



COLÉGIO DE PRESIDENTES  
DOS INSTITUTOS DOS ADVOGADOS  
DO BRASIL

O DIREITO E A ADVOCACIA:

# Novos Tempos

AUTORES

Alexandre Morais da Rosa	José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro
André Augusto Malcher Meira	Jovani De Aguiar Ribeiro Pereira
Antônio Luiz Calmon Navarro Teixeira Da Silva	Juliana Goulart
Antonio Menezes Filho	Maria Eugênia do Amaral Kroetz
Bruno Menezes Coelho de Souza	Oswaldo Agripino de Castro Júnior
Christianne Moreira Moraes Gurgel	Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral De Souza
Claudio Santos	Paula Brener
Edmilson Lima	Pedro Henrique Bandeira Sousa
Eduardo Lycurgo Leite	Ricardo Maurício Freire Soares
Felipe Martins Pinto	Roberto Rosas
Flávio Buonaduce Borges	Sabine Mara Müller Souto
Gilberto Lopes Teixeira	Sérgio Emílio Schlang Alves
Gustavo Ventura	Sulamita Santos Cabral
João Gonçalves de Lemos	Tânia Maria Françosi Santhias
João Ricardo Fornazari Bini	Tarcísio Araújo Kroetz
José Anchieta da Silva	



EDITORA  
IASP

ORGANIZAÇÃO DE:

**Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins**

**Gilberto Lopes Teixeira**

**Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti**

**ORGANIZAÇÃO DE:**  
**Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins**  
**Gilberto Lopes Teixeira**  
**Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti**

# O Direito e a Advocacia: Novos Tempos

## **AUTORES:**

Alexandre Morais da Rosa	José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro
André Augusto Malcher Meira	Jovani De Aguiar Ribeiro Pereira
Antônio Luiz Calmon Navarro Teixeira Da Silva	Juliana Goulart
Antonio Menezes Filho	Maria Eugênia do Amaral Kroetz
Bruno Menezes Coelho de Souza	Oswaldo Agripino de Castro Júnior
Christianne Moreira Moraes Gurgel	Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral De Souza
Claudio Santos	Paula Brener
Edmilson Lima	Pedro Henrique Bandeira Sousa
Eduardo Lycurgo Leite	Ricardo Maurício Freire Soares
Felipe Martins Pinto	Roberto Rosas
Flávio Buonaduce Borges	Sabine Mara Müller Souto
Gilberto Lopes Teixeira	Sérgio Emílio Schlang Alves
Gustavo Ventura	Sulamita Santos Cabral
João Gonçalves de Lemos	Tânia Maria Françosi Santhias
João Ricardo Fornazari Bini	Tarcísio Araújo Kroetz
José Anchieta da Silva	

**APRESENTAÇÃO:**  
**Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins**  
**Gilberto Lopes Teixeira**  
**Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti**



**EDITORA**  
**IASP**

São Paulo - SP  
Editora IASP  
2021

**ISBN 978-65-87082-11-0**

## **O DIREITO E A ADVOCACIA: NOVOS TEMPOS**

Edição e Distribuição da Editora IASP

Os autores desta obra gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica.  
Cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seu trabalho.

Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP  
CNPJ 43.198.555/0001-00  
Av. Paulista, 1294 - 19º andar - CEP 01310-915  
São Paulo - SP - Brasil

Fundado em 29 de Novembro de 1874

Site: [www.iasp.org.br](http://www.iasp.org.br)  
E-mail: [iasp@iasp.org.br](mailto:iasp@iasp.org.br)

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas de obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Revisão: Instituto dos Advogados de São Paulo

Capa e diagramação: [contato@girafo.com.br](mailto:contato@girafo.com.br)

Livro Digital

Dados para catalogação

MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis (Org.)  
O direito e a advocacia: novos tempos / organização Carlos Eduardo  
Behrmann Rátis Martins, Gilberto Lopes Teixeira e Bruno Novaes  
Bezerra Cavalcanti. São Paulo: Editora IASP, 2021.

E-book  
ISBN 978-65-87082-11-0

1. Direito. I. TEIXEIRA, Gilberto Lopes (Org.). II. CAVALCANTI,  
Bruno Novaes Bezerra (Org.). III. Título

CDD 340  
Cutter M386d

Karina Borsari  
CRB-8/4951



**COLÉGIO DE PRESIDENTES  
DOS INSTITUTOS DOS ADVOGADOS  
DO BRASIL**

**DIRETORIA:**

**CARLOS EDUARDO BEHRMANN RÁTIS MARTINS  
PRESIDENTE**

**GILBERTO LOPES TEIXEIRA  
VICE-PRESIDENTE**

**BRUNO NOVAES BEZERRA CAVALCANTI  
DIRETOR-SECRETÁRIO**

Gestão 2020/2021

# Presidentes dos Institutos de Advogados

**ALESSANDRO DE JESUS UCHÔA DE BRITO**

Instituto dos Advogados do Amapá - IAPP

**ANTÔNIO MÁRIO DE ABREU PINTO**

Instituto dos Advogados Potiguares – IAP

**CARLOS EDUARDO BEHRMANN RÁTIS MARTINS**

Instituto dos Advogados da Bahia - IAB

**JOÃO GONÇALVES LEMOS**

Instituto dos Advogados do Ceará - IAC

**FLÁVIO BUONADUCE BORGES**

Instituto dos Advogados de Goiás - IAG

**FÁBIO ARTHUR DA ROCHA CAPILÉ**

Instituto dos Advogados Mato-Grossenses - IAMAT

**BENEDICTO ARTHUR DE FIGUEIREDO NETO**

Instituto dos Advogados do Mato-Grosso do Sul - IAMS

**FELIPE MARTINS PINTO**

Instituto dos Advogados de Minas Gerais - IAMG

**BRUNO MENEZES COELHO DE SOUZA**

Instituto dos Advogados do Pará - IAP

**TARCÍSIO ARAÚJO KROETZ**

Instituto dos Advogados do Paraná - IAP

**GUSTAVO VENTURA**

Instituto dos Advogados de Pernambuco - IAP

**ÁLVARO FERNANDO DA ROCHA MOTA**

Instituto dos Advogados Piauienses - IAP

**SULAMITA TEREZINHA SANTOS CABRAL**

Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul - IARGS

**GILBERTO LOPES TEIXEIRA**

Instituto dos Advogados de Santa Catarina - IASC

**RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA**

Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP

# Presidentes Honorários

MARIA ODETE DUQUE BERTASI - IASP

JOSÉ ANCHIETA DA SILVA - IAMG

ANTÔNIO LUIZ CALMON NAVARRO TEIXEIRA DA SILVA - IAB

FERNANDO FRAGOSO - IAB

SULAMITA TEREZINHA SANTOS CABRAL - IARGS

JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO - IASP

ANTÔNIO MÁRIO DE ABREU PINTO - IAP

ÁLVARO FERNANDO DA ROCHA MOTA - IAP

HÉLIO GOMES COELHO JÚNIOR - IAP



# Medalha Santo Ivo

RUBENS APPROBATO MACHADO

PAULO EDUARDO DE ARAÚJO SABOYA

RENÉ ARIEL DOTTI

ORLANDO GOMES

HUMBERTO THEODORO JUNIOR

CARLOS MÁRIO DA SILVA VELOSO

MIGUEL REALE JUNIOR

PEDRO DE AZEVEDO GORDILHO

CARLOS AYRES BRITTO

HELENO TAVEIRA TORRES

HERÁCLITO FONTOURA SOBRAL PINTO

JOSÉ ANCHIETA DA SILVA

## **ESTATUTO DO COLÉGIO CAPÍTULO VI DA MEDALHA DE SANTO IVO**

Art. 16 – “A Medalha de Santo Ivo é a maior comenda do Colégio de Presidentes dos Institutos que poderá outorgá-la, anualmente, para um único advogado ou advogada de renome nacional, como reconhecimento de seu mérito”



COLÉGIO DE PRESIDENTES  
DOS INSTITUTOS DOS ADVOGADOS  
DO BRASIL

# Sumário

<b>PRESIDENTES DOS INSTITUTOS DE ADVOGADOS</b>	<b>5</b>
<b>PRESIDENTES HONORÁRIOS</b>	<b>7</b>
<b>MEDALHA SANTO IVO</b>	<b>8</b>
<b>APRESENTAÇÃO</b>	
CARLOS EDUARDO BEHRMANN RÁTIS MARTINS, GILBERTO LOPES TEIXEIRA E BRUNO NOVAES BEZERRA CAVALCANTI	<b>14</b>
<b>PARTICIPAM DESTA OBRA</b>	<b>16</b>
<b>A ARBITRAGEM E O ÁRBITRO</b>	
CLAUDIO SANTOS	<b>25</b>
<b>A PROTEÇÃO DOS DADOS GENÉTICOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO</b>	
CHRISTIANNE MOREIRA MORAES GURGEL	<b>47</b>
<b>A CRIAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS NO BRASIL E DIA DO ADVOGADO</b>	
SULAMITA SANTOS CABRAL	<b>82</b>
<b>AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO</b>	
PATRICIA VERÔNICA NUNES CARVALHO SOBRAL DE SOUZA E RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES	<b>86</b>
<b>AQUISIÇÃO DE PROPRIEDADES RURAIS POR ESTRANGEIROS</b>	
TARCÍSIO ARAÚJO KROETZ E MARIA EUGÊNIA DO AMARAL KROETZ	<b>100</b>
<b>ARBITRAGEM ESPORTIVA E A LEI PELÉ: APLICABILIDADE DO ARTIGO 90-C APÓS A REFORMA TRABALHISTA</b>	
PEDRO HENRIQUE BANDEIRA SOUSA	<b>107</b>
<b>BREVE HISTÓRIA DA CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRASIL</b>	
ANTONIO MENEZES FILHO	<b>127</b>
<b>CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE</b>	
JOÃO RICARDO FORNAZARI BINI	<b>133</b>

<b>DA PROVA IMORAL E ILÍCITA FRENTE A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA</b>	
FLÁVIO BUONADUCE BORGES _____	149
<b>DEVIDO PROCESSO LEGAL NO BRASIL</b>	
ROBERTO ROSAS _____	157
<b>DIREITO DO CONSUMIDOR NO SISTEMA EDUCACIONAL BRASILEIRO</b>	
SÉRGIO EMÍLIO SCHLANG ALVES _____	167
<b>A MORADIA EM IMÓVEL URBANO RESIDENCIAL COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL E VALOR SOCIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO</b>	
ANTÔNIO LUIZ CALMON NAVARRO TEIXEIRA DA SILVA _____	193
<b>IMPOSTO VERDE: A TRIBUTAÇÃO DO CARBONO COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE SUSTENTÁVEL</b>	
TÂNIA MARIA FRANÇOSI SANTHIAS _____	210
<b>INSEGURANÇA JURÍDICA: A PESTE DO BRASIL</b>	
JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO _____	223
<b>LAMPEJOS</b>	
JOVANI DE AGUIAR RIBEIRO PEREIRA _____	238
<b>O ADVOGADO</b>	
JOÃO GONÇALVES DE LEMOS _____	243
<b>O ESTADO. O DIREITO. AS PESSOAS. A SOCIEDADE. A PANDEMIA.</b>	
JOSÉ ANCHIETA DA SILVA _____	252
<b>O NOVO PARADIGMA DA TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA</b>	
GUSTAVO VENTURA _____	299
<b>OS PRINCÍPIOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESA</b>	
BRUNO MENEZES COELHO DE SOUZA E ANDRÉ AUGUSTO MALCHER MEIRA _____	318
<b>REFLEXÕES SOBRE A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019</b>	
EDMILSON LIMA _____	335
<b>RESOLUÇÃO ADEQUADA DE CONFLITOS TRABALHISTAS</b>	
GILBERTO LOPES TEIXEIRA E JULIANA GOULART _____	392

<b>RESPONSABILIZAÇÃO DE GESTORES PELA MERA POSIÇÃO NA HIERARQUIA CORPORATIVA: TIPO OBJETIVO E TIPO SÚBJETIVO NA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL EMPRESARIAL</b>	
FELIPE MARTINS PINTO E PAULA BRENER _____	411
<b>SOBRE AS ESTRELAS E O MAR</b>	
EDUARDO LYCURGO LEITE _____	442
<b>IMPORTÂNCIA DO COMPLIANCE E LGPD NO SETOR DE TRANSPORTE MARÍTIMO E PORTOS</b>	
SABINE MARA MÜLLER SOUTO E OSVALDO AGRIPINO DE CASTRO JÚNIOR _____	460
<b>LGPD – LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, DISPOSITIVO LEGAL QUE ALTEROU A FORMA DE TRATAMENTO DOS DADOS PESSOAIS PELAS EMPRESAS NO BRASIL</b>	
SABINE MARA MÜLLER SOUTO E ALEXANDRE MORAIS DA ROSA _____	485
<b>RELAÇÕES DE INSTITUTOS DE ADVOGADOS QUE COMPÕEM O COLÉGIO DE PRESIDENTES DOS INSTITUTOS DOS ADVOGADOS DO BRASIL _____</b>	521

O Direito e a Advocacia:  
Novos Tempos

# Apresentação

É com grande orgulho que apresentamos à comunidade jurídica este mais novo livro do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil, atendendo com grande satisfação ao artigo 10, inciso IV do Estatuto da entidade que estabelece que compete ao Presidente da Instituição *editar, ao menos, uma publicação por ano sobre tema deliberado pelo Colégio de Presidentes dos Institutos, sem prejuízo de outras publicações e outros meios de divulgação.*

Tendo como temática “O Direito e a Advocacia: novos tempos”, a presente obra reúne 25 (vinte e cinco) artigos que abrangem diversos eixos do direito constitucional, civil, empresarial, tributário, trabalho, administrativo, previdenciário, penal, processual e internacional e da teoria do direito, reunindo autores dos diversos Institutos dos Advogados do Brasil, entre eles: sete artigos do Instituto dos Advogados da Bahia, seis artigos do Instituto dos Advogados de Santa Catarina, três artigos do Instituto dos Advogados do Distrito Federal, dois artigos do Institutos dos Advogados de Minas Gerais, um artigo do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, , um artigo do Instituto dos Advogados de São Paulo, um artigo do Instituto dos Advogados do Ceará, um artigo do Instituto dos Advogados do Paraná, um artigo do Instituto dos Advogados de Goiás, um artigo do Instituto dos Advogados do Pará e um artigo do Instituto dos Advogados de Pernambuco.

Sem sombra de dúvidas, o sucesso da produção deste livro em tempos de pandemia, deve-se, principalmente, ao apoio dos Presidentes dos Institutos dos Advogados de todo o país, que motivaram seus associados a encaminharem os trabalhos que temos a honrar de apresentar na presente publicação, cumprindo essas Instituições seculares com sua principal atribuição regimental e sentido de suas existências: **produzir conhecimento científico em benefício da coletividade.**

Assim como, faz-se necessário destacar que esse livro virtual não seria possível se, desde o início dos trabalhos desenvolvidos na sua elaboração, não houvesse o imprescindível apoio do Instituto dos Advogados de São Paulo, nas pessoas do seu atual Presidente, o Professor Doutor Renato de Mello Jorge Silveira e o Presidente Honorário do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil e ex-Presidente do IASP, o Professor José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, disponibilizando os serviços da conceituada Editora do Instituto dos Advogados de São Paulo, cujas publicações são utilizadas como referências pelos Tribunais em todo o país.

Boa leitura!

Salvador, Bahia, 18 de janeiro de 2021.

**CARLOS EDUARDO BEHRMANN RÁTIS MARTINS**

**Presidente do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil**

**Presidente do Instituto dos Advogados da Bahia – IAB**

**GILBERTO LOPES TEIXEIRA**

**Vice-Presidente do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil**

**Presidente do Instituto dos Advogados de Santa Catarina – IASC**

**BRUNO NOVAES BEZERRA CAVALCANTI**

**Secretário-Geral do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil**

**Ex-Presidente do Instituto dos Advogados de Pernambuco - IAP**



## Participam desta obra:

### **ALEXANDRE MORAIS DA ROSA**

Doutor em Direito (UFPR), com estágio de pós-doutoramento em Direito (Faculdade de Direito de Coimbra e UNISINOS). Mestre em Direito (UFSC). Professor Associado de Processo Penal da UFSC. Professor do Programa de Graduação, Mestrado e Doutorado da UNIVALI. Juiz de Direito do TJSC. Membro Honorário da Associação Ibero Americana de Direito e Inteligência Artificial/AID-IA. Pesquisa Novas Tecnologias, Big Data, Jurimetria, Decisão, Automação e Inteligência Artificial aplicadas ao Direito Judiciário, com perspectiva transdisciplinar. Coordena o Grupo de Pesquisa SpinLawLab (CNPq UNIVALI).

### **ANDRÉ AUGUSTO MALCHER MEIRA**

Mestre em Direito Comercial pela Universidade de Lisboa. Doutorando em Direito pela Universidade de Lisboa. Titular da Cadeira nº 02 da ABD – Academia Brasileira de Direito. Titular da Cadeira nº 27 da APLJ - Academia Paraense de Letras Jurídicas. Membro Efetivo e Representante Titular no Pará do IAB Nacional. Membro Efetivo do IAP - Instituto dos Advogados do Pará e do IAMG – Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Presidente do ISM – Instituto Silvio Meira. Advogado e Professor Adjunto da UNAMA. E-mail: contato@mmeira.adv.br

### **ANTÔNIO LUIZ CALMON NAVARRO TEIXEIRA DA SILVA**

Advogado. Ex-Presidente do Colégio de Presidentes dos Institutos de Advogados, Ex-Presidente do Instituto dos Advogados da Bahia, associado efetivo do Insittuto de Advogados Brasileiros, do Instituto dos Advogados de São Paulo, sócio honorário do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – IARGS.

### **ANTONIO MENEZES FILHO**

Secretário-Geral do Instituto dos Advogados da Bahia – IAB. Vice-Presidente da região Nordeste da Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas (ABRAT). Ex-Presidente da Associação Baiana dos Advogados Trabalhistas (ABAT).

### **BRUNO MENEZES COELHO DE SOUZA**

Presidente do IAP – Instituto dos Advogados do Pará. Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Pará. Presidente do IJCS – Instituto Jurídico Coelho de Souza. Membro Correspondente da ACED – Academia Cearense de Direito. Membro Efetivo do ISM – Instituto Silvio Meira. Especialista em Direito. Advogado. E-mail: bruno@coelhodesouza.com.br

### **CHRISTIANNE MOREIRA MORAES GURGEL**

Professora de Direito do Trabalho da Universidade Católica de Salvador. Mestra em Direito do Trabalho pela PUC/São Paulo. Especialista em Direitos Humanos pela Universidade do Estado da Bahia. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Federal da Bahia. Advogada. Presidente da Comissão de Direitos Humanos e da Escola Jurídica do Instituto dos advogados da Bahia. Vice-Presidente da Comissão de Direitos Sociais da OAB-Ba.

### **EDMILSON B. LIMA**

Procurador autárquico (aposentado). Membro do Conselho Superior do IAB – Instituto dos Advogados da Bahia. Consultor Especial do ISP/UFBA

### **EDUARDO LYCURGO LEITE**

Presidente do Instituto dos Advogados do Distrito Federal (2020-2023). Mestre em Direito Internacional e Doutor pela American University-Washington College of Law, Washington, DC, EUA. Professor de Direito Autoral e sócio da Lycurgo Leite Advogados (Brasília, DF).

### **FELIPE MARTINS PINTO**

Advogado criminalista. Professor de Direito Processual Penal nos cursos de graduação, mestrado e doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Presidente do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG). Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Diretor Tesoureiro da Academia Mineira de Letras Jurídicas. Diretor de Comunicação do Instituto de Ciências Penais (ICP).

### **FLÁVIO BUONADUCE BORGES**

Advogado. Prof. de Direito Processual Civil na Universidade Federal de Goiás. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Instituto Ibero-americano de Direito Processual. Membro do Instituto Pan-americano de Direito Processual. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Presidente do Instituto dos Advogados de Goiás.

### **FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS**

Bacharel em ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Ex-Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça. Professor aposentado do Centro de Estudos Sociais Aplicados da Universidade Estadual do Ceará – UECE. Ex-Presidente do Instituto dos Advogados do Distrito Federal – IADF. Consultor e Advogado perante os Tribunais Superiores. E-mails: [adv.claudiosantos@gmail.com](mailto:adv.claudiosantos@gmail.com) e [adv.claudiosantos@icloud.com](mailto:adv.claudiosantos@icloud.com)

### **GILBERTO LOPES TEIXEIRA**

Vice-Presidente do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil, Presidente do Instituto dos advogados de Santa Catarina – IASC, Membro Honorário da OAB/SC, Advogado, Professor universitário, Coordenador do Curso de Direito da UNISOCIESC em Florianópolis, escritor, árbitro, mediador, articulista e palestrante, membro da ACAT, ABRAT, Casa da Cultura Jurídica, CAMESC, Membro do Conselho da Cidade da Prefeitura Municipal de Florianópolis, Conselheiro da Fundação Unitas e Kairós.

### **GUSTAVO VENTURA**

Presidente do Instituto dos Advogados de Pernambuco. Mestre em Direito Tributário pela PUC/SP

### **JOÃO GONÇALVES DE LEMOS**

É professor universitário, advogado, possui mestrado e outros cursos de pós-graduação lato sensu; dedica-se à vida acadêmica, universitária, à literatura técnico-científica, ao pensamento filosófico, ao memorialismo, história, tendo publicado cerca de 10 livros, além de trabalhos esparsos

em jornais e revistas. No âmbito do serviço público federal, destacou-se pelas elevadas e relevantes funções que exerceu em vários ministérios, bem como coordenador de cursos de graduação e pós-graduação; participou de seminários e congressos nacionais e internacionais; é membro de várias instituições culturais, nacionais e internacionais, entre as quais as academias de Letras ALMECE (Patrono Município de Cedro), Lavrense, Cedrense e Juvenal Galeno, de Ciências Sociais, Divine Académie Française des Arts, Lettres et Culture (Paris); entre as distinções com que foi homenageado, destacam-se as recebidas da Assembleia Legislativa (CE), das câmaras municipais de Fortaleza, Lavras da Mangabeira, Cedro e Jaguaratama, bem como do Instituto dos Advogados de Pernambuco (Colar de Alta Distinção Flávio de Queiroz Bezerra Cavalcanti), do Instituto dos Advogados Brasileiros (Medalha Luiz Gama), da Prefeitura de Cedro-CE (Medalha Cedrensidade, comemorativa ao Centenário de Cedro), e das Academias de Letras Sul-Mato-Grossense, de Brasília e da Academia Paraibana de Letras Jurídicas. E-mail: joaogdelemos@gmail.com

#### **JOÃO RICARDO FORNAZARI BINI**

Advogado. Mestrando em Ciências Jurídicas no Departamento de Direito da Universidade Autônoma de Lisboa “Luis de Camões”, em Lisboa, Portugal. E-mail: [jr.bini@uol.com.br](mailto:jr.bini@uol.com.br).

#### **JOSÉ ANCHIETA DA SILVA**

Advogado. Presidente da Academia Mineira de Letras Jurídicas. Vice-presidente da Associação Comercial e Empresarial de Minas. Do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais. Membro nato do Colégio de Presidentes dos Institutos de Advogados do Brasil.

#### **JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO**

Advogado. Presidente Honorário do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil. Titular da cadeira número 5 da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Juiz na classe de Jurista do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo.

### **JOVANI DE AGUIAR RIBEIRO PEREIRA**

Advogada. Diretora Financeira do IAB, gestão fevereiro 2015/2021. Diretora Secretária Geral do IAB, gestão junho 2010/2015. Diretora Geral da Escola Livre de Direito Josafhat Marinho – IAB. junho 2010/2015. Diretora de Saúde da CAAB, janeiro 2007 a 12/ 2009. 1ª Diretora Financeira da ANAAD, 2005 a 2007. Conselheira da ANAAD, 2003 a 2005. Conselheira Fiscal da CAAB, 2004 / 2007. Membro Efetivo do IAB desde 8/08/2001.

### **JULIANA GOULART**

Advogada, mediadora, conciliadora, Professora universitária do Curso de Direito da UNISOCIESC em Florianópolis e na ESMESC, Conselheira Estadual da OAB/SC, palestrante, articulista, Doutoranda e Mestre em Teoria e História do Direito pela UFSC, Assistente jurídica da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina.

### **MARIA EUGÊNIA DO AMARAL KROETZ**

Advogada em Hapner Kroetz Advogados. Doutoranda e Mestre em Direito dos Negócios pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo – FGV-SP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR.

### **OSVALDO AGRIPINO DE CASTRO JÚNIOR**

Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, Pós-Doutoramento em Regulação de Transportes e Portos pelo Center Mossavar Rahmani of Business and Government – Kennedy School of Government - Harvard University, Advogado, sócio do Agripino & Ferreira. Membro consultor da Comissão de Direito Marítimo e Portuário do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

### **PATRÍCIA VERÔNICA NUNES CARVALHO SOBRAL DE SOUZA**

Pós-Doutoranda em Direito pela Università Mediterranea di Reggio Calabria (Itália). Pós-Doutora em Direito e Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia-UFBA. Doutora em Educação e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Sergipe - UFS. Especialista em Combate à corrupção: prevenção e repressão aos desvios de recursos

públicos pela Faculdade Estácio CERS. Especialista em Direito do Estado e Especialista em Direito Municipal pela UNIDERP. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Tiradentes - UNIT. Especialista em Auditoria Contábil pela Universidade Federal de Sergipe - UFS. Professora Titular de Graduação e Pós-graduação da Universidade Tiradentes. Líder do Grupo de Pesquisa em Direito Público, Educação Jurídica e Direitos Humanos - DPEJDH/UNIT/CNPq. Conferencista. Autora de artigos e Livros Jurídicos (23 obras - 3 individuais e 20 coletivas). Diretora Técnica do Tribunal de Contas de Estado de Sergipe. Advogada, contadora, jornalista. Master Coaching e MentoringAdvice Humanizado. Membro da Academia Sergipana de Educação, da Academia Sergipana de Letras, da Academia Sergipana de Ciências Contábeis, da Academia Itabaianense de Letras e do Instituto Histórico e Geográfico de Sergipe. Membro da Associação Sergipana de Imprensa. Recebeu a comenda do mérito trabalhista em 2007. Foi a primeira Mulher Diretora-Geral do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe. Lecionou como professora substituta na Universidade Federal de Sergipe, durante dois anos. E-mail: [patncss@gmail.com](mailto:patncss@gmail.com).

#### **PAULA BRENER**

Advogada criminalista. Mestranda em direito na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora do curso de pós-graduação em advocacia criminal da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Minas Gerais. Professora convidada do Centro de Estudos em Direito e Negócios (CEDIN).

#### **PEDRO HENRIQUE BANDEIRA SOUSA**

Advogado e Árbitro. Mestre em Direito Transnacional pela *Católica Global School of Law* da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa/Portugal (*Master of Transnational Law* – CGSL-UCP/Lisboa). LL.M. em *Law in a European and Global Context* pela *Católica Global School of Law* da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa/Portugal (CGSL-UCP/Lisboa). LL.M. em Direito Corporativo pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC/RJ). Especializado em Compliance Anticorrupção pela *Legal, Ethics & Compliance* (LEC/SP). Coordenador do Curso Prático de Arbitragem Esportiva do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Professor convidado do LL.M. *Sports Law* da Trevisan Escola de Negócios. Professor convidado da Pós Graduação Direito Desportivo da Federal Concursos. Membro da Comissão de Arbitragem e da Comissão de Direito Desportivo da OAB/SC. Membro da Comissão de Direito Desportivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina (IASC). Membro da Ordem dos Advogados de Portugal, seccional de Lisboa. Membro da Associação Portuguesa de Direito Desportivo (AAPD). E-mail: [pedro@phsousa.com](mailto:pedro@phsousa.com).

### **RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES**

Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma La Sapienza, pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata e pela Università del Salento. Doutor em Direito pela Università del Salento/Universidade de São Paulo. Doutor em Direito Público e Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (Graduação, Mestrado e Doutorado). Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Membro do Instituto Geográfico e Histórico da Bahia. Autor da Editora Saraiva. Experiência em Gestão Pública na Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Governo do Estado da Bahia. E-mail: [ric.mauricio@ig.com.br](mailto:ric.mauricio@ig.com.br).

### **ROBERTO ROSAS**

Professor Titular da Universidade de Brasília. Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Ex Presidente do IADF. E-mail – [rosasadvogados@rosasadvogados.adv.br](mailto:rosasadvogados@rosasadvogados.adv.br).

### **SABINE MARA MÜLLER SOUTO**

Professora do Curso de Graduação em Direito Empresarial e Direito Marítimo e Portuário da Universidade do Vale do Itajaí. Pós Graduada em Direito Processual Civil e Direito Digital Compliance, Mestranda em Direito Ambiental, Transnacionalidade, e Sustentabilidade com dupla titulação pela IUACA – Universidade de Alicante. Administradora de Empresas e Advogada, sócia fundadora da Muller advogados Associados. Conselheira Federal da OAB Nacional, Membro da Comissão Nacional de Direito Marítimo e Portuário da OAB, Vice Presidente da Comissão de Transparência da OAB/SC, e Membro da Comissão de Reformulação do Quinto Constitucional da OAB/SC e Membro efetivo do IASC.

### **SÉRGIO EMÍLIO SCHLANG ALVES**

Professor Universitário de Direito do Consumidor, tendo sido o 1º das Faculdades da UFBA, UNIFACS e Ruy Barbosa, leciona atualmente na UCSAL; Advogado; Procurador Jurídico Estadual; Ex-Juiz efetivo do TRE/BA; Assessor Jurídico Chefe da CDL/Salvador; Pós-Graduado em Metodologia do Ensino Superior; Doutorando em Direito – Universidad Del Museo; membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia; E-mail: [sergioschlang@yahoo.com.br](mailto:sergioschlang@yahoo.com.br).

### **SULAMITA SANTOS CABRAL**

Presidente do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – IARGS.  
Presidente Honorária do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil.

### **TÂNIA MARIA FRANÇOSI SANTHIAS**

Advogada. Formada pela Universidade de Passo Fundo, RS (1986), professora universitária desde 1987 nas Universidades UNOESC, UNIVALI e UNISUL. Especialista em Processo Civil e Tributário pela UFSC, mestre em relações internacionais para o MERCOSUL, pela UNISUL, foi procuradora do Banco do Brasil (1994/1999) e da Câmara de Vereadores de Xanxerê (1987 a 1989), autora dos livros Implicações dos Tratados Internacionais Tributários no Contrato de Federalização, e Introdução ao Direito Financeiro à luz da LC 101/2000. Membro efetiva do Instituto dos Advogados de Santa Catarina (IASC), ex-Presidente da Comissão de Direito Tributário do IASC.

### **TARCÍSIO ARAÚJO KROETZ**

Presidente do Instituto dos Advogados do Paraná. Sócio Fundador de Hapner Kroetz Advogados. Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC SP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR.



# A Arbitragem e o Árbitro

CLAUDIO SANTOS

## Resumo

O artigo, como o título indica, versa sobre a arbitragem, em suas origens no mundo, e, especialmente, no Brasil, onde ressurgiu na década de sessenta com uma roupagem atual e moderna, como instituição apta a solucionar conflitos entre pessoas naturais e jurídicas e até entre estas e Estados, em harmonia com a lei modelo da UNCITRAL e a Convenção de NYC sobre o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras, assim como de seu conceito firmado na autonomia da vontade e regido por princípios fundamentais do direito, e, finalmente, destaca sua figura principal, que é o árbitro, terceiro independente, imparcial, ético, competente, diligente e discreto, que, a cumprir com suas obrigações, dentre as quais o dever de revelação (*duty of disclosure*), conduz a arbitragem e conclui sua missão jurisdicional com uma sentença definitiva, a valorizar o instituto com seu próprio valor.

## Palavras-chave:

Arbitragem, origem, conceito, árbitro.

Todo grupamento social potencializa conflitos. O homem solitário não teria de quem discordar, daí é no grupo que surgem as desavenças, os desentendimentos, as discórdias, e outras situações conflituosas.

Efetivamente, em sendo o homem um ser gregário, os conflitos são inevitáveis e acabam por se concretizar, com o surgimento de disputas que, nas civilizações mais antigas, eram resolvidas nas contendas físicas, o que evidência o histórico da existência da justiça de mão própria ou da autotutela, justiça precária e tingida de barbaridade, pois, fatalmente, era o mais fraco que sofria a injustiça.

A justiça de mão própria acabou sucedida, como registram os estudiosos, a partir da Idade Média, pela justiça privada e, depois, pela justiça estatal. A primeira, surgida antes do estado estruturado, obviamente, e organizada por grupamentos particulares ou especiais, que conferiam, nos agrupamentos raciais, aos mais antigos ou de maior graduação, por ser o chefe da grei ou representar alguma divindade, o poder de solucionar divergências entre seus componentes; em outras, como nas comunidades comerciais, nos aglomerados urbanos que começavam a surgir, as diferenças eram solucionadas por associações ou conselhos, que, à luz de regras do *jus mercatorum* editadas por suas corporações, a partir do século XI, tinham a atribuição de resolver pendências entre os mercadores, doutrina que com o nome de *lex mercatoria* ressurgiu em 1964, a partir de artigo pioneiro de Berthold Goldman<sup>[1]</sup>, um dos mais notáveis doutrinadores da moderna arbitragem.

A *lex mercatoria* é direito não estatal, aplicável em muitos setores do comércio internacional até com algumas especialidades, como, por exemplo, a *lex petroleum*, a *lex maritima*, que subsistem como *direito transnacional*, ao lado de outros ordenamentos de caráter internacional, tais como os

---

1. *Les frontières du droit et lex mercatoria*, in *Archives de Philosophie du Droit*, n. 9, Dalloz, Paris, 1964, págs. 177/192 e *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 22, 2009, Editora Revista dos Tribunais, SP, págs. 211/230.

princípios do UNIDROIT e os INCOTERMS (*International Commercial Terms*, publicado desde 1936 pela *International Chamber of Commerce - ICC*, Paris).

Ainda no âmbito da justiça privada, não se pode esquecer de falar da arbitragem. Charles Jarrosson, em 1987, iniciou sua tese de doutorado intitulada “*L’a Notion d’Arbitrage*”<sup>[2]</sup> com este parágrafo:

“*L’arbitrage remontera à la nuit des temps. Certains prétendent qu’ il est aussi ancien que l’humanité, ou qu’il a toujours existe. Il s’agirait d’un phénomène plus qu’international: ‘interculturel’*”. (tradução livre: A arbitragem remonta ao amanhecer dos tempos. Alguns afirmam que ela é tão antiga quanto a humanidade, ou que ela sempre existiu. Ela seria um fenômeno mais do que internacional: intercultural”

Em seguida, diz que um autor menos enfático (o grego A. Foustoucos) estima que a arbitragem surgiu na Grécia clássica e lembra que Aristóteles, na rua “Retórica”, distinguia o juiz do árbitro (*l’ arbitre vise à l’équité, le juge à la loi* - ou seja, em tradução livre, dizia o clássico pensador que “o árbitro aplica a equidade, o juiz a lei”, o que não é verdadeiro em nossos dias, como sabemos, salvo opção das partes, quando possível); em seguida, menciona que, em Roma, a arbitragem era conhecida deste a mais remota antiguidade, no período arcaico, e registra que a Cícero se atribui esta ideia, que também não é exata nos dias atuais, de que: *l’arbitrage est le moyen de ne pas gagner complètement un bon procès, ni de perdre complètement un mauvais procès*” (tradução livre: a arbitragem é o meio de não ganhar completamente um bom processo, nem de perder completamente um mau processo).

Finalmente acrescenta que a arbitragem não é unicamente uma criação greco-romana, pois o Corão distingue *le hakam* (o árbitro) do *qadi* (o juiz) e a Bíblia também faz menção à arbitragem.

Com a evolução do Estado a partir do Século XV, até a organização

---

2. *L’a Notion d’Arbitrage*, Paris, 1987, LGDJ, pág. 1.

que hoje conhecemos, a divisão entre as frações do Poder, em especial face ao Judiciário, fez com que, na maioria dos países, a jurisdição estatal tenha se tornado quase exclusiva, a deixar a arbitragem meio esquecida, embora a legislação comercial, como em nosso País, tenha tornado, temporariamente, esta jurisdição obrigatória; mas, na realidade, somente após a segunda guerra mundial, a reconstrução da Europa, a exploração do petróleo no mundo árabe, a jurisdição arbitral voltou a ter prestígio no comércio internacional, e ser reconhecida como instituição apta a resolver pendências entre as empresas e até entre países ou entre estes e investidores.

Atualmente, como sabemos, a jurisdição arbitral é adotada ao lado da jurisdição estatal, que lhe confere autenticidade e apoio, em todo o mundo, nos países europeus, americanos do Sul, do Centro e do Norte, nos países africanos e asiáticos, enfim, em todo o universo, internamente ou no comércio externo e nos negócios internacionais, em especial. E tanto se instaura a jurisdição arbitral internamente naqueles países, em conflitos sobre quaisquer “direitos disponíveis”, como internacionalmente, principalmente, nos negócios jurídicos de exportação, importação, societários e de investimentos.

O incremento das arbitragens, em especial, no âmbito internacional, e a atualização dos modernos estatutos das arbitragens, em geral, deve-se ao trabalho da ONU que, em 1958, conseguiu a aprovação da Convenção das Nações Unidas, de Nova Iorque, em 1958, sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, somente ratificada pelo Brasil, em 2002 (Decreto nº 4.311), mas que conta, hoje, com 24 países signatários e 165 países partes<sup>[3]</sup>, e, bem assim com o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL (*The United Nations Commission on International Trade Law*), de 1976, revisado em 2010, e, ainda, com a denominada Lei Modelo sobre a

---

3. Consulta feita em 10/10/2020.

Arbitragem no Comércio Internacional, elaborada pela mesma Comissão em 1985 (com alterações feitas em 2006), adotada fielmente em 83 países e que serviu de base ou inspiração, em alguns pontos, à lei brasileira de nº 9.307, de 1996 e de muitos outros países.

Entre nós, antes da atual lei de arbitragem (Lei nº 9.307/1996), com as alterações de 2015 (Lei nº 13.129), a arbitragem foi admitida na Constituição Imperial de 1824, cujo artigo 160 admitia, que, nas ações “... cíveis ou penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juízes Árbitros...” (leis especiais sobre seguro, em 1831, e locação de serviços, em 1837, disciplinaram a instituição do juízo arbitral em tais matérias), bem assim no Código Comercial de 1850 a contemplar arbitragens compulsórias no âmbito do comércio, no Decreto nº 3.900, de 1867, que disciplinou o juízo arbitral do comércio, e no Código Civil de 1916 (este cuidava apenas do compromisso arbitral a exemplo das Ordenações). Em alguns códigos estaduais a matéria também foi regulada e no primeiro Código de Processo Civil federal (unitário) de 1939 (Decreto-Lei nº 1.608), bem assim no CPC/1973 (Lei nº 5.869), porém as exigências de termo de compromisso específico para o início do procedimento e exigência de homologação judicial do chamado “laudo arbitral” não ensejaram nenhum estímulo ao desenvolvimento da arbitragem na vigência dos diplomas legais citados.

No âmbito internacional, o Brasil firmou uma das primeiras convenções internacionais sobre arbitragem, o “Protocolo sobre Cláusulas Arbitrais” de Genebra, de 1923<sup>[4]</sup>, aliás, o único país da América Latina a subscrevê-lo, onde os signatários reconheceram a validade do compromisso ou da cláusula compromissória pela qual as partes num contrato se obrigam, em matéria comercial ou qualquer outra suscetível de ser resolvida por arbitragem, a submeter suas controvérsias a este procedimento. O Código

---

4. Promulgado por Getúlio Vargas através do Decreto nº 21.187, de 22.03.1932.

Unitário de 1939, porém, com sua exigência da assinatura de compromisso para dar início à arbitragem, praticamente, derogou aquele Protocolo entre nós.

Antes da lei regente alguns anteprojetos foram elaborados, em 1981, no âmbito do Ministério da Desburocratização, extinto alguns anos depois, sem apreciação do projeto no Congresso, outro, em 1986, este com algumas impropriedades, inclusive confundindo arbitragem com arbitramento e a prever a execução de laudo arbitral proferido no exterior com eficácia executiva no Brasil, independentemente de reconhecimento judicial, uma solução atécnica, como observa Carlos Alberto Carmona<sup>[5]</sup>, e outro mais, em 1988, na gestão de Paulo Brossard no Ministério da Justiça, que chegou a ser discutido no Conselho Federal da OAB, com a aprovação de parecer da Professora Ada Pellegrini Grinover, onde, esta, defendeu com êxito o entendimento de que o árbitro não deveria ser obrigatoriamente um bacharel em direito ou advogado. A arbitragem moderna teve um caminho mais exitoso do que os anteriores, a partir da vitoriosa “Operação Arbiter” conduzida por Petrônio Muniz, advogado pernambucano, idealista mas também objetivo, consoante testemunho dos autores do anteprojeto da lei de arbitragem vigente, Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins, em prefácio do livro “20 Anos da Lei de Arbitragem”<sup>[6]</sup>, em homenagem ao grande idealizador do instituto.

