavancar a economia, gerando a competição tributária, também conhecida como guerra fiscal (FERNANDES, 2012) Não obstante, a situação não é tão simples, uma vez que a utilização de outras medidas além dos benefícios fiscais, tais como as concessões de créditos, doações ou vendas facilitadas de terrenos, projetos com aprovação desburocratizada, facilidades para o registro de licitações, dentre outros, disfarçam,

em parte, o uso dessas benesses como “armas” nesta “guerra” (BRITTO, 2011).

Os dois tipos de benefícios mais importantes, concedidos ao arrepio da Constituição e da legislação complementar são: o crédito financeiro e o crédito presumido. O crédito financeiro consiste no financiamento subsidiado de parte ou do total do débito do ICMS do agente privado, neste caso, um fundo Estadual faz o financiamento, em geral de longo prazo, por meio de uma instituição financeira. Já na concessão de crédito presumido, é utilizada a sistemática de não cumulatividade característico do ICMS, na qual o Estado concede uma redução do montante do imposto devido (indicado na nota fiscal), sem alterar esse montante no documento fiscal, assim a redução é efetuada no momento do pagamento do imposto, e o comprador recebe o crédito integral indicado na nota (BRITTO, 2011). Alguns Estados optam por conceder o crédito presumido ao invés do crédito financeiro, porque o financiamento do ICMS é calculado sobre o imposto devido e arrecadado, o que faz com que o Estado, ao desembolsar o financiamento, não tenha alterada sua receita e, conseqüentemente a partilha constitucional (25% dos Municípios), que toma por base o total da receita, nela incluída a parcela financiada, enquanto o crédito presumido reduz o recolhimento do contribuinte e, por conseguinte, a receita e a base de cálculo das partilhas (BRITTO, 2011). Contudo, o problema que o crédito presumido tem apresentado, nas operações interestaduais, é que os Estados compradores tentam estornar tais créditos, em prejuízo dos consumidores, o que vem ocasionando várias discussões judiciais.

5.2 CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA – CONFAZ

O CONFAZ é órgão deliberativo colegiado, vinculado ao Ministério da Fazenda, formado por um representante de cada Estado e do Distrito Federal e um representante da União e dentre suas finalidades está à deliberação sobre a concessão de benefícios tributários acerca do ICMS. Encontra respaldo constitucional no art. 155, parágrafo 2º, inciso XII, alínea “g” e é regulado na Lei Complementar nº24/1975, que foi recepcionada pela CRFB/1988, por força do art. 34, parágrafo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (CALCIOLARI, 2011).

O Conselho objetiva a reunião de Secretários das Fazendas Estaduais para exarar documentos públicos capazes de promover acordos regionais, sempre em

matérias fiscais, para evitarem prejuízos nas arrecadações de receitas derivadas. Tem a função de manter organizado o sistema tributário estadual, com a edição de convênios e protocolos paralelamente às propostas do Governo Federal de metas fiscais, junto com o Conselho Monetário Nacional (TEIXEIRA, 2012).

Além do objetivo inicial, o CONFAZ tem a missão maior de promover o aperfeiçoamento do federalismo fiscal e a harmonização tributária entre os Estados da Federação (SANTOS, 2013). Os convênios emanados do CONFAZ são normas tributárias válidas, conforme arts. 102 e 199 do CTN. Contudo, qualquer ato administrativo ou regulamentador que ultrapasse sua competência tende a ser declarado ilegal ou inconstitucional pelo Poder Judiciário.

5.2.1 Modalidades de Atos

Os atos administrativos emanados pelo CONFAZ têm função regulamentar, em sua maioria, para ajustar a arrecadação fiscal dos Estados e do Distrito Federal, como a troca de informações, forma de recolhimento, cobranças e isenções fiscais. Podem ser: resoluções, protocolos, convênios e ajustes vinculados ao Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais – Sinief (TEIXEIRA, 2012). As resoluções são atos de competência do Presidente do CONFAZ, enquanto os Ajustes do Sinief se traduzem em acordos entre as Secretarias de Fazendas para troca de informações, tanto administrativas quanto de contribuintes. Por sua vez, os convênios dependem de aprovação unânime dos Secretários de Fazendas Estaduais, relativos às isenções e incentivos fiscais, e os protocolos são regulamentações tributárias em que não há necessidade de aprovação de todos os integrantes do CONFAZ, bastando a assinatura dos participantes da reunião, em matéria de interesse regional (TEIXEIRA, 2012).

5.2.2 Protocolo CONFAZ 21/2011

Em 01 de abril de 2011 o CONFAZ votou e aprovou o Protocolo nº 21/2011, aplicando uma inédita repartição do ICMS em compras feitas pela Internet ao consumidor final (não contribuinte), idêntica ao sistema de repartição de ICMS no caso de venda a contribuinte interestadual (Vide anexo II). O que ensejou a criação desde protocolo foi a competição fiscal, a crescente mudança do comércio

tradicional para o eletrônico e a tributação apenas na origem, não preservando a repartição do produto da arrecadação dessas operações entre as unidades federadas de origem e de destino (SANTOS, 2013).

A assinatura do protocolo foi a solução encontrada pelos Estados consumidores para minimizar os prejuízos com o declínio ou o não crescimento proporcional da arrecadação do ICMS, proveniente do comércio realizado a distâncias com o consumidor final, através dos meios eletrônicos, telefones ou televisões.

São signatários do protocolo o Distrito Federal e os Estados de Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima, Rondônia e Sergipe (BRASIL, 2011a). Mesmo com a assinatura dos Estados no Protocolo há necessidade de se incluir no sistema normativo tributário estadual, uma vez que o Protocolo é um ato administrativo que não tem o condão de alterar a lei estadual do ICMS e nem a Constituição Federal (TEIXEIRA, 2012).

A doutrina majoritária, numa interpretação sistemática do art. 4º da LC nº 24/1975, art. 150, parágrafo 6º e o art. 155, parágrafo 2º, inciso XII, alínea “g”, ambos da CRFB/1988, entende que se pode, à semelhança do que ocorre com os tratados internacionais, a ratificação e a internalização dos convênios concessivos ou revogatórios de benefícios fiscais do ICMS deveriam ocorrer por meio de publicação de decreto do Poder Executivo, de cada ente federado celebrante, ao mesmo tempo, ratificador e promulgador dos convênios, após a aprovação do respectivo Poder Legislativo mediante decreto legislativo (SARAIVA FILHO, 2010).

Neste sentido, os seguintes Estados internalizaram em seus ordenamentos jurídicos, através de decreto do Poder Executivo, o disposto no protocolo CONFAZ nº 21/2011: Bahia – Decreto 12.831/11; Ceará – Decreto 30.542/11; Distrito Federal – Decreto 32.933/11; Goiás – Decreto 7.303/11; Maranhão – Decreto 27.505/11; Mato Grosso

– Decreto 312/2011; Mato Grosso do Sul – Decreto 13.162/11; Pará – Decreto 079/2011; Paraíba – Decreto 9.582/11; Rondônia – Decreto 15.846/11; Roraima – Decreto – 12.660/11; Sergipe – Decreto 28.064/11.

5.2.3 Declaração de inconstitucionalidade

O protocolo CONFAZ nº 21/2011 causou diversos problemas, tais como apreensão de mercadorias nas barreiras alfandegárias estaduais e o ajuizamento de inúmeras ações em todas as regiões do Brasil. Com o alastramento do problema, várias ações declaratórias de inconstitucionalidade foram ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal. Em 17 de setembro de 2014, o STF declarou a inconstitucionalidade do Protocolo ICMS 21/2011 do CONFAZ, conforme se vê:

STF declara a inconstitucionalidade do Protocolo ICMS 21 do CONFAZ

Por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade do Protocolo ICMS 21/2011, do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), nesta quarta-feira (17), que exigia, nas operações interestaduais por meios eletrônicos ou telemáticos, o recolhimento de parte do ICMS em favor dos estados onde se encontram consumidores finais dos produtos comprados. Para os ministros, a norma viola disposto no artigo 155 (parágrafo 2º, inciso VII, alínea b) da Constituição Federal.

A Corte julgou em conjunto as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 4628 e 4713 – a primeira ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio de Bens Serviços e Turismo (CNC) e a segunda pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), relatadas pelo ministro Luiz Fux, além do Recurso Extraordinário (RE) 680089, com repercussão geral, relatado pelo ministro Gilmar Mendes.

De acordo com o representante do Estado do Pará, que se manifestou em Plenário em favor do Protocolo, assinado por 20 estados, a evolução do comércio – que hoje é feito em grande parte de forma eletrônica e movimentou cerca de R\$ 28 bilhões em 2013 no Brasil –, concentra a renda em poucos estados produtores. A ideia do protocolo, segundo ele, é buscar uma forma de repartir a riqueza oriunda do ICMS entre as unidades da federação.

Em seu voto nas ADIs, o ministro Luiz Fux frisou existir uma inconstitucionalidade material, uma vez que o protocolo faz uma forma de autotutela das receitas do imposto, tema que não pode ser tratado por esse tipo de norma. Além disso, o ministro afirmou que, ao determinar que se assegure parte do imposto para o estado de destino, o protocolo instituiu uma modalidade de substituição tributária sem previsão legal.

O artigo 155 da Constituição Federal é claro, disse o ministro, ressaltando que “é preciso se aguardar emenda ou norma com força de emenda para esse fim”.

Fórmula

Relator do RE sobre o tema, o ministro Gilmar Mendes destacou que é preciso buscar alguma fórmula de partilha capaz de evitar a concentração de recursos nas unidades de origem, e assegurar forma de participação dos estados de destino, onde estão os consumidores. “Mas essa necessidade não é suficiente para que se reconheça a validade da norma em questão, diante do que diz o texto constitucional”, concluiu.

O recurso teve repercussão geral reconhecida e a decisão do STF vai impactar pelo menos 52 processos com o mesmo tema que estão sobrestados (suspensos).

Modulação

Ao final do julgamento, os ministros modularam os efeitos da decisão, por maioria de votos, determinando que a inconstitucionalidade tenha a sua validade a partir da data em que foi concedida a medida cautelar nas ADIs relatadas pelo ministro Fux (STF, 2014)

Severino Motta (2014), em reportagem para a Folha de São Paulo ressaltou:

(...) O ministro Marco Aurélio Mello, por sua vez, fez duras críticas ao protocolo e disse que o mesmo foi criado com uma „cara de pau incrível“ uma vez que a Constituição teve de ficar em “segundo plano” na tentativa de se garantir o recolhimento do ICMS nos Estados de destino dos produtos. Durante o julgamento, o ministro Gilmar Mendes ponderou que é preciso buscar alguma fórmula para equilibrar o recolhimento do ICMS nas operações interestaduais por meios eletrônicos ou telemáticos. Mas, segundo ele, essa necessidade não é suficiente para se validar o protocolo do Confaz. De acordo com os ministros, para alterar o quadro de arrecadação de impostos no comércio pela internet seria preciso a promulgação de uma Emenda à Constituição. Uma proposta nesse sentido tramita no Congresso, mas enfrenta grande resistência de São Paulo, que hoje é o Estado que mais arrecada com o comércio de Internet (...) (MOTTA, 2014, P.01).

6. A NECESSIDADE DE MUDANÇAS E AS PROPOSTAS DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Quando promulgada a CRFB/1988, o modelo de tributação arquitetado era adequado à sistemática econômica então vigente, destinando à unidade federativa remetente todo o imposto correspondente às operações interestaduais com destino ao consumidor final não contribuinte do ICMS. O desenvolvimento de novas práticas de comercialização, através da internet, telemarketing, showroom, dentre outros, provocou um vertiginoso aumento do comércio não presencial e nas operações destinadas ao consumidor final não contribuinte do imposto, e causou uma desarmonia entre os Estados que requer medidas de correção, especialmente visando manter incólume o princípio da unidade da Federação e o objetivo fundamental de garantia do desenvolvimento nacional e redução das desigualdades regionais (PINTO, 2012). Neste sentido, existem alguns projetos de emendas à constituição que visam alterar a repartição do ICMS nas compras diretas ao consumidor final à distância. Vejam-se algumas propostas de emenda à constituição sobre o tema, que tramitam no Congresso Nacional:

Tabela 1 - Quadro de Propostas de Emendas à Constituição

PEC Proposta Situação PEC 227/2008 Autor: Deputado Luiz Carreras (DEM-BA) Alteração do Sistema Tributário Nacional quanto às operações interestaduais de comércio eletrônico, modificando a redação do inciso VII do parágrafo 2º do art. 155 da CRFB/1988, que passaria a vigorar com a seguinte redação (BRASIL,2008a) “(...) VII- em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e interestadual”. Apensada à PEC nº 31/2007 em 09/06/2008 PEC 282/2013 Autor: Deputado Francisco Escórcio (PMDBMA) Alteração do parágrafo 2º do art. 155 da CRFB/1988 para modificar a sistemática de cobrança do ICMS incidente sobre operações e prestações realizadas de forma não presencial, que destinem bens e serviços ao consumidor final localizado em outro Estado, modificando o teor dos incisos VII e VIII, nos seguintes termos (BRASIL, 2013b). “(...) VII – nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, Em 24/04/2014 teve a PEC nº 397/2014 a ela apensada. Em 06/05/2014 foi requerida sua localização em outro Estado, aplicar-se-á a alíquota interestadual, cabendo ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a

interestadual; VIII – a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída: a) ao destinatário, quando for ele contribuinte do imposto; b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte dele;” apensação à PEC nº 197/2012, pedido que restou indeferido em razão das proposições se encontrarem em estágios distintos de tramitação.

PEC 233/2008 (BRASIL, 2008b) Visa alteração do Sistema Tributário Nacional e também contém inovações a respeito da competência legislativa e à transição ordenada e gradual para o chamado novo ICMS, visando eliminar a competição fiscal. Propõe a unificação da legislação, a uniformização das alíquotas e a cobrança no estado de destino do produto (ANEXO III).

Apensada à PEC nº 31/2007.

PEC 56/2011 Autor: Senador Luiz Henrique (PMDB-SC) Alterar os incisos VII e VIII do parágrafo 2º do art. 155 da CRFB/1988 para dispor sobre o ICMS quando a operação ou prestação ocorresse no âmbito do comércio eletrônico, nos seguintes termos (BRASIL, 2011

b) “(...)VII

c) a alíquota interestadual, em qualquer caso, quando a operação ou a prestação ocorra por meio de comércio eletrônico, sem prejuízo do disposto no inciso X, b, deste artigo. VIII - nas hipóteses das alíneas a e c do inciso VII, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual (...). Assim, altera o regime de tributação do ICMS nas operações interestaduais decorrentes de vendas diretas a consumidores finais, abrangendo tão somente o comércio eletrônico.

Recebeu tramitação conjunta com as PEC nº 103/2011 e 113/2011. Em 09/07/2012 teve o processo arquivado

PEC 113/2011 Autor: Senador Lobão Filho (PMDBMA)

Alteração do inciso VII do parágrafo 2º do art. 155 da CRFB/1988, nos termos abaixo (BRASIL, 2011d). “(...) VII- em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual; (...)” Neste sentido, visava alterar o regime de tributação do ICMS nas operações interestaduais decorrentes de vendas diretas para

consumidores finais localizados em outro Estado, abrangendo tanto o comércio presencial como também o não presencial ou eletrônico.

Recebeu tramitação conjunta com as PEC nº 103/2011 e 113/2011. Em 09/07/2012 teve o processo arquivado

Vale observar que na justificativa da PEC nº 227/2008, o deputado Luiz Carreras ressalta a necessidade da alteração do texto constitucional porquanto quando da promulgação da Carta Magna de 1988, que definiu como sendo integralmente do estado de origem o ICMS nas operações interestaduais a consumidor final não contribuinte do imposto, a internet era algo incipiente e praticamente não existia esse tipo de comércio. Ele salienta que: Atualmente o cenário é muito diferente daquele vivenciado duas décadas atrás e a tendência, para a venda a consumidor final, é a consolidação cada vez maior da sistemática do e-commerce, em substituição ao sistema convencional de comércio.

A situação preocupa de forma unânime todas as unidades federadas, tendo em vista que as operações realizadas a título de faturamento direto nem sempre são alcançadas pela tributação de algum dos estados envolvidos - remetente e aquele no qual se encontra o consumidor - apresentado-se como mais uma forma de sonegação de impostos, causando distorção na arrecadação do ICMS e ocasionando perda para ambos os estados. A alternativa encontrada que apresentou maior segurança jurídica para a adoção de medidas a respeito da matéria foi a de que o imposto seja repartido entre as unidades federadas de origem e do destino, assim como ocorre nas operações interestaduais realizadas através dos meios tradicionais de comercialização (BRASIL, 2008a).

Por sua vez o Deputado Francisco Escórcio, autor da PEC 282/2013, destaca na justificativa da proposta que:

Atualmente, as vendas via internet, showrooms, telemarketing, por representantes comerciais, catálogos e outras formas não presenciais ganharam vulto econômico expressivo. Somente para ilustrar, uma dessas modalidades – vendas pela internet – em 2011 totalizou R\$ 18,7 bilhões, contra R\$ 14,8 bilhões apurados no ano anterior, representando, pois, um crescimento de 26% (vinte e seis por cento). Desnecessário sublinhar que os estados menos desenvolvidos não podem prescindir da partilha do ICMS decorrente do comércio não presencial, devido a suas debilitadas finanças e condições socioeconômicas.

Assim, procura-se, com esta proposta, alterar a tributação das operações não

presenciais, inclusive as relativas ao comércio eletrônico, de modo que se aplique a alíquota interestadual do imposto nas operações e prestações que remetam bens ou destinam serviços ao consumidor final, localizado em outro Estado. Isso, independentemente de o consumidor final ser ou não contribuinte do imposto, seja pessoa física ou jurídica, e independentemente da forma ou meio pelo qual se deu a operação ou a prestação.

A medida contribui, portanto, para se corrigir uma distorção histórica e para diminuir as desigualdades regionais pela maior alocação de recursos tributários aos estados menos desenvolvidos da Federação (BRASIL, 2013b).