Foi aquele advogado, que já nos deixou, quem procurou o então Senador Marco Maciel e a ele propôs um anteprojeto, imediatamente acolhido, elaborado pelo trio de juristas citados e prontamente aceito pelo notável político pernambucano, que resultou na lei brasileira da arbitragem, tudo conforme narrativas daquela operação em livro denominado

---

5. *Arbitragem e Processo Um comentário à Lei nº 9.307/96*, 3ª. edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Ed. Atlas, 2009, pág. 7.

6. *20 Anos da Lei de Arbitragem Homenagem a Petrônio R. Muniz*, Coordenação Carlos Alberto Carmona, Selma Ferreira Lemes, Pedro Batista Martins, 1ª. Ed., São Paulo, Atlas, 2017.

“Operação Arbitrer: a história da Lei nº 9.307/96 sobre a arbitragem comercial no Brasil”<sup>[7]</sup>. Assim renasceu a arbitragem no Brasil e nosso interesse em estudá-la e defini-la, assim com o árbitro.

Sem fazer distinção entre a arbitragem interna e a internacional pretendemos expor algumas ideias de doutos autores acerca do tema. Entre os estudiosos com formação jurídica no sistema da *common law* encontramos opiniões de que a arbitragem é uma forma, um método, uma técnica, um meio de solução de controvérsias, entretanto, com alguma frequência, entre os juristas especializados no sistema da *civil law*, há, pelo menos, entre os clássicos, uma tendência a classificar a arbitragem como uma “instituição”.

Este é o entendimento de Matthieu de Boissésou, na introdução geral de sua obra:

*“L’arbitrage est l’institution par laquelle les parties confient à des arbitres, librement désignés par elles, la mission de trancher leurs litiges.”*<sup>[8]</sup>  
(tradução livre: A arbitragem é a instituição pela qual as partes confiam aos árbitros, livremente designados por elas, a missão de resolver seus litígios).

Esta sumária definição, diz o autor, revela a natureza compósita da arbitragem, que apresenta um aspecto contratual, em razão das convenções de arbitragem que lhe dão nascimento e jurisdicional em razão da sentença que a conclui, e procedimental em razão do desenvolvimento de uma verdadeira jurisdição arbitral.

Com a mesma qualificação, encontramos esta definição de Jean-Pierre Ancel, ex-conselheiro da Corte de Cassação Francesa, sobre a arbitragem internacional, que apresenta outras particularidades:

---

7. Operação Arbitrer: a história da Lei nº 9.307/96 sobre a arbitragem comercial no Brasil, Petrônio R. G. Muniz, Instituto Tancredo Neves, 2005.

8. Le droit français de l’arbitrage interne et international, GLN-éditions, 1990, pág. 5.

*“L’arbitrage international est l’institution qui permet de résoudre les litige relatifs aux échanges économiques internationaux, au-delà des particularismes des législations nationale et de difficultés de déterminations de juge compétent”* <sup>[9]</sup>  
(tradução livre: A arbitragem internacional é a instituição que permite resolver os litígios relativos às trocas econômicas internacionais, a salvo dos particularismos das legislações nacionais e de dificuldades de determinação do juiz competente.

O já citado Charles Jarrosson, nas palavras finais de sua monografia, assim conclui suas lições:

*“Ainsi, l’arbitrage est l’institution par laquelle un tiers, règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci”* (tradução livre: Assim, a arbitragem é a instituição pela qual um terceiro, resolve a diferença que opõe duas ou mais partes, a exercer a missão jurisdicional a ele confiada por aquelas).

Autores italianos, habitualmente, qualificam a arbitragem como instituição. É o que lemos na introdução da obra de Mauro Rubino-Sammartano (*Il Diritto dell’Arbitrato [Interno]* <sup>[10]</sup>), e em livro de Piero Bernadini (*L’Arbitrato Commerciale Internazionale* <sup>[11]</sup>), mas já Sergio La China opta por dizer tratar-se de um “modo” de definição da controvérsia civil alternativo à via judiciária (*L’arbitrato costituisce un modo di definizione delle controversie civili alternativo alla via giudiziari ...* <sup>[12]</sup>).

O Conselheiro da Corte de Cassação Italiana Antonio Oricchio, entretanto, prefere transcrever uma definição de um especialista de seu País, Gianni Schizzerotto, que assim se expressa:

---

9. *L’arbitrage international em France (Principes et système) in L’arbitrage*, Archives de philosophie du droit, Tome 52, Paris, Dalloz, 2009, pág. 197.

10. Segunda edição, CEDAM, Padova, 1994.

11. Giuffrè Editore, Milano, 2000, págs. 1, 37 e outras.

12. *L’Arbitrato Il sistema e l’esperienza*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pag. 3.



“L’arbitrato – secondo la più classica definizione – è l’istituto che regola l’esame, ad opera di arbitri privati, di controversie da decidersi secondo le norme del diritto o dell’equità, con provvedimento destinato ad assumere efficacia di sentenza.”<sup>[13]</sup> (tradução livre: A arbitragem – segundo a mais clássica definição – é a instituição que regula o exame, pelo trabalho de árbitros privados, de controvérsias a serem decididas de acordo com a norma do direito ou da equidade, com provimento destinado a assumir a eficácia de sentença.)

Entre nós, o Professor Carreira Alvim acentua com precisão que:

“A arbitragem é a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicadas ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis”<sup>[14]</sup>.

E observa que os árbitros nem sempre são escolhidos pelas partes, o que, realmente, pode acontecer na hipótese prevista no art. 7º, § 6º da lei de arbitragem brasileira (art. 9.307/1996<sup>[15]</sup>) e, ainda, na nomeação do árbitro indicado para presidir o tribunal arbitral no caso de discordância das partes, nas chamadas arbitragens institucionais.

Colega advogado de Minas Gerais, Leonardo de Faria Beraldo, inova com a qualificação da arbitragem como *processo*, o que não deixa de ser uma instituição, como se lê neste trecho de seu Manual:

“Pode-se conceituar a arbitragem como sendo um processo no qual as partes, por meio de pacto privado, delegam a um árbitro, que nem mesmo precisa ser bacharel em Direito, bastando apenas que seja pessoa capaz, o

---

13. *L’Arbitrato, Edizioni Scientifiche Italiane*, Roma, 1994, pag. 19.

14. Tratado Geral da Arbitragem Interno, J. E. Carreira Alvim, Ed. Mandamentos, Belo-Horizonte, 2000, pág. 14.

15. Art. 7º - Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 6º - Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

poder de decidir a lide, dentro dos limites estabelecidos previamente na convenção, desde que verse sobre direitos disponíveis, sem a intervenção do Poder Judiciário, produzindo, a sentença arbitral, os mesmos efeitos da sentença judicial”<sup>[16]</sup>.

O estudioso e entusiasta da arbitragem, no Brasil, Professor Carlos Alberto Carmona, qualifica o instituto como um “mecanismo privado”, o que tanto quanto a palavra “técnica” não nos agrada muito, porém o autor declina com precisão as raízes da instituição na iniciativa privada, cuja vontade é privilegiada e respeitada, a natureza dos direitos onde o conflito é localizado e faz a distinção expressa de outros meios heterocompositivos de solução de controvérsias a deixar claro seu escopo:

“A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor. Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. Esta característica impositiva da solução arbitral (meio heterocompositivo de solução de controvérsias) a distância da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução de litígios, de sorte que não existirá decisão a ser imposta às partes pelo mediador ou pelo conciliador, que sempre estarão limitados à mera sugestão (que não vincula às partes)”<sup>[17]</sup>.

Os portugueses oferecem algumas particularidades. Assim, diz o grande civilista Antonio Menezes Cordeiro: “Arbitragem é a situação jurídica decorrente da remissão, pelas partes, da composição de um litígio, para

---

16. Curso de Arbitragem nos termos da Lei nº 9.307/96, São Paulo, Ed. Atlas, 2014, págs. 2/3. Leonardo de Faria Beraldo.

17. Arbitragem e Processo Um comentário à Lei nº 9.307/96, 3ª. Edição, rev. atual. e ampliada, São Paulo, Ed. Atlas, 2009, págs. 31/32.

decisão de terceiros. Essa fórmula, muito sintética, deve ser decomposta”. E em sua decomposição o autor anota alguns esclarecimentos dos quais destacamos o primeiro, por trazer os elementos, a seu ver, fundamentais nesta denominada “situação jurídica”:

“Elementos. (a) Diz-se situação jurídica uma ocorrência relevante para o Direito. A situação arbitral é complexa, tendencialmente duradoura e sujeita a regras: complexas por envolver, pelo menos, três sujeitos, com funções diferenciadas, englobando direitos e deveres distintos; tendencialmente duradoura por, desde a convenção de arbitragem e até a decisão final, mediar, por norma um lapso de tempo relevante; sujeita regras por se tratar de uma realidade jurídica, por oposição a (meramente) social ou aleatória”<sup>[18]</sup>.

Frequentemente, temos encontrado entre autores portugueses a expressão “modo de resolução de litígios”. É o que lemos em livro sobre a arbitragem internacional, de autoria do conhecido arbitralista Dário Moura Vicente<sup>[19]</sup>,

E outro não é o tratamento de um renomado advogado português, Manuel Pereira Barrocas, em seu excelente manual, que assim define o instituto:

*“A arbitragem constitui um modo de resolução de litígios entre duas ou mais partes, efectuada por uma ou mais pessoas que detêm poderes para esse efeito reconhecidos por lei, mas atribuídos por convenção das partes”.*<sup>[20]</sup>

Recorda o autor, em nota de rodapé, que *Charles Jarrosson* (aqui já citado) utiliza o conceito de “*instituição*”, porque, segundo diz, a arbitragem constitui uma verdadeira instituição com um estatuto jurídico próprio, mas justifica Barrocas sua preferência por “*modo*” porque – argumenta ele

---

18. Tratado da Arbitragem Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro, Almedina, 2015, pág. 16.

19. Da Arbitragem Comercial Internacional Direito aplicável ao mérito da causa, Coimbra Editora, Coimbra, 1990, pág. 27.

20. Manual de Arbitragem, Almedina, Lisboa, janeiro de 2010, págs. 31/32.

- como sabemos, existem duas modalidades de arbitragem, a institucional e a *ad hoc*, entretanto, ao nosso sentir, não há diferença estrutural entre uma e outro, mas apenas de quem administra o procedimento, posto que na institucional este é administrado por uma entidade privada, especializada, normalmente denominada câmara ou centro de arbitragem, e, em geral, o procedimento é regido por um regulamento da própria câmara, e a outra – *ad hoc* – é administrada pelo próprio árbitro ou árbitros escolhidos para o caso, que cuidam tanto do procedimento escolhido pelas partes e/ou pelos árbitros (pode ser o Regulamento de arbitragem da *Uncitral*, por exemplo), quanto da administração do caso, quanto da composição das diferenças, sem nenhuma distinção conceitual nas arbitragens chamadas institucionais ou *ad hoc*, pois ambas são regidas pelos mesmos princípios jurídicos.

Concordamos com a observação do autor português, especialmente, quando ele rejeita a definição que reduz a arbitragem a uma mera técnica, porque a arbitragem “sob um ponto de vista funcional e procedimental” tem por finalidade resolver litígios, e, assim, não é um mero trabalho de *expertise*.

Ainda sobre a questão, entendemos que a arbitragem tem estatuto próprio composto de princípios e escopo definido, o que lhe confere o estado de *instituição*, de acordo com a ideia de Maurice Hauriou, lembrada por Miguel Reale de que a instituição é “*une idée d’oeuvre ou d’entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social*”<sup>[21]</sup> (tradução livre: uma ideia de trabalho ou de empreitada que se realiza e subsiste juridicamente em um meio social)

Aliás, o citado Jarrosson, em nota de rodapé alusiva a sua definição já transcrita faz este esclarecimento: “*L’institution et non la technique, car l’arbitrage est plus qu’une technique, il a un statut, il est une entité nommée,*

---

21. Fundamentos do Direito, 3ª. Ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, pag. 225.

*une 'institution` au sens exact du terme"*. (tradução livre: Instituição e não técnica, pois a arbitragem é mais que uma técnica, ela tem um estatuto, ela é uma entidade nominada, uma 'instituição` no sentido exato do termo).

Em resumo, a arbitragem é a instituição pela qual um terceiro ou terceiros, denominados árbitros, remunerados pelos interessados, resolvem uma divergência sobre direitos disponíveis de pessoas capazes de contratar, no exercício de missão jurisdicional regulada por lei e por livre escolha das partes. Este é o nosso entendimento.

Destacamos a liberdade de opção pela jurisdição privada das partes porque nos parece não haver arbitragem obrigatória ou "necessária" <sup>[22]</sup> entre nós, como doutrinam o saudoso mestre Luiz Olavo Baptista <sup>[23]</sup> e o também maestro Carlos Alberto Carmona <sup>[24]</sup>. No Brasil, ocorreu uma tentativa de tornar-se obrigatória a arbitragem para dirimir litígios decorrentes de contratos de incorporação imobiliária, porém a MP nº 2.221/2001 que dispôs sobre o assunto foi impugnada através da ADI 3003, proposta pela OAB, e acabou sendo revogada antes do julgamento daquela ação direta pelo STF.

É certo que, em manifestações doutrinárias, ainda se questiona a natureza compulsória da arbitragem nas controvérsias sobre os contratos de comercialização de energia elétrica, objeto de rigorosa regulação no setor, através de lei e de resoluções da ANEEL, porém, em acórdãos do STF nas ADIs 3.090 e 3.100, onde prevaleceu um voto isolado do Ministro Gilmar Mendes, foi reconhecida a constitucionalidade daquela arbitragem. <sup>[25]</sup>

---

22. Denominação consagrada em Portugal para algumas espécies de arbitragem, tais como para apuração de indenização em desapropriação, conflitos coletivos de trabalho e outros, que são obrigatórias; tal modalidade também é aceita em outros países, como na Itália e no Chile.

23. Arbitragem Comercial Internacional, Ed. LEXMAGISTER, 2011, pág. 27.

24. Ob. Cit., pág. 36.

25. Sobre a matéria é importante a leitura de artigo intitulado "A arbitragem na comercialização de energia elétrica", de José Emílio Nunes Pinto, publicada na Revista de Arbitragem e Mediação, nº 9, abril-junho de 2006, RT, São Paulo, págs. 173/193.

Importante é acentuar, neste trabalho, ainda que de passagem, os princípios gerais do direito e normas fundamentais e norteadoras da arbitragem, nas esferas do direito material e processual.

Princípio consagrado na Constituição Brasileira (art. 5º, LIV), conhecido como o devido processo legal (*due process of law*, de origem na *Magna Charta Libertatum*, de 1215) “configura”, na expressão de Alexandre de Moraes, “dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção do direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ....” e tem como corolários, ainda de acordo com as lições do douto magistrado, a *ampla defesa* e o *contraditório*, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, ...”<sup>[26]</sup>, e, acrescentamos, também em *procedimento arbitral*.

Tal princípio não está escrito na lei brasileira de arbitragem, mas, sem dúvida, a qualificar-se a arbitragem como uma exceção à exclusividade jurisdicional do Estado, mas capaz de produzir a “coisa julgada” é de aplicar-se totalmente ao instituto arbitral.

No âmbito da autonomia do direito privado, como sabemos, a lei regente faculta às pessoas *sui juris*, capazes de contratar, a opção pela arbitragem (“poderão valer-se”) para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º da Lei nº 9.307/1996), arbitragem que poderá ser de direito ou de equidade, salvo, neste último caso, na arbitragem que envolva a administração pública (art. 2º, caput e § 3º, da lei citada).

Fundamental neste ponto é a liberdade assegurada à vontade das partes para escolher as regras de direito que serão aplicadas na solução da controvérsia, sejam de natureza material ou processual, desde que não haja violação aos bons costumes e a ordem pública, bem assim a convenção para

---

26. Direito Constitucional, 27ª. Edição, São Paulo, 2011, pág. 113.

que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes (inclusive a *lex mercatória*) e nas regras internacionais de comercio, seja a arbitragem interna ou estrangeira (art. 2º, §§ 1º e 2º).

O procedimento arbitral será regido de acordo com manifestação das partes na convenção de arbitragem (cláusula compromissória ou compromisso arbitral) ou, ainda, na atividade inicial do procedimento, isto é, no termo de arbitragem também denominado de ata de missão, segundo as regras de algum centro ou câmara de arbitragem ou de conformidade com as sugestões dos árbitros aprovadas pelas partes (arts. 5º e 21 da lei citada), sendo totalmente desaconselhável qualquer referência a disposições de leis processuais.

A encerrar este breve comento, e complementar a menção feita ao *due process of law*, lembramos que a lei de arbitragem determina o respeito, no procedimento arbitral, aos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento (§ 2º do art. 21 da lei de arbitragem), de tal forma que o descumprimento da norma citada acarreta a nulidade da sentença arbitral (art. 32, inciso VIII, da lei de regência).

Feita esta digressão sobre as características da instituição, como apta a compor controvérsias, voltemos aos personagens para destacar aquele ou aqueles que, segundo os autores clássicos e modernos, é a figura principal da arbitragem: o árbitro.

E aqui colocamos o árbitro como primeira figura da arbitragem, apesar de terceiro, porquanto é a figura mais proeminente do instituto, razão, aliás do título deste artigo.

Efetivamente, sem ser o árbitro dotado de autoridade no sentido que o direito público confere a alguns servidores do estado ou pessoas que

atuam em seu nome ou no exercício de atividades que são próprias deste, a escolha pelas partes dos árbitros para a solução de um litígio é algo de muita relevância, especialmente, por que não têm estas as garantias dos juízes que são agentes estatais nem a estrutura que os abriga no Poder Judiciário.

Consta que a qualidade da arbitragem é proporcional a do árbitro. Daí a antiga regra de ouro da arbitragem mencionada por Thomas Clay, em sua premiada tese, denominada *L'arbitre*<sup>[27]</sup>, nesta frase: "*L'arbitrage est gouverné par une règle d'or: "Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage"*" (a arbitragem vale o que vale o árbitro); em seguida, comenta que, como toda regra de outro, sua origem é desconhecida, porém acrescenta que o primeiro registro escrito da regra ele encontrou em um artigo de René David, o estudioso dos sistemas jurídicos, então já apresentada como um "slogan" veiculado em todos os lugares, tais como em autores ingleses ("*An arbitration is as good as the arbitrators*") e em espanhol (*El arbitraje vale lo que vale el árbitro*)<sup>[28]</sup>.

No mesmo sentido com um adendo sobre as qualidades do árbitro, reproduzimos uma opinião do Professor de Fribourg/Suisse, Pierre Tercier, ex-Presidente da CCI de Paris:

*"Si la qualité de l'arbitrage dépend d'abord de la qualité des arbitres, il faut pouvoir s'assurer que ceux qui sont choisis présentent les garanties attendues: indépendance, compétence, disponibilité"* (tradução livre: Se a qualidade da arbitragem depende em primeiro lugar da qualidade dos árbitros, é necessário poder assegurar que os escolhidos apresentem as garantias esperadas: independência, competência, disponibilidade).<sup>[29]</sup>

---

27. *L'arbitre*, Dalloz, Paris, 2001.

28. Ob. cit., págs. 10/12.

29. *Rôles et défis de l'arbitrage institutionnel*, artigo publicado na Revista de Arbitragem e Mediação, ano 3, nº 9, número especial em comemoração aos 10 anos da Lei 9.307/06, RE, São Paulo, págs. 22/28.



Com outras palavras, a culta Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, exprime a mesma ideia:

“Ousa-se afirmar que o sucesso e a utilização frequente da arbitragem dependem da qualidade moral, ética e técnica daqueles que irão desempenhar o papel de árbitros, pois na lisura de seu comportamento do árbitro e na seriedade do julgamento que proferirem repousam a segurança e confiança dos cidadãos na eficácia da arbitragem como forma alternativa de solução de conflitos.” ..... “... o fator determinante para o sucesso da arbitragem será, sem dúvida, a figura do árbitro.”<sup>[30]</sup>

De acordo com nossa legislação, pode ser árbitro qualquer pessoa capaz (art. 13 da lei de arbitragem), assim não há nenhuma exigência legal de qualificação para o escolhido, mas, no desempenho de sua função, deve proceder com “imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção” (§ 6º do mesmo artigo citado).

Mas as partes ou os regulamentos dos centros ou câmaras de arbitragem podem fazer algumas exigências, como, por exemplo, a câmara de arbitragem da Bovespa exige, pelo menos, um árbitro (único ou presidente do tribunal arbitral) com formação jurídica, na composição do tribunal (Regulamento da CAM, Art. 3, itens 3.2.1 e 3.4.1). E as partes, principalmente, podem estabelecer, nas suas convenções de arbitragem, sejam os árbitros exclusivamente brasileiros ou oriundos de países que adotem sistema jurídico semelhante ao nosso (*civil law*) ou tenham alguma qualificação específica (engenheiros, contadores, economistas, etc.)

É nosso entendimento que a palavra “confiança” que surge na lei brasileira não pode ser interpretada como capaz de oferecer à parte uma garantia de sucesso na arbitragem. Selma Lemes esclarece, em relação aos

---

30. O PERFIL DO ÁRBITRO E A REGÊNCIA DE SUA CONDUTA PELA LEI DA ARBITRAGEM, artigo encontrado no BDJur do Superior Tribunal de Justiça.

árbitros, que a confiança “se refere à retidão moral e capacidade profissional, denominada pelos romanos *bonus vir*, afetas na sua quase totalidade, aos aspectos éticos”<sup>[31]</sup>. Entendemos que as partes devem confiar na instituição da arbitragem, enquanto ela garantir o respeito aos princípios que a regem, inclusive os da independência e imparcialidade do árbitro, e acreditar nos árbitros escolhidos, dès que estes cumpram, em primeiro lugar, quando escolhidos ou durante a arbitragem, com o “dever de revelação” (*duty of disclosure*) de que não estejam em situação ou tenham praticado qualquer ato que comprometa sua independência ou sua imparcialidade, aos olhos das partes, e assim se comportem durante todo procedimento.

Da mesma forma não podem deixar de revelar qualquer impedimento decorrente de parentesco com qualquer das partes ou subordinação a estas, nem ter qualquer vínculo com qualquer das partes, tal como acontece nas hipóteses descritas na convenção de arbitragem da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica onde, explicitamente, se encontram várias situações que acarretam o impedimento do árbitro.<sup>[32]</sup>

Dessume-se de tais observações que o dever de revelação do árbitro é um princípio inafastável no rol da deontologia que se lhe impõe. Os

---

31. ARBITRO Princípios da Independência e da Imparcialidade, Ed. LTr, São Paulo, 2001, pág.48.

32. Convenção de Arbitragem texto anexo à Resolução nº 531/2007, da ANEEL:

Cláusula 12. “... não poderá ser nomeado árbitro no conflito a pessoa que:

“I. for empregado, funcionário ou que exerça cargo de direção ou de administração de quaisquer das PARTES no CONFLITO, de qualquer Agente da CCEE ou, ainda, da própria CCEE;

II. for acionista controlador de uma das PARTES ou empregado, funcionário, dirigente ou administrador da empresa que controlar quaisquer das PARTES;

III. tenha tomado conhecimento do CONFLITO na qualidade de procurador, testemunha, perito, consultor ou assistente técnico de uma das PARTES;

IV. for cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, de controlador de uma das PARTES ou de dirigente ou administrador de quaisquer das PARTES, de qualquer Agente da CCEE ou, ainda, da própria CCEE;

V. for cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o segundo grau, do procurador de uma das PARTES no CONFLITO;

VI. tiver qualquer interesse em que o resultado do CONFLITO beneficie quaisquer das PARTES e/ou outro Agente da CCEE;

VII. for credor ou devedor de uma das PARTES ou de pessoa que controle ou exerça cargo de direção ou de administração de uma das PARTES ou de qualquer Agente da CCEE;

VIII. receber dádiva de empregado, funcionário ou de pessoa que exerça cargo de direção ou de administração de uma das PARTES antes, durante ou depois de iniciado o CONFLITO;

IX. aconselhar alguma das PARTES ou pessoa que exerça a direção ou administração de uma das PARTES acerca do objeto do CONFLITO;

X. tiver atuado como mediador ou conciliador, antes da instituição da arbitragem, naquele CONFLITO; ou

XI. for ex-contratado, ex-prestador de serviço em caráter permanente ou temporário ou ex-consultor, nos últimos 2 (dois) anos, de quaisquer das PARTES no CONFLITO, de qualquer Agente da CCEE ou, ainda, da própria CCEE.”

eventuais impedimentos ou suspeições do árbitro, sua independência e imparcialidade em relação às partes e à causa, não são situações que as partes têm a obrigação de investigar e descobrir. São deveres do árbitro cujo cumprimento é obrigatório a ponto de ensejar, em nosso entendimento, a responsabilidade civil e, eventualmente, penal daqueles que se propõem a exercer a nobre função de julgar, e venham a cometer algum ilícito.

A responsabilidade civil pode decorrer da anulação de uma arbitragem e de sua sentença, por força da ocultação de um fato, não declarado, que impede a pessoa de ocupar a relevante posição de árbitro, em face do vínculo contratual (contrato de investidura) deste, porquanto as despesas de uma arbitragem são custeadas pelas partes e, normalmente, não são pequenas, além do tempo perdido; por outro lado, a responsabilidade penal pode decorrer da ocorrência de ato praticado com dolo ou culpa, no curso da arbitragem, causador de lesão ao direito de alguma das partes ou, no caso de sentença arbitral (art. 32, VI, da lei de arbitragem), proferida por “prevaricação, concussão ou corrupção passiva” (crimes típicos de servidor público ao qual o árbitro é equiparado *ex-lege*).

A propósito, não nos agrada, a disposição de nossa lei, que, em seu artigo 17, dispõe que os árbitros, no exercício de suas funções ficam equiparados aos funcionários públicos, “para os efeitos da legislação penal”, posto que não obstante os efeitos jurisdicionais de sua atividade não se cuida de função pública. Na prática de delitos, a legislação deveria prever sua punição com fundamentação nas leis gerais.

Não custa lembrar, entretanto, que o árbitro goza da chamada imunidade quanto ao ato de julgar, assim como o juiz. É o que no direito inglês chama-se de *right to error* ou *error in judicando*, na velha expressão latina, o que releva a necessidade de escolha de árbitro capaz de, “como juiz de fato e de direito” (art. 18 da Lei de regência), conduzir o procedimento

de forma correta, com a aplicação dos princípios que regem a condução na colheita das provas dos fatos, além do direito substantivo, ou meros usos e costumes, aplicáveis na sua sentença.

Uma particularidade importante é ser ele (ou o tribunal) a pessoa dotada de poder jurisdicional para conhecer de sua própria jurisdição, através do exame prévio, de ofício ou por provocação das partes, acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, segundo dispõe o parágrafo único do art. 8º da lei aplicável.

Aqui se trata do chamado princípio *kompetenz-kompetenz* (competência-competência), que teve origem no direito alemão, mas que, na verdade, atribui às partes a faculdade de decidir sobre se efetivamente aquela convenção existe, é válida e contém eficácia para conceder pela vontade das partes a necessária jurisdição do árbitro para a composição do conflito<sup>[33]</sup>.

O árbitro é juiz de fato e de direito, consoante já lembrado, o que significa que ele ouve as partes em todo correr do procedimento, colhe a prova, seja documental, testemunhal (escrita ou oral) ou técnica, autoriza perícias ou simplesmente a apresentação de pareceres, pode emitir ordens cautelares, e, finalmente, julga a controvérsia através de sentença que produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, e, sendo condenatória, constitui título executivo (art. 31 de nossa lei).

Cumpridos os princípios regentes e deveres legais e morais prescritos, com independência e imparcialidade, o bom árbitro realizará uma boa arbitragem.

---

33. Na jurisdição arbitral, o árbitro não é dotado do que, no direito processual brasileiro, e, praticamente, em todo mundo, para efeito de uma divisão da jurisdição do julgador, denomina-se de "competência", em razão do lugar em que atua, da pessoa parte ou em razão da matéria (do que não se cogita em arbitragem, posto que indistintamente se trata apenas de direito disponível); aliás, é conhecida uma expressão de Berthold Goldman, dita em curso por ele lecionado na Academia Internacional da Haia, que "*les arbitres n'ont pas de for*", no ano de 1963, o que quer dizer que os árbitros não têm foro, o que implica em não ter sua jurisdição definida por eventual competência.

## Referência

ALVIM, Tratado Geral da Arbitragem Interno, J. E. Carreira Alvim, Ed. Mandamentos, Belo-Horizonte, 2000.

ANCEL, Jean Pierre. *L'arbitrage international em France (Principes et système) in L'arbitrage*, Archives de philosophie du droit, Tome 52, Paris, Dalloz, 2009.

ANDRIGHI, Nancy. O PERFIL DO ÁRBITRO E A REGÊNCIA DE SUA CONDUTA PELA LEI DA ARBITRAGEM, artigo encontrado no BDJur do Superior Tribunal de Justiça.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem Comercial Internacional, Ed. LEXMAGISTER, 2011.

BARROCAS, Manuel Pereira. Manual de Arbitragem, Almedina, Lisboa, janeiro de 2010.

BERALDO, Leonardo de Faria. Curso de Arbitragem nos termos da Lei nº 9.307/96, São Paulo, Ed. Atlas, 2014.

BERNADINI, Pierro. *L'Arbitrato Commerciale Internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 2000.

BOISSESSON, Mathieu de. *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN-éditions, 1990.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo Um comentário à Lei nº 9.307/96, 3ª. Edição, rev. atual. e ampliada, São Paulo, Ed. Atlas, 2009; LEMES, Selma e MARTINS, Pedro Batista. 20 Anos da Lei de Arbitragem Homenagem a Petrônio R. Muniz, 1ª. Ed., São Paulo, Atlas, 2017.

CHINA, Sergio La. *L'Arbitrato Il sistema e l'esperienza*, Giuffrè Editore, Milano, 2004.

CLAY, Thomas. *L'arbitre*, Dalloz, Paris, 2001.

CORDEIRO, Antonio Menezes. Tratado da Arbitragem Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro, Almedina, 2015.

BERTHOLD, Goldman. *Les frontières du droit et lex mercatoria*, in *Archives de Philosophie du Droit*, n. 9, Dalloz, Paris, 1964.

LEMES, Selma. ARBITRO Princípios da Independência e da Imparcialidade, Ed. LTr, São Paulo, 2001.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 27ª. Edição, São Paulo, 2011.

MUNIZ, R. G. Petrônio. Operação Arbitrer: a história da Lei nº 9.307/96 sobre a arbitragem comercial no Brasil, Instituto Tancredo Neves, Recife, 2005.

ORICHIO, Antonio. *L'Arbitrato, Edizioni Scientifiche Italiane*, Roma, 1994.

REALE, Miguel. Fundamentos do Direito, 3ª. Ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998.

RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Il Diritto dell'Arbitrato [Interno]*, Segunda edição, CEDAM, Padova, 1994.

TERCIER, Pierre. *Rôles et défis de l'arbitrage institutionnel*, artigo publicado na *RArb*, ano 3, nº 9, número especial em comemoração aos 10 anos da Lei 9.307/06, *RE*, São Paulo.

VICENTE, Dario Moura. *Da Arbitragem Comercial Internacional Direito aplicável ao mérito da causa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1990.

# A Proteção dos Dados Genéticos nas Relações de Trabalho

CHRISTIANNE MOREIRA MORAES GURGEL

## Resumo

O presente artigo tem como objeto a análise da proteção jurídica, interna internacional, aos dados genéticos do trabalhador, em respeito aos direitos da personalidade. No Direito brasileiro, investiga-se a legislação que seja base para captação e utilização de informações genéticas do trabalhador. No do Direito internacional, destaca-se a Declaração Universal do Genoma Humano e os Direitos Humanos. Analisa-se ainda a proteção constitucional e da legislação infraconstitucional, como a recente Lei de Proteção de dados pessoais, a Lei 13.709 de 2018. A pesquisa enfrenta o conflito entre o valor social do trabalho e a livre iniciativa, além da violação à intimidade, privacidade e discriminação nas relações de trabalho. Além disso, aborda o estudo sobre o Direito do meio ambiente laboral e o reflexo no patrimônio genético, surgindo questionamentos jurídicos e éticos.

## Palavras-chave

Proteção. Dados Genéticos. Trabalhador. Discriminação.

## Abstract

*The purpose of this article is to analyze the international legal protection of the genetic data of the worker, with respect to the rights of the personality. In Brazilian law, we investigate legislation that is the basis for capturing and using genetic information of the worker. In international law, the Universal Declaration of the Human Genome and Human Rights stands out. Constitutional protection and infraconstitutional legislation, such as the recent Law on Protection of Personal Data, Law 13709 of 2018 are also analyzed. The research faces the conflict between the social value of work and free initiative, as well as the violation of privacy, privacy and discrimination in labor relations. In addition, it addresses the study on the Law of the working environment and the reflection on genetic heritage, arising legal and ethical questions.*

## Key Words

*Protection. Data Genetic. Worker. Discrimination.*

**SUMÁRIO:** 1. *Introdução*; 2. *Peculiaridades da Relação de Emprego*; 3. *Os Valores Sociais do Trabalho e a Livre Iniciativa*; 4. *Legislação Trabalhista Anti-Discriminatória. Proteção aos Direitos da Personalidade*. 5. *Meio Ambiente Laboral Seguro e Saudável. Obrigações e Responsabilidades do Empregador*; 6. *Genoma Humano. Proteção Legal aos Dados Genéticos do Trabalhador*. 7. *Conclusão. Referências*.

## 1. Introdução

O século XX foi o século da Revolução Genética<sup>[1]</sup>. A evolução técnico-científica do genoma humano, possibilitando o mapeamento e aquisição de informações genéticas, provoca diversas indagações e conflitos, a exemplo daqueles de natureza jurídica, ética e filosófica. Um dos maiores desafios, em face desse fenômeno científico, é a busca pelo equilíbrio entre o progresso da Biotecnologia e os direitos humanos fundamentais.

O projeto genoma humano oferece à humanidade benefícios incomparáveis, mas, por outro lado, provoca polêmicas e preocupações de diversas naturezas, em especial de natureza jurídica e ética. De fato, eis a contradição dos benéficos efeitos decorrentes do avanço da ciência concomitantemente à sua utilização maléfica ao próprio ser humano.

A probabilidade da decifração do código genético humano pode consolidar-se como mais um instrumento de discriminação, inclusive nas relações de trabalho de natureza empregatícia que, entre as relações humanas, requer especial tutela estatal, em face da subordinação jurídica que caracteriza o sujeito empregado. Verifica-se, pois, a necessidade do aporte Bioético para o enfrentamento deste tema.

Não se verifica, no domínio do Direito brasileiro, previsão legal específica sobre a captação e utilização de informações genéricas do

---

1. SIQUEIRA, José Eduardo; DINIZ, Nilza. Ética e responsabilidade em genética. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo. *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2003.



trabalhador, seja para admissão, manutenção ou rompimento contratual de labor.

No plano do Direito internacional, destaca-se a Declaração Universal do Genoma Humano e os Direitos Humanos que, em sua essência, reafirma princípios e valores universais na manipulação do genoma humano. No Direito Interno, a Constituição Federal estabelece, em diversos dispositivos, garantias que asseguram direitos individuais e, acima de tudo, o princípio da dignidade humana. Na legislação infraconstitucional, destaca-se a novel Lei de Proteção de dados pessoais, editada em agosto de 2018 (Lei 13.709/2018).

Ainda no contexto das palavras inaugurais, que assumem grande papel de apresentar a importância do diálogo entre ética e direito, vale registrar abaixo o ensinamento da Professora Maria Celeste Cordeiro, em sua obra *Imaculada Conceção* (1993)<sup>[2]</sup>:

O diálogo entre ética e direito, no domínio biológico, apenas começou. Por ser interdisciplinar, seu propósito não é convencer, mas sim propor enfoques complementares.

A sua recepção é marcante nos textos constitucionais. Consiste em uma série de valores considerados fundamentais e sua proteção jurídica é assumida pelo Estado, que incluiu a consideração à vida, à dignidade do homem, à liberdade etc., pedras estas basilares da bioética moderna.

O artigo, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, provoca o desafio da reflexão e enfrentamento do que a Mestre Maria Celeste Cordeiro<sup>[3]</sup> define como diálogo entre Direito e Ética, em face do uso dos

---

2. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Imaculada Conceção- Nascendo in vitro e morrendo in Machina*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

3. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Aspectos Atuais do Projeto Genoma Humano. In: *Biodireito-Ciência da Vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

dados genéticos nas relações de emprego. Para tanto, de início, registre-se os seguintes questionamentos:

- Como se encontra a tutela na Ordem Jurídica brasileira em face dos dados genéticos nas relações laborais?
- Qual a incidência da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos nas relações laborais, no Brasil?
- *É necessário se estabelecer critérios legais que impeçam a discriminação genética na admissão, manutenção e despedida de trabalhador com vínculo empregatício?*
- *É possível estabelecer critérios para discriminação legítima e não legítima na obtenção de informações genéticas do trabalhador?*
- *É necessário se estabelecer critérios legais que impeçam a discriminação genética na admissão, manutenção e despedida de trabalhador com vínculo empregatício?*
- Há conflito entre direitos fundamentais entre os sujeitos das relações de trabalho?

Assim, para efeitos da relação de emprego, é necessário que se reflita sobre o conflito entre o valor social do trabalho e a livre iniciativa, além dos direitos fundamentais: intimidade e privacidade. Não se pode deixar de considerar as diferenças entre a relação de trabalho, como gênero e a relação de emprego como espécie, a fim de permitir a compreensão dos efeitos do meio ambiente de trabalho no vínculo laboral empregatício.

O estudo passará, ainda, pela análise da discriminação nas relações de trabalho, em seus diversos aspectos, inclusive enfrentamento da discriminação legítima e ilegítima, e a atual legislação trabalhista antidiscriminatória. De forma especial, as tutelas jurídicas do meio ambiente e do Patrimônio Genético merecem análise nos planos constitucional, no direito interno e internacional.

Por fim, enfrenta-se tema caro, pois a eugenia, com o seu fascínio e espanto, também reflete na relação de trabalho, sendo necessário, concluir com supedâneos para os questionamentos que se apresentam no conflito, ou diálogo, entre Direito e Ética.

## 2. Peculiaridades Relação Trabalhista de Emprego

As relações de trabalho merecem receber especial atenção do sistema de proteção à dignidade humana, em especial nas diversas formas de discriminação e violação aos direitos de personalidade.

Dentro do universo laboral, o vínculo trabalhista de natureza empregatícia detém singularidades que tornam o empregado (trabalhador subordinado) a parte mais vulnerável na relação jurídica.

Como explica o Professor Manoel Jorge e Silva que:

[...] os direitos individuais à intimidade, vida privada, imagem- os reputados direitos da personalidade- estão carecendo de tratamento mais cuidadoso e sistemático pela ciência do direito do trabalho, especialmente porque, nos domínios do vínculo empregatício, caracterizado por intensa subordinação jurídica, são os trabalhadores, na maioria das hipóteses, levados a transigir a respeito de tais direitos, razão suficiente para tornar injuntiva análise mais atenta por parte de todos aqueles que vivenciam os problemas afetos às relações de trabalho<sup>4</sup>.

Entre os requisitos da relação de emprego, a dependência hierárquica destaca-se como elemento diferenciador das demais relações de trabalho. O artigo 3º da CLT assim define o empregado: “Considera-se empregado toda

---

4. SILVA NETO, Manoel Jorge e. Constituição, Discriminação Genética e Relações de Trabalho. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 26, abril/maio/junho de 2011. p. 155. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-26-abril-2011-manoel-jorge-e-silvaneto.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2015.

pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”<sup>[5]</sup>. José Eduardo Silvério dos Reis leciona como sendo pressupostos do conceito de empregado: pessoalidade, não-eventualidade, salário e subordinação jurídica.<sup>[6]</sup>

Vale salientar que, embora o art. 3º, da CLT utilize a expressão “dependência” para definir o sujeito empregado (e não a expressão subordinação), ambas expressões representam a vulnerabilidade e sujeição do empregado em face do empregador. Para Mauricio Godinho Delgado<sup>[7]</sup>, a subordinação é o principal elemento de diferenciação entre a relação empregatícia e as demais formas de prestação de trabalho autônomo.

O Professor Cairo Junior<sup>[8]</sup> destaca que, o estado de dependência do trabalhador para com o empregador constitui a nota diferenciadora da relação de emprego. A prestação de serviços pode ser por conta alheia, onerosa, não-eventual e pessoal, mas, se não houver subordinação, não será considerada como relação derivada de um contrato de trabalho.

O empregador, por sua vez, investido em seus poderes de direção, fiscalização e disciplinar, posiciona-se de forma hierarquicamente superior em face ao trabalhador subordinado que, por sua vez, sujeita-se em silêncio aos efeitos dos poderes empresariais.

Assim, exatamente por força da relação de desigualdade existente nos vínculos empregatícios, que os direitos fundamentais encontram aqui posição de maior vulnerabilidade. Não se pode olvidar que podem ocorrer conflitos entre direitos fundamentais, como por exemplo, o direito à privacidade do trabalhador e do outro lado o direito de propriedade do

---

5. BRASIL. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 04 jan. 2015.

6. RAMOS, José Eduardo Silvério. A relação de emprego: Conceito de empregador e empregado e a parassubordinação. In: *Justiça do Trabalho*. n. 270, junho 2006.

7. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

8. CAIRO JUNIOR, José. *Curso de Direito do Trabalho*. Salvador: Jus Podium, 2008.

empregador, ambos direitos consagrados como fundamentais.

De igual sorte, veja-se o direito à intimidade do empregado e, no outro sentido, o direito do empregador em conhecer as limitações físico-psicológicas dos seus trabalhadores, a fim de cumprir o dever de obediência integral às regras do meio ambiente laboral. Certo é que existem os critérios de solução destes conflitos, mas não deixa de ser desafio contínuo para o Direito e para Ética.

O contrato de emprego desenvolve-se de forma ininterrupta, com uma dinâmica intensa que sujeita aos mais diversos estímulos, alterações, desafios e emoções. Essa intensa relação profissional, desenvolvida diariamente, não se desata dos estímulos emocionais, inerentes ao próprio ser humano. As mais odiosas e diversas formas de discriminação também perseguem as relações laborais, em especial as de natureza empregatícia, muitas vezes de forma silenciosa e perversa, ferindo os direitos consagrados como fundamentais a qualquer ser humano.

Lamentavelmente, é crescente o número de violação aos direitos da personalidade nas relações laborais, o que se constata com o aumento das reclamações trabalhistas, em curso na Justiça do Trabalho, que possuem como pedidos indenização por danos morais.<sup>[9]</sup> Multiplicam-se as situações de violação à honra, à privacidade, à moral, à liberdade religiosa, de expressão, e, sem dúvida, em relação à saúde, e outros direitos fundamentais.

### **3. Os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa**

O art. 1º da Constituição do Brasil estabelece, entre os fundamentos

---

9. "No TST, 11,7% dos processos tratam de dano moral. É o quarto tema mais recorrente, com cerca de 28 mil processos. "Ficamos assustados com a quantidade de casos e a tendência é que essa porcentagem aumente com os anos, já que os processos demoram para chegar no TST", (Ives Gandra). (novembro/2014). Disponível em: <[http://www1.trt18.jus.br/ascom\\_clip/pdf/42748.pdf](http://www1.trt18.jus.br/ascom_clip/pdf/42748.pdf)>. Acesso em: 22 set. 2018.

da República Federativa do Brasil, ao lado da dignidade humana (inciso III), os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa (inciso IV). No art. 5º, entre os direitos e deveres individuais e coletivos, dentro do título Dos Direitos e Garantias Fundamentais, a Carta Magna prevê a regra da não discriminação, garantindo a inviolabilidade do direito à vida ao lado do direito à propriedade.

Com status de direito fundamental, no inciso X, do mesmo art.5º, consagra-se a regra que 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.

Ainda com status de direito fundamental, o inciso XII, do multicitado art. 5º, assegura o direito de propriedade.

Assim, as relações de trabalho se encontram no centro de embate entre valores e direitos fundamentais, sejam aqueles garantidos à dignidade do trabalhador, tutelados assim pelo próprio Direito laboral, sob a noção aberta de “valor social do trabalho” e, por outro lado, aqueles decorrentes da *livre iniciativa*.

Isto posto, verifica-se, pois, que, no âmbito laboral, por vezes constata-se a colisão entre direitos fundamentais assegurados tanto para o empregado, como para o empregador. Em relação ao tema que aqui se expõe, coloca-se em destaque: o direito de propriedade do empregador e os direitos da personalidade do empregado, em especial, sua intimidade.

#### **4. Legislação Trabalhista Anti-Discriminatória. Direitos da Personalidade**

As informações genéticas, no âmbito laboral, podem resultar em perversa discriminação que, indubitavelmente, atinge a condição da

própria existência humana.

A preocupação com o tema encontra-se no domínio de importantes doutrinadores trabalhistas que, por sua vez, advertem para as consequências discriminatórias resultantes das informações genéticas, do trabalhador, adquiridas pelo empregador. O Professor Manoel Jorge e Silva Neto ressalta a relevância da matéria, advertindo que: “[...] não há como desconhecer a importância do assunto para as relações de trabalho, principalmente a partir da constatação de que é crescente o recurso a toda espécie de exame clínico dos trabalhadores por parte de maus empresários”<sup>10</sup>.

A evolução dos meios telemáticos, informatizados e científicos vêm produzindo efeitos nas relações de trabalho, de forma tão célere e intensa, que a comunidade jurídica deve se colocar em estado de constante alerta à segurança dos direitos fundamentais do trabalhador, e à garantia da sua dignidade.

No universo laboral, necessário atentar-se ao vínculo de trabalho de natureza empregatícia, posto que, a subordinação jurídica do empregado o torna a parte vulnerável nesta relação. O empregador, investido em seus poderes de direção, fiscalização e disciplinar, posiciona-se de forma hierarquicamente superior em face do trabalhador subordinado. A relação de desigualdade ampara-se nos princípios de proteção ao empregado, peculiares ao Direito do Trabalho.

Certo é que, a discriminação persegue as relações laborais, muitas vezes de forma silenciosa e perversa, ferindo os direitos consagrados como fundamentais a qualquer ser humano.

Há uma preocupação universal com a discriminação genética. Sem dúvida, as pesquisas sobre o genoma humano, e os seus aproveitamentos,

---

10. NETO, Manoel Jorge e Silva. Constituição, Discriminação Genética e Relações de Trabalho. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 26, abril/maio/junho de 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-26-ABRIL-2011-MANOEL-JORGE-E-SILVANETO.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2015.

mostram-se como progresso na melhoria da saúde das pessoas, mas devem ser proibidas discriminações fundamentadas em características genéticas. No que tange às relações laborais, essa preocupação merece relevância, em face das características das peculiaridades da relação jurídica trabalhista que, por vezes, expõe no centro do conflito o princípio dignidade humana.

Necessário se faz analisar como se apresenta, atualmente, a Ordem Jurídica brasileira em face da não discriminação nas relações de trabalho.

Como fundamento jurídico contra a discriminação, de pronto, invoca-se o Art.3º, IV, da Constituição Federal, que estabelece como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O Art.5º, por sua vez, expressamente adverte 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 à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. No inciso XLI do mesmo dispositivo, há previsão de que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

O Art.3º, IV, da Constituição Federal constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil:

[...] promover o bem de todos, *SEM PRECONCEITO* de origem, raça, sexo, cor, idade e *quaisquer outras FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO*;

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, [...]

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; [...] <sup>[11]</sup> (grifos do autor).

---

11. BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 set. 2018.



No que tange às relações de trabalho, no particular, o inciso XXXI do art.7º, da Constituição, proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

Art. 7º, XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; [...]

XXX – proibição de diferenças de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, [...];

XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; [...] <sup>[12]</sup>.

Por sua vez, a CLT, no art. 461, apresenta tímida regra contra discriminação ao trabalhador, quando estabelece que, Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade.

Entre os efeitos dos avanços dos meios telemáticos, informatizados e científicos nas relações emprego, verifica-se a ameaça e violação aos direitos fundamentais do trabalhador. Observa-se, entretanto, que a Consolidação das Leis Trabalhista (1943) não acompanhou de forma satisfatória as mudanças decorrentes dos avanços tecnológicos que, indubitavelmente, provocaram sérias alterações nas rotinas trabalhistas. São diversos os efeitos, inclusive de natureza jurídica e ética, que foram gerados com a introdução dos vários instrumentos como computadores, internet, redes sociais, meios telemáticos e controles de jornada, inclusive os biométricos.

As diversas situações discriminatórias no ambiente de trabalho despertaram especial tratamento da Legislação Trabalhista após o advento da Constituição de 1988, mais precisamente a partir da década de 90.

---

12. *Ibidem*.

Vale destacar a Lei nº 9.029/1995, que passou a proibir, expressamente, a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, além de determinar outras providências. A referida Lei foi responsável pela inclusão, na Consolidação das leis Trabalhistas, do art. 373-A, que se destina a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho, vedando, dentre outras práticas, publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, idade, cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; além da vedação de considerar sexo, idade, cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; além de impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para o deferimento da inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão do sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez.<sup>[13]</sup>

Ressalte-se que o inciso VI, do referido art.373-A, da CLT, apresenta a preocupação do legislador com a privacidade, intimidade e dignidade da trabalhadora, ao proibir que o empregador ou preposto proceda revistas íntimas nas empregadas e funcionárias<sup>[14]</sup>.

Nota-se, ainda, que a inquietação do legislador, em face a discriminação de gênero, forçou a inclusão do art. 390-B na CLT, para estabelecer que as vagas dos cursos de formação de mão-de-obra, ministrados por instituições governamentais, pelos próprios empregadores ou por qualquer órgão de ensino profissionalizante, serão oferecidas aos empregados de ambos os

---

13. Sobre o tema de discriminação em concurso público, verifica-se a súmula 683 de jurisprudência do STF: O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

14. BRASIL. *Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 04 jan. 2015.

sexos<sup>[15]</sup>.

Com o fito de evitar a discriminação e exclusão das pessoas portadoras de deficiência, a Lei 8.213 de 1991 estabelece, no seu, art. 93 a obrigação das empresas, com cem ou mais empregados, preencherem de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, de acordo com o número de empregados.

Abaixo expõe-se a relação das principais Lei trabalhistas antidiscrimatórias editadas após a Carta Magna de 1988:

- Lei n. 7.853/1989 – *Constitui crime punível: obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência. -negar, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho;*
- Lei n. 9.459/1989 - Modificou o artigo 1º da Lei 7.716/89 – acrescentou como crime a discriminação por razão de etnia, religião ou procedência nacional;
- Lei n. 7.716/1989 - Crimes as práticas advindas do *preconceito de raça e de cor;*
- Lei n. 9.799/1999 - Inseriu na CLT regras sobre *o acesso da mulher ao mercado de trabalho* e deu outras providências, como proibição de publicar de anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, idade, cor ou situação familiar, salvo se a condição assim exigir;
- Lei n. 8.213/1991 – Empresa com 100 (cem) ou mais empregados deve preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas;
- Lei n. 9.029/1995 – *Proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e*

---

15. *Ibidem.*

*limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção;* e estabelece como crimes as seguintes práticas discriminatórias: a exigência de teste, exame, ... ou qualquer outro procedimento relativo a esterilização ou a estado de gravidez; a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem indução ou instigamento à esterilização genética; promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, ... submetidas as normas do Sistema Único de Saúde – SUS; exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas e funcionárias.

Para que se vislumbre os efeitos provocados pela diversidade de situações discriminatórias no âmbito dos Tribunais trabalhistas, destaque-se o labor do Tribunal Superior do Trabalho, ao uniformizar jurisprudência que presume discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito.<sup>[16]</sup>

Por outro lado, as diversas possibilidades de discriminação, no âmbito laboral, multiplicam-se em passos largos. À medida que avança a ciência, indubitavelmente, a discriminação genética é mais uma ameaça aos direitos fundamentais do trabalhador. A possibilidade de aquisição de informações genéticas do trabalhador, no âmbito da relação laboral, pode ser instrumento para o exercício perverso e silencioso da discriminação pelo empregador. A discriminação pode ocorrer na seleção ou admissão de trabalhadores, bem como durante contrato e, sem dúvida, motivadora de rompimento contratual.

---

16. Súmula nº 443 do TST-Dispensa discriminatória. Presunção. Empregado portador de doença grave. Estigma ou preconceito. Direito à reintegração - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Vale destacar a lição do Professor Dirley Cunha Junior, sobre a questão da igualdade perante a lei, quando explica:

O direito à igualdade é o direito que todos têm de ser tratados igualmente na medida em que se igualem e desigualmente na medida em que se desigualem, quer perante a ordem jurídica (igualdade formal), quer perante a oportunidade de acesso aos bens da vida (igualdade material), pois todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. A exigência de igualdade decorre do princípio constitucional de igualdade, que é um postulado básico da democracia, pois significa que todos merecem as mesmas oportunidades, sendo defeso qualquer tipo de privilégio e perseguição. O princípio em tela interdita tratamento desigual às pessoas iguais e igual às pessoas desiguais<sup>[17]</sup>.

Por fim, a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, dispõe no seu artigo XII que ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.<sup>[18]</sup>

## 5. Meio ambiente laboral saudável. Obrigações e responsabilidades do empregador

O tema perpassa pelo enfrentamento da proteção ao meio ambiente, em especial do meio ambiente de trabalho. Vale a transcrição, de logo, da lição extraída do Artigo A Tutela Do Meio Ambiente e a defesa do Patrimônio Genético Humano:

A efetividade dos direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sadia qualidade de vida se dará com a proteção do Estado que deverá preservar a diversidade e a integridade do

---

17. CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2011.

18. Artigo XII - Ninguém será sujeito a interferências na sua **vida privada**, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

patrimônio genético do Brasil e fiscalizar as entidades que pesquisam e manipulam o material genético. Neste item, há proteção expressa ao patrimônio genético humano<sup>[19]</sup>.

Com propriedade, o texto supra provoca a especial atenção do Estado no cenário de proteção ao patrimônio genético. Nesta senda, cumpre analisar, portanto, como se encontra atualmente o Direito interno de proteção ao meio ambiente de Trabalho.

A Constituição Federal assim dispõe sobre o meio ambiente:

*Art. 200.* Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

*Art. 225.* todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

*art. 170.* a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

VI - defesa do meio ambiente...; [...] <sup>[20]</sup>.

Observa-se que, a Carta Magna traz conceito de meio ambiente associado à essencial qualidade de vida. Conceito esse que orienta toda Ordem Jurídica, inclusive a Lei nº 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. No seu art. 3º, inciso I, a referida Lei define, como meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. “Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações

---

19. ARAUJO, Marilene; SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. A tutela do meio ambiente e a defesa do patrimônio genético humano. *Revista Internacional Consinter de Direito*. Ano II – número III. Protección de Los Derechos Fundamentales en un Contexto Global. Lisboa. Editorial Juruá, 2016.

20. BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 set. 2018.

de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”<sup>[21]</sup>.

A Consolidação das Leis Trabalhistas, além das normas do Ministério do Trabalho e Emprego, traz um verdadeiro conjunto de regras de saúde, medicina e segurança do trabalho, sendo destacados especiais dispositivos legais que enfrentam, com rigor, os deveres dos empregadores em face da integridade física e mental dos empregados e empregadas.

A CLT traz um arsenal de deveres para o empregador, a fim de assegurar a segurança, saúde e integridade do meio ambiente de trabalho. Vejamos os principais dispositivos.

O art. 157 da CLT estabelece que:

[...] cabe às empresas: i - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; ii - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; iii - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente; iv - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente<sup>[22]</sup>.

Como deveres dos empregados, o art. 158 da CLT dispõe: observar as normas de segurança e medicina do trabalho e colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste capítulo. No seu parágrafo único: considera como ato faltoso do empregado a recusa injustificada à observância das instruções expedidas pelo empregador e ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa<sup>[23]</sup>.

---

21. BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm)>. Acesso em: 11 set. 2018.

22. BRASIL. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 04 jan. 2015.

23. *Ibidem*.

Por sua vez, a Superintendência Regional do Trabalho, à vista do laudo técnico do serviço competente que demonstre grave e iminente risco para o trabalhador, poderá interditar estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, ou embargar obra, indicando na decisão, tomada com a brevidade que a ocorrência exigir, as providências que deverão ser adotadas para prevenção de infortúnios de trabalho.

Complementando a legislação trabalhista, a Norma Regulamentadora (NR) n. 3, do Ministério do Trabalho e emprego, prevê, no item 3.1, que embargo e interdição são medidas de urgência, adotadas a partir da constatação de situação de trabalho que caracterize risco grave e iminente ao trabalhador. considera-se grave e iminente risco toda condição ou situação de trabalho que possa causar acidente ou doença relacionada ao trabalho com lesão grave à integridade física do trabalhador.

O art. 163, da CLT, ordena a constituição de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), de conformidade com instruções expedidas pelo ministério do trabalho, nos estabelecimentos ou locais de obra nelas especificadas. A NR 5, do MTE prevê que a CIPA tem como objetivo a prevenção de acidentes e doenças decorrentes do trabalho, de modo a tornar compatível permanentemente o trabalho com a preservação da vida e a promoção da saúde do trabalhador. Já no art. 168, o legislador estabelece que será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho: I - a admissão; II - na demissão; III - periodicamente.

Por sua vez, a NR 7 estabelece a obrigatoriedade de elaboração e implementação, por parte de todos os empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados, do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional - PCMSO, com o objetivo de promoção e



preservação da saúde do conjunto dos seus trabalhadores.

Vale registrar o que dispõe a Lei 13.103/2015, no seu § 6o:

Serão exigidos exames toxicológicos, previamente à admissão e por ocasião do desligamento, quando se tratar de motorista profissional, assegurados o direito à contraprova em caso de resultado positivo e a confidencialidade dos resultados dos respectivos exames<sup>[24]</sup>.

O § 7o, do artigo em destaque, determina que, para os fins do disposto no § 6o, será obrigatório exame toxicológico com janela de detecção mínima de 90 (noventa) dias, específico para substâncias psicoativas que causem dependência ou, comprovadamente, comprometam a capacidade de direção, podendo ser utilizado para essa finalidade o exame toxicológico previsto na [Lei no 9.503](#), de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro, desde que realizado nos últimos 60 (sessenta) dias<sup>[25]</sup>.

Sobre o tema, prevê ainda a CLT- Art. 235-B que, são deveres do motorista profissional: VII - submeter-se a teste e a programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica, instituído pelo empregador, com ampla ciência do empregado. O Parágrafo único dispõe: “a inobservância do disposto no inciso VI e a recusa do empregado em submeter-se ao teste e ao programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica previstos no inciso VII serão consideradas infração disciplinar, passível de penalização nos termos da lei”.

Necessário observar, ainda, a obrigação do empregador de notificar sobre as doenças profissionais e das produzidas em virtude de condições

---

24. BRASIL. *Lei 13.103, de 02 de março de 2015*. Dispõe sobre o exercício da profissão de motorista; altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 11.442, de 5 de janeiro de 2007 (empresas e transportadores autônomos de carga), para disciplinar a jornada de trabalho e o tempo de direção do motorista profissional; altera a Lei nº 7.408, de 25 de novembro de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 12.619, de 30 de abril de 2012; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13103.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13103.htm)>. Acesso em: 11 maio.2019.

25. BRASIL. *Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997*. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm)>. Acesso em: 11 maio.2019.

especiais de trabalho, comprovadas ou objeto de suspeita, de conformidade com as instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho, conforme impõe o art.169 da CLT.

A partir do exposto, em especial, da regra exposta no parágrafo acima (art.169), questiona-se: teria a empregador o direito de invadir os dados genéticos do trabalhador para atestar, inclusive, se a saúde do empregado permite que o mesmo enfrente, por exemplo, determinado ambiente insalubre? Poderia ele adotar este procedimento para evitar doença e acidentes de trabalho?

A Convenção nº 148 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1982, tem por escopo a limitação de riscos no ambiente laboral, oriundos da contaminação do ar, ruído etc. A partir desta convenção, nasce a necessidade de se criar uma legislação especial acerca da periculosidade e insalubridade no trabalho, como forma de prevenção de doenças profissionais.

Ainda no plano do direito internacional, a Convenção nº 155, da OIT, estabelece princípios e regras que versam acerca da saúde mental do trabalhador. Enfatiza a responsabilidade do empregador pela saúde e segurança dos trabalhadores, apresentando, inclusive, o conceito de saúde: “abrange não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho”.

Por sua vez, a Convenção nº 161, da OIT propõe uma política nacional referente aos serviços de saúde laboral, objetivando advertir os trabalhadores sobre os riscos profissionais à saúde, especialmente a mental.

Retornando ao plano do Direito interno, a NR nº 9, do MTE, estabelece o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais - PPRA, que propende assegurar a saúde, bem como a integridade dos trabalhadores, por meio do controle de prováveis riscos ambientais a se apresentarem

no ambiente laboral. Mais especificamente em relação à saúde mental, a NR-17 se empenha na adaptação das condições laborais “às características psicofisiológicas dos trabalhadores, de modo a proporcionar um máximo de conforto, segurança e desempenho eficiente”.

Assim, diante de normas jurídicas trabalhistas, previstas no Direito brasileiro, que exigem prevenção, fiscalização e responsabilidade dos empregadores, poder-se-ia afirmar que este sujeito da relação de emprego está autorizado a realizar testes genéticos em seus empregados?

## **6. Genoma humano. Dados genéticos na relação de trabalho. Direitos da personalidade**

No universo da ciência, a humanidade assistiu uma das maiores expressões de seu avanço, o Projeto Genoma Humano (PGH). Formalmente iniciado em outubro de 1990, o PGH possui como principal finalidade a pesquisa dos genes humanos, o seu funcionamento, bem como estipular a sequência de 3 bilhões de bases do DNA (ácido desoxirribonucléico).

Como bem acentua a Professora Maria Celeste Cordeiro:

Vivemos em uma época de transição e incerteza. A possibilidade de eugenia, discriminação, clonagem total ou parcial de seres humanos e, por outro lado, a cura de doenças de origem genética, patentes de genes humanos são questionamentos que vieram à baila com a revolução introduzida pelas técnicas de engenharia genética, culminando com o Projeto Genoma Humano (Hugo- Human Genome Organization). Concepções aparentemente inalteráveis, como a essência do próprio ser humano, estremecem suas bases<sup>[26]</sup>.

O Brasil encontra-se entre os diversos Países que buscam envolver-se nos programas de pesquisas do genoma humano. Mas, embora a evolução

---

26. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Aspectos Atuais do Projeto Genoma Humano. In: *Biodireito-Ciência da Vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

da ciência, no particular, contemple notórios benefícios à humanidade, os efeitos negativos se agigantam também no campo dos direitos da personalidade. Sim, pois a possibilidade do acesso às informações genéticas resulta, em muitas situações, em odiosas formas de discriminação.

A investigação científica sobre o genoma humano, bem como seus aproveitamentos, deve respeitar os direitos da personalidade e a dignidade humana, traçando os limites da sua utilização nos direitos fundamentais, inclusive a não discriminação e o direito à privacidade. Essa preocupação passa a ser mundial. A ameaça aos direitos da personalidade, que estão ligados diretamente à dignidade humana, em qualquer parte do mundo, exige da comunidade internacional o reconhecimento da interligação entre ética e direitos humanos. No campo privativo da bioética, o Direito Internacional estabeleceu princípios e diretrizes de caráter comuns a todos os seres humanos, como a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos Humanos e Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.

Como leciona o Professor Ricardo Mauricio Freire, a dignidade da pessoa humana, antes mesmo de seu reconhecimento jurídico nas Declarações Internacionais e na Constituição de 1988, figura como um valor de notável força ética, que brota da experiência histórica e cultural de cada sociedade humana, possibilitando a tutela das condições materiais de subsistência e a preservação da integridade moral dos indivíduos<sup>[27]</sup>.

A história revela que os direitos fundamentais do ser humano devem ser preocupação doméstica em cada Estado, mas Como explica Flávia Piovesan “Ao constituir tema de legítimo interesse internacional, os direitos humanos transcendem e extrapolam o domínio reservado do Estado ou a competência nacional exclusiva”<sup>[28]</sup>.

---

27. FREIRE SOARES, Ricardo Mauricio. *O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.

28. PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4. ed. Brasil, Max Limonad, 1988.

A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho aparecem, entre outros, como princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, assim assegurados na art.1º da Constituição Federal de 1988. Tal previsão constitucional tem como efeito a imposição no sentido de que toda a Ordem Jurídica brasileira deve se orientar à Luz destes princípios. Não há dúvida que O mais importante fundamento garantido da Carta Magna do Brasil é o da dignidade da pessoa humana, posto que se constitui o estrutura para fruição dos demais direitos fundamentais, como leciona Ricardo Mauricio:

Uma vez situado como princípio basilar da Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte brasileiro conferiu à idéia dignidade da pessoa humana a qualidade de norma embaixadora de todo sistema constitucional, que orienta a compreensão da totalidade do catálogo de direitos fundamentais, tais como os direitos individuais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade<sup>[29]</sup>.

Logo, o fundamento da dignidade humana pode ser considerado como o princípio nuclear para hermenêutica de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas<sup>[30]</sup>.

Como viga-mestra dos direitos humanos fundamentais e na qualidade de valor universal, a garantia da dignidade da pessoal humana, em face dos efeitos provocados pelos avanços tecnológicos e científicos nas relações inter-humanas, confirma-se como relevante e atual preocupação universal.

Tanto assim o é, que a Declaração Universal do Genoma Humanos e Direitos Humanos destaca que o reconhecimento da diversidade genética da Humanidade não pode dar origem a qualquer interpretação de natureza social ou política que possa pôr em causa a “dignidade inerente a todos os membros da família humana e [os] seus direitos iguais e inalienáveis”. Demais

---

29. FREIRE SOARES, Ricardo Mauricio. *O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 135,136.

30. SANTOS, Enoque Ribeiro. *Direitos Humanos na Negociação Coletiva, Teoria e Prática Jurisprudencial*. São Paulo: LTR, 2004.

disso, a Declaração Universal em epígrafe proclama, como princípio de maior importância, em primeira ordem, o da dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, há que ser destacado, a possibilidade de discriminação sem que haja violação ao princípio da igualdade. Aqui, portanto, reserva-se o estudo da discriminação legítima e ilegítima. Tem-se por legítima a discriminação — e, portanto, não ofensiva ao postulado da igualdade — quando o critério distintivo eleito para desequiparar as pessoas se encontra plenamente justificado pela situação fática, em sentido contrário, ter-se-á a discriminação ilegítima<sup>[31]</sup>.

Embora haja manifesto e contundente repúdio constitucional à discriminação ilegítima, o que pode ser invocado às relações laborais, indaga-se sobre a suficiência do conjunto normativo, para prevenir e guerrear a particular discriminação na hipótese de utilização dos dados genéticos do trabalhador.

O historiador e cientista Keneth Serbin defende que o fato de uma pessoa poder saber seu futuro por um teste genético exige mais proteção para o cidadão e que:

[...] infelizmente a discriminação é forte entre empregadores, companhias de seguro, colegas de trabalho. A própria família discrimina o doente... É necessário uma legislação que ajude as pessoas a ter uma vida tranqüila, a criar um clima de entendimento sobre as doenças genéticas<sup>[32]</sup>.

Nos Estados Unidos, em 2008 foi editada Lei contra discriminação genética (GINA – *Genetic Information Non discrimination Act* ou a Lei da Genética) que, em suma, proíbe empresas fazerem exames de DNA em

---

31. NETO, Manoel Jorge e Silva. Constituição, Discriminação Genética e Relações de Trabalho. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 26, abril/maio/junho de 2011, p. 157. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-26-ABRIL-2011-MANOEL-JORGE-E-SILVANETO.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2015.

32. LEITE, Marcelo. “É preciso criar leis contra a discriminação genética”, diz historiador. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/equilibriosaude/2013/09/1341844-e-preciso-criar-leis-contr-a-discriminacao-genetica-diz-historiador.shtml>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

funcionários e candidatos a emprego, com o objetivo de determinar, com base em informações genéticas, se serão vítimas, no futuro, de alguma doença grave. A lei também vale para companhias de seguro-saúde.

Com dito alhures, no Brasil, atualmente, não há previsão específica sobre a proteção nas relações laborais. Em curso, todavia, tem-se o Projeto de Lei de nº **4.610 de 1998**, que define os crimes resultantes de discriminação genética. O art.6º, do referido projeto, define como crime:

Recusar, negar ou impedir inscrição em concurso público ou em quaisquer outras formas de recrutamento e seleção de pessoal com base em informação genética do postulante, bem como, com base em informações dessa natureza, obstar, impedir o acesso ou a permanência em trabalho, emprego, cargo ou função, na Administração Pública ou na iniciativa privada. Estabelece pena de detenção, de um mês a um ano, e multa<sup>[33]</sup>.

A lei n. 13.709/2018, sancionada em agosto de 2018, dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

O Art. 2º, da referida Lei, dispõe que:

A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I - o respeito à privacidade; ...; IV - A inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais<sup>[34]</sup>.

A Lei diferencia entre dados pessoais e sensíveis. Os primeiros, os

---

33. BRASIL. *Projeto de Lei de nº 4.610 de 1998*. Define os crimes resultantes de discriminação genética. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20995&ord=1>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

34. BRASIL. Lei n. 13.709, de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Publicação Original [*Diário Oficial da União* de 15/08/2018] (p. 59, col. 2). Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/27457334>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

dados pessoais, são aqueles podem identificar alguém (nome, foto, cédula de identidade, entre outros), e dados sensíveis- relativos à origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, *dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.*

Algumas regras da Lei para aplicação na Seara trabalhista:

- necessidade de revisão dos processos seletivos, mais especificamente em relação aos dados que são solicitados aos candidatos, especialmente aqueles considerados sensíveis.
- quais informações são necessárias para fins de cumprimento de obrigação legal ou execução do contrato e quais requerem o consentimento do candidato, o que exigirá a adoção de formulários claros que comprovem a manifestação livre, informada e inequívoca por meio do qual ele concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.
- armazenamento dos currículos em bancos de dados, para futuros processos seletivos, deve também ser reavaliado quanto à necessidade de consentimento do candidato para tanto e a segurança das informações contra vazamento.
- em algumas situações haverá a necessidade de inclusão de cláusulas específicas nos contratos de trabalho. É o caso, por exemplo, de empresas que transmitem dados de seus empregados a terceiros, tais como operadoras de planos de saúde e empresas de gestão de folha de pagamento;
- elaboração ou revisão de suas políticas internas, definindo de forma bastante clara os setores que poderão ter acesso aos dados de candidatos, empregados e terceiros, bem como a forma de utilização de tais informações, inclusive estabelecendo penalidades em caso de uso indevido de dados, tais como o envio a e-mails particulares ou empregados e terceiros sem autorização de acesso aos dados;



- políticas próprias relacionadas à forma de coleta, atualização e acesso dos dados pelos empregados<sup>[35]</sup>.

Ainda considerados como dados sensíveis encontram-se as informações relacionadas à saúde dos trabalhadores, embora já protegidas em grande parte pelo sigilo médico, devem ser observadas regras e armazenamento e divulgação de atestados e exames médicos, compra de medicamentos por meio de convênios e utilização do plano de saúde.

Como registrado em linhas pretéritas, a preocupação com a matéria está no centro de interesse de toda humanidade, portanto de interesse da comunidade do Direito internacional, em face da dignidade humana encontrar-se como paradigma universal.

Sobre o tema, estão como principais documentos da Legislação internacional: A Declaração universal de Direitos Humanos; o Código de Nuremberg; a Declaração de Inuyama; Declaração de Bilbao sobre o Direito ante o Projeto Genoma Humano; Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina; a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina; a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, de 2003; a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos e, como objeto central do estudo, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos.

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, adotada pela Conferência Geral da UNESCO na 29ª sessão, em 1997, revela-se como mais importante instrumento de proteção do patrimônio genético humano. O Brasil figura como um dos Estados signatários.

A Declaração Universal em destaque, de início, registra com ênfase:

---

35. ALVES, Patrícia Mota. *Lei de Proteção de Dados: o que muda nas relações de trabalho*. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/lei-de-protecao-de-dados-o-que-muda-nas-relacoes-de-trabalho/>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

o “ideal democrático de dignidade, igualdade e respeito pela pessoa humana”, a rejeição qualquer “dogma da desigualdade das raças e dos homens”. Recorda o seu apego aos princípios universais de direitos humanos, invocando, dentre outros, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, os Pactos Internacionais das Nações Unidas sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais e sobre os Direitos Cíveis e Políticos, além da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, das Nações. Embora reconhecendo que a investigação sobre o genoma humano traz perspectivas de progresso na melhoria da saúde dos indivíduos e da Humanidade, a Declaração sublinha que deve ser respeitada plenamente a dignidade humana, a liberdade e os direitos humanos, bem como a proibição de todas as formas de discriminação com base nas características genéticas.

No art.1º, da Declaração Universal sobre o Genoma, encontra-se o Princípio da dignidade humana, onde prevê que o genoma humano constitui patrimônio da Humanidade. Interpreta-se, pois, como responsabilidade de toda a humanidade. O art.2.º garante que todas as pessoas têm direito ao respeito da sua dignidade e dos seus direitos, independentemente das respectivas características genéticas. Além disso, que essa dignidade impõe que os indivíduos não sejam reduzidos às suas características genéticas e que se respeite o carácter único de cada um e a sua diversidade.

A incidência da Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos nas relações laborais, no Brasil, há que ser estudada também a partir dos direitos individuais relacionados ao patrimônio genético humano, conforme Seção B do Instrumento internacional, que dispõe no art.5º que para a pesquisa do genoma humano, em qualquer caso, deve ser obtido o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, e deve ser respeitado o direito de cada indivíduo de decidir se será ou não informado sobre os resultados da análise genética e das consequências

dela decorrentes. Ainda sobre os direitos da pessoa em causa, o art. 6 prevê o Princípio da não discriminação: “Nenhum indivíduo deve ser submetido a discriminação com base em características genéticas, que vise violar ou que tenha como efeito a violação de direitos humanos, de liberdades fundamentais e da dignidade humana”<sup>[36]</sup>. O artigo 7 expressa o Princípio da confidencialidade: “Dados genéticos associados a indivíduo identificável, armazenados ou processados para uso em pesquisa ou para qualquer outro uso, devem ter sua confidencialidade assegurada, nas condições estabelecidas pela legislação”<sup>[37]</sup>.

Saliente-se que: “Poder-se-ia apontar, dentre outros, cinco direitos fundamentais que delimitam qualquer investigação científica: o direito à vida; o direito à dignidade humana; o direito à intimidade; o direito à igualdade e à não discriminação; o direito à liberdade”<sup>[38]</sup>.

A proteção ao patrimônio genético, no plano constitucional brasileiro, assim encontra-se disposto:

Art. 5º todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, [...].

x - 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;

Art. 5º, dentro do âmbito da proteção à vida, a privacidade e a intimidade, a não discriminação. Todos esses direitos orientados sob

---

36. DECLARAÇÃO Universal do Genoma Humanos e Direitos Humanos. *UNESCO*. p. 06. Disponível em: <[https://www.ipebj.com.br/docdown/\\_36848.pdf](https://www.ipebj.com.br/docdown/_36848.pdf)>. Acesso em: 11 abr.2019.

37. *Ibidem*.

38. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Imaculada Conceção - Nascendo in vitro e morrendo in Machina*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

o prisma do princípio da dignidade humana<sup>[39]</sup>.

Ainda na Carta Magna, destaca-se o art. 225 que, por sua vez, dispõe:

Art.225. todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; [...] <sup>[40]</sup>.

A Resolução 466/2012 do CNS prevê:

III. 2 – As pesquisas, em qualquer área do conhecimento envolvendo seres humanos, deverão observar as seguintes exigências: i) prever procedimentos que assegurem a confidencialidade e a privacidade, a proteção da imagem e a não estigmatização dos participantes da pesquisa, garantindo a não utilização das informações em prejuízo das pessoas e/ou comunidades, inclusive em termos de autoestima, de prestígio e/ou aspectos financeiros.

[...]

III.11. – Os dados genéticos resultantes da pesquisa associados a um indivíduo identificável não poderão ser divulgados nem ficar acessíveis a terceiros, notadamente a empregadores, empresas seguradoras e instituições de ensino, e também não devem ser fornecidos para cruzamento com outros dados armazenados para propósitos judiciais ou outros fins, exceto quando for obtido o

---

39. BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2019.

40. *Ibidem*.

consentimento do sujeito da pesquisa <sup>[41]</sup>.

No plano internacional, como visto, o destaque é da Declaração Universal do Genoma Humanos e Direitos Humanos (1997):

Busca estabelecer uma limitação internacional às ações relativas ao genoma humano e orientar a formulação das legislações nacionais. Por oportuno, vale ainda sintetizar como sendo seu objetivo específico o de fixar um marco ético e enunciar princípios duradouros para as atividades relativas ao genoma humano, como finalidade a de proteger os direitos humanos contra lesões potenciais, originadas na prática de algumas aplicações sobre o genoma humano e garantir o exercício da atividade científica que não contrarie a dignidade humana. Sete diretrizes básicas em 22 alíneas: a dignidade da pessoa humana e o genoma humano; direitos das pessoas envolvidas; pesquisas com o genoma humano; condições para o exercício da atividade científica; solidariedade e cooperação internacional, promoção dos princípios expostos na Declaração e Implementação da Declaração <sup>[42]</sup>.

## Conclusão

Por todo exposto, conclui-se que, embora não haja, no domínio do Direito brasileiro, previsão legal específica sobre a captação e utilização de informações genéticas nas relações laborais, o conjunto de regras constitucionais e infraconstitucionais, além direito internacional, permitem a proteção e garantia dos direitos da personalidade. Não podendo se afastar, jamais, da constante busca do diálogo e harmonia entre Ética e Direito.

Fora analisado o conflito entre o valor social do trabalho e a livre iniciativa, além dos direitos fundamentais: intimidade do empregado

---

41. BRASIL. *Resolução nº 466, de 12 de dezembro de 2012*. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Disponível em: <[http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466\\_12\\_12\\_2012.html](http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html)>. Acesso em: 10 maio.2019.

42. DECLARAÇÃO Universal do Genoma Humanos e Direitos Humanos. *UNESCO*. Disponível em: <[https://www.ipebj.com.br/docdown/\\_36848.pdf](https://www.ipebj.com.br/docdown/_36848.pdf)>. Acesso em: 11 abr.2019.

e propriedade do empregador. Além disso, enfrentada a discriminação nas relações de trabalho, não se pode abandonar a tese da discriminação legítima e discriminação ilegítima. A exposição da legislação trabalhista antidiscriminatória, e a ampla e rígida legislação sobre o meio ambiente laboral (CLT e NRs), demonstraram, sem dúvida, que ao empregador é transferida responsabilidade pela saúde, segurança e medicina do trabalho. Ocorre que, acima de todo ordenamento jurídico encontra-se o princípio da dignidade humana, como viga mestra intransigível.

Destaca-se a Declaração Universal do Genoma Humanos e Direitos Humanos que, por sua vez, estabelece que o reconhecimento da diversidade genética da Humanidade não pode dar origem a qualquer interpretação de natureza social ou política que possa pôr em causa a “dignidade inerente a todos os membros da família humana e [os] seus direitos iguais e inalienáveis”<sup>[43]</sup>.

A lei n. 13.709/2018 dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Assim, a nova Lei determina o respeito à privacidade, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Conclui-se, portanto, que o Ordenamento Jurídico Interno e Internacional deve ser interpretado no sentido de limitar ou impossibilitar que o acesso à informação genética dê causa a discriminação e violação aos direitos da personalidade, de qualquer ser humano, em inclusive do trabalhador. A informação genética só pode ser acessada em pesquisas, terapias ou testes, só pode ser obtida ou utilizada se resultar em melhoria

---

43. DECLARAÇÃO Universal do Genoma Humanos e Direitos Humanos. *UNESCO*. Disponível em: <[https://www.ipebj.com.br/docdown/\\_36848.pdf](https://www.ipebj.com.br/docdown/_36848.pdf)>. Acesso em: 11 abr.2019.

da qualidade de vida do ser humano ou no alívio a enfermidades genéticas.

A requisição de qualquer teste genético pelo empregador não pode ser indiscriminadamente requerida, como um meio de separar os geneticamente aptos, dos geneticamente indesejáveis. A assustadora eugenia que, muitas vezes, exerce fascínio até mesmo nas relações de trabalho.

Nenhum indivíduo deve ser submetido a discriminação com base em características genéticas, que vise violar ou que tenha como efeito a violação de direitos humanos, de liberdades fundamentais e da dignidade humana.

## Referência

ALVES, Patrícia Mota. *Lei de Proteção de Dados: o que muda nas relações de trabalho*. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/lei-de-protecao-de-dados-o-que-muda-nas-relacoes-de-trabalho/>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

ARAÚJO, Marilene; SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. A tutela do meio ambiente e a defesa do patrimônio genético humano. *Revista Internacional Consinter de Direito*. Ano II – número III. Protección de Los Derechos Fundamentales en un Contexto Global. Lisboa. Editorial Juruá, 2016.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 set. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 04 jan. 2015.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm)>. Acesso em: 11 set. 2018.

BRASIL. *Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997*. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm)>. Acesso em: 11 maio.2019.