6.1 PEC 103/2011 e PEC 197/2012

De autoria do Senador Delcídio do Amaral (PT-MS) a PEC 103/2011 (BRASIL, 2011c) propõe acrescentar o inciso VIII- A ao parágrafo 2º do art. 155 da CRFB/1988, para modificar a sistemática de cobrança do ICMS incidente sobre as operações e prestações realizadas de forma não presencial e que destinem bens e serviços ao consumidor final localizado em outro Estado, estabelecendo a partilha da arrecadação do ICMS, delegando ao Senado Federal, por meio de Resolução, a determinação dos percentuais que corresponderiam a cada Estado. Nos termos abaixo:

Art. 1º O § 2º do art. 155 da Constituição Federal passa a vigorar com o acréscimo do seguinte inciso:

“Art. 155.....

§2º.....

VIII-A – na hipótese da alínea “b” do inciso VII, quando a operação interestadual ocorrer de forma não presencial, caberá ao Estado de localização do destinatário parte do imposto a ser definida por resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, e na forma a ser estabelecida por deliberação dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do disposto no inciso XII, “g”; ”(NR) Art. 2º Até que

seja definida por resolução do Senado Federal, na hipótese da alínea “b” do inciso VII do § 2º do art. 155, quando a operação interestadual ocorrer de forma não presencial, caberá ao Estado de localização do destinatário setenta por cento do

imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, na forma a ser estabelecida por deliberação dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do disposto no inciso XII, “g”, do mesmo § 2º do art. 155 da Constituição Federal. Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

O senador justificou a apresentação da proposta afirmando que (BRASIL, 2011c):

(...) Nos termos atuais, quando a operação interestadual envolve dois contribuintes do imposto, há a divisão entre o Estado de origem e o de destino da mercadoria. Porém, quando o adquirente, mesmo situado em outra Unidade da Federação, é consumidor final, não contribuinte de jure do imposto, o produto da arrecadação decorrente da operação é integralmente destinada ao Estado onde está sediado o vendedor. Enquanto a prática comercial caracterizava como meramente incidental a venda interestadual para consumidor final, não havia objeções a levantar e tudo funcionou satisfatoriamente. Entretanto, a magnitude que já assumiu e a tendência de evolução do quadro é extremamente preocupante, porque já se nota desequilíbrio na política estabelecida para divisão de receita entre Estado produtor (ou meramente vendedor) e Estado consumidor – a tal ponto que coloca em risco o próprio objetivo de se alcançar, algum dia, o cumprimento pleno do princípio de destino. Ao contrário, está sendo reforçado o princípio da origem, com sérios prejuízos para os Estados consumidores (...). (BRASIL, 2011)

A PEC 197/2012 tem origem na PEC 103/2011 (BRASIL, 2011d), resulta do encaminhamento à Câmara dos Deputados do texto de proposta de emenda (PEC 103/2011) aprovada pelo Senado Federal. Na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, o relator, Deputado Márcio Macêdo (PT-SE), em seu voto, constata que o texto original da proposta é passível de críticas sob o aspecto formal e apresentou texto substitutivo. Durante a tramitação da PEC 197/2012 quatro emendas foram apresentadas na Câmara dos Deputados, todas passando pelos requisitos de admissibilidade (BRASIL, 2012). A emenda nº 1 propõe o acréscimo do art. 98 ao ADCT, com vistas a implantar a mudança constitucional proposta em parcelas, ao longo dos anos, instituindo regra de transição para que a eventual perda de receitas dos Estados que hoje concentram as vendas pelo comércio eletrônico se distribua ao longo dos anos, pois há receio das consequências do impacto repentino da implantação da mudança sobre a arrecadação. A emenda nº 2 visa alterar o critério de partilha da arrecadação entre os Estados onde se localizam

os envolvidos na operação mercantil, empregando como parâmetro a alíquota do Estado de localização do destinatário, enquanto na PEC, utiliza-se a alíquota do Estado de origem. A Comissão Especial à Proposta de Emenda à Constituição de nº 197/2012, no mérito rejeitou as emendas de nº 3 e 4, aprovando somente as emendas de nº 1 e 2, acima mencionadas, nos termos do texto substitutivo abaixo:

Art. 1º Os incisos VII e VIII do § 2º do art. 155 da Constituição ederal passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art.155 §2º - VII -nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual; VIII– a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída: a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto; b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto;

Art. 2º O Ato das

Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 98: Art. 98. Para efeito do disposto no inciso VII do § 2º do art. 155, no caso de operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte, localizado em outro Estado, o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual será partilhado entre os Estados de origem e destino, na seguinte proporção: I -para o ano de 2015: 20% (vinte por cento) para o Estado de destino e 80% (oitenta por cento) para o Estado de origem; II -para o ano de 2016: 40% (quarenta por cento) para o Estado de destino e 60% (sessenta por cento) para o Estado de origem; III -para o ano de 2017: 60% (sessenta por cento) para o Estado de destino e 40% (quarenta por cento) para o Estado de origem; IV - para o ano de 2018: 80% (oitenta por cento) para o Estado de destino e 20% (vinte por cento) para o Estado de origem; V -a partir do ano de 2019: 100% (cem por cento) para o Estado de destino. (NR) Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor em 1º de janeiro de 2015.

No voto do relator, o deputado Márcio Macêdo, ressalta o importante aperfeiçoamento do texto constitucional que a proposta promove, aproximando-o das novas realidades surgidas com a evolução da tecnologia. Afirmando que a matéria se inclui entre os principais temas que ora tramitam na Casa, salientando

que se trata de corrigir um problema que, se não enfrentado hoje, pode ameaçar o cumprimento dos objetivos fundamentais insculpidos no art. 3º da CRFB/88, notadamente os de garantir o desenvolvimento nacional e o de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Em 11 de novembro de 2014, foi aprovado, na Câmara dos Deputados, em primeiro turno, o texto Substitutivo aprovado pela Comissão Especial, com 337 votos a favor, três contra e uma abstenção. A PEC ainda terá que passar pelo segundo turno de votação na Câmara dos Deputados antes de retornar para nova apreciação no Senado Federal, devido às alterações efetuadas. Como pode ser observado, o texto da PEC 197 de 2012, aprovado em primeiro turno propõe a aplicação gradual do princípio do destino nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidores finais não contribuintes, independentemente da forma de comercialização utilizada, se presencial ou não. Caso haja a aprovação e a Constituição for emendada neste sentido, restará solucionado o problema que vem causando tantas adversidades entre estados consumidores e produtores, especialmente no que tange ao comércio eletrônico.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho demonstrou a evolução e grande importância do comércio eletrônico, abordando especialmente às operações comerciais interestaduais destinadas ao consumidor final. Foi apresentado o sistema atual desenvolvido pela Constituição Federal de 1988 para a arrecadação do ICMS e repartição das receitas daí advindas, explicitando que quando da promulgação do texto constitucional não existia o comércio eletrônico na forma e magnitude alcançada nos dias de hoje, assim, não havia necessidade, nem mesmo uma prospecção da proporção que esta espécie de comércio viria a ter, não sendo possível aos legisladores originários preverem essa evolução. Contudo, com o desenvolvimento da modalidade eletrônica de comércio, as regras estatuídas na Constituição se mostram defasadas e indutoras de guerra fiscal.

As novas práticas de comercialização, através da internet, telemarketing, showroom, dentre outros, provocou um vertiginoso aumento do comércio não presencial e nas operações destinadas ao consumidor final não contribuinte do imposto, provocando queda ou não crescimento proporcional na arrecadação do

ICMS nos estados consumidores, causando uma desarmonia entre os Estados que requer medidas de correção, visando manter incólume o princípio da unidade da Federação e garantir que os objetivos fundamentais de garantia do desenvolvimento nacional e redução das desigualdades regionais sejam atingidos. Na tentativa de minimizar os prejuízos fiscais oriundos das vendas por meio eletrônico a consumidores finais, os Estados consumidores promoveram a criação e a assinatura do Protocolo CONFAZ nº 21/2011, que ajustava uma inédita divisão da receita tributária do ICMS. Protocolo este que foi alvo de diversas contendas judiciais ao longo dos anos, sendo julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em setembro de 2014.

Vimos que, apesar das dificuldades políticas e operacionais, a maneira mais justa de diminuir as desigualdades regionais e solucionar o problema da arrecadação do ICMS nas operações interestaduais ao consumidor final seria a adoção do princípio do destino a este imposto, pois, considerando o princípio da equidade, o desejável é que a receita de tributos incidentes sobre bens e serviços seja apropriada ao Estado onde ocorre o consumo final, que é onde, preponderantemente, os consumidores demandam os serviços públicos. Mas para tanto é necessário que o texto constitucional seja emendado. Foram expostos alguns projetos de emendas à constituição que visam alterar a repartição do ICMS nas compras diretas ao consumidor final à distância, em trâmite no Congresso Nacional. Algumas propondo a repartição da arrecadação, na mesma forma em que é feita a partilha das receitas oriundas das compra/vendas interestaduais direcionadas a contribuintes do imposto, o que daria uma solução não ideal ao problema apresentado, pois parte da arrecadação continuaria a pertencer aos Estados de origem, em prejuízo dos estados consumidores.

Vimos que outras PEC propõem a adoção gradual do princípio do destino nas operações interestaduais, não presenciais, destinadas a não contribuintes. Tais propostas buscam a mudança no destino/partilha da arrecadação do ICMS, contudo não de forma brusca, de modo a não causar um impacto grave aos Estados de origem.

A PEC nº 197/2012, recentemente aprovada em primeiro turno na Câmara dos Deputados, propõe a adoção gradual do princípio do destino, onde ao final do prazo estabelecido toda a receita arrecadada com o ICMS no comércio interestadual a não contribuinte pertencerá ao estado consumidor. Caso haja a aprovação e a

Constituição seja emendada neste sentido, restará solucionado o problema que vem causando tantas adversidades entre estados consumidores, ao menos no que tange ao comércio eletrônico.

Dentre as propostas que tramitam nas Casas do Congresso Nacional, para mudança do sistema de arrecadação e partilha do ICMS em operações interestaduais a não contribuintes, a PEC nº 197 de 2012 parece representar a melhor resposta ao problema surgido com a evolução do comércio eletrônico, sendo mais justa no sentido de diminuir as diferenças entre as regiões menos desenvolvidas e consumidoras e as mais industrializadas e produtoras. Com a modificação do critério de cobrança do ICMS, para aplicar o princípio do destino, como proposto pela PEC 197/2012, espera-se resolver o problema da distribuição das receitas oriundas do comércio não presencial entre os estados, ou pelo menos minimizá-lo, eliminando as distorções referentes à alocação dos recursos produtivos, e tornando a arrecadação deste imposto mais eficaz.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquematizado. 8. ed. São Paulo, SP: Editora Método 2014.

ARAÚJO, Ana Clarissa Masuko dos Santos. ICMS no E-commerce e o Protocolo ICMS 21/2011 – Permanecem as inconstitucionalidades. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, SP, n. 193, p. 7-12, out. 2011.

BARATTO, Gedalva. ICMS – Alternativas para tributar as operações e prestações interestaduais e para partilhar o produto da arrecadação. Dissertação. Mestrado em Desenvolvimento Econômico (Área de Concentração: Políticas Públicas). Departamento de Economia / Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, PR. 24 junho 2005.

BARATTO, Gedalva; LOBATO, José Roberto Soares. Cenário de reforma tributária com tributação dual sobre o consumo. Cadernos Fórum Fiscal no 5, Brasília, DF, maio 2007. Disponível em:

<http://www.esaf.fazenda.gov.br/estudos_pesquisas/forumfiscal/publicacoes/cadernos-2004-a-2009>. Acesso em: 19.10.2014.

BARATTO, Gedalva; MACEDO, Mariano de Mattos. Regime tributário do ICMS nas transações interestaduais – harmonização tributária ou autonomia estadual? Revista Paranaense de Desenvolvimento, n. 113, p. 9-30, Jul./Dez. 2007.

BARROS, Maurício. O ICMS no comércio eletrônico e a inconstitucionalidade do Protocolo ICMS 21/2011. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, SP, n. 193, p. 93-110, out. 2011.

BASTO, José Guilherme Xavier de. A tributação do consumo e a sua coordenação internacional: Lições sobre a harmonização fiscal na Comunidade Econômica Européia. Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n. 164, 1991. Lisboa, PT: Centrede Estudos Fiscais-DGCI, 1991.

BATISTA, Cícero Rubens. O comércio eletrônico e os desafios para a administração tributária dos Estados. Revista de Direito Tributário da APET, São Paulo, SP, ano 7, n. 27, p. 15-339, set. 2010.

BATISTA, Daiane Carvalho. A guerra fiscal interestadual do ICMS no comércio eletrônico. Revista Âmbito Jurídico - Tributário, Rio Grande, ano XV, n. 96, jan. 2012. Disponível

em:

<

http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10993&revista_caderno=26>. Acesso em: 30.10.2014.

BORBA, Luis Edmundo Celso. A Tributação, Eletrônico-Digital, levando-se em Conta ICMS: Algumas Provocações Acerca do Fato Gerador e do Fundo de Comércio Virtual, com Base no Hodierno Estado de Conhecimento. FISCO Soft on line, n. 162,03 set. 2008. São Paulo, SP: Copyright 1999-2014 FISCO Soft Editora Ltda. Disponível em: <<http://www.fiscosoft.com.br/a/49rk/a-tributacao-eletronico-digital-levando-se-em-conta-o-icms-algumas-provocacoes-acerca-do-fatogerador-e-do->

O PODER DECISÓRIO JUDICIAL FRENTE À LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Gustavo Viana Montenegro¹

Luciana de Albuquerque Cavalcanti Brito (Dra.)²

RESUMO

A questão da alienação parental se torna cada vez mais presente na realidade social como forma de ampliação e perpetuação do conflito não digerido das rupturas de sociedades conjugais, trazendo para os filhos o risco de perturbações psicológicas graves, por vezes irreparáveis, denominadas de Síndrome da Alienação Parental. Diante dessa realidade, o judiciário possui papel fundamental para a proteção biopsicossocial desses filhos, vítimas e instrumentos da agressividade de seus pais. Essa proteção vai desde o estabelecimento da modalidade de guarda até às sanções aplicáveis aos pais em caso de alienação parental, devendo-se observar o alcance do poder judicial para a solução que melhor atende aos interesses do menor.

Palavras-chave: Alienação Parental. Poder judicial. Guarda.

ABSTRACT

The question of parental alienation becomes increasingly present in social reality as a way of expansion and perpetuation of undigested conflict of broken marital societies, bringing the children the risk of serious psychological disorders, sometimes irreparable, which is called Parental Alienation Syndrome. Given this reality, the judiciary is essential to the biopsychosocial protection of these children, victims and instruments of aggression from their parents. This protection extends from the establishment of the guard mode to the penalties applicable to parents in case of parental alienation and should observe the scope of judicial power for the solution that best meets the interests of the child.

Key words: Parental Alienation. Judicial power. Guard

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho discorre sobre a questão da alienação parental, tecendo algumas considerações sobre as devidas responsabilizações e o papel do judiciário diante de sua ocorrência, sem a pretensão de esgotar a matéria e as discussões em torno do tema, mas apenas com o intuito de apresentar anotações próprias sobre o mesmo, visto ser tão importante e que, infelizmente, necessita cada vez mais da

¹ Discente do UNIESP.

² Docente do UNIESP.

atenção do Estado.

A problemática motivadora deste artigo se dá em analisar como o judiciário vem enfrentando o tema na busca da proteção biopsicossocial das vítimas dessa agressão psicológica, notadamente os filhos de pais litigantes em processo de dissolução conjugal. Tal análise se justifica diante do considerável crescimento de dissoluções conjugais no atual momento social. A alienação parental tem se tornado bastante presente na realidade social como forma de ampliação e perpetuação do conflito não digerido nas rupturas de sociedades conjugais. Não é, e nem aqui se afirma, que a alienação parental seja uma consequência lógica a ocorrer em toda separação, mas empiricamente se pode inferir que grande parte delas não se dá de forma harmoniosa, e sim acompanhada de traumas, rancor e agressividade atrelados normalmente a sentimentos de frustração, abandono, rejeição, traição e outros tantos que possam exprimir o fim da afetividade recíproca do casal.

Com isso, o que deveria ser um ponto final de um relacionamento que não prosperou, o fim da relação se transforma no início de um processo de vingança, no qual os filhos se tornam instrumentos a efetivar esse desejo, sendo manipulados de forma quase imperceptível em sua consciência para uma contradição de sentimentos e posterior rejeição afetiva a um de seus ascendentes e maior aproximação em relação ao outro ascendente, pondo em risco a saúde emocional dos filhos, sujeitos a perturbações psicológicas graves, por vezes irreparáveis, denominadas de Síndrome da Alienação Parental.

Esse é um problema antigo no qual os pais, em prol de sua satisfação vingativa, não percebem ou mesmo ignoram o mal que fazem ao próprio filho. Funciona como um abandono afetivo, todavia não voluntário, e sim provocado pelo ascendente alienador que ardilosamente cria obstáculo ao convívio familiar da criança com seu outro ascendente, normalmente não detentor de guarda do menor.

É nesse ambiente de ruptura da entidade familiar que se desenvolve a alienação parental, hoje definida e normatizada na Lei nº 12.318/2010 como atos induzidos por um dos genitores de forma a interferir na formação do menor e que venham a prejudicar o estabelecimento ou a manutenção de vínculo com o outro genitor. O alienador aproveita-se da ruptura da entidade familiar para semear no menor um sentimento de desmoralização e descrédito em relação ao outro genitor, desconstituindo-o afetivamente do poder familiar.

Diante dessa realidade, o judiciário possui um difícil e fundamental papel para

a proteção biopsicossocial desses filhos, vítimas e instrumentos da agressividade de seus pais. Essa proteção vai desde o estabelecimento da modalidade de guarda melhor indicada ao caso concreto até às sanções aplicáveis aos pais em caso de alienação parental, observando-se o alcance do poder judicial para a solução que melhor atenda aos interesses do menor.

Nesse contexto, este artigo tem o intuito de apresentar uma investigação descritiva da atuação judicial na busca da melhor solução aos caracterizados casos de alienação parental. Inicialmente, apresenta o instituto da família, adentrando nos aspectos históricos do surgimento dos grupos sociais até a formação do que se tem hoje por família, remetendo à história das civilizações para compreender a dinamicidade das transformações do instituto, sua conceituação doutrinária, influências religiosas, proteção estatal e também as formas de comando exercidas dentro desse grupo social.

Em seguida traz considerações relativas ao casamento, apresentando seu desenvolvimento normativo e histórico-social de constituição familiar, enfatizando no modo de amparo estatal ao casamento e ao divórcio, bem como na determinação e no modo de oferecer ao filho menor a guarda mais benéfica, respeitando sua condição de sujeito de direito e afastando-o do tratamento que o faça veículo da insatisfação de uma relação mal resolvida.

Logo depois comenta sobre a Síndrome da Alienação Parental (SAP), abordando os estudos desenvolvidos sobre esse tipo de agressão emocional potencialmente capaz de causar distúrbios de ordem psicológica em filhos menores, vítimas do confronto dos pais.

Discorre ainda sobre o papel protetor do Estado nessas situações, principalmente após o estudo, a compreensão e a normatização dessa sutil maldade dos pais, expondo a dificuldade de sua verificação pelo poder judiciário e demonstrando a problemática da decisão judicial através da pesquisa de casos jurisprudenciais, expondo por fim as considerações finais sobre o estudo desenvolvido.

2. Família: aspectos históricos

Sejam jusnaturalistas ou contratualistas, muitas são as teorias que discutem sobre o homem e o surgimento da sociedade. Contudo, pouco vale adentrar na

polêmica discussão entre essas teorias, pois o importante é que a sociedade existe porque o homem é um ser gregário por excelência, e não um ser isolado, independentemente das razões desse sentimento de agrupamento (inspiração divina, proteção contra seus iguais, repúdio à solidão, perpetuação da espécie, amparo da propriedade, etc).

Assim, a vida humana se realiza por meio do convívio com os outros, pois o indivíduo é tomado por uma necessidade inata de se associar, como meio hábil de suprir-lhe as necessidades. Daí se dá a construção cultural de família, como um núcleo social que natural e espontaneamente se integra, onde cada indivíduo, independentemente de sua posição, ocupa uma função naquele idealizado lugar de integração, sem estar necessariamente ligado biologicamente aos outros.

Etimologicamente, família deriva do latim *família ae*, que quer dizer conjunto de escravos e servidores que viviam sob a jurisdição do *pater famílias*. A origem da família remete à história das civilizações e sua compreensão é uma tarefa contínua, no tempo e espaço, diante da dinâmica das transformações axiológicas sociais às quais deve se adequar.

Em Roma, numa época ainda primitiva de sociedade, a família era formada por um agrupamento de pessoas (esposa, filhos e escravos) submetidas ao comando unificado do chefe patriarcal, o *pater famílias*. A família então era reunida em torno do chefe que, além de senhor, exercia o papel de sacerdote, conduzindo os cultos da religião que elegia, e também o papel de magistrado, julgando os próprios membros da família sobre os quais tinha poder de vida e de morte.

Com valores e costumes próprios de sua época, a família romana passou a ser estruturada em princípios normativos, passando por um intervencionismo estatal que levou à instituição do casamento, tratando esta convenção social como a base da família. Posteriormente, com a ascensão do Cristianismo, a Igreja Católica assumiu a função de estabelecer a disciplina do casamento, considerando-o um sacramento.

Assim como de todo o direito romano, a família brasileira sofreu grande influência desse modelo centrado na figura do *pater*. Costumeiramente, ainda hoje não raro ser ver famílias regidas por essa estrutura centrada em um chefe de família que dita normas à esposa e aos filhos.

Numa época em que a sociedade era bastante conservadora, além da figura do

pater a família brasileira necessitava da aceitação social e do reconhecimento jurídico, chancelados pelo matrimônio, fortemente influenciado pela igreja, que não admitia uniões que não decorressem do casamento católico. Assim, os não católicos não tinham acesso ao matrimônio.

Mas à medida que a sociedade foi se revolucionando, o Estado foi aos poucos afastando as influências da igreja sobre a família, embora por muito tempo ainda persistisse uma visão matrimonializada. As mudanças sociais fizeram com que na Constituição Federal de 1988 a família passasse a ser disciplinada sob o enfoque social, como peça fundamental da sociedade e em torno da qual se organiza, e também merecedora da especial atenção do Estado.

A Carta Magna veio quebrar muitos paradigmas de família por meio de princípios constitucionais que compuseram uma nova ordem de valores, acarretando inclusive numa profunda reforma no Código Civil que tramitava no Congresso Nacional para que se adequasse aos novos parâmetros constitucionais.

A consagração do princípio da dignidade da pessoa humana pode ser considerada o ponto central dessas inovações paradigmáticas do direito de família, extraindo-se desse princípio, por exemplo, a igualdade de tratamento e proteção aos filhos, independentemente de serem, ou não, provenientes do casamento ou por adoção, como também a dissolução do vínculo do casamento quando cessado o afeto no relacionamento, ruindo assim toda a base de sustentação familiar.

Ainda como derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, reflexo da crescente participação da mulher no mercado de trabalho. Esta igualdade é asseverada, no âmbito do direito de família, em seu artigo 226, §5º, com a seguinte redação: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, demonstrando que a mulher, outrora tratada com inferioridade, teve sua capacidade reconhecida no que diz respeito à sua posição de cônjuge.

Quanto à constituição da família, o antigo código Civil de 1916 ignorava aquela família constituída sem casamento, chamada de família ilegítima, não reconhecendo direitos a este modo de união. Com a Carta de 1988, o conceito de família foi alargado para relacionamentos além do casamento, passando a ser reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, deixando de ser o matrimônio o único marco a identificar a existência de uma família.

Ademais, equipararam-se os direitos da união estável e da família monoparental à família formada pelo casamento, como observa MARIA HELENA DINIZ (2002, p.03):

[...] Mas deve-se anotar que, com a Constituição da República de 1988, e com as Leis n.º 8.971/94 (Lei do Concubinato) e Lei n.º 9.278/96 (União Estável), a família não se resume mais ao casamento entre homem e mulher e seus filhos. Ou seja, o vínculo matrimonial não é mais um requisito para formação de família. Há também o artigo 226, § 4.º da CF/88, que afirma ser considerado família, aquela formada por qualquer dos pais e sua prole. O que significa que um homem solteiro ou uma mulher solteira e seu filho também poderão ser considerados como uma família.

Frente aos novos valores trazidos pela Constituição de 1988 e pelo Código Civil de 2002, refletindo uma família pluralizada, democrática, igualitária, hétero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, CARLOS ROBERTO GONÇALVES (2011, p.35) esclarece:

As alterações pertinentes ao direito de família, advindas da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, demonstram e ressaltam a função social da família no direito brasileiro, a partir especialmente da proclamação da igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos; da disciplina concernente à guarda, manutenção e educação da prole, com atribuição de poder ao juiz para decidir sempre no interesse desta e determinar a guarda a quem revelar melhores condições de exercê-la, bem como para suspender ou destituir os pais do poder familiar, quando faltarem aos deveres a ele inerentes.

Indo além da ampliação do conceito de família estabelecido pela Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, decidiu ampliar ainda mais o conceito de entidade familiar.

A ADI nº 4.277, ajuizada pelo Procurador-Geral da República e sob a relatoria do Ministro Ayres Britto, recebeu seu histórico Acórdão em 05 de maio de 2011, que decidiu por unanimidade que as uniões entre homossexuais devem ser consideradas modelos de constituição familiar, recebendo, portanto, a mesma proteção do Estado destinada aos casais unidos pelos vínculos da união estável, consagrando-se dessa forma um respeito social a todas as formas de arranjo familiar válidas.

Importante frisar que, conforme as palavras de PABLO STOLZE GAGLIANO

e RODOLFO PAMPLONA FILHO (2015, p.111-113), o estudo das entidades familiares partindo do casamento, e não da união estável, não está relacionado a uma precedência temporal ou de importância, nem mesmo de determinação religiosa, mas sim de uma tradição histórica inegável do matrimônio como fato jurídico hábil à constituição de entidades familiares.

Embora o casamento possua características de tal modo conhecidas, o mesmo não recebe uma atenção legislativa para sua conceituação, acarretando num esforço doutrinário numeroso conforme os valores do tempo em que é elaborada. Assim, seguindo o entendimento de PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO (op. cit., p.118-119):

Em nosso pensar, no entanto, o casamento, com base nos argumentos supra- apresentados, *afigura-se como uma especial modalidade de contrato, qualificada pelo Direito de Família*. Assim, fixada a sua natureza jurídica, podemos então, com maior segurança, definir o casamento como sendo *um contrato especial de direito de Família, por meio do qual os cônjuges formam uma comunidade de afeto e existência, mediante a instituição de direitos e deveres, recíprocos e em face dos filhos, permitindo, assim, a realização dos seus projetos de vida*. Frisamos o elemento teleológico do casamento: *a realização dos anseios e planos pessoais de cada cônjuge, sempre em atenção ao bem-estar dos filhos [...]* Hoje, o casamento, assim como as outras formas de arranjos familiares, não são fim em si mesmos, mas, tão somente, o *lôcus* de realização e busca da felicidade dos seus integrantes.

3. Casamento: dissolução e seus desdobramentos

Sob o tempo de forte influência religiosa, o direito de família não admitia a dissolução da relação matrimonial, considerada como uma união indissolúvel. O Estado tentava dificultar o término do casamento mesmo após o advento da Lei do Divórcio (Lei nº. 6.515/77), persistindo prazos, identificação de quem era ou não culpado e a necessidade de se passar por um duplo procedimento – só se tinha a dissolução da comunhão através da separação judicial para após converter-se em divórcio.

Conforme já mencionado, a Constituição de 1988 veio promover a dignidade da pessoa humana, desapegando-se daquela concepção religiosa de indissolubilidade matrimonial. Ainda que de maneira incipiente, a CF/88 passou a prever o divórcio em seu §6º do artigo 226 da seguinte maneira: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais

de dois anos”.

Alguns anos depois foi criada a Emenda Constitucional n. 66/2010, criando a denominada “PEC do Divórcio”, dando nova redação ao §6º do art.226 da CF/88, retirando do texto a exigência do requisito temporal e da prévia separação. Neste contexto se coloca o renomado doutrinador civilista SILVIO DE SALVO VENOSA (2011, p.161):

Passados tantos anos da introdução do divórcio entre nós, já não mais se sustentava essa dicotomia, separação e divórcio, suprimida pela mencionada emenda à Constituição. Havia mesmo que se suprimir definitivamente a separação, permitindo-se aos cônjuges que recorram sistemática e diretamente ao divórcio.

Sob o reflexo da mencionada Emenda Constitucional, toda a legislação infraconstitucional sofreu alterações, sendo revogados automaticamente alguns dispositivos do Código Civil de 2002, a exemplo do art. 1.571, inciso III, que traz a separação judicial no rol das hipóteses de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, e os arts. 1.572 e 1.573, que versam sobre o regulamento das causas de separação judicial.

Com isto é superado o dualismo do rompimento do vínculo legal do casamento: separação judicial – divórcio. Uma vez dissolvida a sociedade conjugal mediante divórcio (judicial litigioso, judicial consensual ou extrajudicial consensual), o seu restabelecimento só poderá ser dado mediante novo casamento.

Num enxuto esclarecimento, o divórcio judicial litigioso vem a ser aquele ausente de acordo entre os cônjuges sobre ou a própria dissolução conjugal ou por alguma outra questão conflituosa, como por exemplo a guarda dos filhos, devendo necessariamente ser decidido por um juiz mediante sentença. Já no consensual, os cônjuges querem, de comum acordo, dissolver a sociedade conjugal, mas deve necessariamente ser levado o caso a um juiz diante da existência de filhos menores de 18 anos do casal. O extrajudicial, obrigatoriamente consensual e sem a existência de filhos menores, é realizado mediante escritura pública lavrada por notário, com a presença de advogado ou defensor público.

Diante do que se expôs acima, percebe-se que a Carta Magna não prega a instigação à dissolução de casais, e sim o apoio a sua formação e manutenção ao mesmo passo que facilita a possibilidade de dissolução matrimonial, não forçando a manutenção de uma relação familiar falida e irreconciliável, o que remete à lembrança

do trecho final da magnífica obra de Vinícius de Moraes, seu famoso Soneto da Fidelidade, que diz: “Que não seja imortal, posto que é chama. Mas que seja infinito enquanto dure”.

Pesquisas do IBGE publicadas em 2015 no Portal Brasil (portal oficial de informações do governo brasileiro) apresentam dados estatísticos de que o número de divórcios no Brasil vem crescendo acentuadamente nos últimos anos, tendo um aumento de aproximadamente 160% no registro de divórcios entre 2004 e 2014, revelando uma gradual mudança de comportamento da sociedade brasileira, que passou a aceitá-lo com maior naturalidade e a acessar os serviços de Justiça de modo a formalizar as dissoluções dos casamentos.

Como se vê, os tempos mudam e conseqüentemente a sociedade também, passando por significativas alterações axiológicas, das quais é beneficiária e vítima de todos os seus avanços. No caso do divórcio, é beneficiária por receber esse tratamento estatal pautado na dignidade da pessoa humana. E vítima, pelos desdobramentos e traumas que esse propósito de felicidade, normalmente imbuído de sentimentos, pode gerar não apenas para os cônjuges, mas principalmente para os filhos menores.

3.1. A Guarda de filhos

A guarda deriva do poder familiar reconhecido aos pais, que a exercem em face dos filhos enquanto menores e incapazes. Contudo, ocorrendo a dissolução da sociedade conjugal, seja ela formada no casamento ou na união estável, vem à tona uma questão complexa e de suma importância: a guarda de filhos.

O art. 1.631, do Código Civil de 2002 dispõe que “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”. Observa-se ainda do mencionado artigo, sob a perspectiva do princípio constitucional da isonomia, não haver prioridade de qualquer dos cônjuges. Assim, os pais terão, de forma natural e igualitária, a guarda de seus filhos, não perdendo o poder familiar com o fim do relacionamento.

O mesmo Código, em seu artigo 1.634, cuidou ainda de disciplinar o conteúdo desse poder conferido aos pais, como se vê, dentre outros: dirigir a criação e a educação; exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

conceder ou negar consentimento para casar, viajar ao exterior ou se mudar para outro município; exigir prestação de obediência, respeito e os serviços próprios da idade e condição do filho.

Porém, com o fim da relação conjugal, a guarda dos filhos deverá ser solucionada, devendo atentar que assim como a culpa deixou de ser um elemento relevante para o reconhecimento do divórcio, deixou também de ser referência para a fixação da guarda dos filhos, isso porque pouco importa a verificação do “culpado” ou “responsável” que deu causa ao fim da sociedade conjugal, mas tão somente o interesse existencial do menor.

Importante destacar mais uma vez que o fim da relação entre os pais não importa no fim da relação para com seus filhos, independentemente da modalidade de guarda que venha a ser adotada, cabendo a ambos o exercício do poder familiar sobre seus filhos.

De maneira bastante elucidativa, PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO (op. cit., p.609) fazem a seguinte apresentação das modalidades de guarda:

a) *guarda unilateral* ou *exclusiva* – é ainda a modalidade mais comum e difundida no Brasil, em que um dos pais detém exclusivamente a guarda, cabendo ao outro direito de visitas. O filho passa a morar no mesmo domicílio do seu guardião;

b) *guarda alternada* – modalidade comumente confundida com a compartilhada, mas que tem características próprias. Quando fixada, o pai e a mãe revezam períodos exclusivos de guarda, cabendo ao outro direito de visitas. Exemplo: de 1º de janeiro a 30 de abril a mãe exercerá com exclusividade a guarda, cabendo ao pai direito de visitas, incluindo o de ter o filho em finais de semana alternados; de 1º de maio a 31 de agosto, inverte-se, e assim segue sucessivamente. Note-se que há uma alternância na exclusividade da guarda, e o tempo de seu exercício dependerá da decisão judicial. Não é uma boa modalidade, na prática, sob o prisma do interesse dos filhos;

c) *nidação* ou *aninhamento* – espécie pouco comum em nossa jurisprudência, mas ocorrente em países europeus. Para evitar que a criança fique indo de uma casa para outra (da casa do pai para a casa da mãe, segundo o regime de visitas), ela permanece no mesmo domicílio em que vivia o casal, enquanto casados, e os pais revezam na companhia da mesma. Vale dizer, o pai e a mãe, já separados, moram em casa diferentes, mas a criança permanece no mesmo lar, revezando-se os pais em sua companhia, segundo a decisão judicial. Tipo de guarda pouco comum, sobretudo porque os envolvidos devem ser ricos ou financeiramente fortes. Afinal, precisarão manter, além das suas residências, aquela em que os filhos moram. Haja disposição econômica para tanto!;

d) *guarda compartilhada* ou *conjunta* – modalidade preferível em nosso sistema, de inegáveis vantagens, mormente sob o prisma da repercussão psicológica na prole, se comparada a qualquer das outras. Nesse tipo de guarda, não há exclusividade em seu exercício. Tanto o

pai quanto a mãe detém-na e são corresponsáveis pela condução da vida dos filhos. O próprio legislador a diferencia da modalidade unilateral: “art. 1583, §1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, §5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Para o nosso ordenamento, o Código Civil estabelece uma dual modalidade de guarda, conforme art.1.583 que estabelece que “A guarda será unilateral ou compartilhada”.