BRASIL. *Lei nº 13.103, de 02 de março de 2015*. Dispõe sobre o exercício da profissão de motorista; altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 11.442, de 5 de janeiro de 2007 (empresas e transportadores autônomos de carga), para disciplinar a jornada de trabalho e o tempo de direção do motorista profissional; altera a Lei nº 7.408, de 25 de novembro de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 12.619, de 30 de abril de 2012; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13103.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13103.htm)>. Acesso em: 11 maio.2019.

BRASIL. *Lei nº 13.709, de agosto de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Publicação Original [*Diário Oficial da União* de 15/08/2018] (p. 59, col. 2). Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/27457334>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei de nº 4.610 de 1998*. Define os crimes resultantes de discriminação genética. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20995&ord=1>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

BRASIL. *Resolução nº 466, de 12 de dezembro de 2012*. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Disponível em: <[http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/saudelegis/cns/2013/res0466\\_12\\_12\\_2012.html](http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/saudelegis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html)>. Acesso em: 10 maio.2019.

CAIRO JUNIOR, José. *Curso de Direito do Trabalho*. Salvador: Jus Podium, 2008.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2011.

DECLARAÇÃO Universal do Genoma Humanos e Direitos Humanos. UNESCO. p. 06. Disponível em: <[https://www.ipebj.com.br/docdown/\\_36848.pdf](https://www.ipebj.com.br/docdown/_36848.pdf)>. Acesso em: 11 abr.2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

FREIRE SOARES, Ricardo Mauricio. *O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEITE, Marcelo. “É preciso criar leis contra a discriminação genética”, diz historiador. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2013/09/1341844-e-preciso-criar-leis-contra-a-discriminacao-genetica-diz-historiador.shtml>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

NETO, Manoel Jorge e Silva. Constituição, Discriminação Genética e Relações de Trabalho. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 26, abril/maio/junho de 2011. Disponível em:



<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-26-ABRIL-2011-MANOEL-JORGE-E-SILVANETO.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2015.

NETO, Manoel Jorge e Silva. Constituição, Discriminação Genética e Relações de Trabalho. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 26, abril/maio/junho de 2011, p. 157. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-26-ABRIL-2011-MANOEL-JORGE-E-SILVANETO.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2015.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4. ed. Brasil, Max Limonad, 1988.

RAMOS, José Eduardo Silvério. A relação de emprego: Conceito de empregador e empregado e a parassubordinação. In: *Justiça do Trabalho*. n. 270, junho 2006.

SANTOS, Enoque Ribeiro. *Direitos Humanos na Negociação Coletiva, Teoria e Prática Jurisprudencial*. São Paulo: LTR, 2004.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Aspectos Atuais do Projeto Genoma Humano. In: *Biodireito-Ciência da Vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Imaculada Concepção - Nascendo in vitro e morrendo in Machina*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Constituição, Discriminação Genética e Relações de Trabalho. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 26, abril/maio/junho de 2011. p. 155. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-26-abril-2011-manoel-jorge-e-silvaneto.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2015.

SIQUEIRA, José Eduardo; DINIZ, Nilza. Ética e responsabilidade em genética. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo. *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2003.

SÚMULA nº 443 do TST-Dispensa discriminatória. Presunção. Empregado portador de doença grave. Estigma ou preconceito. Direito à reintegração - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

# A Criação dos Cursos Jurídicos no Brasil e Dia do Advogado

SULAMITA SANTOS CABRAL

No mês de agosto, a classe jurídica comemora a criação dos cursos jurídicos no Brasil e o Dia do Advogado.

Através do Decreto Imperial de 11 de agosto de 1827, foram criadas as Faculdades de Direito de São Paulo e a Faculdade de Direito de Olinda, Pernambuco, concretizando o projeto apresentado, em 1823, pelo Deputado José Feliciano Fernandes Pinheiro.

Atendendo aos apelos recebidos de estudantes brasileiros que estudavam em Portugal e que, após a Independência do Brasil, passaram a sofrer humilhações, o Deputado Geral da Assembleia Constituinte pelo Rio Grande do Sul, José Feliciano Fernandes Pinheiro, brasileiro, formado em Direito na Universidade de Coimbra de Portugal, propôs a criação de uma Faculdade de Direito no Brasil.

O projeto recebeu aprovação da Assembleia, mas, com a dissolução da mesma, pelo Imperador Dom Pedro I, o projeto teve que ser adiado.

Em 1824, o Imperador Pedro I nomeou José Feliciano Fernandes Pinheiro Presidente da Província de São Pedro, primitiva denominação do estado do Rio Grande do Sul. Homem culto e realizador, permaneceu no cargo até 1826 realizando excepcional administração. Fundou a primeira tipografia regional, contribuiu para a ampliação da Santa Casa de Misericórdia, incentivou o desenvolvimento da província, realizou importantes obras e promoveu o assentamento de imigrantes alemães,

fixando-os em São Leopoldo.

Por seus méritos foi agraciado, em 1826, com o título de Visconde de São Leopoldo e, pouco mais tarde, nomeado Ministro da Justiça.

Nesse ínterim, muitas vozes no Império defendiam a importância de haver uma cultura jurídica nacional e uma estrutura judicial própria, fruto de um pensamento brasileiro, independente de Portugal.

Em 1827, José Feliciano Fernandes Pinheiro conseguiu concretizar seu antigo projeto de criação de cursos jurídicos no Brasil. Através do Decreto Imperial, de 11 de agosto de 1827, foram criadas as Faculdades de Direito de São Paulo e a Faculdade de Direito de Olinda. Os bacharéis formados podiam ser juízes, membros do Ministério Público ou procuradores da coroa e advogados.

A criação das Faculdades de Ciências Jurídicas e Sociais, assim chamadas, teve grande impacto na vida do país, pois formou uma elite brasileira de pensadores que passaram a atuar no campo político, jurídico e social, promovendo o ordenamento jurídico, a organização judiciária, servindo de mediadores entre os interesses públicos e privados ou entre interesses privados e propiciando o estudo e debates de grandes questões nacionais.

É importante destacar que as faculdades formavam os Bacharéis em Ciências Jurídicas e Sociais, mas não havia nenhuma restrição ao exercício da advocacia praticado pelos não formados, os “rábulas”, assim chamados os que advogavam sem ter diploma. Em 1843 foi criado o Instituto dos Advogados Brasileiros, congregando os Bacharéis e tendo como um dos objetivos principais a regulamentação da profissão de advogado. Os órgãos similares que foram surgindo nos Estados de São Paulo, Bahia, Pernambuco e Rio Grande do Sul agregaram força a essa luta.

O nosso Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, fundado em

26 de outubro de 1926, por uma feliz conjuntura, teve um papel relevante para a criação da Ordem dos Advogados do Brasil e regulamentação da profissão de advogado.

A Revolução de 1930, que levou Getúlio Vargas ao poder, tinha como um dos principais líderes Osvaldo Aranha, sócio fundador do nosso Instituto.

Conta-se que no conturbado dia 03 de outubro de 1930, quando eclodiu a revolução, a Diretoria do Instituto decidiu, por maioria, ir até ao Palácio Piratini para se solidarizar com o movimento. Recebidos por Osvaldo Aranha, obtiveram a promessa de, caso vitoriosa a revolução, criar a Ordem dos Advogados para regulamentar a profissão.

A promessa foi cumprida...

No dia 19 de outubro de 1930, Getúlio Vargas, Chefe do Governo Provisório, assinou o Decreto nº 19.408 que dispôs:

Artigo 17- "Fica criada a Ordem dos Advogados Brasileiros, órgão de disciplina e seleção dos advogados, que se regerá pelos estatutos que forem votados pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, com a colaboração dos Institutos dos Estados, e aprovados pelo Governo."

Assim sendo, neste dia 11 de agosto, os advogados, além de enaltecer a figura de Jose Feliciano Fernandes Pinheiro, não podem ignorar o trabalho desenvolvido pelos Institutos que, desde o tempo do Império, lutavam para a regulamentação da profissão de advogado e foram decisivos para a organização da Ordem dos Advogados Brasileiros. Também, é preciso reconhecer a atuação meritória de Osvaldo Aranha para que, após quase noventa anos de lutas, Getúlio Vargas assinasse o Decreto que regulamentaria a profissão de advogado.

A lei 13.599, publicada em 09 de janeiro de 2018, inscreveu o nome de

José Feliciano Fernandes Pinheiro, Visconde de São Leopoldo, como Herói Nacional, no Livro de Heróis e Heroínas da Pátria. Com páginas de aço, o livro encontra-se no Panteão da Pátria Tancredo Neves, na Praça dos Três Poderes, em Brasília.

A referida Lei foi iniciativa do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul e contou com o apoio da OAB/RS, da Santa Casa de Misericórdia de Porto Alegre e do Instituto histórico e Geográfico do RS e foi apresentada pelo Deputado Federal Giovani Cherini.

Trata-se de uma vitória conjunta, que registra o justo reconhecimento pelos inúmeros feitos do Visconde de São Leopoldo em prol do país.

Evocamos, também, a memória e os feitos de Levy Carneiro, Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros e primeiro Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil e de Leonardo Macedônia, Presidente do Instituto dos Advogados do RS e primeiro Presidente da OAB gaúcha (1932) e suas diretorias que, vencendo os obstáculos, conseguiram implementar a nova Ordem dos Advogados no país.

Saudamos a todos os operadores do Direito louvando o labor diuturno de advogados, magistrados e membros do Ministério Público que, através de trabalho digno e responsável, cumprem seus deveres para com a sociedade.

Para concluir, tributamos nossas homenagens a Cláudio Pacheco Prates Lamachia que, após presidir, exemplarmente, a OAB/RS, foi o primeiro gaúcho a assumir a Presidência do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 23/02/2016. Advogado emérito, teve um importante papel na história do Brasil, sempre na defesa da ética e da advocacia, dos direitos humanos, da democracia e da justiça e que ainda tem muito a contribuir para a grandeza de nossa Pátria.

# Agências Reguladoras no Direito Administrativo Brasileiro

PATRÍCIA VERÔNICA NUNES CARVALHO SOBRAL DE SOUZA

RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES

## Resumo

A Reforma do Estado trouxe mudança impactante do papel exercido pela Administração Pública, atribuindo a ela a função de regular as atividades de interesse público executadas pelos particulares, contexto no qual surgiram as Agências Reguladoras. Diante disso, o presente artigo tem como objetivo apresentar a transição do Estado Executor para o Estado gestor, apontando o papel principal das Agências Reguladoras como órgãos promovedores do princípio da eficiência na prestação dos serviços públicos.

## Palavras chave

Agências Reguladoras. Autonomia. Direito Administrativo. Princípio da Eficiência. Serviços Públicos.

## Resumen

*La Reforma del Estado trajo un cambio impactante en el rol de la Administración Pública, atribuyéndole la función de regular las actividades de interés público que realizan los particulares, en el contexto en el que surgieron los Organismos Reguladores. delante de eso, este artículo tiene como objetivo presentar la transición del Estado Ejecutor al Estado gestor, señalando el papel principal de los Organismos Reguladores como órganos promotores del principio de eficiencia en la prestación de los servicios públicos.*

## Palabras clave

*Agencias reguladoras. Autonomía. Derecho Administrativo. Principio de eficiencia. Servicios públicos.*

## Notas introdutórias

Com o advento da Reforma do Estado no final do século passado, ocorreu uma transformação importante na função exercida pelo Poder Público na prestação dos serviços públicos. Assim, o Estado passou de Estado Executor para Estado Gestor, sendo transferidas certas atividades essenciais, antes prestadas pela Administração, de forma direta, para instituições privadas.

Diante dessa modificação, o Estado assumiu a função de regular as atividades públicas desenvolvidas pelos particulares, oportunizando o surgimento das Agências Reguladoras, entidades dotadas de autonomia político-administrativa e econômico-financeira, que objetivam fiscalizar e regular a prestação de serviços públicos por particulares.

As Agências Reguladoras, como autarquias de regime especial, devem zelar pela necessária eficiência gerencial na consecução do interesse supremo da coletividade.

A responsabilidade acerca da regularidade, continuidade e universalidade dos serviços públicos prestados pelos entes privados é também das agências, já que elas assumem decisões em última instância sobre a disciplina de tais serviços cujo controle a elas é direcionado pelas respectivas leis instituidoras.

Ademais, as Agências Reguladoras devem apresentar na execução de suas atribuições o controle da eficácia do serviço público concedido, permitido e autorizado.

Desta forma, o presente artigo científico busca examinar o papel das Agências Reguladoras, analisando a transição do Estado Executor para o

Estado gestor, como entidades promovedoras do princípio da eficiência e eficácia na prestação dos serviços públicos.

Para tanto, utiliza-se da metodologia da revisão bibliográfica, por meio da pesquisa da doutrina e da legislação pátria.

## **A transição do estado executor para o estado gestor: a reforma do estado brasileiro**

Durante o século XX, o Estado ocidental sofria ferrenhas críticas quanto a sua ineficiência, a má utilização dos recursos públicos, a lentidão, a corrupção e a burocracia. O Poder Público não lograva atender as necessidades de seus cidadãos.

No plano mundial, as reformas gerenciais ocorreram, num primeiro momento, na Grã-Bretanha, Nova Zelândia, Austrália e Estados Unidos, durante a década de 80 (oitenta) vinculadas, portanto, à experiência dos sistemas jurídicos do *common law*.

No que se refere ao Brasil, o processo de reforma gerencial foi lento e descontínuo.

No ano de 1930, houve um desenvolvimento da economia no Brasil, que foi direcionada para a institucionalização de processos de industrialização. A institucionalização do Estado regulador restava influenciada pelo pensamento autoritário, que reproduzia o modelo oligárquico e refletia as relações patrimonialistas (FAORO, 1958).

Neste período, houve a constituição da burocracia estatal brasileira e a ampliação do processo de criação de empresas estatais, com uma relação de sujeição, união da tecnocracia e da burocracia (DINIZ; BOSCHI, 1978).

Com o início da atuação econômica, na década de 40 (quarenta), desenvolvia-se uma economia promovida pela iniciativa governamental,



ainda frágil. Já essa atuação econômica ganhou mais força nos anos 60 (sessenta), especialmente após o golpe militar de 1964 e, nos anos 70 (setenta), mais de 300 (trezentas) empresas estatais foram instituídas.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o papel do Estado na sociedade democrática passou a integrar a agenda pública, diante da manifesta insatisfação do povo com o funcionamento da Administração, tida como autoritária, arbitrária e ineficaz.

Com efeito, no ano de 1995, sob a égide do receituário do neoliberalismo, o Governo Federal, através do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, ofereceu um amplo programa de reformulação estatal.

Com efeito, as propostas abrangiam a descentralização da prestação de serviços públicos e o fomento do núcleo estratégico do Estado.

Neste sentido, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado preceituava que

É preciso [...] dar um salto adiante, no sentido de uma administração pública que chamaria de “gerencial”. Baseada em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralizada para poder chegar ao cidadão, que, numa sociedade democrática, é quem dá legitimidade às instituições e que, portanto, se torna “cliente privilegiado” dos serviços prestados pelo Estado. (BRASIL, 1995, p. 10)

Tal reforma estatal significou uma resposta não apenas à esfera técnica-econômica à luz da crise fiscal estatal, mas o resultado de um processo político de modificação da atuação da burocracia estatal.

Estruturou-se uma burocracia direcionada à regulação de mercados, centralizada, inclusive, em Agências Reguladoras independentes, o que

assentou uma remodelação dos meios de circulação do poder político para a criação de políticas públicas voltadas aos setores da economia, como, por exemplo, as telecomunicações, o gás, o petróleo, dentre outros.

Desta forma, ocorreu a transição paradigmática de um Estado Executor para um Estado Gestor, redefinindo a função exercida pela Administração Pública em face da prestação dos serviços públicos.

Inicialmente, a reforma administrativa trouxe diversas modificações como a extinção e a redução às restrições legais ao capital estrangeiro. A seu turno, na segunda onda da reforma, ocorreu a flexibilização dos monopólios estatais. E, por fim, durante a terceira onda, por meio da Lei 8.031/1990, foi instituído o Programa Nacional de Desestatização, posteriormente alterada pela Lei 9.491/1997 (VASCONCELLOS, 2009).

A Lei nº 9.491/97 fixou importantes objetivos, em seu Art. 1º, a saber: reordenação da posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito; concentração dos esforços da Administração Pública nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas (BRASIL, 1997).

Sendo assim, o Estado intervém na ordem econômica por meio de atuação direta, mas os serviços públicos podem ser prestados diretamente pelos órgãos despersonalizados que integram a Administração ou indiretamente, através de entidades com personalidades jurídica própria, seja por meio de pessoas jurídicas públicas, como as autarquias e fundações, públicas ou privadas, por meio de sociedades de economia mista e empresas públicas, outorgando, por lei, para estes entes a prestação desses serviços.

Outrossim, resta a possibilidade de o Estado delegar tais atividades à iniciativa privada, como trata o artigo 175 da Carta Magna de 1988, ao preceituar que incumbe ao Poder Público, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos, devendo a legislação dispor sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão, os direitos dos usuários, política tarifária e a manutenção de serviço adequado.

(BRASIL, 1988).

Além da regulação pela normatividade constitucional acerca da concessão e permissão de serviços públicos, também existe a Lei nº 8.987/95, a qual especifica os requisitos necessários para a formalização destes regimes jurídicos.

Deveras, a transferência à iniciativa privada da prestação de serviços públicos revela que essa reforma resultou em uma troca do papel do Estado de executor dos serviços para planejador, regulador e fiscalizador, no qual esse novo perfil de intervencionismo, a ser definido como residual, define o Estado como regulador.

Eis, em apertada síntese, o contexto no qual surgem as Agências

Reguladoras como ferramentas de concretização da eficiência da atuação estatal.

## **As agências reguladoras como instrumentos da reforma do estado brasileiro**

Diante desse papel regulador assumido pelo Estado, surge a necessidade da elaboração de entidades para fiscalizar a prestação de serviços públicos pela iniciativa privada. É aí que se criam as Agências Reguladoras para executar, de forma indireta e descentralizada, as funções do Estado na economia, bem como de modo autônomo e técnico, com a finalidade precípua de fomentar o mercado e garantir a prestação de serviços públicos adequadamente.

Neste aspecto, cabe pontuar, que, em verdade, houve uma concreta criação das Agências Reguladoras, uma vez que boa parte dessas características já era atribuída às outras pessoas de direito público, tais como o Instituto Brasileiro do Café - IBC, criado pela Lei nº 1.779, de 22 de dezembro de 1952, o Instituto do Açúcar e do Alcool - IAA, criado pelo Decreto-Lei nº 56, de 18 de novembro de 1966, o Conselho Nacional de Telecomunicações - CONTEL, criado pela Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, a Comissão de Valores Mobiliários - CVM, criada em 1976, por meio da Lei nº 6.385, dentre outros.

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso aponta que o Estado estava

[...] sob crítica cerrada, densamente identificado com a ideia de ineficiência, desperdício de recursos, morosidade, burocracia e corrupção. Mesmo junto a setores que o vislumbravam outrora como protagonista do processo econômico, político e social, o Estado perdeu o charme redentor, passando-se a encarar com ceticismo o

seu potencial como instrumento do progresso e da transformação. (BARROSO, 2003, p. 18).

Neste contexto, revelava-se urgente implantar entidades reguladoras do Estado, que já estavam determinadas no Plano Diretor da Reforma do Estado, para agir na área de atividade exclusiva do Estado e, dessa forma, regular as funções assumidas pela iniciativa privada.

Foram assim criadas as Agências Reguladoras, dotadas de natureza de autarquias de regime especial, onde a lei fornece a competência de regulação, com competência normativa restrita pelo princípio da legalidade, de polícia administrativa, de resolução de conflitos, mesmo que não possua força de coisa julgada (DI PIETRO, 2018).

Conforme o magistério autorizado de Maria Di Pietro (2018), as Agências Reguladoras são órgãos da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta.

Por sua vez, na lição de Hely Meirelles (2016, p. 450), as Agências Reguladoras se afiguram como autarquias sob regime especial, com o propósito de assegurar sua autoridade e autonomia administrativa.

Em âmbito federal, não existe legislação específica que discipline unitariamente o regime jurídico destas agências reguladoras. Elas foram, portanto, criadas por uma miríade de diversos diplomas legislativos.

Com efeito, a Leis 9.427/96, 9.472/97 e 9.478/97 instituíram, respectivamente, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional de Petróleo (ANP).

Ressalva-se, contudo, que a ANATEL e a ANP têm fundamento constitucional (arts. 21, XI, e 177, § 2º, III), estando referidas com o termo

- **órgão regulador.** Esta expressão foi cunhada pela Carta constitucional de 1988, seguindo a tradição do direito brasileiro, enquanto a legislação infraconstitucional reproduziu o vocábulo de origem norte-americana – agência reguladora (BRASIL, 1988).

Por sua vez, a Lei nº 9.782/99 criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), como uma entidade administrativa independente para assegurar a saúde da população, através do controle sanitário de produção e do comércio de alimentos, laboratórios, planos de saúde, entre outros.

Com a edição da Lei 9.961/00, criou-se a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), como entidade para regular, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades que assegurem a assistência suplementar à saúde.

A seu turno, a Lei nº 9.984/00, alterada pela Lei nº 14.026, de 2020, regulou a criação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH) e responsável pela instituição de normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico.

Por sua vez, a Lei nº 10.233/2001 disciplinou a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, criando o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, afora outras providências.

Assim, como órgãos autônomos e independentes administrativamente, estas Agências também possuem aspectos próprios como: estabilidade de seus dirigentes com mandato fixo e ausência de subordinação hierárquica; autonomia financeira com renda própria e liberdade de aplicação de seus recursos; e poder normativo com regulamentação sobre as disciplinas de

suas competências (MEIRELLES, 2016).

Estas agências estão submetidas ao ditame do art. 37, XIX, da Constituição Federal de 1988, o qual prescreve que somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo, por sua vez, à lei complementar, neste último caso, definir os campos de sua atuação.

## **As agências reguladoras e o princípio da eficiência administrativa**

O princípio da eficiência é um dos corolários mais importantes da base principiológica da Administração Pública e integra um dos princípios constitucionais previstos no art. 37, *caput*, da Lei Maior, ao lado da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

O princípio da eficiência foi inserido pela Emenda Constitucional 19/98, e exige que a atividade administrativa seja pautada na presteza, perfeição, bem como no rendimento funcional. Assim, a função administrativa deve ser exercida e implementada objetivando produzir o resultado adequado diante do atendimento do interesse público (MEIRELLES, 2016).

Dessa forma, a eficiência consiste na forma como a Pública Administração deve cumprir as suas finalidades, devendo observar o modo de sua relação entre os métodos que ela adota e os objetivos que ela almeja.

É cediço que o Estado deve ser orientado para uma gestão que cumpra os ditames da eficiência, apresentando resultados claros diante da boa condução da *res publica*, devendo essa ser cada vez mais garantida em detrimento dos interesses privados escusos, com a finalidade de rechaçar os novos modos de apropriação do patrimônio públicos, que seja enfrentada a crise fiscal, com a otimização dos recursos, que haja a descentralização para o alcance da eficiência, que a produção de bens e serviços seja

ordinariamente feita pelas empresas privadas, que por meio de Agências Reguladoras efetivas e independentes, façam um controle rígido (SOBRAL DE SOUZA, 2011).

Neste contexto, as Agências Reguladoras revelam-se como instrumentos essenciais no ambicioso projeto nacional para a melhoria da qualidade dos serviços públicos, além de também poder contribuir para a ampliação desses serviços, como o consumo, a cidadania, entre outros (BARROSO, 2006).

Decerto, as Agências Reguladoras foram criadas para agir defendendo os interesses dos usuários de serviços públicos. Todavia, ainda não se alcançou a efetividade integral para a melhoria dos serviços públicos.

Cabe ainda reiterar que o controle das atividades atribuídas à iniciativa privada, deve ser executado pelas Agências Reguladoras, especialmente no que tange à eficiência. Já o controle das Agências Públicas deverá ser realizado tanto pelo Poder Legislativo, quanto pelo Poder Judiciário, mediante provocação, que podem responsabilizá-las por ineficiência em sua regulação.

Inexiste, ainda, uma efetiva fiscalização acerca do modo de prestação dos serviços, aplicando as penalidades cabíveis por danos aos usuários, com metas de desempenho não alçadas e a falta da devida comunicação com os usuários.

Nas atividades das Agências Reguladoras encontram-se elementos constitutivos como:

[...] o direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade.



(MORAES, 1999, p. 295).

Tais elementos são características fundamentais da eficiência, apresentando, assim, junto com as Agências Reguladoras a mesma construção lógica.

Diante disso, os serviços públicos são direcionados à população, sendo indispensáveis à coletividade, devendo, portanto, ser prestados com total eficiência e eficácia para os cidadãos.

Eis aqui comprovada a relevante função desempenhada pelas Agências Reguladoras no sistema jurídico-administrativo brasileiro, as quais que devem agir para evitar incorreções gerenciais e desburocratizar a prestação dos serviços públicos.

## **Considerações finais**

A Administração Pública, pautada no modelo burocrático, encontrava-se extremamente obsoleta, o que estagnava qualquer forma de desenvolvimento social, econômico e político.

Neste sentido, o Brasil iniciou programas de desestatização e privatizações com a finalidade de minimizar as atribuições do Estado, que passou a ser, predominantemente, mais regulador, controlador e planejador.

Em face disto, o Estado passou por reforma para aperfeiçoar a sua estrutura, reduzindo a sua atuação no mercado e o conseqüente grau de sua ingerência na economia.

Esta Reforma do Estado Brasileiro resulta na transição de um Estado Executor para um Estado Gestor, ocorrendo a transferência de atividades

até então executadas diretamente pelo Estado, para a iniciativa privada.

Neste contexto, surgem as Agências Reguladoras enquanto órgãos autônomos e independentes administrativamente, que buscam regular e assegurar a prestação de serviços públicos adequados aos administrados.

Na Emenda Constitucional nº 19/98, como marco importante da reforma administrativa, incluiu-se o princípio da eficiência entre aqueles da Administração Pública, para alterar a realidade de um Estado burocrático e ineficiente.

Neste sentido, verifica-se uma relação íntima entre o princípio da eficiência e a atividade exercida pelas Agências Reguladoras, uma vez que aquele foi utilizado como fundamento para a elaboração de agências que melhor executariam uma das funções que a Administração Pública já não realizava satisfatoriamente.

Partindo desse pressuposto, as atividades controladas pelas Agências Reguladoras devem ser promovidas com presteza, perfeição, alto rendimento, qualidade, celeridade e eficácia.

Deste modo, infere-se que o adequado funcionamento da Administração Pública no Brasil só poderá ser alcançado se as Agências reguladoras executarem suas relevantes funções institucionais, otimizando a realização dos serviços públicos em prol do exercício pleno da cidadania.

## Referência

BARROSO, Luís Roberto. Introdução: Aspectos constitucionais. *In*: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. *In*: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16 nov. 2020.

BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração federal e Reforma do Estado, 1995.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm). Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.094, de 14 de setembro de 1995**. Dispõe sobre o resgate de quotas da União pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento - FND, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9094.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.094%2C%20DE%2014%20DE%20SETEMBRO%20DE%201995.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20resgate%20de,Art..](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9094.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.094%2C%20DE%2014%20DE%20SETEMBRO%20DE%201995.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20resgate%20de,Art..) Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997**. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19491.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19491.htm). Acesso em: 16 nov. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DINIZ, Eli; BOSCHI, Renato Raul. **Empresariado nacional e Estado no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1978.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder – Formação do Patronato Político Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1958.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5. Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 1999.

SOBRAL DE SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho. Atividade Econômica do Estado: vinculação e liberdade de conformação. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, número 25, fevereiro/março/abril, 2011.

VASCONCELLOS, Ricardo Bevilacqua da Matta Pereira de. **As Agências Reguladoras e o princípio da eficiência dos serviços públicos**. EMERJ, 2009. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2009/trabalhos\\_22009/](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/)

RicardoBevilacquaMattaPereiradeVasconcellos.pdf. Acesso em: 20 nov. 2020.

# Aquisição de Propriedades Rurais por Estrangeiros

TARCÍSIO ARAÚJO KROETZ  
MARIA EUGÊNIA DO AMARAL KROETZ

A aquisição de terras por estrangeiros é um debate complexo em todo o mundo posto que envolve interesses locais, em especial envolvendo segurança nacional, controle migratório, segurança alimentar, direitos de comunidades tradicionais e proteção contra especulação financeira.

A discussão se mostra recorrente no Brasil - um país que tem grandes extensões de fronteira agrícola disponível e tecnologia avançada no setor. Atualmente, ela ganha, mais uma vez, espaço de destaque no cenário nacional com a aprovação do PL 2.963/2019 no Senado .

Em meio a esse cenário conturbado, a presente contribuição busca apresentar breve histórico das regras do Brasil de aquisição de terras por estrangeiros, culminando no quadro normativo atual.

Por fim, procura contrabalanceá-lo com preocupações acadêmicas sobre o tema e a prática do mercado identificada no Brasil. Depois de outras tentativas de regulamentação da aquisição de terras por capital estrangeiro no âmbito nacional brasileiro, a Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971 (Lei nº 5.709/71), pretendeu estabelecer o *modus operandi* da compra de bens imóveis por estrangeiros em território nacional. Essa legislação está em vigor até a presente data e regula a aquisição de propriedade rural por estrangeiro residente no país ou pessoa jurídica estrangeira autorizada a operar no Brasil.

O Artigo 1º, Parágrafo 1º. da lei estabelece que, além do estrangeiro residente permanente no país e da pessoa jurídica estrangeira autorizada a operar no Brasil, “a pessoa jurídica brasileira cujo capital social pertença a pessoas físicas estrangeiras ou pessoas jurídicas residentes ou com sede no exterior”, também estaria sujeito ao regime de exceção da Lei n. 5.709/71.

Essa disposição, como se verá, seria posteriormente impactada pela promulgação da Constituição Federal em 1988.

Em resumo, a Lei nº 5.709/71 estabelece que, no caso de pessoas físicas, os terrenos só podem ser adquiridos por brasileiros e estrangeiros com residência permanente no país e as empresas estrangeiras estão obrigadas a obter licença de funcionamento em território nacional. Além disso, a aquisição de bens rurais por pessoas físicas estrangeiras não pode ultrapassar 50 módulos de exploração indefinida e a área pertencente aos estrangeiros - sejam pessoas físicas ou jurídicas - não pode ultrapassar 25% da área do município onde o imóvel está localizado.

Em 1988, a Constituição Federal, em seu artigo 171, estabeleceu a definição de “empresa brasileira” (inciso I) e “sociedade brasileira de capital nacional” (inciso II). A promulgação dos §§ 1º e 2º do art. 171 da Constituição Federal poderia levar à interpretação de que se tratava de limitações exaustivas ao alcance das restrições autorizadas a serem impostas às pessoas jurídicas que atendessem aos requisitos do inciso II do artigo constitucional.

Ou seja, empresas brasileiras cujo controle era detido por estrangeiros. Diante dessa possível contradição, a Procuradoria Geral da República por meio do Parecer GQ-22, de 1994, e, frente a revogação do art. 171 da CF pela Emenda Constitucional nº 6, a Advocacia Geral da União (AGU), no Parecer GQ-181, em 1998, exararam o entendimento de que as restrições da

lei eram inconstitucionais, fornecendo “base jurídica para que brasileiros controlados ou não por estrangeiros, pudessem adquirir ou arrendar terras no Brasil” .

Porém, em 2007, a AGU iniciou novo reexame da matéria, invertendo seu entendimento, em 2010, ao afirmar que o art. 1º, § 1º da Lei 5.709/71 foi recebido pela Constituição Federal em 1988. Este parecer da AGU nº LA-01, de 2010, foi aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União (DOU), portanto, vinculando a Administração Federal, desde 23 de agosto daquele ano.

Em termos práticos, pode-se dizer que, por conta da interpretação da AGU da lei frente à Constituição Federal em parecer, o quadro jurídico-institucional do país equipara “a pessoa jurídica brasileira da qual participe a qualquer título qualquer pessoa física ou jurídica estrangeira que detenha a maioria de seu capital social e que resida ou tenha sede no exterior” (§ 1º, art. 1º, Lei 5709/71) a empresa estrangeira e, conseqüentemente, sujeita as subsidiárias brasileiras de pessoas jurídicas não nacionais ao regime da Lei n. 5709/71 e, portanto, à restrição à aquisição de terrenos em território nacional.

A observação da prática de mercado, angariada pela nossa experiência de atuação jurídica no setor, vem demonstrando que a regra inserida pelo Parecer da AGU de 2010 pode ser facilmente contornada. Por exemplo, no mercado de energia renováveis, em especial nos segmentos de geração de eletricidade a partir das fontes solar e eólica, usualmente os agentes de mercado não são detentores da propriedade em que atuam. Para viabilizar juridicamente a operação contratos de direito de superfície ou de locação são celebrados .

Ainda, identifica-se o uso de empresas brasileiras constituídas por prepostos, especialmente para que estrangeiros, pessoas físicas ou jurídicas, possam adquirir terras com mais facilidade no país ou conduzir a exploração econômica dessas áreas.

Nesse sentido, é notório o deslocamento do investimento estrangeiro direto da compra de terras e cultivo direto para participação nas cadeias de valor agrárias a partir de fusões e aquisições de ativos de empresas no setor.

Cita-se como exemplo o caso da participação de empresas de origem da China no mercado de commodities brasileiro, em especial da soja, que chega a incluir a construção de infraestruturas de logística, transporte e armazenagem. Também fundos de pensão de origem estrangeira passam a adquirir terras para o exercício de atividades do agronegócio, visando o mercado global, ou investimento em segmentos de baixo risco como reflorestamento.

Vale dizer que nenhuma dessas práticas é, a priori, irregular. São estruturas jurídicas utilizadas para que agentes de mercado estrangeiros participem do cenário nacional – com todas as consequências, positivas e negativas, que tal atuação pode acarretar.

O ordenamento jurídico brasileiro, passou a garantir, de forma ainda mais clara a permissão para aquisição de terras por estrangeiros. A partir da edição da Medida Provisória n. 897/2019, conhecida como MP do Agro e convertida na Lei n. 13.986, resta autorizada a utilização de imóveis rurais como garantia real na tomada de crédito junto a investidores estrangeiros.

Em seu art. 51, a lei permite que credores estrangeiros constituam alienação sobre os imóveis dados em garantia e a consolidação ou adjudicação em seu patrimônio. Tem-se como resultado, que ordenamento jurídico brasileiro agora admite que pessoas jurídicas estrangeiras – e pessoas jurídicas brasileiras constituídas ou controladas por estrangeiro - venham a ser proprietárias de terras rurais, sem restrições, através de execução de instrumento financeiro.

O posicionamento brasileiro de traçar limitações à aquisição de terra estrangeira não é único. Levantamento empírico realizado por Alessandra



Torres e Luís Antônio G. Conceição Silva, com suporte em contribuições realizadas pelo Ministério da Relação Exteriores (MRE), demonstra que diversos países, como Argentina, Estados Unidos, Canadá e Chile, apresentam restrições à concessão de propriedades de terras rurais para entidades não nacionais, seja ela quantitativa ou de localização geográfica (por exemplo, faixas de fronteira).

Frente aos fenômenos da agro inflação e do landgrabbing, é natural que questionamentos a titularidade de terras por empresas estrangeiras de “proteção à segurança nacional; prevenção à dominação de infraestrutura; prevenir ou restringir a especulação estrangeira; preservar o “tecido” social da nação; controlar a imigração; controlar o fluxo de investimentos diretos estrangeiros; direcionar os investimentos estrangeiros; assegurar o controle da produção de alimentos; e, outros fatores como o nacionalismo ou xenofobia” apareceram no debate público local.

Tanto organizações internacionais, quanto a produção acadêmica já realizaram esforço de dar luz à regulamentação do tema em tela, identificando diferentes estruturas jurídicas e institucionais que podem ser implementadas para melhor lidar com a questão.

No Brasil, a discussão que se torna ainda mais complexa diante da precariedade na situação de registros e titularidade de terra, dificultando inclusive o acesso à informação referente à presença estrangeira no Brasil.

Já em 2008, o presidente do INCRA comentou a fragilidade dos dados de registro os quais “não refletem a realidade fática, no tocante à forma de detenção por estrangeiros”. De acordo com dados oficiais do INCRA, divulgados em 2017, o capital externo representar aproximadamente 3,04% do total dos domínios brasileiros.

Empiricamente, porém, podemos perceber a presença de argentinos, americanos, europeus e japoneses no plantio e comercialização de produtos

agrícolas e florestais. O legislativo, recorrentemente, apresenta tentativas da alteração da Lei 5.709/71, como o PL 4.059/2012, que buscava redefinir o quadro normativo nacional, alterando as regras para aquisição e uso de terras rurais, mas o projeto foi arquivado duas vezes, uma em 2015 e outra em 2019, sendo também desarquivado duas vezes, mas nunca aprovado.

Seguindo esta esteira, o já citado PL 2.963/2019, busca facilitar a compra, posse e arrendamento por pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras.

O projeto, por exemplo, extingue as restrições a sociedades brasileiras constituídas ou controladas por estrangeiros. Porém, continua a manter certos limites para esse tipo de aquisição valorativos (as operações devem “obedecer aos princípios da função social da propriedade”), quantitativos (a soma das áreas rurais pertencentes e arrendadas a pessoas estrangeiras não poderá ultrapassar um quarto da superfície dos municípios onde se situarem) e burocráticos (a aquisição de imóveis rurais ou de qualquer modalidade de posse, estará sujeita à aprovação do Conselho de Defesa Nacional (CDN) quando as pessoas jurídicas forem organizações não governamentais, fundos soberanos, fundações e outras pessoas jurídicas com sede no exterior).

O Projeto de Lei 19 foi aprovado, com ressalvas, no Senado e espera o escrutínio da Câmara dos Deputados. O Presidente Jair Bolsonaro já se pronunciou sobre o assunto, afirmando que “Vai para a Câmara, se a Câmara aprovar tem o veto meu. Aí o Congresso vai derrubar ou não o veto. Falta patriotismo para nós. Não podemos permitir que o Brasil seja comprado”. Ao largo do imbróglio na esfera política, a academia continua a criticar soluções legislativas como as supracitadas.

Nesse sentido, o professor de Direito Econômico da Universidade de São Paulo, Diogo Coutinho, ao lado de Flávio Marques Prol e Henrique

de Almeida de Castro, faz a provocação de que o fator que importa na discussão sobre aquisição de terras por estrangeiros é o “como” fazê-lo – algo que teria sido “negligenciado” pelas iniciativas legislativas acima mencionadas.

Para o autor é necessário que se faça uma melhor avaliação como o arranjo jurídico brasileiro tem lidado com as nuances da questão a partir de uma análise que leve em conta mais que a dicotomia nacional/estrangeiro, mas que também considere elementos como sujeitos responsáveis pelo investimento na terra, o tamanho e localização da propriedade sendo adquirida, o setor de atividade e cadeias globais de valor em que o investimento é realizado e o processo de investimento e sujeitos impactados pelas aquisições.

É certo que, estamos carentes de uma definição de política governamental que propicie o incremento dos investimentos estrangeiros, estratégias de melhor aproveitamento do solo e a proteção ambiental de um dos maiores recursos naturais do planeta.

Ao mesmo tempo, mostrar-se arredo ao investimento estrangeiro nas propriedades rurais é negligenciar a realidade de carência de capital externo que o Brasil experimenta. Faz-se a hora de assegurar segurança jurídica e o implemento de políticas sustentáveis do meio ambiente de forma não discriminatória para incremento do melhor aproveitamento dos recursos naturais e captação de recursos necessários para o país.

# Arbitragem Esportiva e a Lei Pelé: Aplicabilidade do Artigo 90-C Após a Reforma Trabalhista

PEDRO HENRIQUE BANDEIRA SOUSA

## Resumo

Desde o ano de 2016, a Arbitragem se voltou para um novo nicho em âmbito nacional, a Arbitragem Esportiva. Contudo, a previsão para se utilizar da arbitragem como meio de resolução de litígios no campo esportivo encontra-se disposto na legislação desde o ano de 2011, com as alterações havidas na Lei 9.615/98, a Lei Pelé. A previsão constante nesta lei contém requisitos que praticamente inviabilizam a arbitragem, motivo pelo qual sua escolha pelo mercado permaneceu inerte até o ano de 2017, com a Reforma Trabalhista que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho. A Reforma trouxe a possibilidade de se utilizar da arbitragem em dissídios individuais do trabalho, fomentando a escolha da arbitragem como meio de resolução de disputas. Contudo, no âmbito do Direito Esportivo ainda há os obstáculos criados pela Lei Pelé. Este artigo pretende discutir a relação entre os dois dispositivos legais, suas aplicações aos casos hodiernos e como os requisitos, criados pela Lei Pelé, **não mais devem ser observados, a luz dos motivos que justificaram sua criação.**

## Palavras-chave

Arbitragem; Direito Esportivo; Lei Pelé; Reforma Trabalhista.