3.1.1. Guarda unilateral e Guarda compartilhada

Assim informa o §1º, art.1.583 do Código Civil: “Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5o) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

Sobre os tipos de guarda, afirma MARIA BERENICE DIAS (2015, p.523) que “a lei prevê a possibilidade da guarda unilateral, mas francamente dá preferência à guarda compartilhada”. E avalia:

A guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia - isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras. (op. cit., p.525)

Com a Lei nº 11.698/2008, a guarda compartilhada ou conjunta passou a ser a modalidade preferencial a ser adotada, devendo os juízes, sempre que possível, incentivarem esta opção. Tal previsão foi incluída no CC/2002, art. 1.584, §2o, determinando que “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

Tal disposição foi revogada pela Lei nº 13.058/2014 (conhecida como Lei de Igualdade Parental), passando então a disciplinar que “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”.

De acordo com MARIA BERENICE DIAS (2015, p.520), essa alteração foi

motivada pela equivocada interpretação jurisprudencial dada à expressão “sempre que possível”. Comenta ainda a autora:

De forma quase unânime, juízes passaram a não conceder a guarda compartilhada, que reinava em clima de animosidade ou beligerância entre os genitores. Mesmo depois de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo dita possibilidade, insistiam os juízes em negar o compartilhamento. Com isso, acabaram mais uma vez cedendo à vontade de quem não queria dividir a guarda. Bastava manter-se em conflito com o outro genitor.

Um aspecto delicado atinente ao tema, motivador deste trabalho, é o poder decisório judicial quanto ao estabelecimento da modalidade de guarda a ser aplicada que proteja os interesses dos filhos menores e que possa lhes causar o mínimo de efeitos traumáticos, e conseqüentemente aos pais também.

Embora se saiba que a guarda compartilhada seja mais benéfica ao menor e que é aplicada na falta de acordo dos pais, o juiz deverá verificar a existência de maturidade e respeito no tratamento recíproco dispensado pelos pais para imposição ou celebração de acordo de guarda compartilhada, pois impor tal medida diante de um relacionamento extremamente desgastado dos genitores poderá expor a risco a integridade dos filhos menores. Tal entendimento é adotado uniformemente pelos tribunais do país, como se vê:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA.

GUARDA COMPARTILHADA. Em se tratando de discussão sobre guarda de criança, é necessária a ampla produção de provas, de forma a permitir uma solução segura acerca do melhor interesse da infante.

Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos, mas, no caso, diante da situação de conflito, a guarda compartilhada é descabida. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. (Agravo de Instrumento Nº 70066152943, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 18/08/2015). *Grifamos*

APELAÇÃO PRINCIPAL E ADESIVA - AÇÃO DE GUARDA C/C REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS - GUARDA COMPARTILHADA - ANIMOSIDADE ENTRE OS GENITORES - INVIABILIDADE - GUARDA UNILATERAL EM FAVOR DA MÃE - REVOGAÇÃO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - INADEQUAÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - RAZOABILIDADE - RECURSOS NÃO PROVIDOS.

1. Deve

ser mantida a sentença que defere a guarda unilateral do menor em favor da genitora, de modo a tornar definitiva uma situação de fato já consolidada, **sobretudo diante do significativo grau de animosidade existente entre os pais, que os impede de entrar em um consenso quanto às questões rotineiras que envolvem a criação do filho comum.** 2. O pedido de revogação de assistência

judiciária gratuita não pode ser formulado no bojo da apelação cível, devendo ser deduzido em incidente próprio, na forma do art. 7º da Lei nº. 1.060/50, de modo a possibilitar o exercício do contraditório e da ampla defesa pela parte assistida, inclusive através da produção de provas. 3. Recursos não providos. (TJ-MG - AC: 10079110547605001 MG, Relator: Edgard Penna Amorim, Data de Julgamento: 22/05/2014, Câmaras Cíveis / 8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 02/06/2014). *Grifamos*

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA CUMULADA COM REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. GUARDA COMPARTILHADA. CONFLITO ENTRE OS GENITORES. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

PREVALÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. **Apesar de ser a guarda compartilhada o modelo ideal almejado, pois ambos os genitores se sentem igualmente responsáveis por decidir o rumo da vida dos seus filhos, ela não é recomendável se não houver consciência parental da necessidade de cooperação e diálogo, bem como se o nível de animosidade for alto a ponto de prejudicar o interesse da criança.** 2. Indicando o acervo probatório dos autos, em especial o parecer do psicossocial que o modelo compartilhado poderá não ser benéfico para a menor, supera-se a redação literal do artigo 1584, § 2º do Código Civil e aplica-se o modelo unilateral da guarda. 3. O genitor que permanece sem a guarda do filho permanece com o direito de visitas, bem como com o dever de supervisionar o interesse do menor, podendo solicitar informações e prestação de contas em assuntos relacionados à saúde física, psicológica e a interesses concernentes à sua educação. 4. Recurso conhecido, mas não provido. (TJ-DF - EIC:20120110840793, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Data de Julgamento: 05/10/2015, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 22/10/2015. Pág.: 203). *Grifamos*

Como se percebe, para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho é indispensável uma relação harmoniosa e respeitosa entre os pais, não existindo disputas nem conflitos, o que permite ao filho desfrutar da companhia de seus pais sem exclusividade de guarda para um deles.

Como a guarda compartilhada sugere o exercício simultâneo e pleno do poder familiar, afasta-se a dicotomia entre guarda exclusiva de um lado e do outro o direito de visita. Ao contrário, os pais permanecem com os mesmos deveres de acompanhamento conjunto e próximo na formação e no desenvolvimento dos filhos.

Nesse sentido, posiciona-se MARIA BERENICE DIAS (op.cit., p. 525) da seguinte maneira:

Os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse da prole. Significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os

efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual. Para isso, é necessária a mudança de alguns paradigmas, levando-se em conta a necessidade de compartilhamento entre os genitores da responsabilidade parental e das atividades cotidianas de cuidado, afeto e normas que ela implica.

Além de estabelecer uma convivência mais próxima do menor com ambos os genitores, a guarda compartilhada possui ainda o importantíssimo efeito de impedir, inviabilizar ou mesmo dificultar a ocorrência da alienação parental (fenômeno bastante típico da guarda unilateral).

Esse fenômeno, mais adiante detalhado, se dá quando um dos genitores covardemente se utiliza do menor como instrumento de vingança ou chantagem emocional contra o outro genitor (normalmente contra o genitor não guardião), revelando assim a perpetuação da animosidade dos pais através da indução de um comportamento de hostilidade no menor.

4. A Síndrome da Alienação Parental – SAP

É válido se utilizar das precisas palavras de PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO (op. cit., p.595) sobre o instituto jurídico do poder familiar como uma imposição de responsabilidade aos pais em face dos filhos quanto à importância de suas participações para a formação e desenvolvimento intelectual, psíquico, moral e espiritual.

Os dissabores de uma separação (divórcio ou dissolução de união estável) não se devem refletir na relação dos pais e filhos. A imagem de ambos deve ser preservada. Todavia, o que infelizmente se observa com grande frequência é que após se iniciar uma disputa judicial pela guarda dos filhos, os ex-companheiros se esquecem que a discussão deve ser em torno dos interesses dos filhos menores e acabam contaminando o processo de guarda com o desgaste do fim da relação.

Isso faz surgir, muitas vezes, a chamada Síndrome da Alienação Parental – SAP. Esta síndrome ocorre com menor probabilidade na guarda compartilhada, pois é típica da guarda unilateral, onde o detentor da guarda mune-se de todo arsenal de sentimentos negativos para prejudicar a imagem do outro perante o filho.

A psicologia jurídica, atenta aos fenômenos decorrentes de divórcios litigiosos

sobre a guarda dos filhos, revela uma série de comportamentos, praticados em especial pelo genitor alienador, classificando-os em estágios leve, médio e grave.

Nos estágios leve e médio os genitores alienadores costumam obstruir o contato entre filhos e genitores alienados por meio da desqualificação deste (desvalorizando-o, insultando-o, difamando-o, caluniando-o e denegrindo-o repetidamente diante de qualquer situação ou criticando-o sobre sua competência profissional ou situação financeira, como também recusam a fazer referência ao genitor alienado para apagá-lo da memória da criança, afastando-o da tomada de decisões importantes sobre os filhos ou sua participação em situações marcantes para os filhos, como festas escolares, natal, ano novo, aniversários); obstruem esse contato forçando situações de impedimento, como a recusa em repassar as ligações do genitor alienado aos filhos ou a de esconder ou cuidar mal dos presentes que o genitor alienado dá aos filhos, a criação de outras atividades nos períodos de visita do genitor alienado, a alteração de número de contato ou não repassando suas tentativas; estendem essa obstrução aos avós do lado alienado; as provocantes afirmações de que o genitor alienado não tem interesse ou não sente mais falta dos filhos e as invenções de maus-tratos, como discussões com o genitor alienado na frente dos filhos para vitimar-se e chorar na presença deles, as narrativas abjetas de sofrimento provocado pelo genitor alienado, nutrindo seu processo de demonização do outro; ameaçam punir os filhos em caso de contato com o genitor alienado; culpam o outro genitor pelo mau comportamento dos filhos. Já no estágio grave, os genitores alienadores chegam a inventar situações de abuso sexual por parte do genitor alienado.

Esse distanciamento provocado pelo genitor alienador, costumeiramente aquele que detém a guarda dos filhos, gera uma série de consequências negativas com as quais sofrem esses filhos, muitas vezes levando-as à vida adulta.

Muitos passam a ter dificuldade em conviver com a verdade, experimentando uma convivência com mentiras, falsas emoções, chegando até mesmo a comportamentos delituosos; demonstram incapacidade de adaptação a ambientes sociais, se isolando de tudo e de todos que os rodeiam, sentindo-se literalmente sozinhos e abandonados, e que os seus pais lhe causaram esse dano; comportamento regressivo, como se tivessem uma idade mental inferior, chegando às tentativas de homicídio (por vezes consumados), como forma de chamar a atenção, uma defesa psicológica; tornam-se indiferentes, não protestando contra

qualquer situação; sentem-se culpadas pelo desentendimento dos pais e pela ruptura familiar; apresentam queda no rendimento escolar e apatia quanto às tarefas que não são do seu agrado; tornam-se mais propensos a confundir o certo e o errado, a se envolver em acidentes, a contrair doenças sexualmente transmissíveis, ao uso e abuso de álcool, drogas, cigarro e outras drogas, a precocemente darem início à vida sexual, a serem vítimas de pedofilia, tudo isso em razão da falta de orientação dos pais; e costumam ser alvos constates de bullying, principalmente na escola; perdem grande parte da vida em infundáveis acompanhamentos terapêuticos, de acordo com a renomada National Survey of Children;

A Síndrome da Alienação Parental, também chamada por alguns estudiosos de Implantação de Falsas Memórias, foi inicialmente apontada e estudada de forma profunda em 1985 por Richard Gardner, Professor do Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Columbia, Nova York, EUA.

Este fora considerado um dos melhores especialistas, a nível mundial, sobre os temas da separação e divórcio. Por estudar tais temas, observou que, por estarem se separando, os genitores demonstravam grande interesse em ver o ex-cônjuge afastado de seu filho, fazendo muitas vezes uma grande lavagem cerebral na mente do filho para obter o resultado desejado. O citado estudioso assim a definiu:

A síndrome da alienação parental (SAP) é um distúrbio que surge inicialmente no contexto das disputas em torno da custódia infantil. Sua manifestação preliminar é a campanha denegatória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável. (*Richard A. Gardner. O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de síndrome de alienação parental (SAP)?*)

Trata-se, como dito, de um distúrbio de ordem psicológica em crianças e adolescentes que são utilizadas por seus pais como instrumento de extravasamento do ódio entre eles, acarretando profundas feridas na alma do menor, vítima do confronto dos pais. A alienação parental e a SAP diferenciam-se, como bem explica PRISCILA FONSECA:

A síndrome da alienação parental não se confunde, portanto, com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, ou

seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome da alienação parental, por seu turno, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim, enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminante e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores, que já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho. *(Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca. Síndrome da Alienação Parental. Revista do CAO Cível. Belém, v. 11, n. 15, p. 49-60, Jan-/Dez, 2009).*

Hoje em dia, a doutrina especializada cuida ainda de diferenciar a síndrome da alienação parental do ambiente familiar hostil, como esclarece MARCO ANTONIO GARCIA DE PINHO:

A doutrina estrangeira também menciona a chamada “HAP- *Hostile Aggressive Parenting*”, que aqui passo a tratar por “AFH - Ambiente Familiar Hostil”, situação muitas vezes tida como sinônimo da Alienação Parental ou Síndrome do Pai Adversário, mas que com esta não se confunde, vez que a Alienação está ligada a situações envolvendo a guarda de filhos ou caso análogo por pais divorciados ou em processo de separação litigiosa, ao passo que o AFH – Ambiente Familiar Hostil seria mais abrangente, fazendo-se presente em quaisquer situações em que duas ou mais pessoas ligadas à criança ou ao adolescente estejam divergindo sobre educação, valores, religião, sobre como a mesma deva ser criada, etc. Ademais, a situação de „Ambiente Familiar Hostil“ pode ocorrer até mesmo com casais vivendo juntos, expondo a criança e o adolescente a um ambiente deletério, ou mesmo em *clássica* situação onde o processo é alimentado pelos tios e avós que também passam a minar a representação paterna, com atitudes e comentários desairosos, agindo como catalisadores deste injusto ardid humilhante e destrutivo da figura do pai ou, na visão do Ambiente Hostil, sempre divergindo sobre “*o que seria melhor para a criança*”, expondo esta a um lar em constante desarmonia, ocasionando sérios danos psicológicos à mesma e também ao pai, e sempre fomentando a discórdia entre o casal, pouco se importando com as verdadeiras vítimas: os filhos. Na doutrina internacional, uma das principais diferenças elencadas entre a Alienação Parental e o Ambiente Familiar Hostil reside no fato que o AFH estaria ligado às atitudes e comportamentos, às ações e decisões concretas que afetam as crianças e adolescentes, ao passo que a Síndrome da Alienação Parental se veria relacionada às questões ligadas à mente, ao fator psicológico. *(Marco Antonio Garcia de Pinho, Nova Lei 12.318/10 – Alienação Parental.)*

Esta síndrome não é algo novo, nem no campo médico nem no jurídico, e vem crescendo junto com o aumento do número de dissoluções conjugais com disputas de guarda conflituosas, onde o menor é manipulado a perder a admiração, o respeito e a absorver uma concepção de repúdio de seu outro genitor, passando a tratá-lo como intruso ou inimigo, e este mal se não cuidado a tempo deixará sequelas irreversíveis.

4.1. A Lei 12.318/2010

A doutrina jurídica, e em especial a jurisprudência, já identificavam tal fenômeno, mas não sabiam muitas vezes como lidar com a presença da Síndrome da Alienação Parental nos litígios, talvez mesmo pela falta de tutela ideal para resolver tal situação.

Todavia, diante desse contexto de exploração psicológica com efeitos devastadores nas relações familiares, não poderia o legislador se manter numa postura abstencionista quando da constatação da síndrome.

Assim, em 26 de agosto de 2010, foi aprovada a Lei nº 12.318 dispondo sobre a alienação parental. Em seus primeiros dispositivos apresenta uma conceituação de alienação parental e seus efeitos, como se vê a seguir:

Art.2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros.

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Esse rol de hipóteses de prática da alienação parental é meramente exemplificativo. E ainda, a alienação parental não se limita a condutas praticadas

apenas por genitores, pois também pode se dar por via de terceiros, como avós, tios, tutores, etc.

Importante observar que o parágrafo único do art. 2º faz a seguinte ressalva: “além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia”. Assim, confere ao juiz o poder de, conforme o caso, bem como mediante auxílio pericial, declarar a prática de alienação parental diante de condutas que considere ofensivas ao menor.

Em nível processual, para fins de sanções legais ao alienador, o legislador contentou-se com a verificação de indícios do ato de alienação parental, e não com prova suficiente da ocorrência do ilícito, conforme art. 4º da lei em comento:

Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

E finalmente, cuidou ainda a lei de disciplinar as sanções impostas ao alienador, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal que couber, como se vê:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:
I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador;
IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

5. O juiz e a verificação da Alienação Parental

Caracterizada a prática de atos alienadores, são previstas consequências legais graves para o genitor alienante, cujas imposições, entre outras, vão desde a

multa ou alteração da guarda até a suspensão ou extinção da autoridade parental. A grande questão que se busca focar nesse contexto é qual parâmetro o magistrado utilizará para detectar a prática dos atos de alienação.

Vale reafirmar que os atos de alienação parental, diante da gravidade que representam, não precisam inicialmente de demonstração objetiva da sua inequívoca ocorrência, contentando-se a lei apenas com a existência de meros indícios. Havendo os indícios de atos de alienação parental, o órgão Judiciário, provocado pelo genitor ofendido, pelo Ministério Público, ou mesmo de ofício, poderá determinar provisoriamente as medidas processuais prevista em lei.

O papel do Juiz, ao decidir sobre a ocorrência ou não da Alienação Parental, é de grande responsabilidade, por envolver interesse de menor e possível responsabilidade civil e quiçá penal do agente alienador.

Assim, é de suma importância que o juiz se utilize do auxílio oferecido por uma equipe multidisciplinar, como psicólogos e assistentes sociais, ou até mesmo outros profissionais de saúde que possam ser convocados, em casos de conflito familiar e de alienação parental.

A Lei nº 12.318/2010 é bastante clara em seu §2º, art. 5º ao dizer que “a perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental”. Ou seja, é um estudo sério e idôneo que não pode ser realizado por qualquer tipo de profissional.

Embora não haja hierarquia de provas, a perícia multidisciplinar possui elementos que a tornam uma fonte probatória de imensa valia para o magistrado, pois os peritos levam ao processo a apuração de fatos que exigem conhecimentos técnico-especializados e uma observação in locu da realidade.

Destaca-se que a Lei nº 12.318/2010, em seu artigo 5º, enuncia que “havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial”, dando ao juiz discricionariedade em sua atuação de verificação de indícios de alienação parental, não estando obrigado a determinar a perícia psicológica ou biopsicossocial, dela valendo-se caso considere necessário.

Óbvio afirmar que toda decisão judicial obrigatoriamente deve ser fundamentada, com base nas questões de fato e de direito a serem examinadas e que irão construir a convicção do magistrado. Assim, a fundamentação de uma

sentença que se discuta a prática de alienação parental não deve ser baseada tão somente na perícia, e sim em todo o conjunto probatório. Da mesma forma que não pode haver o julgamento contrário às provas dos autos, o julgador da causa não deve efetuar a prestação jurisdicional com base apenas no laudo pericial. Caso o laudo pericial bastasse tão somente para a fundamentação da sentença, deixaria de ser prova, tornar-se-ia uma decisão e vincularia a decisão judicial.

Na prática, não é de costume o judiciário não se valer do laudo pericial, pois a perícia oficial atua como auxiliar da prestação jurisdicional e os peritos levam ao processo a apuração de fatos que exigem conhecimentos especializados para a sua análise, dando às partes e ao Ministério Público maior robustez e confiança quanto à verificação da alienação parental, e proporcionando ao juiz direcionar sua atuação quanto às medidas a serem tomadas. Tal entendimento se alinha à seguinte e recente decisão, na qual o laudo pericial atesta a ocorrência de risco de alienação parental:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE OCORRÊNCIA DE ALIENAÇÃO PARENTAL COM PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA. MENINO CONTANDO 08 ANOS DE IDADE. DECISÃO QUE DEFERE A GUARDA AO GENITOR. MANUTENÇÃO. LAUDO PSIQUIÁTRICO PERICIAL QUE ATESTA A OCORRÊNCIA DE RISCO DE ALIENAÇÃO PARENTAL PELA GENITORA. ESTUDO SOCIAL QUE REFERE A RESIDÊNCIA PATERNA COMO UM LUGAR FAVORÁVEL E POSITIVO PARA CONVÍVIO E DESENVOLVIMENTO SAUDÁVEL DE UMA CRIANÇA. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70068297449, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 18/05/2016)

Inovando em relação ao CPC/1973, o novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, em seu artigo 699, passou a disciplinar que “Quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista”, impondo ao magistrado a obrigatoriedade da presença de especialista para tomar o depoimento de incapaz quando o fato relacionar-se a abuso ou a alienação parental.

Importante atentar que a discricionariedade para determinação de perícia não foi suprimida, não estando o juiz obrigado a determiná-la e dela valendo-se caso considere necessário. O que foi disciplinado no novo CPC é que quanto ao depoimento do incapaz, o juiz deverá necessariamente tomá-lo acompanhado de especialista.

6. Jurisprudência em casos de SAP

A jurisprudência brasileira ainda é nova quanto ao reconhecimento da Síndrome da Alienação Parental.

Como já colocado, o problema é antigo, mas sua denominação, proposta pelo pesquisador Richard Gardner e que veio colaborar imensamente na sua verificação e identificação, é relativamente recente se comparada com o tempo dessa prática maldosa.

Ainda em um período anterior à Lei nº 12.318/2010, houve importantes e avançados julgados abordando a SAP, destacando-se os proferidos pela Des. Maria Berenice Dias, exímia doutrinadora e grande referência no assunto:

GUARDA. SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. HAVENDO NA POSTURA DA GENITORA INDÍCIOS DA PRESENÇA DA SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL, O QUE PODE COMPROMETER A INTEGRIDADE PSICOLÓGICA DA FILHA, ATENDE MELHOR AO INTERESSE DA INFANTE, MANTÊ-LA SOB A GUARDA PROVISÓRIA DA AVÓ PATERNA. NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO. **Verifica-se que a conduta da genitora mostra indícios do que a moderna doutrina nomina de “síndrome de alienação parental” ou “implantação de falsas memórias”,** o que, segundo os estudos do psiquiatra americano Richard Gardner, trata-se de verdadeira campanha desmoralizadora do genitor, utilizando a prole como instrumento da agressividade direcionada ao parceiro. Com isso, a criança é levada a rejeitar o genitor que a ama e que ela também ama, o que gera contradição de sentimentos e a destruição do vínculo entre ambos. O filho acaba passando por uma crise de lealdade, pois a lealdade para com um dos pais implica deslealdade para com o outro, tudo isso somado ao medo do abandono. Neste jogo de manipulações todas as armas são válidas para levar ao descrédito do genitor, inclusive a assertiva de ter sido o filho vítima de abuso sexual. (Agravo de Instrumento 70014814479, Comarca de Santa Vitória do Palmar/RS, rel. Des. Maria Berenice Dias, em 7-6-2006). *Grifamos*

DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ABUSO SEXUAL. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. Estando as visitas do genitor à filha sendo realizadas junto a serviço especializado, não há justificativa para que se proceda a destituição do poder familiar. **A denúncia de abuso sexual levada a efeito pela genitora, não está evidenciada, havendo a possibilidade de se estar frente à hipótese da chamada síndrome da alienação parental.** Negado provimento. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70015224140, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 12/07/2006). *Grifamos*
REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. Evidenciada o elevadíssimo grau de beligerância existente entre os pais que não conseguem superar suas dificuldades sem

envolver os filhos, bem como a existência de graves acusações perpetradas contra o genitor que se encontra afastado da prole há bastante tempo, revela-se mais adequada a realização das visitas em ambiente terapêutico. **Tal forma de visitação também se recomenda por haver a possibilidade de se estar diante de quadro de síndrome da alienação parental.** Apelo provido em parte. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70016276735, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 18/10/2006). *Grifamos*

Aponta-se que mesmo não havendo ainda a previsão da Lei nº 12.318/2010, que conceitua e disciplina a verificação e as medidas a serem tomadas em casos de alienação parental, as decisões atendiam, como ainda hoje devem atender, à preservação do melhor interesse do menor. É por esse interesse que vela o Ministério Público, bem como por ele o juiz pauta suas decisões, como se vê:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA. ALIENAÇÃO PARENTAL. DEFERIMENTO DA GUARDA AO GENITOR. INTERESSE DO MENOR. **A guarda deve atender, primordialmente, ao interesse do menor.** Verificado que o menor sofre com os conflitos provocados pelos genitores e que houve atos de alienação parental objetivando afastar o menino do contato paterno, deve ser mantida a sentença que alterou a guarda em favor do genitor, que, segundo laudo social, possui condições para tanto. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70063718381, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 27/05/2015).

CIVIL. APELAÇÃO. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. INVERSÃO DE GUARDA. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DO DIREITO DE VISITAS. MANUTENÇÃO. ALIENAÇÃO PARENTAL. INOCORRÊNCIA. PRIMAZIA DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. PREVALÊNCIA.

SENTENÇA MANTIDA. 1. Mostra-se razoável a manutenção da guarda com um dos genitores, se há indícios de que a criança esteja sofrendo abusos sexuais quando visita o outro genitor. 2. Não há prática de alienação parental quando um dos genitores, tendo conhecimento de que a criança esteja sofrendo abusos de toda ordem, procura afastá-la do convívio do suposto agressor. 3. **Em situações comprovadamente de risco, deve prevalecer o melhor interesse do menor.** 4. Recurso conhecido e desprovido.

A Lei nº 12.318/2010, em seu art. 6º, prevê uma série de medidas que o juiz poderá tomar quando caracterizados os atos de alienação parental. Tais medidas, cumulativamente ou não, podem ser tomadas por meio de ação autônoma ou incidental, sem prejuízo de responsabilização civil ou criminal, além da utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos. O judiciário não tem se furtado à aplicação dessas medidas, como se pode observar nas decisões a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de obrigação de fazer –

Sentença reconhecendo alienação parental, julgando procedente a execução, com imediato restabelecimento do regime de convivência, **ampliando o regime de visitas** - Determinação de expedição de ofício à escola em que a filha dos litigantes estuda para que se cumpra aludida ordem judicial. Inconformismo da genitora, alegando cerceamento de defesa, porque não teve ciência dessa r. determinação. Cerceamento de defesa não configurado – Em sede de cognição exauriente contactou-se a possibilidade do imediato restabelecimento das visitas – Matéria, ademais, que deverá ser discutida em recurso próprio – Decisão mantida – Recurso improvido. (TJ-SP - AI: 21048687320158260000 SP 2104868-73.2015.8.26.0000, Relator: José Joaquim dos Santos, Data de Julgamento: 16/02/2016, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 19/02/2016)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE ALIENAÇÃO PARENTAL - DECISÃO DETERMINOU O CUMPRIMENTO DO ACORDO DE VISITAS - PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR - IMPOSIÇÃO DE MULTA - POSSIBILIDADE. - Certo é que o convívio da figura paterna é necessário para o desenvolvimento psicológico e social da criança, sendo assim, um contato físico maior entre pai e filho, torna a convivência entre eles mais estreita, possibilitando o genitor dar carinho e afeto a seu filho, acompanhá-lo em seu crescimento e em sua educação. - **Deve-se impor multa à genitora pelo descumprimento do acordo de visitas**, haja vista os indícios de alienação parental, visando, inclusive, que esta colabore à reaproximação de pai e filha.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS CUMULADA COM REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. ALIENAÇÃO PARENTAL. INVERSÃO DA GUARDA. Evidenciada a prática da alienação parental, **correta a decisão quedeterminou a inversão da guarda do infante**, cujas necessidades, ao que tudo indica, são melhores atendidas pelo genitor. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Agravo de Instrumento Nº 70066417478, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 29/10/2015).

AGRAVO DE INSTRUMENTO ? AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS - PRELIMINAR DE NULIDADE - DECISÃO QUE CONDENOU A AGRAVANTE AO PAGAMENTO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ, SUSPENDEU O PODER FAMILIAR E DETERMINOU O PAGAMENTO DE MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL - MAGISTRADA QUE PROFERIU A DECISÃO NO PRIMEIRO DIA DE GOZO DE LICENÇA ESPECIAL - ALEGAÇÃO DE NULIDADE - CONCLUSÃO REALIZADA DENTRO DO PERÍODO DA DESIGNAÇÃO - ATO QUE SIGNIFICA O CUMPRIMENTO DA DESIGNAÇÃO E DE SUA FINALIDADE. MÉRITO - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - RECALCITRÂNCIA À ORDEM JUDICIAL - ATITUDE PROCRASTINATÓRIA - CARACTERIZAÇÃO. **SUSPENSÃO DA AUTORIDADE PARENTAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 6º, VII, DA LEI N. 12.318/2010** - CABIMENTO. MULTA - DECISÃO QUE APENAS DETERMINA SEU PAGAMENTO - VALOR ESTABELECIDO EM DECISÃO ANTERIOR, QUE NÃO SE CONFUNDE COM PENALIDADE COMINADA À INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA DO ART. 249 DO ECA - REJEIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-PR - Ação Civil de Improbidade Administrativa: 11864169 PR 1186416-9 (Acórdão), Relator: Ruy

Muggiati, Data de Julgamento: 25/06/2014, 11ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 137317/07/2014)

7. Considerações Finais

Do presente artigo pode-se perceber que a Síndrome da Alienação Parental é um problema bastante presente na sociedade atual, nascido do crescente aumento de rupturas das estruturas familiares e dos novos formatos e valores que elas vêm assumindo ao passo em que vão se modificando ao longo da história.

A alienação parental pode causar prejuízos incalculáveis para a vida da criança manipulada para atender uma satisfação vingativa dos pais. Não apenas os pais atuam nesse processo de desconstrução da representação paterna ou materna, pois ele também acaba sendo alimentado, mesmo que de modo mais “invisível”, por tios e avós, criando um ambiente de constante desarmonia e potencialmente capaz de gerar danos irreparáveis na vida desse menor.

Diante dessa realidade, é imprescindível que o Estado promova a proteção da criança, o que não é uma tarefa simples e objetiva de se realizar, pois nesse jogo de manipulações o menor é alienado até mesmo com falsas denúncias, como de abuso sexual, o que torna o papel do judiciário bastante delicado diante de verdadeiros dilemas pautados no melhor interesse do menor: Agir imediatamente e privar o menor do convívio com aquele genitor acusado? E se ele não lhe causou mal algum, não seria mais prejudicial para a criança coibir esse convívio?

E esses dilemas persistem à medida que o reconhecimento da existência de alienação parental, e até das graves acusações, mesmo com o auxílio de uma equipe multidisciplinar de peritos, prolonga-se por anos e às vezes se dá por inconclusiva. Qual medida adotar? Reverter a guarda? Suspender visitas? Tornar a criança órfã de pais vivos, extinguindo o poder familiar do acusado, ou torná-la órfã do Estado, inerte em dever de protegê-la?

Mesmo que nesse caso a acusação seja inverídica, é presumível que a criança se torna uma grande vítima de abuso moral e emocional, posta ao risco de sequelas biopsicossociais perante a ausência de convívio familiar sadio e equilibrado.

Embora haja legislação que trate da alienação parental, da maneira como é

disposta há um caráter mais pedagógico do que punitivo, buscando conscientizar os alienadores dos riscos a que submetem os menores e das possíveis sanções aplicáveis. Diante das dificuldades de sua caracterização, os magistrados precisam atuar com o máximo de cautela e de precisão cirúrgica possível para que tomem a medida, pedagógica ou punitiva, mais adequada à subjetividade de cada caso, sempre norteados pelo melhor interesse do menor para que os efeitos da animosidade entre os pais não contaminem a relação com os filhos. Aí reside a grande dificuldade da atuação judicial: A precisão na caracterização desse mal a ser combatido, para que se possa então tomar as medidas mais benéficas, ou menos prejudiciais, à criança.

O Ministério Público, em sua função constitucional de defesa dos interesses sociais, editou recentemente a Recomendação nº32, de 05 de abril de 2016, dispondo sobre a uniformização e atuação do Ministério Público Brasileiro, através de políticas e diretrizes administrativas que fomentem o combate à Síndrome da Alienação Parental que compromete o direito à convivência familiar da criança, adolescente, pessoas com deficiência e incapazes de exprimir a sua vontade.

O problema é sério, grave e recorrente na sociedade brasileira, não cabendo uma postura leniente e acomodada do Estado, muito menos da própria sociedade, em promover o melhor interesse do menor. Faz-se necessária uma conscientização pública desse mal, onde todos devem atuar juntos no seu combate, inibindo as possíveis consequências civis, emocionais, psicológicas e comportamentais advindas desse conturbado contexto familiar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 13 de março de 2016.

BRASIL. Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 22 de março de 2016.

BRASIL. Constituição Federal. Brasília. Senado Federal. 1998. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 de março de 2016.

BRASIL. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em 20 de março de 2016.

BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em 20 de março de 2016.

BRASIL. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em 22 de março de 2016

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em 13 de março de 2016.

BRASIL. Recomendação nº32, de 05 de abril de 2016. Disponível em:

<http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/Normas/Recomendacoes/RecomendaCAO_32.pdf>. Acesso em: 13 de março de 2016.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 16ªed. São Paulo: Saraiva. 2002.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. Síndrome da Alienação Parental. Disponível em: <<http://www.pediatriaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 05 de março de 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família. vol. 6. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GARDNER, Richard A. O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de síndrome de alienação parental (SAP)?. Disponível em: <<http://www.mediacaoparental.org>>. Acesso em: 05 de março de 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. vol. 6. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PINHO, Marco Antonio Garcia de. Nova Lei 12.318/10 – Alienação Parental. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3329>. Acesso em: 12 de março de 2016.

Portal Brasil. Em 10 anos, taxa de divórcios cresce mais de 160% no País. Disponível

em:

<<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/11/em-10-anos-taxa-de-divorcios-cresce-mais-de-160-no-pais>>. Acesso em: 15 de abril de 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. 11ªed. São Paulo: Atlas, 2011.

MODIFICAÇÕES DA LEI DE PENSÃO ALIMENTÍCIA DE ACORDO COM O NOVO CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL

Isabella Lins De Brito Lira¹
Prof.º Ricardo Berilo Bezerra Borba²

RESUMO

A execução de sentença sempre foi considerada um verdadeiro calvário, a colocar em descrédito a própria efetividade da prestação jurisdicional. Perpetuava a máxima „ganhou, mas não levou“. A Lei 11.232/2005 transformou a antiga execução dos títulos executivos judiciais em um incidente processual, com nome de cumprimento de sentença. A mudança veio em boa hora. Mesmo após o susto inicial, continua gerando dúvidas e questionamentos de toda ordem. Ainda que o legislador tenha inserido quase todo alfabeto para regular a nova sistemática, a reforma tem sido alvo de inúmeras críticas, existindo diversos pontos de divergência entre a doutrina e a jurisprudência. Mas uma coisa é certa. A reforma veio assegurar mais rapidez ao exaurimento da atividade jurisdicional. Afinal, como afirma Chiovenda: „o processo deve dar, quando for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que tenha direito de conseguir“. Agora, com o novo procedimento, a busca pela realização do direito reconhecido em juízo não mais depende de processo autônomo. É o que se convencionou chamar de sincretismo processual. Nada mais do que a concentração de atividades de cognição e efetivação no processo judicial.

Palavras-chave: Pensão alimentícia, mudanças, novas leis.

ABSTRACT

The execution of the sentence has Always been considered a real calvary, to put into disrepute the very effectiveness of jurisdictional provision. He perpetuated the maxim „won, but did not take“. Law 11.323/2005 transformed incident, with the name of compliance with the sentence. The change came in good time. Even after the initial shock, it continues to generate doubts and questions of all kinds. Although the legislator has inserted almost all the alphabet to regulate the new systematic, the reform has been the object of numerous of the jurisdictional activity. After all, Chio claims, the process must give, as far as practically possible, to those who have a right, all that and exactly what he has the right to achieve. Now, with the new procedure, the pursuit of the realization This is what is conventionally called procedural syncretism. Nothing more than the concentration of activities of cognition and effectiveness in the same judicial process.

Key words: Alimony, changes, new laws.

1. INTRODUÇÃO

A solução de conflitos familiares também será afetada com a entrada em vigor

do novo Código de Processo Civil, em março de 2016. O rompimento afetivo dos casais muitas vezes requer a intervenção do Judiciário para resolver questões como a própria separação e o divórcio, além da partilha de bens, guarda de filhos e pensão alimentícia. Mas a necessidade de uma intervenção do Estado pode se tornar cada vez menos necessária.