## Introdução

Um dos setores da arbitragem nacional que vem se consolidando no mercado e crescendo ano a ano é a Arbitragem Esportiva, especialmente desde a criação da Câmara Nacional de Resolução de Disputas da Confederação Brasileira de Futebol (CNRD/CBF ou CNRD), que se destina a resolver litígios relacionados ao mundo do futebol, dentro das especificidades e peculiaridades do esporte, envolvendo participantes do futebol brasileiro e sob jurisdição da CBF.

Até o mês de maio de 2020<sup>[1]</sup>, mais de 650 procedimentos arbitrais já haviam sido iniciados na Câmara, donde se depreende que mais de 10% efetivamente foram recorridos para o Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem. Só no ano de 2019 foram 230 procedimentos iniciados na Câmara e em 2020, até o mês de maio, já havia 96 processos distribuídos.

Segundo o que dispõe o Regulamento da CNRD<sup>[2]</sup>, entre as competências enumeradas no artigo 3º, há uma que merece especial destaque a luz do que dispõe a Lei Pelé (Lei 9.615/98) e a Consolidação das Leis Trabalhistas, após a chamada Reforma Trabalhista de 2017, que é a competência para conhecer litígios entre clubes e atletas, de natureza laboral, desde que de comum acordo entre as partes, com garantia de processo equitativo e respeito ao princípio da representação paritária de atletas e clubes.

De um lado, a Lei Pelé traz exigências não previstas na CLT para que a arbitragem seja instituída, tampouco o Regulamento da CNRD. Por outro, parte da doutrina e do judiciário entende que tais exigências são

---

1. Boletim da CNRD. Outubro/2016 a Maio/2020. Disponível em [https://conteudo.cbf.com.br/cdn/202007/20200716214817\\_599.pdf](https://conteudo.cbf.com.br/cdn/202007/20200716214817_599.pdf), acessado em 30 de outubro de 2020.

2. Regulamento da Câmara Nacional de Resolução de Disputas, versão 2020. Disponível em <https://www.cbf.com.br/a-cbf/informes/resolucao-litigios/regulamento-da-cnr-d>, acessado em 17 de novembro de 2020.

produtos de lei específica, motivo pelo qual não podem ser ultrapassadas, o que inviabiliza a instituição da arbitragem.

Desta feita, será objeto de discussão no presente ensaio justamente a aplicabilidade dos requisitos da Lei Pelé para se instituir a arbitragem antes e após a Reforma Trabalhista, bem como as decisões judiciais já prolatadas acerca da matéria e até que ponto o assunto foi explorado nas mesmas.

O principal objetivo deste esforço é iniciar o debate acerca da aplicação da Lei Pelé aos procedimentos arbitrais, bem como demonstrar que a não observância dos requisitos não está em desalinho com a legislação e com o instituto da arbitragem.

No primeiro momento, será definida a especialidade da lei de acordo com o momento da celebração do contrato, posto que a disposição em debate na Lei Pelé foi inserida no ano de 2011, ao passo que a Reforma Trabalhista ocorreu em 2017. Assim, deve ser verificado se a Reforma Trabalhista, de alguma forma, revogou o dispositivo da Lei Pelé, ainda que tacitamente, para se averiguar qual a aplicabilidade de ambos os dispositivos aos contratos e procedimentos arbitrais.

Em seguida, qualquer que seja a conclusão da análise anterior, será verificada a aplicabilidade dos dispositivos ao procedimento arbitral, caso este seja iniciado pelo empregado para, por fim, concluir pela validade do procedimento mesmo em caso de inobservância do que dispõe a Lei Pelé.

### **Da Legislação Aplicável Lei 12.395/2011 – Lei Pelé e a gênese do parágrafo único do artigo 90-C**

O dispositivo cujo conteúdo é o cerne da questão em tela não existia no texto originário da Lei Pelé. Trata-se do artigo 90-C e seu parágrafo único, inseridos pela Lei 12.395/11, cujo texto dispõe que:

Art. 90-C. As partes interessadas poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, vedada a apreciação de matéria referente à disciplina e à competição desportiva.

Parágrafo único. A arbitragem deverá estar prevista em acordo ou convenção coletiva de trabalho e só poderá ser instituída após a concordância expressa de ambas as partes, mediante cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

Foi a primeira demonstração legal de que a arbitragem era uma opção para a resolução de litígios no âmbito esportivo, prática que já era amplamente utilizada no cenário internacional, através do Tribunal Arbitral do Esporte – *Tribunal Arbitral du Sport/Court Arbitral for Sport* (TAS/CAS ou somente CAS). Embora a sua introdução na Lei Pelé tenha ocorrido no ano de 2011, tem-se que a discussão para esta inserção se iniciou no ano de 2005, apenas dois anos após a confirmação da constitucionalidade da 9.307/96 (Lei de Arbitragem), quando já se tinha a segurança necessária para tanto.

Entretanto, juntamente à abertura para utilização da arbitragem disposta no *caput* do artigo 90-C, a Lei trouxe dois requisitos para que a mesma pudesse efetivamente ocorrer: (i) previsão em acordo ou convenção coletiva de trabalho e (ii) existência de convenção de arbitragem.

Com a inserção do parágrafo único no artigo 90-C, criou-se um condicionante externo, alheio à vontade das partes em resolver os litígios por arbitragem, posto que, pela leitura fria do artigo, independe se as partes querem instaurar a arbitragem: não havendo previsão em acordo ou convenção coletiva de trabalho, a arbitragem está vedada.

Tal requisito foge completamente à essência do instituto da Arbitragem, que é um método de resolução de disputas onde as partes, através da autonomia da vontade, confiam a um árbitro ou tribunal o poder para dirimir uma disputa, se a participação do Poder Judiciário. A

Lei Pelé, ao condicionar a vontade das partes à previsão em acordo ou convenção coletiva de trabalho, impõe limite à autonomia da vontade das partes de forma indevida e cria um obstáculo não previsto na própria Lei de Arbitragem.

Impõe-se destaque que o texto final do artigo 90-C não representa a primeira intenção do processo legislativo para a arbitragem. Consoante disposto no texto do Projeto de Lei 5.186/05 da Câmara dos Deputados<sup>[3]</sup>, convertida para o Projeto de Lei da Câmara 9/2010 e que que inseriu o referido artigo no corpo do Projeto de Lei de Conversão 1/2011 do Congresso Nacional<sup>[4]</sup>:

“O art. 90-C, incluído pelo Projeto de Lei n.º 5.186/05, introduz o juízo arbitral como alternativa à solução de conflitos. Para isso determina que as partes interessadas poderão livremente submeter as questões estritamente desportivas ao juízo arbitral, desde que decorrentes de cláusula compromissória fixada em instrumento contratual, convenção coletiva de trabalho ou constante de disposição estatutária ou regulamentar da respectiva entidade nacional de administração do desporto, vedada a apreciação de matéria referente à disciplina e à competição desportiva.”

Ou seja, a intenção legislativa era que a previsão em acordo ou convenção coletiva de trabalho fosse uma *alternativa* à inexistência de celebração de convenção de arbitragem pelas partes.

E mais! Trazia a possibilidade da utilização da cláusula arbitral por referência, comum no mundo do Desporto, cuja doutrina já teve oportunidade de esmiuçar tanto em âmbito nacional quanto

---

3. Projeto de Lei 5.186/2005. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=284827>, acessado em 18 de novembro de 2020.

4. Parecer sobre a Medida Provisória, em substituição à Comissão Mista, proferido no Plenário da Câmara dos Deputados – Relator: Deputado José Rocha (PR-BA). Disponível em <https://www.congressonacional.leg.br/materias/pesquisa/-/matéria/99072>, acessado em 19 de novembro de 2020.



internacional<sup>[5]</sup> <sup>[6]</sup>. Tratam-se de cláusulas de arbitragem que não estão no contrato entre as partes ou em um documento especial para esse fim, mas em um texto separado – estatuto ou termos contratuais – que completa por referência o contrato original. No caso em tela, como diz o texto do projeto, no estatuto da entidade nacional de administração do desporto.

Ainda assim, não havia no texto o pré-requisito de que a arbitragem estivesse obrigatoriamente prevista no acordo ou convenção coletiva de trabalho, como o texto final do artigo. Tampouco no texto da Medida Provisória 502/2010, que iniciou o movimento de alteração da Lei Pelé e acabou por sendo convertida no supracitado Projeto de Lei de Conversão 1/2011 do Congresso Nacional, conforme quadro comparativo do referido projeto<sup>[7]</sup>:

**Projeto de Lei de Conversão nº 1, de 2011**

32

Legislação	Medida Provisória nº 502, de 2010	Projeto de Lei de Conversão nº 1, de 2011
	atividades e das demonstrações financeiras da entidade, incluindo-se as certidões negativas de débitos <b>junto ao</b> Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e <b>ao</b> Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão.” (NR)	atividades e das demonstrações financeiras da entidade, incluindo-se as certidões negativas de débitos <b>com o</b> Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e <b>com o</b> Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão.”
	“Art. 56-C. As entidades interessadas em firmar o contrato de desempenho deverão formular requerimento escrito ao Ministério do Esporte, instruído com cópias autenticadas dos seguintes documentos:	“Art. 56-C. As entidades interessadas em firmar o contrato de desempenho deverão formular requerimento escrito ao Ministério do Esporte, instruído com cópias autenticadas dos seguintes documentos:
	I - estatuto registrado em cartório;	I - estatuto registrado em cartório;
	II - ata de eleição de sua atual diretoria;	II - ata de eleição de sua atual diretoria;
	III - balanço patrimonial e demonstração do resultado do exercício;	III - balanço patrimonial e demonstração do resultado do exercício;
	IV - inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes; e	IV - inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes; e
	V - comprovação da regularidade jurídica e fiscal.” (NR)	V - comprovação da regularidade jurídica e fiscal.”
		“Art. 87-A. O direito ao uso da imagem do atleta pode ser por ele cedido ou explorado, mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo.”
		“Art. 90-C. As partes interessadas poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, vedada a apreciação de matéria referente à disciplina e à competição desportiva.
		Parágrafo único. a arbitragem deverá estar prevista em acordo ou convenção coletiva de trabalho e só poderá ser instituída após a concordância expressa de ambas as partes, mediante cláusula compromissória ou

Elaborado pelo Serviço de Redação da Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal.

5. SOUSA, Pedro Henrique Bandeira. *The Arbitral Nature of the Dispute Resolution Chamber - Discussion on the necessary requirements for the decisions of the FIFA Dispute Resolution Chamber to be recognized as arbitration awards* (Dissertação de Mestrado). Católica Global School of Law, Universidade Católica Portuguesa (Portugal), 2019.

6. SOUSA, Pedro Henrique Bandeira. *A Câmara Nacional de Resolução de Disputas da CBF: Instauração do Processo, Procedimento e Natureza das Decisões à Luz do Instituto da Arbitragem*. Anuário MH 2019. 1ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2019, v. 1.

7. Projeto de Lei de Conversão 1/2011. Disponível em [https://www.congressonacional.leg.br/materias/pe\\_squisa/-/materia/99072](https://www.congressonacional.leg.br/materias/pe_squisa/-/materia/99072), acessado em 18 de novembro de 2020.

O quadro comparativo<sup>[8]</sup> acima ilustra perfeitamente que o referido artigo foi inserido apenas no Projeto de Lei de Conversão, e não na Medida Provisória de origem.

Retornando-se ao Projeto de Lei 5.186/05, verifica-se que a alteração do artigo para constar em sua forma final se deu pelo fato que *à época* não se admitia a inserção de cláusula compromissória em contratos individuais de trabalho, conforme se depreende do voto do Relator Deputado José Rocha<sup>[9]</sup>:

“Observe-se que nem contrato individual de trabalho e muito menos disposição estatutária ou regulamentar de entidade nacional de administração do desporto, como pretende o Projeto, podem, sem afronta ao texto constitucional, instituir cláusula compromissória.

(...)

A doutrina majoritária defende que os direitos do trabalhador, especialmente aqueles elencados no artigo 7º da Constituição Federal, são indisponíveis, sendo, dessa forma, irrenunciáveis, inflexíveis e não transacionáveis, como é o direito ao salário mínimo, ao fundo de garantia do tempo de serviço, às férias, ao décimo terceiro salário, ao próprio registro em carteira do contrato de trabalho entre outros.

(...)

*A polêmica está na aplicação da arbitragem nos dissídios individuais. Nesse ponto também há unanimidade de pensamento, na doutrina e na jurisprudência, ou seja, a tendência é não admitir arbitragem nos dissídios individuais.* Na hipótese, o mais adequado seria a mediação, que no âmbito da Justiça do Trabalho já foi utilizada pelos juízes classistas, e, agora, é promovida pelos juízes togados nas fases processuais conciliatórias.

---

8. Inserido como no original, onde já constam os destaques.

9. Vide nota 4, p. 62.

*Para afastar discussões desnecessárias, o melhor é adotar a redação proposta pelo Substitutivo para o art. 90-C, com inclusão de parágrafo único.”*  
(grifado)

Portanto, o que se percebe é que a realidade jurídica vigente quando da alteração da Lei Pelé foi determinante para a alteração do texto do Projeto de Lei para o texto final do artigo 90-C da Lei Pelé – situação está que se modificou no ano de 2017.

Assim, a saída encontrada pelo legislador foi a inserção do parágrafo único, tomando-se como exemplo a possibilidade de se utilizar da arbitragem para os dissídios coletivos e aplicar tal possibilidade aos dissídios individuais, como asseverado no parecer:

*“É majoritário o entendimento doutrinário e jurisprudencial quanto à aplicação e à viabilidade da arbitragem nos dissídios coletivos, porque tanto os empregados como os empregadores teriam o respaldo de suas respectivas entidades sindicais.”*

Veja que aqui o legislador se utilizou de uma *ratio legis* bem objetiva, qual seja, deve haver a previsão da arbitragem estar prevista em acordo ou convenção coletiva de trabalho *para dissídios individuais* porque assim ocorre *em dissídios coletivos*. Era a única forma de viabilizar a arbitragem no primeiro caso, uma vez que já se utilizava no segundo, e não porque ele entendeu que deveria ser desta forma desde a sua criação, desde a sua ideia inicial.

Neste passo, o artigo 90-C, bem como seu parágrafo único, não foi questionado ao longo dos anos pois sua utilização era escassa, por falta de previsão legal na Consolidação das Leis Trabalhistas que viesse a legitimar a arbitragem em assuntos laborais para dissídios individuais. Permaneceu, portanto, na Lei, incontestado e inutilizável, até o advento da Reforma Trabalhista em 2017.

## Lei 13.467/2017 – Reforma Trabalhista e a alteração da CLT

No ano de 2017, após anos de expectativa e apreensão do mercado, sobreveio a Reforma que modificou o universo do Direito do Trabalho, abrindo de uma vez por todas as portas para a Arbitragem em assuntos de natureza laboral.

Isto porque foi inserido ao corpo da CLT o artigo 507-A, que dispõe:

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Assim, para que pudesse ser celebrada a convenção de arbitragem, quatro eram os requisitos: (i) que fosse um contrato individual de trabalho; (ii) que a remuneração pactuada fosse superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social; (iii) que a iniciativa para a celebração da convenção de arbitragem fosse do trabalhador e; (iv) não sendo sua a iniciativa, que houvesse concordância expressa para sua celebração.

Importante se destacar que a CLT é a legislação *master* no que tange ao direito dos trabalhadores e a inserção do artigo 507-A não trouxe consigo qualquer tipo de condicionante externa para a celebração da convenção arbitral ou instituição da arbitragem. Os requisitos dispostos no texto do artigo têm ligação direta com o trabalhador, com a relação entre empregado e empregador, mas não à pessoa estranha à esta relação.

Voltando à esfera do Esporte e da Arbitragem Esportiva, verifica-se a existência destes dois dispositivos aplicáveis à matéria e que trazem requisitos que, aparentemente, não são conflitantes entre si. Contudo,

percebe-se que, ao passo que o art. 507-A/CLT não inviabiliza a aplicação do art. 90-C, *caput* e parágrafo único, da Lei Pelé, a recíproca não é verdadeira, posto que este último traz um verdadeiro obstáculo à utilização do 507-A/CLT para se iniciar a arbitragem.

Em outras palavras, para se iniciar um procedimento arbitral, não bastaria o preenchimento dos requisitos do art. 507-A/CLT, mas sim os do art. 90-C, parágrafo único, da Lei Pelé, em que pese tais requisitos estarem em desalinho com a essência do instituto da Arbitragem.

O ponto nodal aqui é a mudança do cenário jurídico em relação aquele da criação do parágrafo único do art. 90-C da Lei Pelé o que, por si só, demonstra que a proteção objetivada pelo legislador não mais subsiste.

Repisando-se os argumentos do Projeto de Lei responsável pela adoção do parágrafo único, *há unanimidade de pensamento, na doutrina e na jurisprudência, ou seja, a tendência é não admitir arbitragem nos dissídios individuais*. Contudo, o artigo 507-A da CLT modificou este pensamento, alterou completamente a realidade da possibilidade de se admitir arbitragem em dissídios individuais, tanto que restou positivado na abertura do referido artigo: “[n]os contratos individuais de trabalho (...)”.

Não mais há a justificativa que embasou o parágrafo único do artigo 90-C, criado *unicamente* para afastar discussões desnecessárias: justamente o que o artigo 507-A cimentou com sua redação.

Assim, aliado ao fato de a Reforma ser uma lei posterior à lei que alterou a Lei Pelé (2017 x 2011), deve ser destacado que não só é mais específica, como mais adequada à realidade dos dissídios trabalhistas modernos. Contudo, deve ser analisada a questão da antinomia jurídica para que o argumento que se propõe seja sustentado.

## A Revogação Do Art. 90-C, Parágrafo Único, Da Lei Pelé

Conforme ensina a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), em seu artigo 2º:

**Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.**

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

(grifado)

A hipótese em tela é a do parágrafo primeiro, supracitado, que se define do ângulo de sua extensão como “derrogação”, que é espécie de revogação, força contrária à vigência da lei anterior e que fulmina sua obrigatoriedade. Segundo esta espécie, atinge-se somente uma parte do dispositivo derogado, deixando íntegra as disposições não alcançadas. Caio Mario ensina que “[d]errogada, a lei não fenece, não sai de circulação jurídica, mas é amputada nas partes ou dispositivos atingidos, que apenas estes perdem a obrigatoriedade”<sup>[10]</sup>.

Esta é o caso em tela, donde se depreende que o art. 507-A/CLT não revogou por completo o parágrafo único do art. 90-C, da Lei Pelé, mas

---

10. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes, 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 116.

tão somente a necessidade da previsão em acordo ou convenção coletiva de trabalho. Trata-se do novo dispositivo que regulamenta matéria que tratava a lei anterior, justificando a aplicação do art. 2º, parágrafo primeiro, da LINDB.

Por um lado, o disposto na parte final do dispositivo – o segundo requisito – qual seja, a necessidade da concordância de ambas as partes, mediante celebração de convenção de arbitragem, já se encontra disposto no corpo da Lei de Arbitragem, senão vejamos:

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Ademais, o art. 507-A/CLT faz menção expressa à Lei de Arbitragem, motivo pelo qual esta parte do parágrafo único do art. 90-C da Lei Pelé encontra-se intocado.

De outra parte, como já dito alhures, a revogação do primeiro requisito do referido dispositivo se dá justamente pelo fato que o Legislador inseriu tal disposição pois, à época, havia um consenso acerca da impossibilidade de se optar pela arbitragem no tocante aos dissídios individuais.

Trata-se, quanto a forma de atuação, de caso de revogação “tácita”, onde não há um apontamento direto da revogação pela nova norma. E, para se concluir pela derrogação tácita da norma, utiliza-se o critério da “incompatibilidade” entre as normas, entre a matéria regulada e as disposições antes vigentes<sup>[11]</sup>.

Assim, ao passo que o art. 507-A/CLT expressamente traz à vida esta permissão, por óbvio a razão de ser do parágrafo único do art. 90-C da Lei

---

11. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 198.

Pelé cai por terra e não mais pode subsistir. A mesma não mais é eficaz por não mais respeitar sua essência.

Novamente trazendo à discussão dos ensinamentos de Caio Mario, trata-se do princípio “*cessante ratione legis cessat et ipsa lex*”<sup>[12]</sup>. Ou seja, cessa-se a vigência da lei pelo definitivo desaparecimento das circunstâncias que ditaram a sua criação<sup>[13]</sup>.

Como dito, a discussão para a inserção do art. 90-C, e respectivo parágrafo único, se iniciou no longínquo ano de 2005, quando a realidade jurídica da arbitragem trabalhista era totalmente diferente do ano de 2017. O legislador da Reforma Trabalhista, atento à evolução do instituto da Arbitragem, positivou a possibilidade da arbitragem em dissídios individuais e, com isso, ceifou a eficácia dos motivadores originários da Lei Pelé.

Ademais, a utilização da arbitragem em dissídios individuais, como demonstrado em capítulo anterior, foi uma saída encontrada pelo legislador a exemplo do que acontecia nos dissídios coletivos, mas jamais objetivando que, efetivamente, houvesse um condicionante para a prevalência da autonomia da vontade das partes. E, nos dissídios coletivos, a arbitragem é possível pois tanto empregado como empregadores teriam o respaldo das entidades sindicais: daí a utilização deste cenário em dissídios individuais, positivado no parágrafo único do art. 90-C.

Isto é importante pois caracteriza o dispositivo como sendo um dispositivo de circunstância; o legislador utilizou-se de uma possibilidade existente em dissídios coletivos, apenas porque em dissídios individuais seria vedado. Agora que já é possível, com o advento do art. 507-A/CLT, não mais é necessária a utilização da “saída” proveniente de dissídios coletivos.

Um argumento que surge é **o fato de a Lei Pelé supostamente ser “especial”, enquanto a CLT é “geral” e, portanto, “a lei geral posterior**

---

12. “Cessando a razão da lei, cessa também a própria lei”.

13. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 117.



**não derroga a especial anterior”** <sup>[14]</sup>, consoante parágrafo segundo do art. 2º da LINDB. Contudo, dificilmente querer cravar que o art. 90-C seja um dispositivo especial face ao art. 507-A/CLT posto que, além de aplicar uma regra de dissídios coletivos à dissídios individuais *unicamente* por não haver, à época, possibilidade de utilizar em dissídios individuais, tem-se que o mesmo foi inserido por Projeto de Lei paralelo à Medida Provisória 502 que efetivamente foi convertida na Lei 12.395/11, não estando no texto original.

Já o art. 507-A/CLT sim, é especial em relação a todos os contratos individuais e a possibilidade de se utilizar da arbitragem nestes casos. Em matéria de direito do trabalho e arbitragem, não há regra mais especial do que o art. 507-A/CLT.

Ademais, estamos diante, como já explicado, de lei nova que regulamenta matéria anteriormente tratada pela lei antiga, ou seja, aplicação do parágrafo primeiro, e não segundo, do art. 2º da LINDB.

Mas a discussão é válida e necessária, merecendo alguns apontamentos sobre a antinomia jurídica <sup>[15]</sup> para demonstrar que o princípio eternizado no art. 2º, parágrafo segundo, da LINDB não tem total e irrestrita aplicação, sendo possível, sim, que a lei geral revogue a lei especial em algumas oportunidades.

Para tanto, submete-se a questão aos ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz Júnior <sup>[16]</sup>, ao afirmar que:

“Num sistema, dinâmico por definição, normas deixam de valer.

---

14. “*Lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*”. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014, p. 94.

15. O estudo das antinomias jurídicas carece de um ensaio próprio, não se pretendendo sob qualquer ótica o seu esgotamento nesta oportunidade a luz da discussão entre os dispositivos legais antinômicos. Contudo, os debates aqui trazidos são suficientes para elucidar a questão, tecer comentários acerca das soluções e permitir uma conclusão dentro do escopo do trabalho.

16. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Op cit.*, p. 197.

A questão de saber-se quando uma norma perde a validade, quando deixa de pertencer ao sistema ou é substituída por outra, tem uma relevância especial para a dogmática. E preciso conceituar operacionalmente a dinâmica.

Já mencionamos duas regras estruturais que regulam a dinâmica: a mais importante diz que uma norma perde a validade se revogada por outra.

Essa regra especifica-se em três outras: a *lex superior* (a norma superior revoga a inferior na hierarquia), a *lex posterior* (a que vem por último, no tempo, revoga a anterior) e a *lex specialis* (a norma especial revoga a geral no que esta tem de especial, *a geral só revoga a especial se alterar totalmente o regime no qual está aquela incluída*)."

(grifado)

Assim, verifica-se possível dentro das análises do autor que a lei geral pode, sim, revogar parte da lei especial, alinhado ainda com o que já se encontra supra explanado, qual seja, um novo dispositivo que agora regulamenta matéria que tratava o dispositivo da lei especial e, incidindo-se desta feita, no que prescreve o art. 2º, parágrafo primeiro, da LINDB.

Ademais, como já visto, a *especialidade* do art. 90-C da Lei Pelé perdeu sua essência com a edição do art. 507-A/CLT, posto que a condição de ser daquele foi ceifada pelo último, uma vez que a impossibilidade prevista em 2011 não mais existia em 2017. Portanto, para se concluir pela derrogação no caso em tela, não basta contestar a ocorrência pelo fato de que "a lei geral posterior não revoga lei especial anterior" às cegas, mas sim analisar que, além de ser possível tal revogação, ocorre por questões que não só atingem o âmago do dispositivo, mas as razões de sua criação.

Em suma, tem-se de um lado, a inserção do parágrafo único no art. 90-C por não se admitir a arbitragem em dissídios individuais; de outro,

o art. 507-A/CLT expressamente autorizando arbitragem em dissídios individuais. Não se identifica outra consequência, senão a derrogação direta do referido dispositivo.

## Possíveis Modificações Legislativas O Projeto de Lei 5.082-A/2016

No mesmo esteio das explanações acima realizadas, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei 5.082-A/2016<sup>[17]</sup>, que busca a alteração do art. 28 da Lei Pelé justamente para retirar a obrigação de previsão da arbitragem em acordo ou convenção coletiva de trabalho, como determina o parágrafo único do art. 90-C.

Segundo o Projeto de Lei, o texto passaria a vigorar da seguinte forma:

Art. 51. A Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 28º (...)

(...)

**§12.** No contrato especial de trabalho desportivo com remuneração mensal superior a 2 (duas) vezes o limite máximo do salário de contribuição do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem na forma do art. 507-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, não aplicada, nesse caso, a exigência de previsão em acordo ou convenção coletiva estabelecida no parágrafo único do art. 90-C desta Lei.”

Não diferente do que foi exposto anteriormente neste ensaio, o Projeto

---

17. Projeto de Lei 5.082/2016. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2082511>, acessado em 19 de novembro de 2020.

de Lei demonstra o entendimento que a Lei Pelé deve se adequar ao que a CLT já determina, qual seja, a arbitragem sem necessidade de previsão em acordo ou convenção coletiva de trabalho:

“Por isso entendemos oportuno acrescentar disposição expressa sobre a arbitragem, a fim de destacar a importância desse método de solução de conflitos, prevenir possíveis controvérsias sobre seu procedimento e deixar claro que, no caso dos trabalhadores que recebam a remuneração mínima prevista no artigo 507-A da CLT, não se aplica a exigência de previsão em acordo ou convenção coletiva de trabalho estabelecida no parágrafo único do artigo 90-C da Lei nº 9.615, de 1998.”

O Projeto de Lei já foi aprovado na Câmara dos Deputados, sendo remetido ao Senado Federal para apreciação e tramitação.

## **O Projeto de Lei do Senado 68/2017 – Lei Geral do Esporte<sup>[18]</sup>**

Este projeto está tramitando no Senado Federal desde o ano de 2017 e segue em andamento, sem horizonte para sua eventual conversão em Lei.

Contudo, merece ser destacada a previsão da arbitragem no esporte, no mesmo traço lógico apontado pelo texto originário do art. 90-C da Lei Pelé, a saber:

### **SEÇÃO IX DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO ESPORTIVO**

Art. 99. As controvérsias decorrentes das disposições constantes deste capítulo, inclusive as advindas da relação de emprego, poderão ser resolvidas de forma definitiva através de métodos alternativos de

---

18. Projeto de Lei do Senado 68/2017. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128465>, acessado em 19 de novembro de 2020.

resolução de conflitos, incluindo arbitragem ou mediação.

Parágrafo único. A adoção da arbitragem e da mediação constará de cláusula compromissória presente na respectiva avença, inclusive no contrato especial de trabalho esportivo, *ou em disposição presente em convenção ou acordo coletivo.*

(grifado).

Verifica-se a alternativa constante na essência do art. 90-C, donde se depreende que a arbitragem pode estar prevista no contrato especial de trabalho desportivo *ou* em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Caso referido Projeto seja convertido em Lei, restará expressamente revogada a Lei Pelé, nos termos do art. 270, I, do texto atual do Projeto de Lei.

## **Considerações Finais**

O presente artigo serve como início do debate acadêmico acerca da vigência e aplicabilidade do art. 90-C, parágrafo único, da Lei Pelé em face à Reforma Trabalhista. Para tanto, buscaram-se elementos constantes na raiz, na essência da criação do dispositivo legal, para se verificar sua adequação em face à nova realidade jurídica do Direito Trabalhista pátrio.

A redação do referido artigo iniciou-se em 2005, concluindo-se em 2011 com a sua inserção na Lei 12.395/11, que alterou a Lei Pelé. Contudo, a redação foi alterada ao longo do Projeto de Lei, culminando na inserção do parágrafo único com a redação atual, donde se depreende que a arbitragem somente pode ocorrer se estiver prevista em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Não se pode olvidar ao fato de que este requisito era deveras importante a luz da realidade jurídica no período entre 2005 e 2011, uma vez que não

se era permitida a arbitragem em dissídios individuais e, atuando desta forma, o legislador achou uma saída para, ao menos, permitir a arbitragem no âmbito esportivo trabalhista. Para tanto, tomou emprestada a regra dos dissídios coletivos, qual seja, a possibilidade da arbitragem mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, uma vez que as partes estariam protegidas pelos seus representantes sindicais.

Uma vez criado o art. 507-A/CLT, a realidade jurídica da matéria foi bruscamente alterada e a razão de ser do parágrafo único do art. 90-C da Lei Pelé deixou de existir. Assim, tendo este referido dispositivo sido positivado desta forma exclusivamente por conta da impossibilidade de se ter arbitragem em dissídios individuais, perde sua vigência e eficácia pela adoção da Reforma Trabalhista.

Com isto, tem-se um caso de derrogação tácita do parágrafo único do art. 90-C da Lei Pelé, no tocante à necessidade de previsão da arbitragem em acordo ou convenção coletiva de trabalho, pelo art. 507-A/CLT, nos termos do art. 2º, parágrafo primeiro, da LINDB, uma vez que o segundo passou a regular a matéria inserta no primeiro, destacando-se ainda que os demais termos do referido artigo permanecem vigentes e intocados.

Procurou-se traçar a base jurídica para explicar referida derrogação e como isto está inserido no campo da antinomia jurídica sem, contudo, entrar nos pormenores do fenômeno; apenas o suficiente para comprovar que é possível a revogação de lei especial pela lei geral, bem como o fato de que não só este artigo da CLT passou a ser a previsão *especial* para a matéria, como o parágrafo único do art. 90-C da Lei Pelé perdeu sua *especialidade* neste aspecto.

Por fim, o principal objetivo do trabalho foi, ao menos, fornecer conteúdo acadêmico para que a discussão possa se estender na comunidade jurídica, com o fito de se alcançar ainda mais conclusões sobre o assunto – ainda que contrárias à posição ora estabelecida.

## Referência

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

Confederação Brasileira de Futebol – CBF. *Regulamento da Câmara Nacional de Resolução de Disputas – 2020*, fonte: <https://www.cbf.com.br/a-cbf/informes/resolucao-litigios/regulamento-da-cnrd>, acessado em 10 set. 2020.

Confederação Brasileira de Futebol – CBF. *Boletim da CNRD. Outubro/2016 a Maio/2020*. Disponível em [https://conteudo.cbf.com.br/cdn/202007/20200716214817\\_599.pdf](https://conteudo.cbf.com.br/cdn/202007/20200716214817_599.pdf), acessado em 30 de outubro de 2020.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Parecer sobre a Medida Provisória, em substituição à Comissão Mista, proferido no Plenário da Câmara dos Deputados – Relator: Deputado José Rocha (PR-BA). Disponível em <https://www.congressonacional.leg.br/materias/pesquisa/-/materia/99072>, acessado em 19 de novembro de 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil, v. I. Atual*. Maria Celina Bodin de Moraes, 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Projeto de Lei 5.082/2016. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2082511>, acessado em 19 de novembro de 2020.

Projeto de Lei 5.186/2005. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=284827>, acessado em 18 de novembro de 2020.

Projeto de Lei de Conversão 1/2011. Disponível em <https://www.congressonacional.leg.br/materias/pesquisa/-/materia/99072>, acessado em 18 de novembro de 2020.

Projeto de Lei do Senado 68/2017. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128465>, acessado em 19 de novembro de 2020.

SOUSA, Pedro Henrique Bandeira. *A Câmara Nacional de Resolução de Disputas da CBF: Instauração do Processo, Procedimento e Natureza das Decisões à Luz do Instituto da Arbitragem*. Anuário MH 2019. 1ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2019, v. 1.

SOUSA, Pedro Henrique Bandeira. *The Arbitral Nature of the Dispute Resolution Chamber - Discussion on the necessary requirements for the decisions of the FIFA Dispute Resolution Chamber to be recognized as arbitration awards* (Dissertação de Mestrado). Católica Global School of Law, Universidade Católica Portuguesa (Portugal), 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

# Breve História da Constituição Política do Império do Brasil

ANTONIO MENEZES FILHO

Com a vasta extensão de terras descobertas, Portugal demorou para defendê-las dos estrangeiros que por aqui passaram a frequentar em busca de madeira, sobretudo, e de ouro e prata: espanhóis, franceses, holandeses. A coroa portuguesa, advertida por Diogo Álvares Correia, o Caramuru, que naufragou na praia do Rio Vermelho, em Salvador, aproximadamente em 1510, sobre as visitas de caravelas com bandeiras distintas de Portugal, resolveu instituir as Capitânicas Hereditárias, a começar pela de Pernambuco de 1534, doado a Duarte Coelho. Os donatários tinham poderes absolutos e as capitânicas não tinham vínculos jurídicos entre si, reportando-se os donatários a Dom João III, o Piedoso, Rei de Portugal (1521 a 1557).

Posteriormente, instituiu-se o sistema de Governadores-Gerais, em 1549, sendo o primeiro Tomé de Sousa, que fundou, para sede do governo em território da colônia do Brasil, a cidade-fortaleza de Salvador, em 29 de março. A experiência não foi exitosa com a ideia de sistema unitário que se rompeu em 1572. Já sob domínio da Espanha desde 1580, em 1621 houve a divisão do Brasil em dois : o Estado do Brasil (do Rio Grande do Norte a São Vicente) e o Estado do Maranhão (do Ceará ao extremo norte). O governo geral transmuda-se para governos regionais, o que fez crescer a organização municipal com um sistema eleitoral embrionariamente participativo e com desenvolvimento agrícola.

Em 27 de janeiro de 1763, a capital da província ultramarina do Brasil passa a ser o Rio de Janeiro e nomeado o primeiro Vice-Rei o Conde da



Cunha, sistema que prevaleceu até a chegada da família real portuguesa em 1808 fugindo das tropas napoleônicas e o Brasil é elevado a Reino Unido em 1815, sob a regência de Dom João VI, face à interdição de sua mãe, a Rainha D. Maria I, a louca. O Brasil deixa de ser Colônia de Portugal e passa a ser a sede administrativa e política do Reino Unido tendo sido necessária a estruturação da alta administração, da Justiça, do sistema de polícia e de arrecadação de tributos, além da necessária atenção ao ensino superior com a fundação da Faculdade de Medicina, em Salvador, em 1808, sem, contudo, perceber-se uma maior preocupação com o ensino básico e médio, que ficavam a cargo de instituições confessionais.

Assinale-se que, desde o século XVIII estavam em voga novas idéias filosóficas e políticas que consagravam como forma ideal de governo o liberalismo, o parlamentarismo, o constitucionalismo, o federalismo, a democracia, a república.

Sobre esse momento histórico, leia-se José Afonso da Silva no seu Curso de Direito Constitucional Positivo:

“Tudo isso justifica o aparecimento do movimento constitucional, no Brasil, ainda quando D. João VI mantinha a sua corte no Rio de Janeiro. Cogitou-se até de aplicar aqui, salvo as modificações que as circunstâncias locais tornassem necessárias, a própria constituição elaborada pelas Cortes portuguesas, chamada de Constituição do Porto.” (págs..73/74). As novas idéias tinham como base a limitação da autoridade do governante, o que se consolidaria com a separação dos poderes (funções executivas, legislativas e judiciárias) surgindo daí o Estado liberal. Eram as ideias dos iluministas, sobretudo de Montesquieu na proposta de organização do estado moderno incluída na obra “O Espírito das Leis”, do século dezoito, que trata da Teoria dos Três Poderes e propõe a divisão das funções do Estado, inspirado na monarquia constitucional inglesa. Tais ideias, na França, produziram a Revolução Francesa (1789) que trazia o lema liberdade, igualdade e fraternidade, revolução que pôs fim ao regime absolutista

monárquico e que custou a vida do rei Luiz XVI e da rainha Maria Antonieta em 1793. Ressai também Rousseau como ideólogo do liberalismo com o pacto entre os homens que resultou no contrato social e que, segundo Celso Ribeiro Bastos, essa ideia traz duas consequências fundamentais: “em primeiro lugar, todo o poder emana do povo. E, em segundo lugar, o Estado só deve exercer aquelas funções que os órgãos, individual ou coletivamente, não conseguem desenvolver.” (Curso de Direito Constitucional, pág.98).

A ação do Estado seria restrita e da sociedade ilimitada.

Com a saída das tropas de Napoleão Bonaparte de Portugal, as Cortes de Lisboa pressionaram a volta da família real para a sede do império lusitano, além de pretenderem o retorno do Brasil à condição de Colônia, o que não era aceito em hipótese alguma pelas forças políticas e econômicas brasileiras e portuguesas aqui radicadas, que consideravam tal hipótese inominável retrocesso institucional.

Muitos foram os protestos e manifestações políticas que serviram de caldo de cultura para a proclamação da independência do Brasil de Portugal em 07 de setembro de 1822, encetando tais forças políticas uma incessante luta pela preservação da unidade do território nacional, lembrando que a luta pela independência continuou na Bahia até a vitória brasileira em 02 de julho de 1823 das tropas comandadas pelo general francês Labatut.

Com o grito do Ipiranga, em São Paulo, D. Pedro I torna-se o imperador, sob o título de defensor perpétuo do Brasil, tendo este convocado uma Assembleia Constituinte em 1823, composta das forças sociais hegemônicas (comerciantes, fazendeiros, políticos) que compunham o topo da nossa escravocrata sociedade, exigindo o soberano que se fizesse uma Constituição digna de si, isto é, que te desse poderes absolutistas. Como isso não ocorreu, a assembleia constituinte foi dissolvida pelo

Imperador que não aceitava as ideias liberais desenvolvidas nos debates pelos constituintes, o que fez com que o monarca outorgasse em 25 de março de 1824 a mais longa - e primeira - Carta Magna que o país conheceu até aqui, a Constituição do Império, que vigorou de 1824 a novembro de 1889.

A Carta Política do império estruturou o Estado Brasileiro como uma associação política de todos os brasileiros (os escravizados ficaram de fora) formando uma nação livre e independente, dividido em províncias, com um governo monárquico hereditário e representativo com a divisão do poder em quatro: Poder Legislativo, Poder Moderador, Poder Executivo e o Poder Judiciário, conforme consta do artigo 10.

O Poder Legislativo era bicameral, sendo que os deputados eram eleitos para cumprirem mandatos temporários e os senadores eram membros vitalícios nomeados pelo imperador dentre políticos indicados em lista tríplice eleita nas províncias (atuais Estados-membros), segundo o art.43. A eleição era indireta e censitária, isto é, só eram eleitores os homens com expressiva condição econômico-financeira (as mulheres não votavam, assim como os trabalhadores rurais, os trabalhadores urbanos e os escravizados). O voto censitário surgiu na Constituição Americana de 1787 e Francesa de 1791. O objetivo era atribuir a condição de legislar aos ricos apoiadores do status quo, beneficiários que eram do regime, quer fosse republicano, como no caso americano, quer fosse monárquico, como no caso brasileiro.

O Poder Moderador era exercido privativamente pelo Imperador, Chefe Supremo da Nação, e tinha o objetivo claro de controlar os demais poderes. Aqui transparece o traço absolutista dessa Constituição, até porque, segundo dicção do art.99, a pessoa do Imperador era "inviolável, e Sagrada" e não estava submetido "a responsabilidade alguma"! No exercício do Poder Moderador o imperador nomeava senadores vitalícios,

na forma do art.43, nomeava e demitia Ministros de Estado, suspendia magistrados, perdoava réus sentenciados e concedia anistia. O Poder Moderador era “a chave de toda a organização política...concentrado na pessoa do Imperador” segundo o constitucionalista José Afonso da Silva em obra aqui citada lembrando ainda palavras de Itaboraí quando afirmava que “Aqui, o Rei reinava, governava e administrava” ao contrário só sistema inglês “onde vigia e vige o princípio de que o Rei reina, mas não governa”. (ob. cit., p.76).