A execução de sentença sempre foi considerada um verdadeiro calvário, a colocar em descrédito a própria efetividade da prestação jurisdicional. Perpetuava a máxima „ganhou, mas não levou“. (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2004). A lei 11.232/2005 transformou a antiga execução dos títulos executivos judiciais em um incidente processual , com o nome de cumprimento de sentença. Essa mudança chegou em boa hora, apesar de todo o susto inicial ainda se continua gerando dúvidas e questionamentos de toda ordem a reforma tem sido alvo de inúmeras críticas, existindo diversos pontos de divergência entre a doutrina e a jurisprudência.

Mas uma coisa ficou bem clara a reforma veio assegurar mais rapidez ao exaurimento da atividade jurisdicional. Afinal, como afirma Chiovenda: “ o processo deve dar, quando for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”. Agora, com o novo procedimento, a busca da realização do direito reconhecido em juízo não mais depende de processo autônomo.

É o que se convencionou chamar de sincretismo processual . Nada mais do que a concentração de atividade de cognição e efetivação no mesmo processo judicial.

Qualquer execução de toda e qualquer demanda deve ser eficaz, para se conseguir alcançada a satisfação do direito, de quem a procura. Nas ações envolvendo alimentos essa pressa é ainda maior . Afinal, alimento é vida e o sustento de quem deles necessita. Trata-se de direito personalíssimo inerente á subsistência e a integridade física do ser humano (GRECCO,2007,P.70-86).

Desde da antiguidade os sistemas jurídicos preocupam-se em estabelecer mecanismos eficientes, que assegurassem o cumprimento das obrigações. No Direito Romano, o devedor inadimplente respondia com o seu próprio corpo (vida e liberdade) perante o credor , podendo ser reduzido a condição de escravo. A lei das XII Tábuas assim expressava o rigor da persecução: “ Se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os

credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre”. (HERTEL,2017)

A obrigação de alimentar tem um fim precípua: atender as necessidades de uma pessoa que não pode prover a própria subsistência. Na busca de estabelecer parâmetros, se invoca o que a lei prevê como legado de alimentos (CC. 1.920, HERTEL, 2017). No âmbito do direito das famílias, o dever de alimentos tem origem no princípio da solidariedade familiar. Decorre do poder familiar, do parentesco, da dissolução do casamento ou da união estável. Assim, a nova sistemática do cumprimento da sentença socorre o credor de alimentos não só pra fazer cumprir a determinação judicial, mas para cumprir preceito constitucional que assegura o direito á vida.

O Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigência no corrente ano, trouxe diversas alterações importantes a respeito de pensão alimentícia. Essas alterações, conforme serão expostas, também acarretarão consequências mais severas ao devedor de alimentos.

Verifica-se que o legislador ao elaborar os artigos sobre o tema em discussão, preocupou-se em dar mais segurança aos beneficiários, tratando de forma mais árdua a prestação alimentar, o que gera um maior respaldo a essas pessoas.

Sendo assim, percebeu-se a necessidade de contribuir nos estudos que visam conhecer as novas modificações no que diz respeito ao Código Processual Civil em relação a lei de pensão alimentícias.

2. A PENSÃO ALIMENTÍCIA

O direito de alimentos está fundamentado no direito á vida, sendo assim, todos têm o direito de viver com o mínimo necessário para que tenha uma vida com dignidade. Este direito esta consolidado no art.5º da Constituição Federal de 1988, o qual prevê que “ 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 á vida, á liberdade, á igualdade, á segurança e a propriedade” (Alves, 2003).

Andrade 2013, pontua alimentos como sendo:

alimentos, em Direito, denomina-se a prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, para que possa atender ás

necessidades da vida. A palavra tem conotação muito mais ampla do que na linguagem vulgar, em que significa o necessário para o sustento. Aqui se trata não só de sustento, como também do vestuário, habitação, assistência médica em caso de doença, enfim de todo o necessário para atender as necessidades da vida; e, em se tratando de criança, abrange o que for preciso para sua instrução.

Ressalta-se que é do Estado o dever de prover alimentos. No entanto, o Estado não tem aparato para atender todos os cidadãos que necessitam, delegando à sociedade familiar o dever de prover o sustento dos necessitados. Assim, todos são amparados pelo direito de alimentos, sejam crianças, adolescentes, idosos ou deficientes, assim como todos aqueles que comprovarem que não tem condições para prover alimentos aos filhos menores, dos filhos maiores aos pais idosos, de um dos cônjuges ao outro, e assim por diante (CASTRO, 1974).

De acordo com o artigo pesquisado de André Luis Iashima Gonçalves, o objeto da execução alimentícia é o de obrigar o devedor de alimentos, de forma coercitiva, a satisfazer, o mais rápido possível, as necessidades básicas do alimentando, em que alimentos são prestações para satisfação das necessidades básicas de quem não pode provê-las por si, assim, compreendendo o que é necessário à vida de pessoas, tais como, alimentação, vestuário, habitação, tratamento médico, transporte, diversões, e se a pessoa alimentada for menor de idade, ainda há verbas para sua instrução e educação, isto se faz atento aos direitos fundamentais, como liberdade, igualdade e fraternidade, pilares máximos do Estado Democrático de Direito (CONOLTH, 2002).

A prisão civil procura ser um meio de coerção que busca conseguir o adimplemento das prestações devidas ao alimentando, consistindo ainda, na possibilidade do credor requerer a citação do devedor de alimentos para que, em três dias, pague a dívida, provar que o fez, ou ainda, justificar sua impossibilidade de cumprir com as obrigações, sob pena de ser decretada sua prisão civil. Caso haja inadimplemento inescusável, ou voluntário, a prisão poderá ser decretada. O prazo máximo da prisão civil, quando se trata de alimentos definitivos ou provisórios, será de 60 (sessenta dias), onde se encontra previsto no artigo 19 da Lei de Alimentos de rito especial; em caso de falta de pagamento de alimentos provisionais, o prazo máximo é de três meses, previsto no artigo 733, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil (CONOLTH, 2002).

Atualmente, de acordo com a autora do artigo pesquisado, Kelli Dal' Agnol, 30

, na legislação brasileira, serão penalizados com prisão civil, somente aqueles que interferirem no inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação alimentícia. Confere disposto no texto constitucional art. 5º, LXVII. Entretanto, há sumula vinculante 25 do STF que discorre quanto ao depositário infiel, apresentando novo entendimento informado como sendo ilícita a prisão civil qualquer que seja a modalidade de depósito (ALBURQUERQUE, 2002).

Observa-se também que no “ Pacto de San José da Costa Rica” de 1969, onde dispõe desta forma: “ Ninguém deve ser detido por dividas “. “ Este principio não limita os mandatos da autoridade judiciaria competente expedida em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. A prisão civil se constitui em uma das formas de executar alimentos, além de outros mecanismos tais como, desconto em folha, desconto em renda e expropriação de bens, assim que preenchidos os requisitos, não há duvidas quanto a necessidade de ao haver descumprimento da obrigação alimentar, voluntario e inescusável, que haja então respaldo para que possa se aplicar a prisão (BRANCO,2001).

Em face da inercia da executado, o juiz decretara a prisão civil, visando compeli-lo ao adimplemento. Havendo então o descumprimento na solvência da pensão alimentícia, ou por não haver o desconto em folha de pagamento, o devedor será citado para que o prazo de três dias, efetue a quitação ou se justifique a isso (BOMFIM,2009).

A prisão, como cumprimento da execução á obrigação alimentar é o mais violento de se cumprir, de modo que somente é possível quando não existem outros meios, isto porque, se subordina a menor restrição possível. Porém, essa medida é extremamente importante, tendo em vista que a alimentação é imprescindível para a manutenção básica e digna ao alimentando (ANDRADE, 2003).

2.1. LEI N°11.232 DE 22 DE DEZEMBRO DE 2015

Os textos da presente lei, quanto à liquidação, merecem ser aqui reproduzidos:

“ Art. 475 – A: Quando a sentença não determinar o valor devido, procede-se á sua liquidação.

§ 1º Do requerimento de liquidação de sentença será a parte intimada, na pessoa de seu advogado.

§ 2º A liquidação poderá ser requerida na pendência do recurso, processando-se em autos apartados, no juízo de origem, cumprindo ao liquidante instruir o pedido com cópias das peças processuais

pertinentes.

§ 3º Nos processos sob procedimento comum sumário, referidos no art.275, inciso II, alíneas „d“ e „e“ desta Lei, é defesa a sentença ilíquida, cumprindo ao juiz se for o caso, fixar de plano, a seu prudente critério, o valor devido.

Art. 475-B: “ Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença, na forma do art. 475-J desta Lei, instruindo com o pedido de memória discriminada e atualizada do cálculo.

§ 1º Quando a elaboração da memória do calculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz a requerimento do credor, poderá requisitá-los, fixando prazo de até trinta dias para o cumprimento da diligência.

§ 2º Se os dados não forem, injustificadamente, apresentados pelo devedor, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo credor, e, se não o forem pelo terceiro, configurar-se-á a situação prevista no art. 362.

§ 3o Poderá o juiz valer-se do contador do juízo, quando a memória apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exequenda e, ainda, nos casos de assistência judiciária

. § 4o Se o credor não concordar com os cálculos feitos nos termos do § 3o deste artigo, far-se-á a execução pelo valor originariamente pretendido, mas a penhora terá por base o valor encontrado pelo contador.

Art. 475-C. Far-se-á a liquidação por arbitramento quando:

– determinado pela sentença ou convencionado pelas partes;

– o exigir a natureza do objeto da liquidação.

Art. 475-D. Requerida a liquidação por arbitramento, o juiz nomeará o perito e fixará o prazo para a entrega do laudo. Parágrafo único. Apresentado o laudo, sobre o qual poderão as partes manifestar-se no prazo de dez dias, o juiz proferirá decisão ou designará, se necessário, audiência.

Art. 475-E. Far-se-á a liquidação por artigos, quando, para determinar o valor da condenação, houver necessidade de alegar e provar fato novo.

Art. 475-F. Na liquidação por artigos, observar-se-á, no que couber, o procedimento comum (art. 272).

Art. 475-G. É defeso, na liquidação, discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou.

Art. 475-H. Da decisão de liquidação caberá agravo de instrumento."

Mas, unicamente, para ser dito, que uma leitura atenta dos referidos dispositivos, demonstra apenas que o legislador do processo civil, talvez tenha se valido da verificação do procedimento já adotado em todas as Varas do Trabalho, para alterar o CPC e mesmo assim não aprendeu, pois permitiu que a decisão que fixa o valor da execução, em liquidação, seja alvo de recurso, “agravo de instrumento”, o que inexistente no processo do trabalho.

A aplicação destes dispositivos, portanto, é inviável, porque a maioria é irrelevante e o último trata-se de um equívoco brutal do legislador no aspecto da efetividade. A presente lei traz, ainda, no Capítulo X, a expressão, “Do Cumprimento da Sentença”, talvez acreditando que estava mesmo criando uma grande novidade,

a de que a execução é apenas uma fase do processo de conhecimento (sentido que se extrai também pela alteração sofrida pelo artigo 269, que não mais faz menção à “extinção do processo” quando o juiz acolhe o pedido do autor).

O fato é que a CLT há muito já tratava o cumprimento da sentença como mera fase do processo, conforme se pode apreender dos dispositivos abaixo:

Art. 832 - Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão.

§ 1º - Quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento.

Art. 878 - A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou ex officio pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior.

Por interpretação destes dispositivos, já defendia a ideia de que a execução trabalhista é uma fase do processo de conhecimento, mas não se pode negar o benefício trazido pela alteração do Código de Processo Civil, pois deixa claro que a execução do título executivo judicial, para pagamento de quantia certa, é mera fase do processo, tornando desnecessária a citação pessoal do executado. Por consequência, o artigo 880 da CLT, que determina que o juiz mande expedir “mandado de citação ao executado” merece uma leitura atualizada, para que seja dispensada a citação pessoal do executado, bastando sua intimação, por carta registrada, no endereço constante dos autos, para que pague a dívida constante do título, no prazo de 48 horas (o CPC estabelece 15 dias, mas este prazo para a lógica do processo do trabalho é excessivo e, ademais, o artigo 880 é claro neste aspecto), sob pena de se efetivar a imediata penhora sobre seus bens.

2.2. O NOVO CONCEITO DE SENTENÇA

Ao conceito meramente topográfico ou formal do Código de 73 (ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa), crescentemente criticado porque, com a criação das tutelas específicas foram ampliadas as hipóteses em que o processo não se encerra com a sentença, mas prossegue, após ela, para a efetivação ou cumprimento da prestação por ela imposta a uma das partes, sobrepõe a Lei 11.232 um conceito enumerativo de hipóteses em que na versão original se evidenciava a existência de sentença, mas sem vinculação a uma determinada nota característica comum (GRECCO, 2007, p.70-86).

É como se o legislador tivesse dito: os casos de sentença, instituto cuja relevância no sistema processual ninguém desconhece, especialmente pelo reflexo na admissibilidade de recurso, continuam os mesmos, sujeitos ainda a apelação. Naqueles casos de sentenças condenatórias, em que a sentença encerrava o processo de conhecimento, essas mesmas decisões, que agora não encerrarão o processo, que prosseguirá com a atividade executória, continuarão a constituir sentenças, para todos os efeitos e, portanto, igualmente sujeitas a apelação.

Ficou implícito o elemento comum a toda as sentenças, que é o pronunciamento conclusivo da fase cognitiva do processo, haja ou não julgamento da pretensão de direito material . Não é o simples julgamento de uma das questões previstas no artigo 269 que caracterizará o ato como sentença, pois pode haver transação sobre parte do pedido, como pode haver renúncia parcial ao direito, e assim por diante, e o processo prosseguir. E também pode haver acolhimento provisório do pedido através de uma antecipação de tutela e o processo igualmente prosseguir.

E tais decisões não serão sentenças, porque não terão concluído a fase cognitiva do processo. Nesse aspecto, a fórmula da Lei 11.232, embora não tenha tocado no fulcro do problema, parece tê-lo atingido ao menos implicitamente. Mas a redação do artigo 269, que antes servia para sustentar a impossibilidade de fragmentação do julgamento conclusivo do mérito, porque obrigava o juiz a extinguir o processo quando o decidisse, o que repudiava a hipótese de sentença parcial, já agora não evidencia com a mesma firmeza essa característica, o que certamente ensejará o entendimento de que as questões de mérito possam ser resolvidas em decisões sucessivas (GRECCO,2007, p. 70-86).

Essa fragmentação já vinha sendo sustentada na hipótese de tutela antecipada de pedido incontroverso (art.273, § 6º), tese agora fortalecida com a nova redação do artigo 269. É importante, observar, que a sentença parcial não encontra campo fértil no processo civil brasileiro pelas características dos nossos procedimentos, nos quais as questões de fato são todas apuradas simultaneamente numa única fase instrutória.

Nunca se poderia pensar em sentença parcial sobre a paternidade numa ação de alimentos proposta pelo filho natural, deixando o juiz para instruir e decidir o pedido alimentício somente depois de resolvida a questão prejudicial, porque as provas da paternidade e do direito aos alimentos, por imposição procedimental,

devem ser produzidas simultaneamente. Não pode o juiz marcar uma primeira audiência para colher as provas sobre a paternidade, decidi-la em uma sentença parcial e, em caso positivo, marcar depois disso uma nova audiência para instruir e ao final decidir o pedido de alimentos.

Assim, com instrução única, a sentença parcial somente parece possível quando a preliminar ou prejudicial de mérito dispensar instrução probatória, como no caso de pedido incontroverso, ou de questão puramente de direito, como a da prescrição. Mas como o conceito codificado de sentença, a partir de 1973, e parece ter sido idêntica a intenção do legislador de 2005, teve como objetivo principal o de sepultar controvérsias quanto ao recurso cabível, pouco importa qual é o tipo de questão que a decisão examina, se processual ou de mérito, o que interessa para a sua caracterização como sentença é se ela encerrou conclusivamente a fase cognitiva do processo.

2.3. COMPETÊNCIA

Pequeno avanço produziu a Lei 11.232/05 em matéria de competência, facultando ao autor (art. 475-P, parágrafo único) promover a execução de sentença no juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição, ou ainda no local onde se encontrem os bens ou no atual domicílio do executado (GRECCO, 2007, p. 70-86).

Criticando a rigidez do atual art. 575-II, ARAKEN DE ASSIS observa que “a efetividade do processo se garantiria melhor considerando o alvo do meio executório, nota Canelutti, e, assim, as execuções por expropriação e desapossamento, que visam bens móveis ou imóveis, têm afinidade com o foro da situação da coisa” .

Possivelmente essa crítica já foi feita, sustentando que a execução, tal como ocorre em muitos países, deveria processar-se “na localidade onde devam ser praticados os atos executórios”. Parece ter sido esse o intuito do dispositivo comentado. Se os atos executórios vão ter de ser praticados em foro diverso daquele em que correu o processo, seja ele o foro da situação dos bens ou o foro do novo domicílio do devedor, poderá o exequente optar por um deles, como poderá não efetuar qualquer opção e simplesmente promover a execução no juízo que proferiu a sentença. A opção é do credor, não do devedor. Mas a opção somente

será legítima se no foro escolhido tiverem de ser praticados no todo ou em parte os atos executórios (GRECCO, 2007, p.70- 86).

Ou seja, pode o réu, pela aplicação subsidiária das regras da execução de título extrajudicial (art. 475- R), através da impugnação à execução ou de exceção de incompetência, rebelar-se contra a opção do exequente, se tiver meios de demonstrar que no foro por este escolhido não serão praticados quaisquer atos executórios.

Surgirá certamente a indagação se a nova regra permitirá uma execução itinerante, ou seja, se remanescer saldo credor depois de liquidados os bens penhorados em determinado foro, perante o qual se instaurou a execução, vierem a ser indicados bens em outro foro, a este poderá novamente deslocar-se a execução. Não vejo impedimento a que isso ocorra.

Entretanto, a exigência de remessa dos autos do processo original ao novo juízo, porque se, justamente, a regra pretende facilitar a execução, essa remessa pode dificultá-la. Imagine-se que a mesma sentença contenha provimento condenatório a prestação pecuniária e também a prestação de fazer. Esta tem de ser cumprida no juízo de origem.

Ou então, imagine-se a hipótese em que o processo original tenha muitos volumes. Só o seu transporte pode ser muito oneroso. Penso que se a remessa, após o peticionamento do autor no novo juízo, será a regra, motivos relevantes poderão justificar que a execução lá se instaure com base em certidão da sentença exequenda, ou, aplicando-se por analogia a nova regra da execução provisória (art. 475-O, § 3º), mediante petição do advogado acompanhada de cópia da sentença por ele autenticada fazendo-se nos autos originais a devida anotação da sua expedição, para evitar duplicidade de execuções em juízos diversos.

2.4. LIQUIDAÇÃO

A disciplina da liquidação de sentença foi transferida para o Livro I do Código, constituindo um novo capítulo IX, logo em seguida ao capítulo sobre a sentença e a coisa julgada, através dos novos artigos 475-A a 475-H, que reproduzem e revogam os atuais artigos 603, 604, 606 a 610 e apenas revogam os artigos 605 e 611. O artigo 605, que facultava ao devedor, que desejasse tomar a iniciativa do pagamento através da chamada *provocatio ad exequendum* do artigo 570, elaborar o

demonstrativo do débito para instruir o seu pedido de citação do credor para vir receber, foi revogado, porque desaparece na Lei 11.232 aquela chamada execução às avessas, mera ação de consignação em pagamento vinculada ao juízo que proferiu a condenação. Doravante, o devedor que desejar tomar essa iniciativa deverá promover normalmente e sem prevenção do juízo que proferiu a condenação a normal ação de consignação regulada nos artigos 890 e ss. do CPC(ANDRADE, 2003).

O art. 611 desaparece porque, julgada a liquidação por decisão sujeita a agravo de instrumento, caberá ao credor, nos termos do novo art. 475-J, requerer a expedição do mandado de penhora e avaliação, não mais se prevendo a citação do devedor para pagar ou nomear bens à penhora em 24 horas, que remanesce apenas para a execução pecuniária de título extrajudicial, enquanto não aprovada a respectiva lei de reforma.

No novo artigo 475-A, que corresponde ao atual artigo 603, desaparecem também as liquidações de prestações de fazer, não fazer ou entrega de coisa, que são muito raras, mas possíveis. Delas, Humberto Theodoro Júnior e eu, entre outros, citamos alguns exemplos em obras específicas (ANDRADE, 2003).

Porém a não individualização do objeto da condenação, nas sentenças que contenham prestações de dar, fazer ou não fazer, será equacionada no bojo do procedimento informal de cumprimento dessas prestações, através das respectivas tutelas específicas reguladas nos arts. 461 e 461-A. Remanesce, apenas, a liquidação de prestação pecuniária, mas não mais como ação de conhecimento acessória, complementar ao processo de conhecimento principal e preparatória do processo de execução, mas como simples fase desse processo sincrético, dedicada normalmente à apuração do quantum debateu insuficientemente determinado na sentença para ensejar a instauração da fase final de execução ou cumprimento da prestação. Da liquidação requerida por uma parte será a outra intimada, não mais citada, sempre na pessoa do seu advogado (art. 475-A, § 1º). A citação na pessoa do advogado, anteriormente prevista (artigo 603, parágrafo único), tinha de efetuar-se através de cumprimento de mandado, mas independia de poderes especiais na procuração. A intimação na pessoa do advogado efetivar-se-á normalmente através de simples publicação de aviso no Diário da Justiça, nos termos do artigo 236 do Código de Processo Civil, salvo nas comarcas do interior em que não haja órgão de imprensa que publique o expediente forense.

Novo é o § 2º do artigo 475-A, que permite que o vencedor, na pendência de recurso contra a decisão que pretenda executar, se antecipe e promova a liquidação no juízo de origem, antes mesmo de que a decisão se torne exequível, acelerando, assim, a futura execução, caso o recurso seja improvido, e independentemente do efeito suspensivo ou não desse recurso. Novo também é o § 3º, que atendendo a reclamos e considerando a experiência exitosa dos juizados especiais, obriga a condenação a ser líquida, dispensando o procedimento ulterior à sentença para esse fim, nas hipóteses das alíneas “d” e “e” do artigo 275, inciso II, ou seja, nas ações sumárias de indenização por acidente de veículo em via terrestre e de cobrança de seguro por dano causado em acidente de veículo. Além de proibir, nesses casos, a sentença ilíquida, a nova regra preceitua que o juiz, se for o caso, fixe de plano, “a seu prudente critério”, o valor devido.

A nova disposição precisa ser interpretada em harmonia com o art. 286 do CPC, que impõe como regra o pedido certo ou determinado, mas admite, em casos excepcionais o pedido genérico. A fixação do valor devido, através de decisão de plano, de acordo com o prudente arbítrio do juiz, não outorga ao julgador uma ampla autorização para o arbitramento por equidade de indenizações nas ações decorrentes de acidentes de veículos, à simples falta de um quantum previamente proposto pelo autor, mesmo porque é uma deformação frequente no foro a de que, mesmo sem que ocorram as exceções em que o artigo 286 admite o pedido genérico, o autor prefira pedir apenas lucros cessantes e danos emergentes, sem quantificá-los, apostando no provável acordo.

Na minha opinião os juízes devem ser mais exigentes no cumprimento do artigo 286 e se o autor tiver formulado pedido certo, a ele proverá o magistrado tal como proposto com base nas provas colhidas e não num julgamento por pura estimativa hipotética e arbitrária.

Nas hipóteses de pedido genérico, autorizadas pelo artigo 286, o juiz deve esgotar na própria fase de conhecimento, através da produção das provas necessárias que instruirão a sentença final, toda a cognição a respeito do quantum debatur. Não há julgamento por equidade ou arbítrio, mas quantificação de plano, ou seja, na própria sentença, a dispensar ulterior procedimento liquidatório (ANDRADE, 2003).

Os demais artigos do capítulo da liquidação se limitam à transposição topográfica das disposições anteriormente localizadas nos artigos 604 e 606 a 610

do CPC.

Pagamento espontâneo ou multa.

O artigo 475-J dispõe que, condenado o devedor em quantia certa ou já fixada em liquidação, deverá efetuar o seu pagamento no prazo de quinze dias, sob pena de ficar o seu débito acrescido de multa no percentual de dez por cento. A nova regra enseja inúmeras observações e suscita muitas dúvidas. Parece-me que esse dispositivo cria um novo dever processual, o de pagamento espontâneo da condenação ou do débito liquidado no prazo de quinze dias, de cujo descumprimento a referida multa é a correspondente sanção, que incidirá automaticamente pelo simples decurso do prazo, independentemente de expressa imposição pelo juiz.

Todo ilícito processual é sempre uma conduta dolosa, salvo disposição expressa em contrário. Assim, o devedor que estiver materialmente impossibilitado de solver a dívida nesse prazo, ou porque não dispõe do dinheiro ou porque não dispõe de bens facilmente transformáveis em dinheiro, não poderá ser atingido por essa multa, cuja relevação deverá postular na ulterior execução.

Entendo que o prazo de quinze dias se conta da intimação da sentença que condenou o devedor em quantia certa ou da intimação da decisão da liquidação, mas que a multa não poderá incidir se contra tal decisão for interposto recurso com efeito suspensivo, porque suspensa a execução da decisão, não praticará o devedor qualquer ato ilícito se deixar de cumprir a prestação a que foi condenado. Mas o devedor, mesmo interpondo recurso sem efeito suspensivo, pode livrar-se da multa, depositando o valor da condenação ou prestando caução suficiente para garantir o seu pagamento. Se o devedor efetuar o depósito em pagamento e interpuser recurso sem efeito suspensivo, o credor não poderá receber o valor depositado, salvo prestando caução, conforme determina o inciso III do novo artigo 475-O (ANDRADE, 2003).

A nova regra cria a possibilidade de desconto do valor devido, de forma parcelada, diretamente do salário do devedor, em um limite de até 50% de seus vencimentos líquidos no caso de execução de assalariado ou aposentado. "Antes não havia uma regra nesse sentido. Baseava-se em um entendimento de jurisprudência em que se falava que esse limite seria de 30%, mas não era algo normatizado como agora", pontua o professor de Direito.

O salário líquido, nesse caso, equivale ao que o devedor recebe,

descontadas, apenas, taxas legais e contratuais com o empregador. "Ou seja, nesse limite de desconto de 50% não se leva em consideração se o devedor tem um crédito consignado, por exemplo. O valor considerado é o do salário bruto, subtraídos os descontos legais", pontua o advogado. Nesses casos, até mesmo a conta bancária do devedor pode ser bloqueada.

Mesmo que a pensão alimentícia tenha sido firmada entre as partes em um compromisso extrajudicial, como por meio de mediação ou de contratos, no caso de não cumprimento do acordo são válidas as mesmas regras da cobrança judicial. "Anteriormente, seria preciso, primeiro, reconhecer judicialmente esse compromisso, agora não", pontua Marques.

2.5 MEIOS DE COBRANÇA

A execução dos alimentos está prevista em mais de um diploma legal. A Lei de Alimentos (Lei 5.478/68) disciplina a execução da sentença ou do acordo nas ações de alimentos (arts. 16 a 19) (BRANCO,2001). O Código de Processo Civil, no Livro II, trata do "Do Processo de Execução", e prevê, no Capítulo V, a execução de sentença ou decisão que fixa alimentos provisionais (arts. 732 a 735). Em que pese as diferenças terminológicas, é pacífico o entendimento de que a cobrança de dívida alimentar pode ser buscada por todas as modalidades previstas em ambos os diplomas GRECCO, 2007, p.70- 86). Sejam alimentos provisórios, provisionais ou definitivos; fixados em sede liminar ou incidental; por sentença sujeita a recurso ou transitada em julgado; ou estabelecidos por acordo, cabível quaisquer dos meios executórios: desconto, expropriação ou coação pessoal. A obrigação alimentar pode constituir-se judicialmente, por decisão interlocutória ou sentença. Extrajudicialmente pode ser levada a efeito por escritura pública;40 por outro documento público assinado pelo devedor; por documento particular assinado pelo devedor e duas testemunhas, ou por transação referendado pelo Ministério Público, Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores (CPC 585, II). Além das sentenças que fixam a obrigação alimentar, as decisões interlocutórias que deferem alimentos provisórios ou provisionais podem ser cobradas por meio do cumprimento da sentença ou do rito da execução sob ameaça de prisão, sendo tal crédito alimentar desde logo exigível (BRANCO,2001).

Os alimentos judicialmente estipulados são exigíveis desde o momento em

que são fixados. Já os extrajudiciais são devidos desde o momento em que o acordo é firmado, independentemente da homologação judicial.

O vencimento da obrigação alimentar é antecipado, pois constituída de prestações sucessivas destinadas a garantir a sobrevivência do credor. Trata-se portanto, de dívida que precisa ser paga de imediato GRECCO, 2007, p.70- 86).

Quando se trata de legado de alimentos, a lei é expressa neste sentido (CC 1.928, parágrafo único): Se as prestações forem deixadas a título de alimentos, pagar-se-ão no começo de cada período. Indispensável adotar o mesmo critério quando se trata de dívida alimentar imposta em face da necessidade do credor. Assim, estipulado os alimentos, devem ser adimplidos desde logo, e qualquer atraso autoriza a cobrança judicial. A inércia do executado no cumprimento espontâneo da obrigação alimentar permite ao exequente que, por meio de simples petição, instaure os atos de força inerentes à atividade executiva GRECCO, 2007, p.70-86).

Apesar de não mais existir o processo de execução de título judicial (L 11.232/2005), é admitido o uso da via judicial para contornar as possíveis dificuldades na localização e desarquivamento dos autos da ação. Nada justifica impedir o credor de lançar mão de duas modalidades de execução no mesmo procedimento. Não mais se justificando a propositura de duas execuções: uma para a cobrança das três últimas parcelas vencidas (CPC 733) e outra para exigir as parcelas anteriores (CPC 646) (BRANCO,2001).

2.6 DESCONTO EM FOLHA

Quando se trata de obrigação alimentar, a lei dá preferência ao pagamento feito por terceiros. Sendo o devedor funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, cabe o pagamento mediante desconto dos rendimentos ou da remuneração do executado (CPC 734).

Trata-se do meio mais eficaz para satisfazer o crédito alimentar. Em razão da sua natureza sub-rogatória, atua independentemente da vontade do devedor, que não precisa ser intimado pessoalmente sequer do deferimento da medida. Basta o credor requer ao juiz, por meio de simples petição, o envio de um ofício ao empregador com a determinação de desconto dos alimentos. Em face da eficácia executiva da sentença, o credor não precisa esperar o inadimplemento da obrigação para requerer o desconto. A ordem emanada à fonte pagadora gera efeitos para o

futuro, de forma contínua e periódica, em perfeita compatibilidade com a natureza dos alimentos.

Mesmo sem expressa previsão do artigo 734 do CPC, é possível efetuar o desconto do profissional liberal que recebe importância mensal, de forma estável e periódica. Marinoni e Arenhart trazem como exemplo o médico que presta serviços a um hospital e recebe honorários mensalmente.

Mesmo quando os alimentos foram estabelecidos extrajudicialmente, havendo mora, pode o credor buscar o desconto diretamente da fonte de rendimentos do devedor. Mas para isso deve buscar a via judicial. Os alimentos também podem ser descontados de outras fontes de renda, a exemplo de alugueis, e alcançados diretamente ao credor (LA 17).

Além das parcelas mensais, o débito executado pode ser abatido dos ganhos do alimentante, de forma parcelada, de modo a não comprometer sua subsistência. Mesmo que o demandado possua bens para garantir a execução, é possível o pagamento mediante desconto em folha.

Não se trata de modalidade mais gravosa ao devedor (CPC 620) e atende, com vantagens, à necessidade do alimentado, não se justificando que aguarde a alienação de bens em hasta pública para receber o crédito. Ainda que o salário seja impenhorável (CPC 649, IV), tal restrição não subsiste para a obrigação alimentar (CPC 649, § 2º). Caso seja inviável o desconto em folha, pode o exequente buscar ou a execução de título executivo extrajudicial (CPC 646) ou o cumprimento da sentença (CPC 475-J), a depender da natureza do título executivo, se submetido à chancela judicial ou não. Em qualquer caso, se a dívida for inferior a três meses, cabe a execução pelo rito da prisão (CPC 733). Só há uma diferença. O cumprimento da sentença ou de acordo judicial deve ser promovido nos mesmos autos em que foi estipulado o encargo. Para executar acordo extrajudicial, é necessário o uso do processo executório.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código Civil, de forma para lá de injustificável, reduziu de cinco para dois anos o prazo prescricional da obrigação alimentar. Como se tratam de parcelas que vencem de forma sucessiva, mês a mês, conta-se o prazo a partir da data em que se vencerem cada uma das parcelas (CC 206, § 2º). Ou seja, não prescreve o direito,

somente extingue-se sua exigibilidade. Conforme refere Rodrigo da Cunha Pereira, o direito aos alimentos é imprescritível, mas não o são as prestações vencidas e inadimplidas. Deste modo, o fato de a obrigação encontrar-se inadimplida além do prazo legal não afasta o direito à cobrança. Somente resta limitado o valor devido às parcelas vencidas antes do decurso do prazo, podendo a prescrição ser reconhecido de ofício pelo juiz (CPC 219, § 5º). Cabe lembrar que contra menores absolutamente incapazes (CC 198, I), bem como entre cônjuges, entre tutelados e curatelados, e durante o exercício do poder familiar, não corre prescrição (CC 197).

Em razão da natureza da dívida de alimentos, é necessário atentar mais à natureza do encargo do que propriamente à literalidade da lei. A omissão do legislador em fazer referência expressa aos dispositivos que regulam a execução de alimentos não tem o condão de afastar a busca pela efetividade da Justiça. As reformas trazidas pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006 vêm ao encontro das mudanças cobradas pela sociedade e que o legislador precisa estar atento. A obrigação alimentar é, com certeza, se não o mais, um dos mais importantes encargos previsto no ordenamento jurídico, tanto que merece proteção constitucional superior ao direito à liberdade. Como os alimentos visam a assegurar a sobrevivência, a garantia do seu adimplemento se fundamenta em um punhado de princípios que resguardam o respeito à dignidade humana. Daí a necessidade de se aplicar a legislação mais eficaz, os procedimentos mais céleres, de modo a assegurar ao credor, do modo mais ágil possível, o direito mais sagrado: o direito à vida.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Emanuel Leite. Inadimplência da obrigação alimentar – execução e prisão civil do devedor. Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional do Centro de Estudos Sociais Aplicados, da Universidade Estadual do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional. Fortaleza, 2007.

ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares, In: Ingo Wolfgang Sarlet [org.]. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Da execução da sentença: liquidação de sentença e cumprimento da sentença (Lei

n. 11.232/05, arts. 475-A a 475-H e arts. 475-I a 475-R). In: SANTOS, Luiz Felipe Brasil (coord.). As recentes reformas processuais: Leis 11.187, de 19/10/05; 11.232, de 22/12/05; 11.276, de 07/02/06; 11.277, de 07/02/06; 11.280, de 16/02/06. Ciclo de Estudos. Cadernos do Centro de Estudos. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas TJRGS, v. I, 2006, p. 39-55

Da execução de alimentos e prisão do devedor. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Manual da Execução. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ADOÇÃO – e o princípio do melhor interesse do menor no Estatuto da Criança e Adolescente

Isabelle Laureano Oliveira dos Santos¹
Prof. Luciano Honório de Carvalho²

RESUMO

Este trabalho procurou analisar a adoção nos dias atuais, em face do melhor interesse da criança. Nessa pesquisa, buscou-se trazer um melhor entendimento da adoção, dispostos na Lei 12.010/2009, através de estudos em doutrinas e artigos, desenvolvendo assim uma interação entre os autores, para uma melhor compreensão das questões acerca da adoção.