Já o Poder Executivo tinha como chefe o próprio imperador, que podia nomear Bispos e prover os Benefícios Eclesiásticos, no que se chamava de padroado, nomeava magistrados, firmava Tratados de Aliança, declarava guerra, concedia títulos, dentre outras atribuições alusivas a este poder.

O Conselho de Estado esta composto de Conselheiros vitalícios nomeados pelo Imperador. Relativamente ao Poder Judiciário (denominado Poder Judicial na CF do Império), diz o artigo 151 que ele é independente, mas as suas decisões podiam ser revistas pelo Imperador, detentor único do Poder Moderador que se sobrepunha aos demais poderes, sendo que, os juízes eram também nomeados pelo soberano, que também os podia suspender, não se podendo, pois, falar em independência e liberdade no exercício jurisdicional.

Interessante é que, em razão da centralização monárquica, o chefe de polícia tinha atribuições policiais e também judiciais em ações em pequenas cidades , vilas, distritos. O Poder central nomeava o juiz de direito, o juiz municipal e o promotor. A Constituição instituiu um Supremo Tribunal de Justiça composto de juízes oriundos das Relações, por antiguidade, e este Tribunal tinha funções que mais lembram o atual STJ, examinando recursos de direito, e julgando delitos e erros dos Ministros, membros das Relações, empregados do Corpo Diplomático e Presidentes das Províncias, além de

decidir conflitos de competência e jurisdição das Relações Provinciais. Não tinha o STJ imperial atribuições de interpretação da Constituição, nem era guardião desta.

No seu art.179, a Constituição inaugura, ainda que timidamente, um esboço de direitos e garantias individuais, inclusive com o prestigiamento do princípio da reserva legal (“nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei”, inciso I, do art.179).

Em síntese, a Constituição do Império instituiu uma monarquia hereditária e unitária, foi outorgado pelo imperador D. Pedro I, era semirrígida (única na história do Brasil em que as demais são rígidas), analítica, formal, institui, logo no seu artigo quinto, a religião católica como a religião oficial do império (o Estado não era laico), tolerando apenas o “culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas” de outras religiões.

Lamentavelmente, não aboliu a escravatura, prevalecendo à época a força dos proprietários de terras e dos políticos da nobreza, permitindo que grande parte da nossa população sobrevivesse sem direitos, escolaridade e oportunidades por muitas décadas ainda, sendo vendidas como mercadorias e castigadas de modo infame pelos poderosos de sempre!

A Constituição analisada, a primeira a regular o Estado Brasileiro, foi a mais longeva da nossa história (65 anos), cabendo aqui a síntese feita por Paulo Bonavides, ressaltado o contexto histórico, da Constituição de 1824:

“A Constituição do Império foi, em suma, uma Constituição de três dimensões: a primeira, voltada para o passado, trazendo as graves sequelas do absolutismo. A segunda, dirigida para o presente, efetivando em parte, e com bom êxito no decurso de sua aplicação, o programa do Estado liberal, e uma terceira, à primeira vista desconhecida e encoberta, presentindo já o futuro”.

# Controle Difuso de Constitucionalidade

JOÃO RICARDO FORNAZARI BINI

## Resumo

O presente trabalho visa analisar o controle difuso de constitucionalidade, com base no ordenamento jurídico do Brasil. Justifica-se pela importância do tema, que se revela como principal meio de controle de normas inconstitucionais dos sistemas jurídicos em casos concretos. O objetivo geral consistiu em sistematizar as formas de controle de constitucionalidade, perscrutando os fundamentos e contextos históricos do controle difuso de constitucionalidade. Elegeu-se como problema de pesquisa: quais as normas e interpretações doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do controle de constitucionalidade e seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro? A pesquisa possui natureza exploratória, abordagem predominantemente qualitativa e fez uso de técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e análise de conteúdo das fontes primárias levantadas a partir de jurisprudências atualizadas sobre o tema, que confronta casos apreciados pelo Sistema de Justiça brasileiro. Conclui-se que no controle difuso de constitucionalidade, qualquer juiz poderá solucionar a inconstitucionalidade de uma norma jurídica incidentalmente no caso concreto, por via de exceção, com eficácia *erga omnes* e efeitos *inter partes*, com retroação *ex tunc*, e caráter não vinculante aos demais órgãos, para preservar a supremacia da Constituição, extinguindo-se os efeitos de leis que afrontem o texto constitucional através de ações próprias para preservação da segurança jurídica, das garantias e direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

## Palavras-chave

Sistema de controle; Concreto; Constituição; Incidental.

## Abstract

*The present paper aims to analyze the diffuse control of constitutionality, based on the legal systems of Brazil. It is justified by the importance of the theme, which is revealed as the main means of controlling unconstitutional norms of legal systems in specific cases. The general objective was to systematize the forms of constitutionality control, examining*

*the fundamentals and historical contexts of the diffuse control of constitutionality. The following research problem was chosen: what are the doctrinal and jurisprudential norms and interpretations regarding the control of constitutionality and their effects on the Brazilian legal system? The research has an exploratory nature, a predominantly qualitative approach and made use of bibliographic, documentary and content analysis techniques from the primary sources raised from updated jurisprudence on the subject, which confronts cases appreciated by the Brazilian Justice System. It is concluded that in the diffuse control of constitutionality, any judge will be able to solve the unconstitutionality of a legal rule incidentally in the specific case, by way of exception, with effective erga omnes and inter-party effects, with ex tunc retroaction, and non-binding character to the other organs, to preserve the supremacy of the Constitution, extinguishing the effects of laws that confront the constitutional text through its own actions to preserve legal security, guarantees and fundamental rights and Democratic state.*

## **Keywords**

*Control system; Concrete; Constitution; Incidental.*

## Introdução

O presente trabalho apresenta relevância por tratar da análise do controle difuso de constitucionalidade em vários aspectos, em especial no seu contexto histórico, na produção de efeitos e aplicação prática, com foco na hierarquia da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro.

A justificativa para a escolha do tema diz respeito à sua importância na atualidade, principalmente em razão das constantes modificações legislativas que sofre a sociedade global **para a preservação da segurança jurídica com a declaração de inconstitucionalidade das leis incompatíveis** com a Constituição no caso concreto, de forma incidental, por qualquer juiz ou Tribunal, com efeitos *ex tunc*, não vinculante e *inter partes*.

O objetivo deste trabalho é investigar os conhecimentos a respeito do controle difuso de constitucionalidade, principalmente quanto à análise e comparação do seu desenvolvimento, conteúdo e aplicação no sistema jurídico do Brasil.

O controle difuso de constitucionalidade revela-se como o principal meio de preservação da hierarquia normativa da Constituição nos casos concretos, na defesa dos princípios e garantias fundamentais, em especial no atual contexto social em constante modificação, com demandas de inovações normativas, fato que exige maior rigor fiscalizatório para evitar a criação de normas jurídicas incompatíveis com a ordem constitucional e que tragam insegurança jurídica e prejuízos ao desenvolvimento da sociedade e preservação do Estado Democrático de Direito.

Para o desenvolvimento do trabalho serão analisadas questões do controle difuso do ordenamento jurídico brasileiro, através da metodologia



dedutiva, para compreender as principais nuances da existência do controle de constitucionalidade, com vistas à preservação da supremacia constitucional de acordo com a visão da doutrina, jurisprudência e legislação que regem a matéria.

O plano de investigação consistirá na análise dos fundamentos epistemológicos, normativos e estruturantes do controle de constitucionalidade, em especial na forma difusa, e sua aplicação jurídica e prática.

## **Os Fundamentos Epistemológicos, Normativos e Estruturantes do Controle de Constitucionalidade**

O controle de constitucionalidade é o principal método de preservação da supremacia normativa da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e manutenção da ordem pública, segurança jurídica, rigidez constitucional e proteção dos direitos e garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito de cada Estado.

Com efeito, toda Constituição representa o documento de supremacia fundamental para a organização do Estado, com hierarquia superior às normas infraconstitucionais, havendo presunção de que estas se apresentem sempre em conformidade com as superiores (compatibilidade vertical). Assim, uma lei, mesmo que existente, vigente e eficaz, pode ser considerada inválida pelo fato de ser inconstitucional, por não encontrar fundamento de validade com a Constituição (norma pressuposta superior ou norma hipotética fundamental, de acordo com a teoria de Hans Kelsen).

Nesse diapasão, considerando o fato de que todo ato normativo deve ter fundamento de validade na Constituição, nasce o instituto da fiscalização ou controle de constitucionalidade, praticada principalmente

pelo Poder Judiciário, método que apresenta papel relevante no constitucionalismo contemporâneo com a finalidade de manutenção da segurança jurídica e da supremacia da Constituição sobre o ordenamento jurídico infraconstitucional.

## **Formas de Controle de Constitucionalidade**

Com relação ao momento de realização, o controle de constitucionalidade pode ser preventivo (normalmente praticado pelos poderes Legislativo e Executivo, para evitar que uma norma jurídica inconstitucional ingresse no ordenamento jurídico, sem olvidar da exceção de participação pelo poder Judiciário, através de provocação por pessoa ou agente competente, no âmbito da gênese da lei ou ato normativo, em razão de inobservância de regramento formal) ou repressivo (geralmente praticado pelo Poder Judiciário, para retirar do ordenamento jurídico norma jurídica contrária a Constituição, ou através do poder Legislativo, através de Decreto Legislativo, sustando atos normativos que exorbitem da função regulamentar, bem como pelo poder Executivo, mediante determinação de não cumprimento de lei considerada inconstitucional).

Para tanto, passa-se à análise de cada uma dessas formas.

### **Controle preventivo**

O controle preventivo de constitucionalidade é realizado antes da existência da norma e tem por objetivo evitar que projetos de lei ou normas em geral, com caráter inconstitucional, tenham vigência e eficácia no ordenamento jurídico.

No Brasil, referido controle é exercido dentro do processo legislativo, seja pelas comissões de constituição e justiça dos poderes legislativos

(através da análise prévia da constitucionalidade de projetos de lei ou proposta de emenda constitucional antes de ser votados em plenário), seja pelo veto jurídico (mecanismo através do qual o Chefe do Poder Executivo pode vetar projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo por entendê-lo inconstitucional).

Deste modo, teoricamente, só há o controle preventivo de constitucionalidade efetuado pelo judiciário (STF) na exclusiva hipótese de caso de proposta de emenda a Constituição tendente a abolir cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, CF), eis que resta proibida tal deliberação na própria Carta Magna, fato analisado no mérito <sup>[1]</sup>, ou através de controle do regramento formal da gênese da lei, desde que provocado por pessoa ou agente competente.

Retornando ao controle preventivo pela função legiferante, de acordo com Moraes <sup>[2]</sup>, “Esta hipótese de controle poderá ser realizada, também, pelo plenário da casa legislativa, quando houver rejeição do projeto de lei por inconstitucionalidade.”

Já o veto jurídico encontra respaldo no artigo 66, §1º da Constituição brasileira que dispõe que

[...] se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. <sup>[3]</sup>

Em suma, o objetivo do controle preventivo é o mesmo, ou seja, preservar a segurança jurídica do Estado evitando que norma inconstitucional tenha validade no ordenamento jurídico.

---

1. Cf. MS 34.518/STF, Rel. Min. Luiz Fux.

2. MORAES, Alexandre – cit. 14, p. 778.

3. Idem, p. 778.

## Controle Repressivo

O controle repressivo de constitucionalidade é o método normalmente exercido pelo Poder Judiciário para retirada do ordenamento jurídico de lei ou ato normativo já editado e publicado, e que afronta o texto constitucional, ou seja, que não encontra fundamento de validade na Constituição.

Historicamente, podem-se identificar três grandes modelos de justiça constitucional, baseado nos sistemas jurídicos repressivos adotados para preservação da supremacia da Constituição: modelo norte-americano (*judicial review*, sistema de controle de constitucionalidade de casos concretos realizado pelo Judiciário); modelo austríaco (defensor da criação de um Tribunal Constitucional para realizar o controle de constitucionalidade das normas jurídicas genéricas); e modelo francês (controle de constitucionalidade preventivo realizado pelo Conselho Constitucional).

Com relação ao órgão controlador, o controle repressivo pode ser político, que ocorre em Estados em que o órgão garantidor da supremacia da constituição é distinto dos demais Poderes; judiciário ou jurídico, no qual a compatibilidade dos atos normativos com a constituição é realizada pelo Poder Judiciário; e misto, em que o controle é exercido para certas normas jurídicas de modo político, pelos Poderes Legislativo e Executivo, e para outras de forma jurisdicional, pelo Poder Judiciário.

No sistema constitucional brasileiro, o controle repressivo praticado pelo Judiciário está previsto tanto no artigo 102, I, *a*, da Constituição, que contempla a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, quanto no artigo 97, que prevê a possibilidade da efetivação do controle difuso aos Tribunais estaduais.<sup>[4]</sup>

---

4. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. "D.O.U. 1 Seção", (88-06-05)

Em suma, observa-se que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é misto em duas vertentes: judicial e político quanto ao órgão controlador do controle, e difuso e concentrado quanto ao modelo de controle jurisdicional.

## Controle concentrado

De origem austríaca, criado por Hans Kelsen para países que adotam o sistema da *civil law*, tal sistema indica a criação de um Tribunal Constitucional com competência do controle concentrada na corte constitucional (controle político, e não jurisdicional), por via principal em ação direta (ações específicas com o pedido para declaração da constitucionalidade ou não).

Referido controle ocorre independentemente de caso concreto em análise, sendo objetivo ou abstrato (reservado apenas a um órgão), com análise da questão de mérito no dispositivo da decisão, para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, tendo como consequências o trânsito em julgado, efeito vinculante, *erga omnes* e eficácia *ex nunc*.

No Brasil, o controle concentrado foi instituído pela Emenda Constitucional n.º 16, de 16 de dezembro de 1965, que delegou ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar ações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, com legitimidade ativa somente do Procurador-Geral da República, sendo a legitimidade ampliada somente com a Constituição de 1988.<sup>[5]</sup>

Entretanto, não foi criado um Tribunal Constitucional no Brasil, sendo tal controle de corte constitucional concentrado realizado pelo Supremo Tribunal Federal, tendo por escopo declarar a invalidação de

---

5. EMENDA CONSTITUCIONAL n.º 16/1997. "D.O.U. 1 Seção", (97-06-05).

lei que contrarie o texto magno, retirando sua eficácia, através de ação de inconstitucionalidade (processo objetivo),<sup>[6]</sup> que permite o controle da norma *in abstracto*.

## Controle Difuso

Considerando o fato de que essa última forma de controle de constitucionalidade é o objeto principal do tema do presente trabalho, torna-se oportuno ser tratado na sequência, em capítulo próprio.

## O Controle Difuso de Constitucionalidade Origem Histórica

Somente após a Segunda Guerra Mundial é que esta forma de controle foi incorporada ao sistema jurídico dos países ocidentais, eis que antes disso prevalecia o modelo da supremacia legislativa, baseado nas doutrinas inglesa e francesa.

Entretanto, em que pese o fato de os precedentes de controle difuso de constitucionalidade remeter ao sistema inglês, foi a partir do direito norte americano que esta forma de controle se firmou, ao atribuir à Constituição valor normativo superior às leis ordinárias.

No ensinamento de Gouveia<sup>[7]</sup>, a fiscalização judicial difusa da constitucionalidade nasceu no direito constitucional norte-americano (*judicial review*), pela análise da conformidade dos atos jurídicos públicos com a Constituição em que o poder da fiscalização é atribuído a todos os órgãos judiciais, com possibilidade de recurso ao mais alto tribunal e desaplicação no caso concreto da norma inconstitucional.

---

6. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) genérica (art. 102, I, a) e ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) (art. 103, {2º}); Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) (art. 102, I, a, in fine; EC nº 03/93); e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) (art. 102, { 1º}). Frise-se o fato de que a ADO e a súmula vinculante estão ambientadas no controle concentrado e o mandado de injunção no controle difuso.

7. GOUVEIA, Jorge Bacelar, cit. 19, p. 1343.

Nesse contexto, mesmo o sistema constitucional americano não prevendo o controle judicial de constitucionalidade das leis, a sua Suprema Corte o inferiu da supremacia constitucional em 1803, no emblemático caso *Marbury versus Madison*, no qual o juiz John Marshall construiu um raciocínio jurídico que originou a via incidental pela interpretação dos princípios decorrentes da Constituição Americana de 1787.<sup>[8]</sup>

Assim, no julgamento do referido caso foi estabelecida a doutrina do precedente ou da tese jurídica da regra do *stare decisis et quieta non movere* (o que está decidido pelo Tribunal superior não deve ser alterado por juízes e Tribunais inferiores), mas com a possibilidade do *overruling* (só a corte superior altera ou revoga seu próprio precedente).

## **Conceito de Controle Difuso e Sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**

Este método de controle é também denominado de controle incidental, posterior, aberto, concreto, subjetivo, descentralizado, por via de exceção ou defesa,<sup>[9]</sup> praticado por qualquer órgão do Poder Judiciário em todas as instâncias, de forma prejudicial de mérito em face de fatos e controvérsia real para a proteção de direitos subjetivos em qualquer processo judicial.

Tal controle nasceu no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Republicana de 1891, mas somente a partir da Emenda Constitucional nº. 16/65 é que o modelo ficou mais complexo, com a introdução do controle abstrato de constitucionalidade, inspirado na matriz *kelseniana*, tornando-se um sistema misto ou híbrido (difuso e concentrado).

---

8. A decisão de Marshall pode ser assim resumida: ou a Constituição controla todo ato legislativo que a contrarie, ou o legislativo, por um ato ordinatório, poderá modificar a Constituição.

9. Por tal razão a declaração incidental da inconstitucionalidade não é a questão principal, mas apenas acessória que influencia na questão de mérito, e que integra a causa de pedir e a fundamentação (mas não o pedido e o dispositivo da decisão).

Com efeito, a legitimidade ativa neste sistema é de qualquer pessoa com interesse de agir, que prove os fatos alegados no caso concreto, sendo o objeto qualquer ato emanado dos poderes públicos e, por consequência, em regra, eficácia temporal com efeitos não vinculante, *inter partes* e *ex tunc* (retroage até a data de publicação ou vigência do ato declarado inconstitucional), em respeito ao princípio do *tempus regit actum*.

Entretanto, há exceções. No tocante à nulidade, o STF admite a técnica da modulação dos efeitos da decisão com a aplicação por analogia do art. 27 da Lei n. 9.868/99. Com relação ao efeito *inter partes*, a tese de julgamento aplica-se aos casos de ações com objeto comum a várias pessoas.

Outro aspecto diz respeito à cláusula de reserva de plenário, contida no art. 97 da CF, a qual se dirige somente aos Tribunais, razão pela qual não se aplica às decisões de juízes singulares, aos órgãos fracionários dos Tribunais<sup>[10]</sup>, aos juizados especiais e nos casos em que o plenário do Tribunal ou STF já tiver se pronunciado sobre a questão (art. 949, parágrafo único, CPC), nos termos da Súmula Vinculante nº 10<sup>[11]</sup>.

No tocante à intervenção do Senado Federal no procedimento de controle difuso, a Constituição estabelece que, nas hipóteses de decisões definitivas proferidas para a declaração incidental de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal, é possível que o órgão officie o Senado Federal para que este, através de resolução, podendo aplicar efeitos *ex nunc* para a manutenção da segurança jurídica, suspenda a execução, no todo ou em parte, de lei (federal, estadual, distrital ou municipal) declarada inconstitucional pela Corte Suprema, com a finalidade de transformar os

---

10. Os órgãos fracionários dos Tribunais podem declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo, mas não sua inconstitucionalidade.

11. "Viola a cláusula de reserva de Plenário (CF, art. 97) a decisão do órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte." SÚMULA VINCULANTE nº 10/08. "D.J.E.", (2008-06-27).



efeitos *intrapartes* da declaração em *erga omnes* (arts. 97 e 52, X da CF e 178 do RISTF).<sup>[12]</sup>

No entanto, por se tratar de um ato discricionário (deliberação política de alcance normativo), o Senado Federal não está obrigado a proceder com a elaboração de resolução, mas se o fizer, será irrevogável e irretroativo, sendo o restabelecimento da norma dependente de nova edição legislativa.

Contudo, em que pese a eficácia *erga omnes*, com efeitos *ex nunc* da resolução do Senado Federal, o Supremo Federal Tribunal vem relativizando a eficácia *inter partes* da inconstitucionalidade havida pelo controle difuso, dando nova interpretação na qual dispõe que quando o STF declara uma lei inconstitucional, mesmo em sede de controle difuso, a decisão já tem efeito vinculante e *erga omnes*, tendo o STF apenas que comunicar ao Senado Federal com o objetivo de que a casa legislativa dê publicidade ao que foi decidido.

Outro instrumento de controle difuso que poder ser utilizado na ordem jurídica brasileira é a ação civil pública, pela qual a controvérsia constitucional deverá consistir no fundamento do pedido, na causa de pedir ou na questão prejudicial que leve à solução do bem jurídico perseguido na ação, sendo vedada a utilização da ação civil pública com efeitos *erga omnes* como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade<sup>[13]</sup>

Frise-se, ainda, a possibilidade da aplicação de forma excepcional, também no controle difuso, da modulação temporal dos efeitos da decisão

---

12. Em que pese a Corte constitucional brasileira admitir uma mutação constitucional do art. 52, X da CF, para aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes ou Objetivação ou Abstrativização do controle difuso - que entende que o próprio STF pode suspender os efeitos da lei declarada inconstitucional, com caráter vinculante e efeitos *erga omnes* - em respeito ao princípio da separação dos poderes, o Senado Federal não está obrigado a realizar a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional, tão pouco ser mero veículo de publicação da decisão da Corte, eis que se trata de mera discricionariedade política, bem como porque não foi conferido ao STF poder de reforma na Constituição.

13. RE 424993/DF – Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão: 12-9-07. BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Ação Civil Pública e Controle Incidental de Inconstitucionalidade. **Informativo STF**. Brasília, DF: STF. 479 (2007). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo479.htm>. [Consult. em 10-06-2020]; STF – Pleno – Rcl 1503/DF e Rcl 1519/CE – Rel. orig. Min. Carlos Velloso, red. p/ Acórdão min. Dias Toffoli, decisão: 17-11-2011. O STF entende ser permitido o exercício do controle difuso em sede de ação civil pública para fiscalização da constitucionalidade de quaisquer atos ou leis do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não se identifique como único objeto da demanda, mas simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal.

que declara a inconstitucionalidade, quando há justificativas por razões de segurança jurídica ou interesse social.<sup>[14]</sup>

Vale destacar, também, a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade incidir sobre o processo legislativo em trâmite, seja de emendas constitucionais, normas constitucionais gerais, demais normas legais ou regimentais.<sup>[15]</sup>

Ressalte-se o fato de que, atualmente, o Brasil continua tendo um sistema misto de Jurisdição Constitucional, mas com predomínio cada vez mais visível do controle concentrado.<sup>[16]</sup> Nesse tocante, observa-se que o sistema jurídico brasileiro vem sofrendo uma tendência de “abstrativização” do controle de constitucionalidade, em vários planos, que pode ser entendida como um sistema que confere ao controle difuso características e efeitos típicos do controle abstrato (concentrado).<sup>[17]</sup>

Tal fato de deve ao elevado número de legitimados para propor as ações diretas no STF, a abrangência dos temas tratados, inexistência de custos políticos ou financeiros, eficácia erga omnes e efeitos vinculantes aos demais órgãos do Judiciário e à Administração Pública.

Entretanto, a problemática encontra-se na questão dos milhares de temas que se encontram afetados pelo STF com repercussão geral em Recursos Extraordinários, aguardando decisão do pleno, deixando milhões de processos sobrestados nas instâncias inferiores e sem solução célere.<sup>[18]</sup>

---

14. Cf. STF – ADI 641.798/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa (22.10.2010).

15. Tal controle ocorre por meio do ajuizamento de mandado de segurança por um dos parlamentares contra atos concretos de autoridade coatora (Presidente ou Mesa da Casa Legislativa), em respeito ao devido processo legislativo, que se encontra previsto na Constituição (CF, arts. 59 a 69), para garantia de direito líquido e certo na participação da atividade legiferante de acordo com as normas constitucionais.

16. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMETO, Daniel – cit. 30.

17. Cf. STF HC 81611. STF RE 363852

18. No âmbito jurisprudencial também há forte tendência de concentração de certas decisões do Supremo, contudo, é no aspecto legislativo que pode ser observado nitidamente tal fenômeno, principalmente com as inovações trazidas pelas normas processuais de vinculação de precedentes que foram introduzidas no Novo Código de Processo Civil (art. 927).

Para os defensores da concentração do controle de constitucionalidade no Supremo, há certa inadequação na forma como o controle incidental foi adotado pelo sistema brasileiro, eis que não consagra mecanismos para a observância efetiva dos precedentes, conforme ocorre nos países de *common law*, em que são vinculantes aos tribunais inferiores (*binding effect*), permitindo que dispositivos declarados inconstitucionais pelo STF continuem a ser aplicados pela administração pública e juízes, causando quebra de isonomia e insegurança jurídica.

Já para os críticos a essa tendência, inclusive dentro do próprio STF - que defendem a evolução da Constituição de acordo com a própria evolução da sociedade - a via difusa é a mais apropriada para a defesa dos direitos fundamentais, eis que evita o enfraquecimento da tutela destes e das bases do Estado democrático de direito e, também, em razão da maior inclinação dos tribunais superiores para acomodação das políticas de governo.

No sistema jurídico brasileiro há críticas quanto ao denominado “ativismo judicial” que vem sendo praticado pelo STF no sistema híbrido de controle de constitucionalidade, uma vez que acaba se transformando em controlador *in abstracto* dos atos dos Poderes Executivo e Legislativo, e *in concreto* das decisões e normas dos demais poderes e entes públicos pela via recursal.

Portanto, com os acontecimentos recentes acima expostos, clarifica-se a possibilidade da objetivização do controle de constitucionalidade incidental no Brasil.

## Conclusão

O presente trabalho objetivou analisar o sistema de controle de constitucionalidade no direito brasileiro, com ênfase ao controle difuso.

Com efeito, verifica-se que o ordenamento jurídico do Brasil adotou um sistema misto de controle de constitucionalidade, com a fiscalização no caso concreto, de forma incidental e *inter partes*, salvo exceções previstas especialmente na Constituição, que permite ao Senado Federal a edição de resolução para expandir a eficácia da inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes*.

Do presente trabalho pode-se concluir que no controle difuso os julgadores preocupam-se com o passado, para solucionar o caso concreto com efeitos *inter partes*. Já no controle concentrado, os julgados voltam sua atenção para o futuro, ou seja, apresentam maior preocupação com as consequências das decisões.

Deste modo, verifica-se que não há como preservar a supremacia da Constituição se não houver, a qualquer tempo, sistemas efetivos de controle de todo ato que atente contra o texto magno, seja preventivamente, antes mesmo de determinado projeto transforma-se em lei, por meio de comissões de análise de constitucionalidade ou através do instituto do veto jurídico, seja na forma repressiva, para extinção dos efeitos de leis inconstitucionais através de ações próprias com eficácia *erga omnes* no caso do controle concentrado, ou com efeito *inter partes* por meio do controle difuso de constitucionalidade, decorrendo de tais decisões os efeitos inerentes a cada sistema, para preservação das garantias e direitos fundamentais consagrados na Constituição.

## Referência

BITAR, Orlando – A lei e a Constituição. In BITAR, Orlando – **Obras completas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. vol. 1. ISBN-10 857147009X.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 [Em linha]. “D.O.U. 1 Seção”, (88-06-05). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). [Consult. em 24-04-2019].

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Ação Civil Pública e Controle Incidental de Inconstitucionalidade [Em linha]. **Informativo STF**. Brasília, DF: STF. 479 (2007). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo479.htm>. [Consult. em 10-06-2020]

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2. Turma – HC e Controle Abstrato de Constitucionalidade [Em linha]. **Informativo STF**. Brasília, DF: STF. 537(2009). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo537.htm>. [Consult. em 10-06-2020].

EMENDA CONSTITUCIONAL nº 16/1997 [Em linha]. “**D.O.U. 1 Seção**”, (97-06-05). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc16.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc16.htm). [Consult. em 24-06-2020].

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros – **Direito constitucional comparado**. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. ISBN 9788538402671.

GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional: introdução, parte geral, parte especial**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. vol. 2. ISBN 9789724067957.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet – **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. ISBN 9788553615155.

MORAES, Alexandre de – **Direito constitucional**. 36. ed. rev., atual. e ampl. até a Emenda Constitucional n. 105, de 12.12.2019. São Paulo: Atlas, 2020. ISBN-10 8597003820.

NOVELINO, Marcelo – **Curso de direito constitucional**. 14. ed. Salvador: JusPodivm 2019. ISBN 9788544225509.

SILVA, José Afonso da - **Curso de direito constitucional Positivo**. 43ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 105, de 12.12.2019. São Paulo: Malheiros, 2020. ISBN 978-8539203185.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMETO, Daniel – **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. ISBN-13 9788577005925.

SÚMULA VINCULANTE nº 10/08 [Em linha]. “**D.J.E.**”, (2008-06-27). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>. [Consult. em 10-06-2020].

# Da Prova Imoral e Ilícita Frente a Constituição Brasileira

FLÁVIO BUONADUCE BORGES

O tema sobre os tipos de provas admitidos pelas legislações instrumentais de cada país trazem à baila uma discussão impar na órbita prática do processo civil moderno. Cada carta constitucional, guardando suas devidas distinções, busca regulamentar a extensão dos meios de provas a serem produzidos, admitidos e previstos por cada ordenamento, de forma que estes meios não venham a infringir alguns princípios basilares, por vezes galgados à condição de garantias constitucionais, que se sobrepõem ao interesse do processo.

Na esfera constitucional brasileira temos, como princípios ditos constitucionais, e que se interligam com o tema, o princípio do devido processo legal, o princípio da isonomia, o princípio do contraditório, e o princípio da proibição da prova ilícita.

Já na legislação instrumental civil brasileira, encontramos o instituto das provas previsto na Parte Especial, Livro I, Título I, Capítulo VII, mais especificamente tratado do artigo 369 ao artigo 484, do Código de Processo Civil Brasileiro. Na esfera penal, a matéria é prevista do artigo 155 ao artigo 250 do Código de Processo Penal Brasileiro.

Ao analisar-se as provas a serem realizadas em juízo, preocupou-se o legislador em assegurar que tais provas fossem produzidas por intermédio de meios lícitos e previsíveis. Não se admite que algum tipo de prova, que será utilizado como base para o convencimento do juiz, e que redundará na

entrega da prestação jurisdicional almejada pelo cidadão, tenha sido obtida através de meios inidôneos ou desautorizados pela norma específica.

No Brasil, de há muito, tanto a doutrina como a jurisprudência, sempre se posicionaram contrárias a possibilidade da produção, em juízo, de provas obtidas ilicitamente. Contudo, tal consenso, gerava uma conclusão que deu origem a uma outra discussão.

Entendia-se que a prova produzida ilicitamente não era legal ou moralmente legítima. Pois bem. O que isto queria dizer – legal ou moralmente legítima – acarretou uma controvérsia na doutrina brasileira. Havia opiniões no sentido de admitir-se a prova obtida ilicitamente como válida e eficaz na esfera do processo civil, sem que houvesse qualquer ressalva. Em sentido totalmente contrário, posição da inadmissibilidade total de tal prova. Demonstrou a experiência que nenhuma das posições extremistas deviam prevalecer, o que deu origem a uma posição intermediária, e que a doutrina denomina modernamente de princípio da proporcionalidade, ou também chamada de lei da ponderação, devendo ser observada tanto no campo civil como penal.

O prof. Vicente Greco Filho, em seu Manual de Processo Penal, demonstra com maestria o equilíbrio de tal posição. Afirma ele: “o texto constitucional parece, contudo, jamais admitir qualquer prova cuja obtenção tenha sido ilícita. Entendo, porem, que a regra não seja absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito. Veja-se, por exemplo, a hipótese de uma prova decisiva para a absolvição obtida por um meio de uma ilicitude de menor monta. Prevalece o princípio da liberdade da pessoa, logo a prova será produzida e apreciada, afastando-se a incidência do inciso LVI do art.

5º da Constituição, que vale como princípio, mas não absoluto, como se disse. Outras situações análogas poderiam ser imaginadas”<sup>[1]</sup>.

Aliás, aproveitando a citação acima, a Constituição Federal de 1988 do Brasil, prevê textualmente, em seu art. 5º, inciso LVI, o princípio da proibição da prova ilícita, in verbis: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Para tanto, se torna necessário conceituar o que vem a ser uma prova ilícita. Utilizando-nos das conclusões obtidas pelo mestre Nelson Nery Júnior, em sua obra “Princípios do Processo Civil na Constituição Federal”<sup>[2]</sup>, podemos afirmar que existe uma imprecisão na conceituação da prova ilícita. Com base na classificação sugerida por Nuvolone, e aceita pelo prof. Nery, para se conceituar a prova ilícita, tem-se que partir do que vem a ser prova vedada, sendo “que há prova vedada em sentido absoluto (quando o sistema jurídico proíbe sua produção em qualquer hipótese) e em sentido relativo (há autorização do ordenamento, que prescreve, entretanto, alguns requisitos para a validade da prova). Resumindo a classificação de Nuvolone, verifica-se que a prova será ilegal sempre que houver violação do ordenamento como um todo (leis e princípios gerais), quer sejam de natureza material ou meramente processual. Ao contrário, será ilícita a prova quando sua proibição for de natureza material, vale dizer, quando for obtida ilicitamente”. Assim, pode-se concluir que a prova ilícita é aquela que é produzida sem autorização legal, ou seja, se postulada e autorizada com base em permissivo legal, não será ilícita. É a que é realizada sem existir procedimento autorizador.

Seguindo, aponta o mesmo professor, que em outra classificação, a prova pode ser considerada ilícita em sentido material e em sentido formal.

---

1. Autor e obra citada. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 194/195.

2. Autor e obra citada. 8ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 199.



“A ilicitude material ocorre quando a prova deriva: “a) de um ato contrário ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório (invasão domiciliar, violação do sigilo epistolar, quebra de segredo profissional, subtração de documentos, escuta clandestina, constrangimento físico ou moral na obtenção de confissões ou depoimentos testemunhais etc.)”. Há ilicitude formal quando a prova “decorre de forma ilegítima pela qual ela se produz, muito embora seja lícita a sua origem. A ilicitude material diz respeito ao momento formativo da prova; a ilicitude formal, ao momento introdutório da mesma”. Contudo, ao nosso ver, a dita ilicitude material diz respeito a prova ilegal, e a ilicitude formal a prova moralmente ilegítima. A ilicitude material impede o aproveitamento da prova. Já a ilicitude formal não, pois produzida de forma lícita, mesmo que de forma não aconselhável.

Assim, para que haja o aproveitamento de uma prova ilícita, deve-se utilizar o princípio da proporcionalidade, deve-se sopesar os interesses e direitos em jogo. A inobservância do procedimento legal deve estar mitigado frente a um bem ou um princípio maior (direito a vida), para que se possa aceitar a prova ilicitamente produzida. Inclusive, este é o entendimento da mais moderna doutrina alemã, a qual tem-se pronunciado no sentido de que não mais existe, em toda a sua inteireza, o princípio da busca da verdade real. Ou seja, é admitir que a inobservância de um preceito formal não pode se sobrepor aos interesses e direitos postos em jogo, facilitando uma decisão mais justa.

A aplicabilidade do princípio da proporcionalidade vem sendo objeto de enfrentamento jurisprudencial perante nossos pretórios. Principalmente quando se discute a quebra de outros princípios constitucionais, quais sejam, o princípio da intimidade, da inviolabilidade da comunicação telefônica, previstos nos incisos X e XII, do art. 5º, de nossa Carta Constitucional. Tais preceitos asseguram que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo

dano material ou moral decorrente de sua violação”, e que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

A exceção contida na parte final do inciso XII, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, deve ser interpretada de forma restritiva. Ou seja, somente o juiz criminal pode autorizar a interceptação telefônica, sendo vedada tal autorização ao juiz do cível. Nesta linha, posicionamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, em 04/11/2015, no julgamento do HC 130729 MC/BA (DJe-222), onde esclarece que “o sigilo das comunicações telefônicas é garantido no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, e para que haja o seu afastamento exige-se ordem judicial que, também por determinação constitucional, precisa ser fundamentada (artigo 93, inciso IX, da Carta Magna)”, e que deve ocorrer “em razão da suspeita da prática de graves infrações penais pelos investigados”.

Considerando que a interceptação foi autorizada por juiz criminal, com o objetivo de averiguação da existência de fato típico caracterizado como crime ou contravenção penal, esta prova, ao nosso ver, é lícita.

Discute-se, ainda, se tal prova, realizada de forma lícita na esfera penal, pode ser utilizada na esfera civil como prova emprestada, o que nos parece ser completamente possível. A prova, uma vez realizada licitamente por meio de autorização judicial criminal, não se impregna de ilicitude se for aproveitada em instrução de natureza civil. “A natureza da causa civil é irrelevante para a admissão da prova. Desde que a escuta tenha sido determinada para servir de prova direta na esfera criminal, pode essa prova ser emprestada ao processo civil”<sup>[3]</sup>.

---

3. Nelson Nery Júnior. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 203.

A única ressalva que a doutrina faz é que a parte contra quem vai ser aproveitada a prova na esfera civil, tenha efetivamente participado do processo penal, de onde proveio a prova a ser emprestada.

É o caso, por exemplo, da mulher do réu que, após ter tido acesso à degravação de conversa telefônica, poderá usá-la como “prova emprestada” para comprovar o adultério em demanda de separação judicial, não extrapolando os limites previstos pela Lei n. 9.296/96, que regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º, da Constituição Federal, pois para a utilização da prova emprestada, a natureza da causa civil seria irrelevante.

E mais. Desde que a gravação oculta tenha sido realizada por um dos protagonistas do diálogo, mesmo sem o consentimento da outra, deverá ser considerada válida, pois não foi obtida ilicitamente (art. 233, parágrafo único, do CPP). Daí não ofender o princípio constitucional estatuído no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal.

É como o prof. Nelson Nery Júnior explica: “a jurisprudência de nossos tribunais tem enveredado corretamente para a tese intermediária, encontrando a medida ideal para a aplicação do princípio da proporcionalidade, quando proclama que “não se cuidando de interceptação de conversa telefônica ou de outro meio ilegal ou moralmente ilícito, mas simplesmente de reprodução de conversa mantida pelas partes e gravada por uma delas, há de ser esta gravação admitida como prova em juízo, ao teor do art. 383 do CPC, independentemente a admissibilidade da referida prova do conhecimento de sua formação pela outra parte”<sup>[4]</sup>.

Contudo, tal prova poderia ser considerada imoral, pois a forma pela qual foi conseguida é ilegítima, pois sem aquiescência da parte contrária.

---

4. Autor e obra citada, p. 198, 8ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

Outro ponto que enseja discussão nos dias atuais, diz respeito a interceptação de e-mails. Em casos especiais, já é possível a interceptação de e-mail, enquanto estiver sendo enviado, quando este apresenta a mesma natureza de uma ligação telefônica. Mas se este já estiver arquivado na caixa postal do usuário, ali depositado, há os que entendem que, neste caso, estariam equiparados a uma correspondência pessoal. Inviolável, portanto, nos termos constitucionais. Qualquer violação é criminosa, ilícita, e, por conseguinte, imprestável como prova. Neste ponto, o autor da mensagem eletrônica, se porta do mesmo modo que o remetente de uma carta, permanecendo com o direito de que terceiros não os tornem públicos. Em alguns casos excepcionais, não aplicáveis no direito de família, o e-mail arquivado pode ser entendido como documento, sujeitando-se, por conseguinte, à busca e apreensão por determinação judicial.

Compreendendo-se a correspondência eletrônica da mesma forma, é de se concluir que enquanto transmitidos por correio eletrônico as mensagens não são passíveis de interceptação. O e-mail já transmitido e arquivado no disco rígido do computador poderá vir a ser utilizado como prova se entendido como documento e submetido à disciplina da busca e apreensão. Nesta linha é que segue o Supremo Tribunal Federal, ao entender que não há violação do art. 5º, XII, da CF, já que não se trata de quebra do sigilo das comunicações, mas sim a apreensão da base física na qual se encontravam os dados armazenados (RE 627365 / DF, Min. Marco Aurélio de Melo, j. 24/11/2016, DJe 259). O problema é a autenticidade do documento, que ensejaria complexa perícia, se questionada pela pessoa contra quem se dirige a prova.