Palavras – chave: adoção, família,

ABSTRACT

This work sought to analyze the adoption in the present day, in the face of the best interest of the child. In this research, we sought to bring a better understanding of adoption, established in Law 12.010 / 2009, through studies in doctrines and articles, thus developing an interaction among the authors, for a better understanding of the issues about adoption.

Key words - adoption, family

INTRODUÇÃO

A adoção como instituição jurídica, tem como um dos princípios, o melhor interesse do menor, como podemos observar no artigo 3.1 da Convenção sobre o direito da criança, Decreto 99.710/90 “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.”

A Lei 12.010/2009, nos apresenta formalmente todo o processo de adoção, nos proporcionando um entendimento linear para a concessão da adoção, assim como o ECA, que vem trazer todo o conhecimento acerca dos direitos e deveres das crianças e adolescentes.

Nesse sentido a Lei de adoção, a Convenção Sobre o Direito da Criança, o ECA, todos vêm nos demonstrar que o que realmente prevalece é o melhor interesse da criança, garantido a mesma todos seus direitos, tornando-o na mesma posição de um filho biológico.

Neste estudo, vamos analisar o que é adoção e todo seu desenvolvimento para chegar de fato o ato consumado, observando a sua urgência, em que centenas

de crianças estão a espera de um lar.

A adoção vem apresentando inúmeras dificuldades, seja no processo de adoção, que é longo e burocrático, como também na escolha da criança, que infelizmente a seletividade exclui, em sua maioria, as crianças acima de quatro anos ou que tenham alguma deficiência.

Em uma pesquisa realizada pelo site do Senado, demonstrou essa incoerência na escolha da criança; “A análise dos perfis do CNA indica que é falsa a crença comum de que o maior obstáculo às adoções no Brasil é a questão racial. Cerca de um terço (32,36%) dos pretendentes só aceita crianças brancas, que representam exatamente três em cada dez das cadastradas. Por esse viés, portanto, não existiria dificuldades. Até porque quase 100% das famílias se dispõem a acolher crianças negras ou pardas, que são duas em cada três do cadastro. Além disso, nada menos que 38,72% se declaram indiferentes em relação à raça do futuro filho ou filha. Incompatibilidade difícil de ser suplantada é, na verdade, o fato de que apenas um em cada quatro pretendentes (25,63%) admite adotar crianças com quatro anos ou mais, enquanto apenas 4,1% dos que estão no cadastro do CNJ à espera de uma família têm menos de 4 anos. Em 13 de março deste ano, eram apenas 227 em um universo de 5.465. Por isso, cada dia que passam nos abrigos afasta as crianças ainda mais da chance de encontrar um novo lar. Tanto que é inferior a 1% o índice de pessoas prontas a adotar adolescentes (acima de 11 anos), que por sua vez respondem por dois terços do total de cadastrados pelo CNJ.

Outro fator que costuma ser sério entrave à saída de crianças e adolescentes das instituições de acolhimento, de acordo com as estatísticas do CNJ, é a baixa disposição dos pretendentes (17,51%) para adotar mais de uma criança ao mesmo tempo, ou para receber irmãos (18,98%). Entre os aptos à adoção do CNA, 76,87% possuem irmãos e a metade desses tem irmãos também à espera de uma família na listagem nacional. Como os juizados de Infância e Adolescência dificilmente decidem pela separação de irmãos que foram destituídos das famílias biológicas, as chances de um par (ou número maior) de irmãos achar um novo lar é muito pequena. Fonte: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao.aspx>

A adoção como uma relação jurídica, nos trás, não somente uma forma de oficializar um parentesco civil, mas uma união de pessoas, antes desconhecidas, que passam a conviver como família, proporcionando assim ao adotando uma educação digna, lazer, saúde, segurança, uma base familiar, em que o adotando não teria até então.

1. ADOÇÃO

1.2 CONCEITOS

Mas do que uma relação jurídica, constitui um elo de afetividade, que visa a substituir, por ato de vontade, o geneticamente formado pela natureza, conceitua Nader (2015,p.357).

Ainda segundo Nader (2015, p.360), adoção consiste no parentesco civil, entre pais e filhos, estabelecido mediante negócio jurídico bilateral solene e complexo, formalizado perante a autoridade judiciária.

São vários motivos, que levam os pais a terem vontade de adotar uma criança, seja pelo fato de não poder, ou não optar em gerar um filho, ou por afinidade que tiveram entre si. A adoção acima de tudo, é um ato de amor, em que os pais vão amar incondicionalmente seu filho, ora desconhecido em seu convívio, proporcionando-o um lar, educação, saúde, lazer, uma vida com mais amor e alegrias.

A adoção vem a ser o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício, trazendo para a sua família na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha, Maria Helena Diniz (1995, p. 282).

João Seabra (1995), diz, “podemos definir a adoção como inserção num ambiente familiar, de forma definitiva e com aquisição de vínculo jurídico próprio da filiação, segundo as normas legais em vigor, de uma criança cujos pais morreram ou são desconhecidos, ou, não sendo esse o caso, não podem ou não querem assumir o desempenho das suas funções parentais, ou são pela autoridade competente, consideradas indignas para tal”.

A adoção, proporciona aquelas pessoas que de alguma forma não puderam constituir uma família, a realização de ter um filho, sendo ele de parentesco consanguíneo ou não, proporcionando assim a criança a ter um lar, a ter uma base

familiar.

1.3A ATUAL DISCIPLINA DA ADOÇÃO

Segundo Gonçalves (2014, p.364) a adoção de crianças e adolescentes rege-se, na atualidade, pela Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009. De apenas 7 artigos, a mencionada lei introduziu inúmeras alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente e revogou expressamente 10 artigos do Código Civil concernentes á adoção (arts. 1.620 a 1.629), dando ainda nova redação a outros dois (artigos 1.618 e 1.619). Conferiu, também, nova redação no art. 1.734 do Código Civil e acrescentou dois parágrafos à Lei

n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação da paternidade dos filhos havidos fora do casamento.

Algumas providências sobre a Lei Nacional de Adoção, ainda segundo Gonçalves (2014, p.364):

- Estabelece prazos para dar mais rapidez aos processos de adoção;
- Cria um cadastro nacional, definido em resolução do Conselho Nacional de Justiça, para facilitar o encontro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados por pessoas habilitadas; e
- Limita em dois anos, prorrogáveis em caso de necessidade, a permanência de criança e jovem em abrigo.
- Adoção de crianças indígenas, a lei em questão trata também das crianças indígenas, que por prática cultural de sua tribo, algumas vezes acabam sendo rejeitadas. Nesses casos, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) promoverá a colocação da criança em outra família. É também reforçado o direito da criança de ser criada por sua família biológica, sendo a adoção medida excepcional, à qual se deve recorrer apenas quando os recursos de sua manutenção na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 (ECA. Art 39, nova redação) (GONÇALVES,2014).

No final do processo, conforme relata Venosa (2016, p.342) , a sentença que concede a adoção tem constitutivo. Quando prolatada a sentença de adoção, opera-se simultaneamente a extinção do poder familiar anterior.

Após o trânsito em julgado, será inscrita no Cartório do Registro Civil, mediante mandado do qual não será fornecida certidão. É cancelado o registro

original do adotado, não mais se fazendo menção quanto à modificação. Ressaltemos, porém, que os dados permanecerão disponíveis para eventual requisição por autoridade judiciária. O cartório do registro que indevidamente revelar os dados, ficará sujeito, além das reprimendas administrativas e criminais, a responder por perdas e danos, normalmente de ordem moral. A sentença conferirá ao adotado nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a alteração do prenome (art. 47, § 5º). A sentença que deferir a adoção produz efeitos desde logo, sendo a apelação recebida apenas no efeito devolutivo, “salvo de se tratar de adoção internacional ou se houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ai adotando” (art. 199 – A do ECA) (VENOSA, 2016).

1.3.1 QUEM PODE ADOTAR

De acordo com a Lei n. 12.010/2009: “Podem adotar os maiores de 18 anos, independente do estado civil”.

O art. 1.625 reproduz disposição do ECA (art 43), que, além de se referir a “reais vantagens para o adotando”, exige que a adoção se fundamente em “motivos legítimos”. Este requisito deve ser considerado implícito no texto codificado. Como se observa, o instituto já não é considerado, como outrora, pelo ângulo utilitário do adotante que não possui filhos biológicos e pretende suprir sua falta. Nader (2015, p. 366)

1.3.2 CAPACIDADE DO ADOTANTE

O adotante, dadas as responsabilidades inerentes à paternidade, deve ser pessoa plenamente capaz. O caput do art. 142 do ECA fixou em dezoito anos a idade mínima para o adotante, confirmando o requisito anteriormente constante no art. 1.618,cc, que passou a ter disposição diversa. Ao ser promulgado o Código Civil de 1916, a idade mínima exigida era de cinquenta anos, reduzida posteriormente para trinta. O ECA, e sua versão original, optou por diminuí-la para vinte e um anos, nivelando-a à da capacidade civil plena, da época. Nader (2015, p. 367).

Na hipótese de a adoção ser feita por cônjuges ou companheiros, exige-se a comprovada estabilidade da família, consoante o disposto no art. 42 § 2º, do ECA. O atendimento à exigência de estabilidade da família deve ser comprovada por estudo social do caso, a cargo de órgãos auxiliares do juízo. Estável é a família bem

estruturada, inclusive economicamente, em ambiente tranquilo e solidário. A exigência se harmoniza com o requisito básico da adoção, previsto no art. 1.625: efetivo benefício para o adotando.

É necessário que os pais passem pelo processo socialização. A partir do momento em que a criança é adotada, ela passa a ser filho legítimo, tendo seus direitos e deveres assegurados. Ao começar o convívio familiar, em seus primeiros meses, poderá ocorrer alguns desentendimentos, gerando assim conflitos, sendo assim os pais, ou a mãe, ou o pai, deverá saber lidar com a situação, deverá estar preparado para conseguir amenizar a situação e não desistir da adoção.

É de grande responsabilidade o ato de adotar uma criança, ter em suas mãos a missão de educar, proteger e amar, como se fosse seu filho biológico, por isso tem que ser uma decisão bem pensada, ciente das dificuldades e dos prazeres que um filho proporciona.

1.3.3 ADOÇÃO HOMOAFETIVO

Segundo Nader (2015, p. 372), a adoção por homossexuais, individualmente, não é proibida, devendo a pretensão ser submetida, como qualquer outra, ao crivo do estudo social, a fim de se apurar a sua potencialidade de benefício para o adotando

Nos Estados democráticos de Direito, a instância legítima para as inovações na ordem jurídica é o Poder Legislativo, pois ao Judiciário compete apenas a exegese científica das fontes formais e sua aplicação aos casos concretos. É claro que ao juiz contemporâneo é atribuído importante papel na definição do ordenamento especialmente ao promover a conciliação da lei com a realidade subjacente e no preenchimento de lacunas. Esta harmonização se opera com as modernas técnicas de interpretação, que promovem o ajustamento das leis aos novos fatos, mas sem trair a mens legis, sem valer-se de subterfúgios ou artificialismo. A pretensão de se admitir a adoção por duas pessoas do mesmo sexo, não deve ser alcançada por outra fonte, senão a legislativa. Nader (2015, p. 373).

Com o casamento homoafetivo, o casal passa a ter o direito de ter um filho e a adoção é uma opção válida, que deverá ser feita com todo o trâmite que o processo de adoção exige.

1.3.4 ADOÇÃO POR TUTORES E CURADORES

A Lei Civil não impede a adoção pelo tutor ou curador, apenas exige a prévia prestação de contas e o pagamento de eventual débito. É a dicção do art. 1.620, que reproduz o art. 371 do Código revogado, e o art. 44 do ECA. Com a disposição, pretende-se evitar qualquer lesão aos direitos patrimoniais dos menores ou interditos, valendo-se o representante legal de meio artificioso. Nader (2015,p. 370).

Ainda segundo Nader (2015,p. 371), outro aspecto relevante a considerar é que a nomeação de tutor e curador recai, prioritariamente, em parente próximo do pupilo ou interdito, como ascendente ou irmão. Ora como a adoção por avós ou irmãos é vedada, em relação a estes a regra do art. 1.620 não incidiria. Igualmente quando o curador é um dos pais. Se o filho é curador de seu pai, impossível a adoção em razão de inexistência de diferença de idades.

1.3.5 ADOÇÃO POR DUAS PESSOAS

Tendo em vista que o poder familiar se transfere ao adotante, a adoção por mais de uma pessoa é permitida apenas quando se tratar de cônjuges ou de companheiros. Especialmente quando o adotando é criança ou adolescente, a adoção por casal bem ajustado atende melhor as finalidades do instituto, que são a de proporcionar um lar saudável onde o filho adotivo logre o seu melhor desenvolvimento físico, moral e cultural.

Não sendo por casal, a adoção há de ser feita por uma pessoa, homem ou mulher, atendidos os requisitos legais. Em se tratando de pessoas separadas ou divorciadas, admite a Lei Civil a adoção, desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado durante a sociedade conjugal e o casal haja acordado sobre a guarda e o regime de visitas. Esta é a exceção estipulada no parágrafo único do art. 1.622. O regime de guarda compartilhada é aplicável ao adotando, de acordo com o artigo 25 do ECA, formulado pela Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009.

2.ADOÇÃO PASSO A PASSO

Quem pode adotar?

Homens e mulheres, não importa o seu estado civil, desde que sejam maiores

de 18 anos de idade e sejam 16 anos mais velhos do que o adotado.

O começo da jornada

Entre em contato com a Vara da Infância e Juventude mais próxima de sua residência e solicite a lista de documentos necessários para iniciar seu processo de adoção.

Este também é o momento de esclarecer todas suas dúvidas com relação ao processo burocrático. Entre em contato com a Vara da Infância sempre que sentir necessidade, seja por telefone ou pessoalmente.

DICA: em algumas cidades é obrigatório a participação em cursos preparatórios para adoção, sendo assim, pergunte sobre esta questão.

As avaliações

Não se preocupe, as avaliações com o setor técnico fazem parte do processo e geralmente são divididas em avaliações psicossociais (Assistente Social) e psicoemocional (Psicólogo).

Estas avaliações ocorrem em entrevistas previamente agendadas pelo setor técnico com o objetivo de conhecer melhor os pretendentes.

As avaliações

Não se preocupe, as avaliações com o setor técnico fazem parte do processo e geralmente são divididas em avaliações psicossociais (Assistente Social) e psicoemocional (Psicólogo).

Estas avaliações ocorrem em entrevistas previamente agendadas pelo setor técnico com o objetivo de conhecer melhor os pretendentes.

A tão esperada ligação

Este momento é um dos mais esperados por todos e acreditamos que seja

um dos mais emocionantes também. Nesta ligação a Vara da Infância vai informar que existe uma criança no perfil desejado e se você tem o interesse em conhecê-la pessoalmente.

Também dizem outras coisas, mas depois da frase anterior não dá para pensar em mais nada. Chegando na Vara da Infância, tanto a criança como a história dela serão apresentadas apenas no papel (*foto e histórico de vida*). Caso ainda tenha o interesse, será necessário aguardar um documento liberando sua visitação no abrigo (*casa de acolhimento*).

Obs.: Este documento não é preparado no mesmo dia.

Visitas

Enfim chegou o dia de conhecer seu filho (a) pessoalmente. As emoções são indescritíveis e com certeza ficarão guardadas em um cantinho muito especial de suas lembranças.

O período de visitas serve também como período de adaptação e se tudo correr bem você receberá a guarda provisória.

Obs.: Não existe um determinado número de dias para este período que podem levar dias, semanas e até meses.

Família

Mesmo com a guarda provisória vocês já são uma família e seu filho (a) tem todos os direitos legais que um filho pode ter (ex.: plano de saúde).

Os acompanhamentos periódicos por parte de equipe técnica ainda vão ocorrer até o momento em que será apresentado ao juiz uma avaliação conclusiva.

A nova certidão de nascimento vai depender da sentença favorável do juiz e só após este processo o novo registro de nascimento será emitido.

Obs.: Tanto o sobrenome, quanto o primeiro nome pode ser alterado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No estudo realizado, podemos observar com mais veemência a adoção nos dias atuais, pois é um instituto jurídico que visa oferecer um lar a uma criança órfã.

A adoção vem nos mostrar, que é possível constituir uma família, sem que haja laços consanguíneos, vem através de um ato jurídico, em que legaliza a formação de uma família substituta.

Na adoção, é importante ressaltar que o que se tem de mais importante, é o melhor interesse da criança, conforme previsto na Constituição Federal de 1988, no 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.

Sendo assim toda criança deverá encontrar amparo legal do Estado, que lhe concederá seus direitos e deveres, para viver decentemente em uma sociedade, encontrando assim, através da adoção, uma família substituta, que lhe dará condições de vida descente, para que assim possa ter uma base familiar em que será seu apoio na sua jornada terrena.

Podemos observar então, que a adoção proporciona uma qualidade de vida melhor para crianças que se encontram vulneráveis, fazendo com que elas encontrem um lar, uma família.

REFERÊNCIAS

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado v.3 / Carlos Roberto Gonçalves; coordenador Pedro Lenza – São Paulo: Saraiva,2014.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v. 5: Direito de Família / Paulo Nader. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito de Família / Silvio de Salvo Venosa – 16.

Ed. rev. e atual. – Saõ Paulo: Atlas, 2016.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família.

V. 5.: Saraiva, 1995.

DINIZ, João Seabra. A adoção: Notas para uma visão global. In: Abandono e Adoção: Contribuições para uma cultura da Adoção.I.

Adoção passo a passo, disponível em ://www.adocaobrasil.com.br/adocao- passo-a-passo/

Pesquisa realizado pelo CNA, disponível em:

<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao.aspx>