Portanto, a prova, para que possa ser valorada frente a uma instrução processual, deverá ter sua origem lícita, ou seja, deverá ser produzida com base em permissivo legal. Contudo, dependendo da forma pela qual é colhida, poderá ser considerada válida, mesmo não sendo moralmente

recomendada. Em casos tais, há um sopesamento dos princípios que possivelmente estão sendo infringidos, frente a outros que também são enumerados como direitos fundamentais. Assim, não é porque a prova é imoral que poderá ser considerada como ilícita. É certo, portanto, que o princípio da proporcionalidade sempre deverá ser lembrado nestes casos.

# Devido Processo Legal no Brasil

ROBERTO ROSAS

Quando alguém encerra um tema, pensa no esgotamento daquele tema, numa paródia da obra de Francis Fukuyama – o fim da história, como encerramento dos ciclos históricos, e o domínio do capitalismo sobre o comunismo, e o fim da União Soviética, não é bem assim, há controvérsias.

Eu pensei ter esgotado meus estudos sobre devido processo legal, mas vejo, redonda errônea conclusão, porque doutrina e jurisprudência, e até legislação tratam do tema após 2018. Quando do lançamento do meu livro – Devido Processo Legal, Editora GZ, especialmente no âmbito do Processo Civil.

O devido processo legal de longe foi mencionado, invocado, respeitado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, entretanto, consolidou-se no art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988 – *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”*

A Constituição de 1824 apenas tracejou o devido processo legal quando assegurou as garantias no processo (art. 179), aliás asseguradas sempre até a Constituição de 1988, ainda que a V Emenda à Constituição americana (1791) já existisse quando promulgada a nossa imperial. Explica-se tal ausência, porque o direito imperial sempre foi forte com a influência francesa, somente abrandada na Constituição de 1891, com a busca do estado federativo e o modelo judicial americano. Na Carta de 1891 assegurava-se a plena defesa, no processo criminal, com recursos e meios essenciais a ela, e proibição de prisão sem prévia formação de culpa (art. 72, § 14). Vítor Nunes Leal traz apropriada explicação:

nunca incorporamos à nossa doutrina e à nossa jurisprudência as consequências que a *construction* da Corte Suprema tem extraído da larguíssima cláusula *due process of law*. Sempre fomos menos judiciaristas no tocante à atividade da administração pública, como se pode ver, entre muitos exemplos, da inteligência restritiva que nossos tribunais costumam dar..." (Problemas de Direito Público, pg. 290).

A partir da criação do Estado brasileiro, formalmente com a Constituição de 1824, esta não serve de exemplo para a pesquisa de avultado instituto como o devido processo legal, mesmo porque nem nos Estados Unidos o direito e a jurisprudência tratavam do tema, ênfase dada já ao início do século XX. A Carta de 1824 padecia da estrutura peculiar concentradora do poder do monarca, no exercício absoluto do Poder Moderador. Como observa Paulo Bonavides, esse poder pessoal ignorava os cânones expressos do texto básico (História Constitucional do Brasil, 1989, pg. 7).

Na doutrina tradicional, João Mendes Júnior aproximou-se do devido processo legal, para quem o processo era meio para a segurança constitucional dos direitos, marcado de forma adequada para não haver ofensa da garantia constitucional da segurança dos direitos. Essa orientação era feita segundo princípios filosóficos, concretizados no processo pleno ou ordinário, com atos imprescindíveis ao procedimento ordinário, chegando-se à efetiva segurança constitucional dos direitos (João Mendes Júnior – Direito Judiciário Brasileiro, 4ª ed., 1954, pg. 197).

Desde 1824, todas as Constituições brasileiras ocuparam-se com as garantias processuais penais, mas sem ênfases às garantias civis.

Serviu de consolo aos juristas, a observação sempre constante, e sintetizada por Castro Nunes da falta do princípio do devido processo

legal, mas atendido por outros princípios constitucionais inseridos já na Constituição de 1891 (art. 72): direito à vida (abolida a pena de morte); à liberdade, à propriedade, e especialmente o art. 78 (1891) – “A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna “. Aí arrematou Castro Nunes – equivalem, por construção jurisprudencial, à cláusula americana “*due process of law*” (Teoria e Prática do Poder Judiciário, 1943, pg. 617, nota 21).

Lúcio Bittencourt afirmou a presença do *due process of law* no direito brasileiro. Se o regime constitucional brasileiro buscou no americano a sua diretriz, e a incorporação de garantias fundamentais, elas estão protegidas no direito brasileiro segundo o devido processo legal. (C.A. Lúcio Bittencourt – O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis, 1997, pg. 90).

José Frederico Marques provou a vigência do *due process of law* no direito brasileiro segundo dispositivo constitucional da época (Constituição de 1946), e portanto, ninguém seria privado da vida, da liberdade ou da propriedade sem o devido processo legal. (José Frederico Marques – A garantia do “*due process of law*” no direito tributário – Revista de Direito Público, n.º. 5, pg. 28, 1968).

Com a Constituição de 1946 surgiu nova esperança democrática, e abertura após significativo período dilatório. Refletiu-se, então nessa carta de grande projeção política e institucional, enfeixada já no art. 141, § 4º a tutela do direito ao processo, o Juiz natural para a garantia da reparação da lesão sem qualquer diminuição ou subtração do seu acesso. Tal direito à tutela jurisdicional foi repetido nas cartas posteriores (1967 – art. 150, § 4º e 1969 – art. 153, § 4º).



Como a Carta de 1946 foi a luz institucional depois das trevas ditatoriais, a Carta de 1967 teve o mesmo destino, como representação de mais uma abertura, mas continuam a tutela jurisdicional penal sem grandes esforços com a tutela civil, pelo menos expressamente, apenas o princípio do juiz natural, e do direito de ação, faltando o princípio da legalidade. No entanto, como herança de 1891, acertava-se a inserção de outros direitos e garantias além daqueles nominados na Carta inerentes do regime democrático, e dentre eles, está o princípio da legalidade. Portanto, enfeixaram-se os grandes princípios formadores do devido processo legal.

Assinale-se o pioneirismo dos doutrinadores após 1967 e 1969.

Santiago Dantas elaborou profundo estudo sobre a aproximação do *due process of law* entre sistema americano e brasileiro, especialmente na aplicação da isonomia segundo a lei (F.C. de San Tiago Dantas – Igualdade perante a lei e *due process of law* – Problemas de Direito Positivo, Forense, 1953, pg. 35). Após acentuação da característica do império da lei, afirma:

“O Poder Legislativo, em tal regime, não escapa à limitação constitucional, e os atos que pratica, embora tenham sempre forma de lei, nem sempre são leis, por lhes faltarem requisitos substanciais, deduzidos da própria Constituição. Esses requisitos se deduzem de um princípio, que é o centro fiscal do regime jurídico político: o princípio da igualdade. Graças a ele, podemos atingir, no direito constitucional brasileiro, os mesmos recursos jurisprudenciais que nos Estados Unidos, a Corte Suprema construiu, partindo do *due process of law* (Santiago, pg. 63).

Em 1986, Antônio Roberto Sampaio Dória tratou da aplicação do *due process of law* no Direito Tributário, indicando postulados cardiais da tributação (limitação da competência tributária, igualdade perante os tributos, vedação de tributos impeditivos de atividades lícitas, proibição

de tributos confiscatórios) (A.R. Sampaio Dória – Direito Constitucional Tributário e “*Due Process of Law*”, Forense, 1986). Destaque-se a aplicação do devido processo substancial.

Em 1973, Ada Pelegrini Grinover publicou importante trabalho sobre o devido processo legal, com ênfase no processual. (As garantias constitucionais de direito de ação, RT). De assinalar-se o estudo de Humberto Theodoro Jr. (1987) – A execução de sentença e a garantia do devido processo legal (Ed. AIDE).

A jurisprudência enunciou expressamente o devido processo legal antes de 1988. Como se vê em acórdãos do extinto Tribunal Federal de Recursos. (AMS 78673 – Rel. Min. Carlos Velloso – Rev. TFR 56/218; Ag.MS 87679 – D.J. 25.6.1981, pg. 6264).

Na Constituinte de 1987, o devido processo legal veio forte por sugestão do então Ministro do Tribunal Federal de Recursos Carlos Mário Velloso ao Deputado Michel Temer, que levou ao debate, passando pelas várias fases legislativas, e redacionais até se converter no texto do art. 5º, LIV – “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (Carlos Roberto Siqueira Castro – O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade – Forense, 2005, pg. 423).

O exame histórico anterior a 1988 tem grande significado, porque se a Suprema Corte americana desde o início do século XX debateu o *due process of law*, não só o processual, mas principalmente o substancial, explica-se o grande silêncio introdutório do instituto no Brasil. Ainda que a Carta de 1891 fosse fundada no direito constitucional americano, os doutrinadores não tinham interesse no direito americano, e sim no direito francês e italiano, à exceção de Rui Barbosa, grande iniciador da temática americana jurídica no Brasil, principalmente a doutrina de John Marshall.

Na jurisprudência clássica sobre o poder de tributar, há famoso acórdão do STF, relatado por Orosimbo Nonato, onde se entrevê o devido processo legal (substancial) na aplicação da proporcionalidade em relação à tributação. O excesso não pode chegar à destruição, e o exercício do poder de tributar fica nos limites do exercício do direito de propriedade, da liberdade de trabalho, comércio e indústria. No caso concreto, a municipalidade aumentou tributo desmensuradamente, tornando impossível a utilização de um serviço (RE 18331, julgado em 1951 – RF 145/164), o que levou a Corte Suprema brasileira a considerar:

“O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornou compatível com a liberdade de trabalho, do comércio e de indústria e com o direito de propriedade”.

Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal (1968) considerou sem proporcionalidade a suspensão do exercício da profissão àquele que preso em flagrante delito ou com denúncia recebida, em razão de enquadramento na Lei de Segurança Nacional (HC 45232).

Ao julgar a constitucionalidade de lei que exigia requisitos para o exercício de uma profissão para a qual não há capacidade técnica, e estabelecia o registro em conselho de classe (corretor de imóveis), considerou a falta de razoabilidade:

“A regulamentação dessa profissão, portanto, em princípio, já não atende às exigências de justificação, adequação, proporcionalidade e restrição, que constituem o critério de razoabilidade, indispensável para legitimar o poder de polícia” (Voto do Min. Rodrigues Alckimin, Repres. n.º 930 (1976)).

Ao tratar da elevação de taxa judiciária, o Supremo Tribunal considerou o excessivo aumento como não proporcional ao serviço oferecido (Repres. 1077 (1984)).

Aqui estão lembranças dos períodos anteriores à Constituição de 1988, porque esta deu importância ao devido processo legal, e a partir dali, consagrou-se, não somente o processual, também o devido processo substancial, fundo na proporcionalidade, e na razoabilidade (ver crítica de Oscar Vilhena Vieira ao devido processo substancial – Direitos Fundamentais, Malheiros, 2006, pg. 482).

No âmbito do processo civil o devido processo legal tem sido observado nas regras processuais constitucionais – juiz natural, razoável duração do processo, isonomia, contraditório, motivação da sentença (C.F. art. 5º).

No Direito Administrativo aplica-se ao poder de polícia, no processo administrativo, principalmente disciplinar, legalidade.

No Direito Tributário extrae-se o chamado devido processo legal substantivo, fundo na razoabilidade e na proporcionalidade.

No Direito Privado, o devido processo legal aparece forte nos atos praticados por sociedades em relação a seus sócios, e na boa-fé; no abuso de direito.

O Código de Processo Civil (2015) está fortemente baseado no princípio da segurança jurídica, na impossibilidade de imotivadas mudanças jurisprudenciais ou de linha de orientação.

O artigo 8º traz grande expressão da obediência ao devido processo legal:

“Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. ”

Significa, portanto, que a razoabilidade e a proporcionalidade devem embasar as decisões judiciais. A proporcionalidade como forma de solver colisão de normas.

Já na colisão entre princípios ou direitos, a proporcionalidade será invocada (CPC – art. 489, § 2º), bem como na regra da duração razoável do processo, de origem constitucional, será levada em conta a proporcionalidade para exigir-la ou afastá-la (CPC – art. 4º e 6º).

A motivação da sentença como imposição constitucional é tratada com atenção. É clara a distinção entre sentença motivada e sentença simplesmente motivada. Motivação não significa extensão, e sim a apresentação de fundamentos sustentáveis (CPC – art. 11 e 489, § 1º).

No importante capítulo da cooperação internacional observar-se-á o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente (CPC – art. 26, I). Para o cumprimento da carta rogatória no Superior Tribunal de Justiça observam-se as garantias do devido processo legal. São duas regras conjugadas, a atividade cooperada no Brasil, observa-se o pedido foi realizado no Estado estrangeiro segundo o devido processo legal alienígena, já o cumprimento de um pedido judicial estrangeiro será revistado das garantias do devido processo legal brasileiro (citação, contraditório, ampla divulgação prévia do julgamento).

A proporcionalidade será aplicada como forma de solver colisão de normas, porque no art. 489, § 2º do CPC o juiz deve justificar o critério de ponderação para acabar com o conflito de normas.

A boa-fé processual impõe comportamentos necessários, baseados na cooperação, na efetividade, na confiança.

Os meios mecânicos são imprescindíveis para divulgação dos atos processuais, mediante a publicação, não mais no suporte papel, e sim no eletrônico.

As citações e intimações dar-se-ão por meio eletrônico, com rapidez e segurança (CPC/2015 – art. 246, V).

A troca epistolar entre as várias áreas da Justiça e as partes, tem grande simplificação e segurança.

Hoje não há mais a necessidade de os contratos serem feitos em papel, principalmente a contratação do advogado com seu cliente, com características próprias (ex. a dispensa de testemunhas).

A obediência ao devido processo legal domina todo o processo civil, e certamente o Código de Processo Civil.

Ao analista jurídico impressiona a adoção e o respeito ao devido processo legal no Brasil. Sendo o nosso direito europeu-continental, e não anglo saxão, e portanto, longe do sistema norte americano, este adota, na inteireza o *due process of law*, ao contrário dos países do sistema europeu continental (Portugal, Espanha, Itália, França e Alemanha) sem grandes aproximações com o devido processo legal. Nós, no particular, temos total observância àqueles princípios nos Estados Unidos.

Enfim, os princípios continuam os mesmos, e agora bem aplicados como ocorre com a Lei nº 13.655 (LINDB) ornada do devido processo legal como garantias.

Na jurisprudência do STF aplicou-se o devido processo legal no ilegal cancelamento automático do registro em entidade profissional de classe, por inadimplemento (RE 808.424 – 19/12/2019), e exigência da aplicação das regras do devido processo legal aos processos do Tribunal de Contas da União (MS nº 30.535).

Infelizmente o Supremo Tribunal Federal o exame do recurso com base no devido processo legal por considerar tema de natureza infraconstitucional (Tema de Repercussão Geral nº 660).

Forte corrente doutrinária e jurisprudencial leva o devido processo legal ao Direito do Trabalho.

Enfim, não houve o fim da história do devido processo legal no Brasil, porque está consolidado, e bem afirmativo, haja vista o número avultado de menções nos sites de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, sinal de vitalidade.

# Direito do Consumidor no Sistema Educacional Brasileiro

SÉRGIO EMÍLIO SCHLANG ALVES

## Resumo

O presente artigo tem por objetivo fazer uma análise da importância da introdução do Direito do Consumidor em todos os níveis do Sistema Educacional Brasileiro, frente à carência, até então, de uma disciplina legal própria que ampare o consumidor, inclusive à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. A partir da edição do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, instituído por força da Constituição Federal, o consumidor passou a contar com uma tutela jurídica diferenciada, no polo das relações de consumo, notadamente com a instalação dos Juizados Especiais Cíveis no Fórum do Imbuí, na cidade de Salvador, que passaram a oferecer maior celeridade na aplicação da prestação jurisdicional, trazendo profunda repercussão no País, sobretudo no Estado da Bahia, face também a criação dos Serviços de Atendimento ao Cidadão – SAC, instalados nos maiores Shoppings Centers do Estado, oferecendo conforto e segurança ao cidadão.

## Palavras-chave

Consumidor, educação, fornecedor, relações de consumo, juizados especiais, direito do consumidor, código.

## Abstract

*This article aims to analyze the importance of the introduction of Consumer Law at all levels of the Brazilian Educational System, front the lack, so far, of a legal discipline that supports the consumer, including the law of Guidelines and Bases for National Education. Since the edition of the Consumer Protection and Defense Code, instituted by virtue of the Federal Constitution, the consumer has had a different legal protection in the consumer relations area, notably with the installation of the Special Civil Courts in the Imbuí Forum , in the city of Salvador, which began to offer greater speed in the application of the legal provision, bringing profound repercussion in the Country, especially in the State of Bahia, as well as the creation of Citizen Attendance Services (SAC), installed in the largest Shopping Centers in the State , offering comfort and security to the citizen.*

## Keywords

*consumer education, supplier, consumer relations, special courts, consumer law, code.*



## Introdução

Costumamos afirmar, com absoluta tranquilidade, que o consumo está intimamente ligado à vida do homem. Seguramente não há, na face do planeta Terra, um ser humano que não seja consumidor, independente do sexo, idade, situação social ou posição econômica, incluindo-se, portanto, um simples mendigo, ao receber migalhas para a sua manutenção, ou, até mesmo, populações indígenas, que ainda não tiveram contato com a civilização, em caso de ocorrer um acidente aéreo, cujos destroços venham atingir esse povoado pelo fato do produto ou do serviço, que são equiparados a consumidores for força do art. 17 do CDC, caso a FUNAI ou o Ministério Público ingressar com uma ação consumerista em favor dos referidos indígenas, porque foram vítimas de evento danoso. Releva notar que não há limite para o consumo. Consome-se de tudo, não somente os gêneros alimentícios, mas também produtos farmacêuticos, higiênicos, vestuários, veículos, culturais, imóveis, móveis, e tudo que se desejar. É o consumo pelo consumo.

## Breve histórico

Quando e onde surgiu pela primeira vez o “direito do consumidor”? Como bem salientou o mestre Eduardo Gabriel Saad *“Não é dado a ninguém responder, com segurança, a essa pergunta. Desde os tempos mais recuados, sempre houve alguém que vendesse algo (ou trocasse um por outro produto) e alguém que comprasse aquilo de que necessitava para alimentar-se ou para proteger-se contra as intempéries.”*<sup>[1]</sup>

---

1. SAAD, Eduardo G. - Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo. Editora LTR. 1999. p. 25;

Desde os tempos mais remotos sempre houve alguém que utilizasse desse pequeno comércio, vendendo ou trocando algum produto por outro, bem como adquirindo aquilo que julgasse necessário. Durante séculos e séculos a forma do comércio era caracterizada por seu individualismo. O produto não passava por processo de fabricação, mas de caráter artesanal e o consumidor limitava-se a adquirir poucas unidades. Como disse SAAD. *“O Direito regulava essas modestas relações de consumo. Na velha Roma, as ações para proteção do adquirente de coisa com defeito oculto eram a redhibitoria e a quanti minoris. Com Justiniano, o vendedor tinha de ressarcir o comprador de prejuízos derivados de vícios da coisa vendida, ainda que os desconhecesse.”* <sup>[2]</sup>

No Brasil, quando vigoraram as Ordenações Filipinas, como acentua Tupinambá M. C. Nascimento, no Livro IV, nosso primeiro Código Penal, havia alguma proteção, quando dispunha em duas de suas normas, essa proteção nos Títulos LVII e LVIII:

Se alguma pessoa falsificar alguma mercadoria, assim como cera ou outra qualquer, se a falsidade, que nela se fizer, valer hum marco de prata, morra por isso;

Toda pessoa, que medir ou pesar com medidas, ou pesos falsos, se a falsidade que, nisso fizer, valer hum marco de prata, morra por isso. E se for de valia de menos do dito marco, seja degradado para sempre para o Brasil” (quando o delito era cometido em Portugal).

Sobre o assunto ressaltou o eminente Des. do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Sérgio Cavalieri Filho; “O século XX despediu-se, deixando, todavia, marcas indeléveis em nosso mundo. Em razão do fantástico desenvolvimento tecnológico e científico que nele teve lugar, abrangendo áreas do conhecimento humano sequer imaginadas, profundas

---

2. SAAD, Eduardo G. – Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo. Editora LTR. 1999. p. 26.

transformações sociais, econômicas, e políticas ocorreram, que, por sua vez, passaram também a exigir transformações no ordenamento jurídico porquanto as normas legais até então existentes ficaram ultrapassadas, deixando enorme descompasso entre o social e o jurídico. Resultaram daí os novos direitos - direito da comunicação, direito especial, direito ambiental, biodireito, direito do consumidor e assim por diante -, todos destinados a satisfazer as necessidades de uma sociedade em mudança.”<sup>[3]</sup>

Não havia, portanto, uma maior proteção ao consumidor. As Leis anteriores eram dispersas e desordenadas, sem qualquer sistematização e, muito menos, o educacional.

## **Massificação do consumo**

Importante lembrar que por volta do século XVIII, as grandes descobertas que originaram a Revolução Industrial modificaram, de forma substancial, as relações de consumo. Os fabricantes dos produtos começaram a lançá-los, no mercado de consumo, em grande escala de produção, fenômeno que repercutiu, direta ou indiretamente, nos direitos civil e comercial, decorrente da massificação das sociedades de consumo.

Como salienta Hélio Zaghetto Gama<sup>[4]</sup>, a preocupação com a qualidade e o peso das carnes, dos peixes, dos pães e das mercadorias vendidas a granel, eram permanentes. O movimento consumista sempre se caracterizou pelas revoltas contra as práticas abusivas dos comerciantes e dos fabricantes, consideradas como aviltadoras das dignidades e dos direitos pessoais dos consumidores.

De outro modo, prevaleceu no início do século XX a mentalidade de que a procura aos produtos e serviços, de um comerciante, significava dar-

---

3. FILHO, Sérgio C. - Revista de Direito do Consumidor. São Paulo/SP. Editora Revistas dos Tribunais. 2000. nº 35, p. 97;

4. GAMA, Hélio Z. - Curso de Direito do Consumidor. Rio de Janeiro/RJ. Editora Forense. 2006. p. 2/3.

lhe ou emprestar-lhe prestígio social. Prevaleceu a consciência de que os progressos obtidos nos negócios decorriam das contribuições anônimas da freguesia, que dava preferência a tal ou qual fornecedor. Naqueles idos, os consumidores não tinham grandes opções de compras e as atenções para as propriedades e as qualidades dos produtos não eram relevantes. O consumidor entregava-se à “sorte” de poder receber bons produtos.

Vale ressaltar o posicionamento da professora argentina LAURA PEREZ BUSTAMANTE, em sua magnífica obra:

Itimamente vinculado a esto último se encuentra el consumismo, fenómeno típico de la sociedad de consumo en lugares o sectores sin dificultades económicas de acceso, caracterizado por la adquisición de productos y servicios innecesarios, por el “mero hecho de consumir”, y que se erige como un importante obstáculo para la utilización racional de los limitados recursos naturales.

El consumismo tiene su origen en las necesidades creadas artificialmente por el sistema de producción y es, en consecuencia, determinado culturalmente. En relación a los consumidores, funciona asociado al sentido de pertenencia real o deseada a un grupo o clase social y es promovido básicamente por medio de la publicidad, hasta convertirse prácticamente en un acto de inercia, con perniciosas consecuencias económicas directas e indirectas.”<sup>[5]</sup>

Assim, com o crescimento industrial, do desenvolvimento tecnológico e científico, da educação, dos meios de comunicação em massa, das instalações de grandes redes de mercados, de shoppings centers, de vendas realizadas fora do estabelecimento físico dos fornecedores, dos variados serviços de proteção ao crédito e sua imediata aprovação, da expansão dos cartões de crédito, da importação e comercialização dos diversos produtos, das empresas especializadas em cobranças, dos serviços de atendimentos aos consumidores pelas grandes redes do varejo, indubitavelmente, portanto, o crescente e desenfreado aumento das relações de consumo.

---

5. BUSTAMANTE, Laura P. - Derechos del Consumidor. Buenos Aires, ARG. Editora Astrea. 2004. p. 31

Como se observa, as relações de consumo deixaram de ser interpessoais, em que os fornecedores mantinham contatos diretos com os consumidores, em pequenas faixas de mercados, para serem pluripessoais e difusas, tornando-os cada vez mais vulneráveis, a mercê de uma legislação que os protegessem contra os maus fornecedores.

## **Da Proteção Ao Consumidor**

No século passado, o crescimento dos mercados e as variadas ofertas de produtos e serviços, sem dúvida alguma passaram a preocupar os consumidores e as autoridades públicas sobre o consumo em grande escala. Os mais diversos profissionais, professores, médicos, veterinários, farmacêuticos e outros, passaram a ver nos controles de qualidade dos produtos alimentares e, sobretudo de saúde, uma nova atividade de trabalho.

A proteção do consumidor deixava muito a desejar, tornando-se necessária a edição de uma Lei que o protegesse contra os abusos existentes no mercado de consumo. Na verdade, o fornecedor era o todo poderoso e o consumidor ficava ao sabor da sorte, não tendo a quem reclamar, em razão das Leis dispersas, esparsas e desordenadas, sem qualquer sistematização, como já se disse.

Com a instituição do Código de Defesa do Consumidor, o governo deve agir no sentido de assegurar aos consumidores nacionais, o mesmo padrão de qualidade encontrado nos países de primeiro mundo, notadamente nos EUA. Os produtos brasileiros que forem exportados para o mercado internacional, devem atender às especificações rigorosas e exigidas pelos importadores, com relação à qualidade, segurança e durabilidade. Tem-se, como exemplo, que uma grande montadora de veículos, de procedência alemã, instalada no Brasil, ao exportar determinado modelo de veículo para

o mercado internacional, acrescentava mais de 200 itens, sendo a maioria de segurança, com um preço muito inferior ao oferecido no mercado nacional.

Portanto, torna-se imprescindível que o mercado nacional ofereça aos consumidores brasileiros os produtos com a mesma, ou melhor, qualidade dos fabricados e exportados. Acrescente-se, ainda, que com o advento do Código de Defesa do Consumidor não podem mais os produtos e serviços serem oferecidos aos consumidores sem a garantia de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho, devendo o governo protegê-los efetivamente, seja por iniciativa direta, seja por incentivar a criação e desenvolvimento de associações representativas como dispõe o CDC.

O mestre Leonardo Bessa assevera:

O consumidor está, sob diversos enfoques, em visível situação de fragilidade – vulnerabilidade – no mercado de consumo, não apenas – ressalte-se – em relação a interesses patrimoniais, mas também, e com maior intensidade, em seus interesses existenciais (decorrentes de sua dignidade humana).

Historicamente, a fragilidade do consumidor acentuou-se na mesma proporção do processo de industrialização e massificação das relações no mercado de consumo, ocorrido, especialmente, nas décadas posteriores ao término da 2ª Grande Guerra.

E mais adiante o autor esclarece:

*O consumidor tem deixado de ser uma pessoa para se tornar apenas um número. Surgem, diariamente, novas técnicas e procedimentos abusivos de venda de produtos e serviços. As publicidades, a cada dia, informam, menos e, em proporção inversa, se utilizam de métodos sofisticados de marketing, o que resulta em alto potencial de indução a erro do destinatário da mensagem e, até mesmo, na criação da necessidade de compra de bens e serviços absolutamente supérfluos.<sup>[6]</sup>*

---

6. BESSA, Leonardo - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Brasília/DF. Editora Brasília Jurídica. 2007. p. 30

Importante informar que a sobrevida de um mercado está intimamente ligada a publicidade dos produtos e serviços, chegando a ser definido como “a máquina do consumo”, como bem informa Filomeno:

*“Situados nessa perspectiva, tudo hoje em dia é direito do consumidor: o direito à saúde e à segurança; o direito de defender-se contra a publicidade enganosa e mentirosa; o direito de exigir as quantidades e qualidades prometidas e pactuadas; o direito de informação sobre os produtos, os serviços e suas características, sobre o conteúdo dos contratos e a respeito dos meios de proteção e defesa; o direito à liberdade de escolha e à igualdade na contratação; o direito de intervir na fixação do conteúdo do contrato, o direito de não submeter-se às cláusulas abusivas; o direito de reclamar judicialmente pelo descumprimento ou cumprimento parcial ou defeituoso dos contratos; o direito à indenização pelos danos e prejuízos sofridos; o direito de associar-se para a proteção de seus interesses; o direito de voz e representação em todos os organismos cujas decisões afetem diretamente seus interesses; o direito, enfim, como usuários, a uma eficaz prestação dos serviços públicos e até mesmo a proteção do meio ambiente.”<sup>[7]</sup>*

Assim, a publicidade atualmente é tão importante nas relações de consumo que alguns autores chegam a afirmar que ela é o “próprio produto”, porque as pessoas o adquirem “tal como percebem mediante a publicidade” e porque não dizer, o próprio merchandising que é a aparição dos produtos no vídeo, no áudio ou nos artigos impressos, em situação normal de consumo, sem declaração ostensiva da marca, cujo produto, no filme ou novela, é utilizado somente de determinada marca.

A notícia virou um show. Os canais de televisão procuram explorar os fatos e aumentam sua audiência. As campanhas da moda e dos veículos começam muito antes dos produtos serem lançados no mercado, com artistas ou pessoas famosas. A publicidade sustenta a máquina do consumo, é indutora do consumo, buscando influenciar a vontade do consumidor.

---

7. FILOMENO, José Geraldo Brito – Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Volume I. Rio de Janeiro/RJ. Editora Forense. 2011. p. 148/149.

## **A Constituição Federal e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor**

A proteção do consumidor está amparada no mandamento constitucional, cujo art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal dispõe:

*“Art. 5º...*

*XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”*

E assim dispondo, a defesa do consumidor passa a ter sede constitucional, amparado ainda, no art. 170, inciso V, da Carta Magna e art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, inserta no art. 1º da Lei 8.078, de 11.09.90, conhecida como Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Assim, portanto, a Defesa do Consumidor passou a ser tratada como dever público, a partir da Constituição Federal.

Necessário verificarmos os efeitos práticos. Poderíamos assegurar, dentre outros, a estabilidade constitucional – Cláusula Pétrea - ou seja, imutabilidade por emenda ou revisão constitucional. Direito e garantia fundamental – prevalência sobre os demais princípios e na esfera econômica é tido como princípio fim.

### **Do Surgimento do Código de Defesa do Consumidor**

O Código surgiu no Brasil através da Lei de nº 8.078, de 11.09.90, com o nome de Código de Proteção e Defesa do Consumidor, e entrou em vigência em 12.09.91, isto é, depois de 06 (seis) meses da Vacatio Legis (período que decorre do dia em que uma Lei é publicada, à data em que ela entra em execução, durante o qual vigora a Lei anterior).

O Código é, sem dúvida alguma, um dos mais modernos instrumentos



legais do País. Há muito tempo que o consumidor necessitava de uma lei que o protegesse contra os maus fornecedores, afastando-os da concorrência, no mercado de consumo, com os bons fornecedores.

O Projeto do Congresso Nacional sofreu nada menos que 42 vetos. Alguns foram verdadeiramente lamentáveis, como, por exemplo, os que suprimiram todas as multas civis, para compensar a suavidade das sanções penais e universalmente reconhecidas como instrumento idôneo de punição no campo das relações de consumo (arts. 16,45 e 52, § 3º), com bem salientado pelos notáveis mestres Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim<sup>[8]</sup>.

Nos idos de 1960, o movimento consumerista, como bem lembrou Hélio Z. Gama<sup>[9]</sup>, ganhou força nos Estados Unidos, quando o advogado Ralph Nader elaborou um relatório, na condição de assessor do Departamento de Trabalho norte-americano, para o assessor do Departamento de Trabalho norte-americano para assuntos de segurança nas rodovias. Descobriu ele que a maioria dos acidentes era ocasionada pela falta de segurança dos veículos ao público. Ações judiciais visando os direitos indenizatórios proliferaram nos EUA. Ressalto, ainda, os danos causados pela Talidomida Conteriam, um sedativo utilizado, em sua maioria, por gestantes, que acarretou deformidade em milhares de nascituros e paralisia infantil, movimentando os tribunais. Tanto nos EUA como na Alemanha, as leis locais permitiram as Class Actions, espécies de ações coletivas visando às reparações das lesões causadas a grupos de pessoas com direitos homogêneos decorrentes de sequelas de origem comum ou com direitos coletivos referentes a uma relação jurídica base, com alguns fornecedores.

---

8. GRINOVER, Ada P. e BENJAMIM, Antônio Herman de V. - Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro/RJ. Editora Forense. Vol. I. 2011. p. 2/3;

9. GAMA, Hélio Z. - Curso de Direito do Consumidor. Rio de Janeiro/RJ. Editora Forense. 2006. p. 5.

Ressalte-se que a diferença entre o movimento consumerista brasileiro e os existentes nos demais países, é que no Brasil, o Estado, através de seus órgãos, deu a alavancagem e dá a sustentação à Defesa do Consumidor, enquanto alhures o movimento consumerista é eminentemente privado, sob as inspirações, principalmente, das milhares de organizações privadas americanas. Apenas no México o Estado atua como no Brasil.

O Código está profundamente voltado para uma preocupação efetiva dos direitos humanos e pela justiça social com a instalação de mecanismo de defesa da população consumidora. Por isso, criou instrumental de defesa compatível com o mundo atual, para assegurar as relações de consumo, armando a parte mais fraca com mecanismos de proteção inovadores.

Cite-se, por oportuno, a lição da Prof<sup>a</sup> Lísia Carla Vieira Rodrigues:

“O Código de Proteção e Defesa do Consumidor inegavelmente aumentou a consciência dos destinatários finais da relação de consumo ao cobrar dos responsáveis pela produção e serviços uma atuação eficiente; acarretando, ainda, maior procura pela manifestação do Poder Judiciário nas lides desta ordem, em especial pela mudança no enfoque da reparação civil.

Lembre-se que o supracitado codex alterou profundamente o sistema da reparação dos danos causados nas relações de consumo, já que, anteriormente à sua edição, deveria o lesado provar a culpa do fornecedor de produtos e serviços, o que, normalmente, deixava de gerar qualquer indenização pela total impossibilidade de fazê-lo”

Há de ser feita honrosa menção, ainda, aos Juizados Especiais Cíveis que, como facilitadores do acesso à Justiça, contribuíram de forma decisiva no sentido do ressarcimento dos danos gerados aos consumidores por vício ou fato do produto ou do serviço.<sup>[10]</sup>

---

10. RODRIGUES, Lísia Carla Vieira, *O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil*, p.2;

Vale lembrar a lição de Sérgio Cavalieri Filho, quando afirma “Na constelação dos novos direitos, o Direito do Consumidor é sem dúvida uma estrela de primeira grandeza, já pela sua finalidade, já pela amplitude do seu campo de incidência, embora muitos juristas não a queiram enxergar”.<sup>[11]</sup>

## O Direito do Consumidor no Sistema Educacional Brasileiro

A importância de ser inserida no sistema educacional brasileiro, uma disciplina, em todos os níveis, sobre relações de consumo, tornou-se, praticamente, uma necessidade e, porque não dizer, uma obrigatoriedade no referido sistema ou currículo educacional. Agora, mais que nunca, por força da norma constitucional consagrada.

Ressalte-se que o legislador ordinário quando inseriu, no Capítulo III, do Código de Defesa do Consumidor, dentre os direitos básicos do consumidor, no inciso II, art. 6º, a educação e a divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, o fez para assegurar-lhe a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações, em conformidade com o art. 206 da Constituição Federal que reza os princípios do ensino a ser ministrado, destacando-se, a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, bem como a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, dentre outros.

A Carta Magna ressalta, em seu art. 205, que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Compreende-se dessa afirmação constitucional que o Estado tem o dever e obrigação de informar o cidadão como melhor se portar nas relações

---

11. FILHO, Sérgio C. – Revista de Direito do Consumidor. São Paulo/SP. Editora Revistas dos Tribunais. 2000. Nº 35, p. 98;

de consumo e o de familiarizá-lo com os mecanismos corretos de utilização dos produtos e serviços colocados no mercado de consumo.

Sem dúvida alguma essa tarefa é de todos: Estado, empresas, órgãos públicos, entidades ou associações privadas de defesa ou proteção ao consumidor.

Apesar de o legislador ordinário haver colocado vários instrumentos à disposição do consumidor (art. 5º CDC), deverá sempre bem orientá-lo, até mesmo para que possa ter o devido acesso.

Esclareça-se que o programa educacional de responsabilidade do Estado, com vistas ao consumidor, há que abranger os vários níveis de ensino, desde o primário, colegial até o universitário, bem como a população em geral.

Como lembra SAAD <sup>[12]</sup> deve o consumidor ser dotado de conhecimentos que lhe permitam levar a melhor no confronto com as técnicas mais modernas de *marketing* e as técnicas usadas pelo fornecedor nas suas atividades mercantis.

Essa preocupação com o ensino, com o consumidor, com seu melhor comportamento na realização das compras de bens e serviços tem dimensões universais.

A educação do consumidor é hoje, sem dúvida alguma, uma preocupação mundial.

A ONU, na Resolução nº 39/248, item 32, de 10 de abril de 1985, assegurou que “a educação do consumidor deve, quando apropriada, fazer parte integral do currículo básico do sistema educacional, e de preferência inserido em matéria já existente”.

---

12. SAAD, Eduardo G. – Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo. Editora LTR. 1999. p. 160/161.

Importante afirmar que o “sistema educacional” é a política educacional do Estado aplicada desde a escola primária até a universidade.

A liberdade de escolha de que fala o inciso II do artigo 6º do CDC, segundo SAAD, é uma das projeções da liberdade. Tem, como pressuposto, a existência de vários produtos ou serviços da mesma natureza à disposição do consumidor. Este só saberá utilizar adequadamente a liberdade de escolha se estiver bem informado sobre seus direitos e dotado de conhecimentos que lhe permitam identificar o produto ou o serviço que deseja.

A Constituição Federal, no dispositivo já apontado, adverte que o Estado, no cumprimento de um programa de educação para o consumo, há de contar com a colaboração da família e de todo o Estado.

## **A educação do consumidor nas escolas de 1º e 2º graus**

Uma preocupação constante reside em orientar e educar o consumidor, desde os primeiros bancos escolares, para o consumo adequado, responsável e consciente, oferecendo-lhe meios institucionais para a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais e difusos.

Como bem salienta Brito Filomeno:

Experiências pioneiras, do ponto de vista formal, têm sido constatadas, sobretudo nos Estados do Rio Grande do Sul e Goiás, onde as respectivas Secretarias de Educação já têm programas próprios de educação de alunos dos 1º e 2º graus, inseridos nas disciplinas afins, como, por exemplo, nas ciências, educação moral e cívica, matemática, etc., como também se tem feito na educação relativa ao meio ambiente e sua preservação.

Assim, as crianças já começam a ser instruídas, por exemplo, com relação à qualidade dos alimentos que consomem sua condição de exposição à venda, componentes artificiais etc., bem como quanto a preços das mercadorias e outros aspectos de cunho econômico.

Também, continua o mestre, as entidades públicas e privadas de proteção e defesa do consumidor têm feito programas pelos meios que dispõem (cartilhas, panfletos, matérias para a imprensa, etc.) no sentido de bem informar os consumidores de uma maneira geral, merecendo destaque, como já mencionado, a pesquisa dos preços da “cesta básica” de alimentos, indicando sua variação nos vários estabelecimentos para bem orientar as compras dos consumidores, e assim por diante.

(...)

No plano municipal, há que ser ressaltado, o excelente trabalho da Prefeitura de São José dos Campos, como lembra o autor citado, ao instituir a educação específica aos consumidores mirins, de sorte a conscientizar o jovem da importância de ser um cidadão crítico e criterioso na hora de comprar ou contratar algum serviço, como faz a revista De Volta para o Futuro (publicação oficial e institucional da prefeitura de São José dos Campos SP), à guisa de prestação de contas da administração da referida comuna. “Esse é um dos principais objetivos da disciplina Educação do Consumidor”, conforme ali consignado, “implantada pela Secretaria Municipal de Educação”. Informa-se, ainda, que o “curso começou com cerca de 200 alunos da 6ª série de uma escola; hoje tem uma abrangência 15 vezes maior; em 1995, o projeto atendeu a 10 escolas e 3.100 alunos. Além disso, a disciplina foi incorporada ao currículo escolar das 5ª, 6ª e 7ª séries do 1º grau; e para 1996, o curso foi estendido aos alunos de suplência II (supletivo da 5ª à 8ª série)”. Quanto ao conteúdo programático desse curso, informa-se, por fim, que, “durante as aulas, que acontecem semanalmente, os alunos aprendem desde analisar rótulos de alimentos até os segredos da alimentação alternativa, além de fazer visitas a supermercados, padarias, açougues, quitandas e feiras livres.<sup>[13]</sup>

Importante informar que, ao lado, da educação formal, a ser ministrada desde o 1º grau de ensino nacional, como já asseverado, merece consideração significativa o trabalho desempenhado pelos órgãos de defesa do consumidor e entidades não governamentais, através de medidas concretas empreendidas pelos órgãos legitimados no tocante à aplicação efetiva das normas de proteção ou defesa do consumidor.

---

13. FILOMENO, José Geraldo Brito. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Volume I. Rio de Janeiro/RJ. Editora Forense. 2011, p. 86/89.

Com efeito, acrescenta Filomeno<sup>[14]</sup>: “*as cartilhas, material informativo, e outros instrumentos fornecidos pelos PROCONs constituem-se em utilíssimo instrumental para os consumidores inteirarem-se de seus direitos e prerrogativas. Algumas prefeituras dotadas de órgãos municipais de defesa do consumidor, como a de São José dos Campos, referida anteriormente, mantêm jornal semanal de informação ao consumidor, denominado *Jornal do Consumidor*, composto de material educativo, na sua essência, além de informações sobre preços em supermercados e outros pontos de vendas, análises de produtos etc.*”.

Nessa linha, lembra Voltaire de Lima Moraes, a Constituição Espanhola dispôs que “*os Poderes Públicos promoverão a informação e a educação dos consumidores e utentes, fomentarão as suas organizações e ouvirão essas organizações nas questões que os possam afetar, nos termos a estabelecer pela lei*” (art. 51,2).

A Lei Geral da Espanha de nº 26/84, estabelece que “*la educación y formación de los consumidores y usuarios tendrá como objetivos: a) Promover la mayor libertad y racionalidad en el consumo de bienes y la utilización de servicios. b) Facilitar la comprensión y utilización de la información a que se refiere el capítulo IV. c) Difundir el conocimiento de los derechos y deberes del consumidor o usuario y las formas más adecuadas para ejercerlos. d) Fomentar la prevención de riesgos que puedan derivarse del consumo de productos e de la utilización de servicios. e) Adecuar las pautas de consumo a una utilización racional de los recursos naturales. f) Iniciar y potenciar la formación de los educadores em este campo*” (art. 18.1) <sup>[15]</sup>.

Em Portugal, a Lei nº 29/81, que trata da defesa do consumidor, estabelece que o consumidor tem direito “*a formação e a informação*”

---

14. FILOMENO, José Geraldo Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Volume I. Rio de Janeiro/RJ. Editora Forense. 2011, p. 88;

15. MORAES, Voltaire de L. Comentários ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro/RJ. Editora Forense. 1992, p. 37.

(art. 3º, b) . Dispôs ainda, ao tratar do direito à informação, que: “ 1. O Governo adotará medidas tendentes a assegurar a formação permanente do consumidor. 2. Os programas escolares da RTP e da RDP devem incluir matérias relacionadas com a defesa do consumidor” (art. 8º).

Ao enfrentar essa questão, o professor Adalberto Pasqualotto (RT 658/59), citando Stiglitz, afirma que “... a educação visa a dotar o consumidor de espírito crítico adequado para enfrentar as técnicas de venda. Em segundo plano, os consumidores devem organizar-se em grupos de interesses, para a defesa dos seus direitos coletivos”<sup>[16]</sup>.

Na verdade, como salienta o professor Voltaire, a educação do consumidor envolve um espectro pedagógico amplo. Consiste no direito de ser convenientemente educado para preservar seus interesses, envolvendo, dentre outros, os seguintes aspectos: a) receber, já no primeiro grau escolar, informações básicas sobre as relações de consumo, bem como ensinamentos acessíveis sobre a economia do seu país; b) ser instruído sobre os mecanismos de alteração dos preços de produtos e serviços; c) ser advertido a respeito do alcance mágico das publicidades, especialmente as enganosas, que os fazem adquirir produtos e contratar serviços que não desejavam; d) estar atento para não adquirir produtos com prazo de validade para consumo ultrapassado; e) evitar adquirir produtos cuja composição química possa comprometer sua vida, saúde ou segurança; f) ser orientado sobre os desdobramentos financeiros causados por compras feitas a prazo e à vista; g) conhecer as principais normas que regem as relações de consumo e as entidades encarregadas de zelar pelo seu cumprimento; h) habituar-se a pesquisar preços de produtos e serviços; i) conferir sempre o peso dos bens adquiridos; j) consultar o cadastro de reclamações contra fornecedores de produtos e serviços, que deverá ser mantido pelos órgãos públicos

---

16. PASQUALOTTO, Adalberto. Revista dos Tribunais – RT (658/59).



encarregados de fazer a defesa do consumidor (art. 44, *caput*, do CDC), ante de concretizar qualquer negócio; k) organizar associações de proteção ao consumidor ou de bairro, que discutam medidas efetivas que propiciem o seu resguardo, e de pronto implementá-las<sup>[17]</sup>.

Assim, poderemos seguramente afirmar que o direito do consumidor, na educação, torna-se imprescindível desde os primeiros bancos escolares, visando a orientá-lo desde criança, para o consumo responsável e adequado, até mesmo para a sua saúde.

## O direito do consumidor nos cursos superiores

Interessante salientar que o homem obedece às leis e tem consciência das mesmas, o que faz com que sua vontade não seja perfeita, pois está sujeita não só à razão como também à sua sensibilidade. Esse conflito gera, sem dúvida, uma limitação da sua vontade, imposta pela lei como obrigação.<sup>[18]</sup>

O direito à educação é de todos e de todas as áreas, notadamente voltado para as relações de consumo. Ao tratar da proteção jurídica do consumidor, Filomeno apud Eduardo Polo, acentua “a defesa e proteção do consumidor constitui-se hoje em dia num dos temas mais extraordinariamente amplos e que afeta e se refere a casos de todos os setores do ordenamento jurídico”. Ao lado de diversos doutrinadores e os que estudam a disciplina, notadamente o referido autor, preferimos chamar “direitos e interesses do consumidor” e não direito do consumidor, face a dificuldade, prossegue o citado autor, de delimitar-se o campo de atuação dos referidos direitos, a saber:

---

17. MORAES, Voltaire de L. – Comentários ao Código do Consumidor, p. 37/38

18. SOUZA, Eliane Ferreira de. Direito a Educação, São Paulo/SP. Editora Saraiva, 2010, p. 19;

“Situados nessa perspectiva, tudo hoje em dia é direito do consumidor: o direito à saúde e à segurança; o direito de defender-se contra a publicidade enganosa e mentirosa; o direito de exigir as quantidades e qualidades prometidas e pactuadas; o direito de informação sobre os produtos, os serviços e suas características, sobre o conteúdo dos contratos e a respeito dos meios de proteção e defesa; o direito à liberdade de escolha e à igualdade na contratação; o direito de intervir na fixação do conteúdo do contrato, o direito de não se submeter às cláusulas abusivas; o direito de reclamar judicialmente pelo descumprimento ou cumprimento parcial ou defeituoso dos contratos; o direito à indenização pelos danos e prejuízos sofridos; o direito de associar-se para a proteção de seus interesses; o direito de voz e representação em todos os organismos cujas decisões afetem diretamente seus interesses; o direito, enfim, como usuários, a uma eficaz prestação dos serviços públicos e até mesmo à proteção do meio ambiente.”<sup>[19]</sup>

A Organização das Nações Unidas promulgou a Resolução nº 39/248, em 10.04.85, que também se refere àqueles direitos fundamentais dos consumidores, direitos esses universais e indisponíveis, fazendo eco, aliás, com a própria doutrina dos direitos humanos.

Como princípios gerais, diz o item 2 da citada Resolução que “os governos devem desenvolver, reforçar ou manter uma política firme de proteção ao consumidor, considerando as normas abaixo discriminadas”, acrescentando ainda que, ao fazê-lo, “cada governo deve determinar suas próprias prioridades para a proteção dos consumidores, de acordo com as circunstâncias econômicas e sociais do país e as necessidades de sua população, verificando os custos e benefícios das medidas propostas”.

Há que ser lembrado que o art. 5º da Constituição Federal dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais. E, como lembra Eliane<sup>[20]</sup>, um fato curioso é o tratamento dado a tal artigo, cujos incisos são considerados cláusulas pétreas, portanto, não abolitivas. Essa característica, aliás, parece demonstrar o caráter aquisitivo e permanente de direitos, destacando-

---

19. FILOMENO, José Geraldo Brito apud POLO, Eduardo. Código Brasileiro de Direito do Consumidor, 10ª edição, Forense, 2011, p.148/149.

20. SOUZA, Eliane Ferreira de. Direito a Educação. São Paulo/SP. Editora Saraiva. 2010. p.20;.

se, dentre eles, a defesa do consumidor, inserida exatamente no referido artigo, em seu inciso XXXII, além do art. 170, inciso V, e art. 48 de suas Disposições Transitórias, constante, inclusive, do comando do art. 1º do Código de Defesa do Consumidor.

Faculdades como as de Direito da PUC-SP e USP, por exemplo, têm ministrado o direito do Consumidor como curso de pós-graduação ou então como matéria opcional.

“Outras, porém, colocaram-no como disciplina autônoma, como foi o caso da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo, na qual foi instituída uma cadeira de “Direito Ambiental e do Consumidor”, a ser ministrada no 5º ano, quando se pressupõe estará o aluno preparado para absorver, e até do ponto de vista crítico, os novos conhecimentos, sobretudo se comparados com as clássicas noções das demais disciplinas mencionadas e todas com influência na sistemática do Código do Consumidor.

Em Teoria Geral do Estado, disciplina ministrada no 1º ano da mesma Faculdade de Direito das FMU/SP, por outro lado, já há dois pontos significativos no programa ao tratar-se da limitação da soberania do Estado, quais sejam, os relativos à política ambiental e à defesa do consumidor, preparando-se desde logo os alunos para a discussão de temas tão relevantes”.<sup>[21]</sup>

Na Cidade do Salvador (BA), a Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia introduziu em sua grade curricular, no curso de Direito, no final do século passado, como disciplina obrigatória, o Direito do Consumidor, no 8º semestre, cujo subscritor do presente trabalho teve a honra de haver sido o 1º professor que lecionou a cadeira. De igual forma, na 1ª década de 2000, também, em Salvador, foi introduzida na Faculdade de Direito Ruy Barbosa, no 8º semestre, como disciplina obrigatória, o Direito do Consumidor, tendo também sido o subscritor da presente o seu 1º professor. Não obstante, já no curso de direito da Universidade

---

21. FILOMENO, Brito. Código Brasileiro de Direito do Consumidor, 10ª edição, Forense, 2011, p. 87.

do Salvador – UNIFACS, foi introduzido o Direito do Consumidor, no 5º ano da Faculdade de Direito, como disciplina obrigatória, para quem optasse pelo direito privado e facultativa para quem optasse pelo direito público, apesar de ser o Estado um dos principais fornecedores de serviços, sobressaindo-se os prestados pelos hospitais, escolas, segurança, estradas, dentre tantos outros.

Como se pode observar do presente estudo, todos os demais cursos devem incluir uma cadeira sobre relações de consumo, notadamente na área de saúde, técnica e afins, dados estarem intimamente direta e indiretamente relacionado com tal direito. A exemplo basta um rápido exame das estatísticas para observar-se um crescente número de acidentes de consumo em todas as áreas, notadamente na área médica e afins.

### **Lei 11.645/2008**

#### **Altera a Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional**

Tratando-se, pois, a educação como um dos direitos fundamentais, previsto na Constituição Federal de 1988, destacando-se os arts. 5º e 6º, inciso IV, sobretudo o cap. III, Seção I, art. 205 a 214, Ilana Finkielstzejn Eilberg (2010, p.157 apud Freire, 1993, p.28 e Faria, 2002 p.343), esclarece que o direito fundamental à educação, assim como qualquer outro direito fundamental, necessita de mais do que uma recepção pela Constituição; requer, também, para a sua aplicabilidade, instrumentos processuais acessíveis que deem amparo à sua concretização.

Ou seja, é preciso implementar e garantir os direitos fundamentais. Não é por menos que as declarações de direitos, assim como tratados de paz, são oriundos de um passado de lutas políticas em favor dos direitos das minorias étnicas, do reconhecimento dos apátridas e de proteção de vítimas de genocídios. A prática de educação em direitos humanos surge

no contexto das lutas sociais engajadas com a construção das forças sociais democráticas.<sup>[22]</sup>

Tomando-se por base a Lei 11.645/2008 que alterou a de nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, tratando das diretrizes e bases da educação nacional, tornando “obrigatória” nas escolas de educação básica a discussão afro-brasileira e indígena nas disciplinas de história, literatura e artes, sendo no caso da história, incluída como pontos transversais nas discussões historiográficas nas salas de aula, deve o sistema educacional nacional adotar similar medida com relação ao Direito do Consumidor, não só na educação básica, mas também na superior.

Como já salientado, não há, seguramente não há, na face do planeta terra, um ser humano que não seja consumidor. Ressalte-se que um pobre pedinte é um consumidor, não só quando adquire um produto, quando recebe algo para alimentar-se ou usar, na qualidade de utente, mas também se apresenta como tal se for atingido por qualquer produto ou serviço defeituoso (fato do produto ou do serviço) que lhe tenha causado um dano, a exemplo de um veículo que não possa parar, por um defeito no sistema de freio e venha a alcançá-lo, causando ferimentos. Pergunta-se: será que todos conhecem seus direitos? Será que todos sabem comprar alimentos em um mercado (validade, peso, qualidade, preço, etc)?

Na Argentina o direito do consumidor está inserido no sistema educacional, como observa Laura Perez Bustamante:

Educación Para El Consumo. Este derecho implica basicamente la adquisición de dos tipos de conocimientos: uno, de carácter individual, dirigido a la satisfacción de sus necesidades materiales de manera tal que su conducta no vaya en detrimento de sus intereses inmediatas, y lo otro, relacionado a cuestiones que tienen

---

22. EILBERG, Ilana Finkielstzejn. O direito fundamental à educação e as relações de consumo. Revista Brasileira de Direito do Consumidor, p. 157, ano 19, n.74, abr-jun. Revista dos Tribunais: 2010.

implicancias de carácter colectivo – y que también hacen a sus intereses-, pero cuyas consecuencias afectan (en sentido positivo o negativo) a la sociedad en su conjunto. Entre los primeros encontramos que la educación para el consumo conlleva la adquisición del conocimiento y las habilidades para ser un consumidor informado de manera que su desenvolvimiento se ajuste a sus intereses individuales y satisfaga sus necesidades de carácter inmediato.

Entre los segundos, el derecho a la educación para el consumo importa el conocimiento y habilidades necesarias para tomar decisiones que tengan influencia en la modificación de los patrones de consumo y, como consecuencia, en el sistema de producción, en atención a la satisfacción de sus necesidades tanto materiales como ambientales. En este sentido, la educación para el consumo funciona como un presupuesto indispensable para el ejercicio del derecho a un ambiente sano.<sup>[23]</sup>

Daí a necessidade de haver uma reforma na referida Lei para acrescer, em todos os níveis do sistema educacional, uma disciplina obrigatória que trate da educação para o consumo, ou melhor, do Direito do Consumidor no Sistema Educacional Brasileiro.

## Direito Comparado

Em rápidas linhas, o modelo, sustentado pelos renomados juristas da matéria e em vias de se tornar realidade na França, Bélgica e Holanda, foi o adotado no Brasil, que surge como o pioneiro da codificação do direito do consumidor em todo o mundo.

Lembra a prof<sup>a</sup> Laura Perez Bustamante:

“Chile. La ley chilena 19.496, de 1997, modificada em 1999 por la ley 19.659, considera igualmente consumidores a sus efectos a “las personas naturales o jurídicas que, em virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieran, utilicen o disfruten, como destinatários finales, bienes o servicios”.

(...)

---

23. BUSTAMANTE, Laura Perez. – Derechos del Consumidor. Buenos Aires, ARG. Editora Astrea. 2004 p. 63;

En la Argentina. En cuanto a la legislación específica de consumo, nuestra LDC recoge el concepto de consumidor y de los institutos que hacen a su protección, principalmente de los lineamientos sugeridos por la ley modelo de la IOCU y del derecho español, sin perjuicio de las particulares restricciones en su ámbito de aplicación que seguidamente analizaremos. Asimismo, y como señaláramos al comienzo, el término consumidor es utilizado actualmente en un sentido más amplio que el referido a quienes adquieren cosas consumibles, para extenderse a las cosas o servicios de cualquier naturaleza.”<sup>[24]</sup>

Acrescenta, ainda, a citada autora: *“El Código de Defensa de Consumidor del Brasil, de 1990, similarmente a nuestro ordenamiento, adopta el criterio de otorgar su protección especial al consumidor final, sea este persona física o jurídica.”*

Uma das grandes conquistas do consumidor brasileiro foi, sem dúvida alguma, a Ação Coletiva. A primeira Lei brasileira que trata desta Ação foi a de nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação cível pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, além de outras providências. O procedimento da ação coletiva no direito brasileiro difere da ação coletiva aplicada nos Estados Unidos e, quem melhor esclarece é o Prof. Antônio Gidi, formado na Bahia e radicado nos Estados Unidos.

Sobre o assunto, ensina o Prof. Antônio Gidi:

El litigio de las acciones colectivas em Brasil es apenas un poco más costoso que las acciones individuales, y el riesgo para los demandados, así como los fallos, es proporcional al daño sufrido por cada miembro del grupo, multiplicado por el número de miembros. Las características “negativas” del procedimiento de la acción colectiva em los Estados Unidos no existen en Brasil, debido a la base legal y cultural (legal and cultural background) de donde surge el litigio de esta acción. Sin embargo, si la legislación brasileña de la acción colectiva fuera aplicada en los Estados Unidos, esto resultaría en procedimientos costosos, ya que el sistema norteamericano de procedimiento civil generaría un extenso y costoso descubrimiento de pruebas, los

---

24. BUSTAMANTE, Laura Perez – Derechos del Consumidor, Buenos Aires, ARG. Editora Astrea. 2004 p. 20 e 22.

incentivos económicos de la profesión legal generarían grandes sumas de honorarios, y el derecho sustantivo y el juicio ante jurado permitirían el otorgamiento de mayores sumas em caso de daños o transacciones de alto valor.<sup>[25]</sup>

## Conclusão

Assim, poderíamos dizer que o direito à educação é direito fundamental e porque não dizer, o direito do consumidor integra esse conceito por estabelecer normas de proteção e defesa, de ordem pública e interesse social, nos termos do art., 5, XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 do ato de suas Disposições Transitórias.

O direito à educação do consumidor, sobretudo como ficou suficientemente demonstrado, emerge da sua integração no sistema educacional em todos os níveis, não havendo, país no mundo, que não garanta, em seus textos legais, o acesso de seus cidadãos à educação básica, sobretudo porque a educação escolar é uma dimensão fundante da cidadania, e tal princípio é indispensável para políticas que visem a participação de todos nos espaços sociais e políticos e à (re)inserção no mundo profissional, como bem salienta a Prof<sup>a</sup>. Eliane Ferreira.<sup>[26]</sup>

Na atualidade, o discurso do governo federal brasileiro acerca da educação nacional é um discurso vivo, refletor das vozes que ecoam de todos os segmentos da sociedade envolvidos. O pilar mais importante do Plano de Desenvolvimento da Educação, instrumento de discussão ao longo de todo o trabalho, é melhorar os índices de aproveitamento do ensino público comparativamente aos do ensino privado. O direito do aluno é mais do que uma escola arrumada. É direito dele ir para um estabelecimento bem equipado e aprender.

---

25. GIDI, Antonio, *Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales em Brasil*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 2004. p. 13.

26. SOUZA, Eliane Ferreira de. *Direito a Educação*. São Paulo/SP. Editora Saraiva. 2010. p. 19.



Devem, portanto, as partes envolvidas no Sistema Educacional Brasileiro equacionarem a problemática para educar o Consumidor, em todos os níveis escolares, visando o consumo responsável, econômico e seguro, preservando o bem estar e sua incolumidade física.

## Referência

- ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU. *Resolução 39/248*. 16 de abril de 1985.
- BESSA, L. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**, Brasília Jurídica, 2007.
- BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Coleção Saraiva de Legislação. São Paulo - SP: Saraiva, 33ª edição, 2004.
- BUSTAMANTE, L. P. **Derechos del Consumidor**, Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 2004.
- CAVALIERI FILHO, S. **Revista de Direito do Consumidor nº 35**, Ed. Revista dos Tribunais.
- FILOMENO, B. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, 10ª ed., Vol. I, Forense, 2011.
- GAMA, H. Z. **Curso de Direito do Consumidor**, 3ª ed., Forense.
- GIDI, A. Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales em Brasil. *Universidad Nacional Autónoma de México*, 2004.
- GRINOVER, A.P.; BENJAMIN, A. H. V. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado**, 10º ed, Saraiva, 2011.
- EILBERG, Ilana Finkielsztejn. **O direito fundamental à educação e as relações de consumo**. Revista Brasileira de Direito do Consumidor, p. 157, ano 19, n.74, abr-jun. Revista dos Tribunais: 2010.
- MORAES, V. L. **Comentários ao Código do Consumidor Comentado**, 1º ed, Forense, 1992.
- PASQUALOTTO, Adalberto. **Revista dos Tribunais – RT** (658/59).
- RODRIGUES, L. C. V. **O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil**. Editora Lúmen Júris, 2008.
- SAAD, E. G. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, 4ª ed., LTR.
- SOUZA, E. F. **Direito a Educação**. Saraiva, 2010.

# A Moradia em Imóvel Urbano Residencial como Princípio Fundamental e Valor Social no Estado Democrático de Direito

ANTÔNIO LUIZ CALMON NAVARRO TEIXEIRA DA SILVA

No Estado Democrático de Direito, a subordinação de todos e tudo ao direito é uma das marcas maiores da República Federativa do Brasil.

O princípio do Estado de direito é, fundamentalmente, um princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal (a doutrina alemã refere-se a material-verfahrenmässiges Formprinzip), que visa dar resposta ao problema de conteúdo, extensão e modo de proceder da atividade do Estado. Ao <decidir-se> (sic) por um Estado de direito a constituição visa conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a medida do direito. (José Joaquim Gomes Canotilho, D. Const., págs. 361 e 362. Ed. Liv. Almedina, Coimbra, 5ª ed., 2ª reimpressão, 92)

A expressão Estado Democrático de Direito significa a subordinação do Estado à lei e à Constituição votada livremente pelo povo.

Os termos Estado de Direito provêm da literatura jurídica alemã: Rechtsstaat. O que significa Estado de Direito?

Significa o Estado subordinado ou submetido à legalidade constitucional, ao regime constitucional. (Pinto Ferreira, Coment. à Const. Brasileira, 1º vol., pág. 32. Ed. Saraiva, 89)

O Estado de Direito surge como o oposto do Estado de Polícia. É da sua essência, pois, a submissão da atuação do Estado ao direito, do que defluirá a

liberdade individual, e o repúdio à instrumentalização da lei e da administração a um propósito autoritário. (Celso Ribeiro Bastos & Ives Gandra Martins, *Coment. à Const. do Brasil*, 1º vol., pág. 421. Ed.Saraiva, 88)

Karl Schmit assinala que já na Grécia Antiga o vocábulo constituição designava indiferentemente a fórmula política e a fórmula jurídica da polis, a Cidade-Estado (D. Const., pág. 4. Ed. Rev. de D. Priv., Madrid), tão íntimos e indissociáveis são esses dois conceitos. Na vida real os fatos que os configuram transcorrem multifacetadamente, sem os compartimentos que a mente humana engendra, com a finalidade de discipliná-los, sob mais de uma ótica (a moral, a jurídica, etc.), para possibilitar a vida em sociedade.

Concebido para servir ao ser humano, o Estado é o engenho mais formidável que o ser humano engendrou. Ficção jurídica, para atuar ele se materializa mediante as pessoas físicas que lhe constituem os órgãos. No Estado Democrático de Direito tem como esteios, são-lhe esteios, a par de outros, o trabalho e a iniciativa privada.

## **Constituição**

Lei maior do ordenamento jurídico de um país, a legislação ordinária está subordinada a ela e há de ser consentânea com ela, sob pena de ser inconstitucional. Logo, absolutamente inválida

Buzaid acha que toda lei, adversa à Constituição, é absolutamente nula, não simplesmente anulável. Ruy Barbosa, calcado na doutrina e jurisprudência norte-americanas, também dissera que toda medida, legislativa ou executiva, que desrespeite preceitos constitucionais, é, de sua essência, nula. Francisco Campos sustenta que um ato ou uma lei inconstitucional é inexistente. (José Afonso da Silva, *op. e ed. cits.*, pág. 51)

## Estado Democrático de Direito República Federativa do Brasil

Fruto de assembleia constituinte originária, contra a qual não prevalecem ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada, foi a nação, portanto, por sufrágio universal e voto direto secreto, que elegeu a assembleia nacional constituinte que promulgou a Constituição Federal de 1988 que instituiu o Estado Democrático de Direito.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (Const. Fed. 1988, Preâmbulo)

Art. 1º República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (Const. Fed. 1988)

A indissolubilidade do Estado Democrático de Direito República Federativa do Brasil é confirmada adiante

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada: I et II – omissis;

§ 1º usque § 3º Omissis;

§ 4º Não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa do Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais. (Const.Fed. 1988)

A redação dos artigos dispensa comentá-los.

## **Constituição. Dignidade da Pessoa Humana. Princípio Fundamental. Direito Social.**

Além de ser assim reconhecida pelo Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (Const. Fed. 1988, Preâmbulo) a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental e direito social

Art. 1º Omissis (O caput dispensa repetição porque transcrito na página quatro, segundo parágrafo)

I et II – omissis;

III – a dignidade da pessoa humana;

### **CAPÍTULO II**

#### **Dos Direitos Sociais**

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (Const. Fed.)

Para Mauro Cappelletti, jurista italiano que dispensa apresentação, os direitos sociais são direitos humanos de segunda geração, como em boa hora ele os denominou. Ressalvadas as exceções, o reconhecimento e garantia do que hoje é parte dos denominados direitos humanos, mas sem esse apodo à época, uma das finalidades da Revolução Francesa,

incluídos na Declaração de Independência norte-americana, a expressão dignidade da pessoa humana, sem esgotá-los, expressa esses direitos, um deles a moradia, espécie do gênero propriedade. A fracasso do Estado e do Governo, pois parte imensa da humanidade não teve nem tem moradia compatível com a dignidade da pessoa humana não lhe enseja tampouco lhe justifica eliminação. Embora parte expressiva da população mundial sequer teve ou tem moradia. Daí a designação população de rua.

A propriedade - conceito jurídico genérico do qual a moradia é espécie - a ser utilizada em consonância com função social (Const. Fed., art. 5º, XXII e XXIII), é um dos direitos e garantias fundamentais cuja realização integral, ressalvadas as exceções, o Estado e o Governo jamais tiveram êxito total. Sobretudo no tocante à dignidade da pessoa humana, mesmo sendo ela direito e garantia fundamentais insuscetíveis de supressão e direito social, direito fundamental de segunda geração. Ao ver de .

A humanidade não conseguiu tornar universal esse direito social fundamental nem o realizou integralmente, não havendo uma única pessoa sequer sem moradia, o que não significa que a propriedade - e, dentro dela, a moradia - e os meios para obtê-la, jurídicos inclusive, não fazem parte da dignidade humana, reconhecida e resguardada até internacionalmente. A insubsistência de uma alegação demonstra-se mais facilmente levando-se-a ao extremo: prosperasse tal alegação e não se combateria o tráfico de drogas e de tantos outros crimes, porque o Estado e o Governo não conseguem eliminá-los totalmente, por mais esforço, meios e recursos utilizados.

### **Domínio. Direito E Grantia Fundamental. Moradia. Direito Social. Restrições. Estado. Família. Proteção Especial**

No Estado Democrático de Direito República Federativa do Brasil a propriedade, princípio e garantia fundamentais, e a moradia,

espécie do gênero domínio, além de ser um dos **DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**, também é um dos **DIREITOS SOCIAIS**

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residente no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I usque XXI – omissis;

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá à função social. (Const. Fed.)

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a **moradia**, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Sem negrito no original)

Mas os direitos e as garantias fundamentais ínsitas à propriedade não prevalecem quando o Estado e o Governo agem com soberania

Art. 5º Omissis

I usque XXIII – omissis;

XIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, mediante justa e prévia indenização, em dinheiro, ressalvados os casos previstos na Constituição. (Const. Fed.)

XV – no caso de eminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada aos proprietários indenização ulterior, se houver dano; (Const. Fed.)

Ressalvadas as exceções, ao assegurar o domínio ou a propriedade como direito e garantia fundamentais, insuscetíveis de supressão ainda que por assembleia constituinte derivada, a Constituição também lhe assegurou a aquisição, sendo um de seus modos - originário e sem onerosidade

- a usucapião, e resguardou o direito de quem já era proprietário. Não fosse assim, e a propriedade sequer seria direito e garantia, menos ainda fundamentais, por não haver como obtê-lo e, menos ainda, resguardá-lo. Não passaria de mera ficção.

A relevância da família perde-se nas brumas do tempo. Reconhecendo-a, a Constituição Federal a proclama célula mater da humanidade e lhe dispensa tratamento consentâneo com ela

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (e demais artigos do **CAPÍTULO VII Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso**).

Esta é, possivelmente, ao menos uma das causas, na acepção jurídica da palavra, da aquisição por usucapião de imóvel urbano residencial por pessoa natural ou família instituída pelo artigo 183, da Constituição Federal.

**Domínio. Usucapião. Aquisição Originária. Onerosidade. Inexistência. Imóvel Urbano Residencial. Constituição Federal 1988. Art. 183. Código Civil 1916. Coexistência. Código Civil 2002. Código Civil 1916. Incompatibilidade. Revogação. Código de Processo Civil.**

Do artigo 183, Constituição Federal de 1988, vê-se que a usucapião é modo ou meio de aquisição entre vivos, por pessoa natural ou família, do domínio de imóvel urbano que ela possuiu como seu sem oposição por 05 (cinco) anos ininterruptamente, com área de até 250m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados), o havendo utilizado como moradia sua ou de sua família, por não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Não é, portanto, modo ou meio de aquisição por usucapião de todo e qualquer imóvel urbano, não obstante a usucapião ser modo ou meio de aquisição



de imóvel e móvel (Cód. Civ. de 1916, arts. 550 a 553; Cód. Civ. 2002, arts. 1.238 a 1.244, para imóvel e arts. 1.260 a 1.262 para móvel).

Anteriormente à Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 1916 era a disciplina legal genérica e abstrata da usucapião. Nele não havia previsão de aquisição de imóvel urbano residencial entre vivos pela usucapião instituído pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 183, dantes inexistente constitucional e legalmente. A Constituição Federal de 1998 inovou, também inexistente nas Constituições anteriores à de 1988. Elas tampouco previram a usucapião como meio ou modo de aquisição inter vivos de imóvel e móvel. Foi a legislação ordinária, os Códigos Civis de 1916, após o Código Civil de 2002, em vigor a partir de 10 (dez) de janeiro de 2004 (dois mil e quatro), revogando assim o código civil anterior neste passo, que sempre a previram.

Legislação ordinária, o Código Civil em vigor (Arts. 1.238 a 1.244) alberga preceito do mesmo teor do artigo 183 da Constituição ao disciplinar a usucapião de imóvel urbano residencial do artigo 183 da Constituição Federal de 1988, espécie do gênero de usucapião de imóvel urbano.

Enquanto o prazo legal para essa espécie de usucapião de imóvel urbano residencial estar consumada, o possuidor pessoa natural ou família denomina-se usucapiente, apodo em consonância com a legislação constitucional e ordinária. Usucapiente também é o imóvel urbano residencial a ser usucapido. Consumada a usucapião, a pessoa ou família dantes usucapiente, torna-se proprietária ou senhora do imóvel. Possuidora, ela já era anteriormente.

Ficção jurídica *iuris et de iure*, para a usucapião é constitucional e legalmente irrelevante ou inexistente o imóvel a ser usucapido ter proprietário ou estar onerado com gravame anteriormente à usucapião.

Absoluta, essa espécie do gênero ficção inadmite contradita ou impugnação. Não há como aquele que dantes era proprietário ou titular do gravame existente opor-se a ela, senão ela jamais se consumaria. Ser-lhe-iam opostas impugnação, contradita e toda sorte de expedientes extrajudiciais e judiciais cuja única finalidade, contra legem, era e é obstruir e tentar derrubar a usucapião.

### **Usucapião. Ação. Parte Passiva. Condomínio Edilício. Citação. Inexistência. Editais. Publicação**

Citação é o ato processual com o qual ou pelo qual a parte passiva da ação é cientificada de ação em juízo na qual ela é a parte contrária. É a partir dela que principia o prazo da defesa a ser posta em juízo dentro dele (Cód. Proc. Civ., art. 238). Ressalvadas as hipóteses legais, a validade e eficácia do processo pende da citação válida da parte adversa (Cód. Proc. Civ., art. 239, caput).

A ação de usucapião de unidade autônoma de prédio em condomínio, o caso, dispensa citação do confinantes

Art. 246. A citação será feita:

I usque V et § 1º et § 2º Omissis

3º. Na ação de usucapião de imóvel, os confinantes serão citados pessoalmente, exceto quando tiver por objeto unidade autônoma de prédio em condomínio, caso em que tal citação é dispensada. (Cód. Proc. Civ.)

É indispensável, todavia, a publicação de editais

Art. 259. Serão publicados editais:

I – na ação de usucapião; (Cód. Proc. Civ.)

A inexistência de previsão de citação na ação de usucapião, repisam os autores, confirma que a ação e sua sentença são declaratórias, e que esta não é constitutiva. A finalidade da ação, di-lo também explicitamente o Código Civil, é, tão-só, para os autores obterem do juiz – os que assim requererem – que seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel e que a declaração obtida na forma de deste artigo constituirá título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis (Art. 1.241, caput e parágrafo único).

**Constituição. Moradia Família. Proteção Especial. Imóvel Urbano Residencial. Posse Ininterrupta Como Sua Sem Oposição. Cinco Anos. Área de até Duzentos e Cinquenta Metros Quadrados. Outro Imóvel. Urbano. Rural. Inexistência. Domínio. Usucapião. Aquisição Originária.**

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – omissis;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

Art. 226. A família, base da sociedade, especial proteção do Estado.

§ 1º Omissis.

§ 2º Omissis.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Const. Fed. 1988)

Base da sociedade, a família, à qual é equiparada a união estável, mereceu proteção constitucional especial, uma das quais, essencial sem dúvida, é a habitação residencial (familiar) constitucionalmente definida como direito e garantia fundamentais e direito social (Const. Fed., art. 5º, caput et XXII; art. 6º). Mas, para o cidadão, a cidadã e a família terem uma habitação, precisam adquiri-la. Um dos modos ou meios de aquisição originária do domínio de imóvel residencial urbano ou rural – vale dizer sem onerosidade - é a usucapião, desde que, observadas as demais prescrições constitucionais e legais, a pessoa natural ou a família não seja proprietária de outro imóvel urbano ou rural.

Na usucapião não há transferência ou transmissão de domínio ou propriedade da pessoa natural ou jurídica que lhe era a titular anteriormente para a pessoa natural, família ou jurídica que lhe será a titular imediatamente em seguida. Modos ou meios outros há, onerosos ou não, de aquisição de domínio ou propriedade.

Ao instituir a usucapião como modo ou meio de aquisição originário, a Constituição Federal engendrou-o como ficção *iuris et iure*, ficção acatada pela legislação ordinária. Como haveria de ser. Constitucional, essa ficção *iuris et de iure* hierarquicamente superior à ficção e à legislação ordinária. Ainda que, na realidade, existisse ou exista proprietário ou gravame anterior, pois do contrário não haveria usucapião. Dessa espécie

do gênero legal usucapião sobretudo. Daí ser ficção jurídica absoluta. Ao ser assim instituída e disciplinada constitucional e legalmente, ela (ficção iuris e de iure) se impõe por si mesma e inadmite impugnação ou oposição. A aquisição não é originária quando o domínio é transferido onerosa ou gratuitamente do proprietário anterior, para o proprietário seguinte, ocorrendo a transferência do domínio e da posse, ressalvadas as exceções, uma das quais a usucapião, gênero do qual o artigo 183, da Constituição Federal de 1988 é espécie, à qual o Código Civil de 2002 dá cumprimento como legislação ordinária (Arts. 1.238 a 1.244).

### **Usucapião. Imóvel. Constituição Federal. Código Civil 1916. Coexistência. Código Civil 2002. Término. Incompatibilidade.**

Em vigor a partir de 05.10.1988, um dos temas que Constituição Federal instituiu e disciplinou, consentaneamente com os princípios e valores fundamentais que erigiu (Art. 1º, caput e incisos) e demais disposições aplicáveis ao caso, a exemplo do artigo 226, mais de século após o Código Civil de 1916, foi um dos modos ou meios de aquisição de imóvel urbano residencial (familiar), traçando-lhe o arquétipo

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Anteriormente à Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 1916 era a disciplina legal genérica e abstrata da usucapião de imóvel

#### **Seção IV Do Usucapião**

**Art. 550.** Aquele que, por 30 (trinta) anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título e boa fé, que, em tal caso, se presumem;

podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para inscrição no registro de imóveis.

**Art. 551.** Adquire também o domínio do imóvel aquele que, por 10 (dez) anos entre presentes, ou 20 (vinte) entre ausentes, o possuir como seu, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé.

Parágrafo único. Reputam-se presentes os moradores do mesmo município e ausentes os que habitam municípios diversos.

**Art. 552.** O possuidor pode, para contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a do seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas e pacíficas.

**Art. 553.** As causas que obstem, suspendem, ou interrompem a prescrição, também se aplicam ao usucapião (art. 619, parágrafo único), assim como ao possuidor se estende o disposto quanto ao devedor.

O artigo 619, parágrafo único, do Código Civil de 1916, trata de usucapião de bem móvel. Matéria estranha ou alheia a esta ação usucapião, não pode ser versada aqui.

Cotejados o texto constitucional anterior a 1988 e o texto legal de 1916 sua disparidade é manifesta. A Constituição Federal de 1988 não revogou a disciplina jurídica da usucapião de imóvel instituída pelo Código Civil de 1916.

Disciplina o tema – revogação de lei anterior por lei ulterior - o Decreto-Lei 4.657, de 04.09.1942, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Art. 6º A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Não sendo temporária a vigência da Constituição Federal de 1988 e a do Código Civil de 1916, não há como não reconhecer que a primeira não revogou o segundo, no tocante à usucapião de imóvel, explícita ou implicitamente, a teor da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Art. 2º, § 1º; o artigo 2º, § 2º tem aplicação plena à usucapião de imóvel urbano residencial da Constituição e do Código Civil: por serem díspares, a convivência deles é constitucional e legal).

O Código Civil de 1916 previu o início de sua vigência, data a partir da qual ficaram revogadas as disposições legais anteriores incompatíveis com ele (Código Civil de 1916)

#### **DISPOSIÇÕES FINAIS**

**Art. 1.806.** O Código Civil entrará em vigor no dia 1º de janeiro de 1917.

**Art. 1.807.** Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código.

Vigendo no dia 10 do mês de janeiro do ano 2004, o Código Civil atual revogou explicitamente o Código Civil de 1916 e a legislação em conflito com ele (Código Civil de 2002)

Art. 2.045. Revogam-se a Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil e Parte Primeira do Código Comercial, Lei 556, de 25 de junho de 1850.

Assim, no ordenamento jurídica pátrio a usucapião continuou a ser disciplinada pela Constituição Federal de 1988 e no âmbito da legislação

ordinária, a partir de 10.01.2004, ressalvadas as exceções, passou a ser disciplinada pelo Código Civil de 2002.

### **Ação Usucapião. Sentença. Natureza Declaratória. Cartório. Registro Imóveis. Aquisição. Registro. Matrícula.**

É declaratória, e não constitutiva, a sentença da ação de usucapião de imóvel instituída e disciplinada pelo artigo 183, da Constituição Federal, e arts. 1.238 a 1.244, do Código Civil vigente

Art. 1.241. Poderá o possuidor requerer ao juiz seja **adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel.**

Parágrafo único. A **declaração obtida na forma deste artigo constituirá título hábil para registro no Cartório de Registro de Imóveis.** (Cód. Civ. em vigor desde 2004 – sem negrito no original)

É declaratória, portanto, ex vi legis, e não constitutiva, a sentença que declara que, por usucapião entre vivos, os usucapiantes tornaram-se proprietários do imóvel usucapido e, por isso e diante disso, cinge-se a reconhecer que está consumada a aquisição entre vivos do domínio do imóvel urbano residencial (familiar), aquando o caso de usucapião de imóvel instituído e disciplinado pelo artigo 183, da Constituição Federal, e dos artigos 1.238 a 1.244, do atual Código Civil, com menção especial, no caso do autos, aos artigos 1.240, caput e § 1º, e artigo 1.241, caput, e artigo 1.241 e parágrafo único, do aludido Código Civil (de 2002), sentença declaratória essa que pode ser registrada (e matriculada) no Registro de Imóveis competente, se assim for requerido pelo(s) titular(es – o caso) do domínio ou propriedade

Art. 1.241. Poderá o possuidor requerer ao juiz seja DECLARADA adquirida, MEDIANTE USUCAPIÃO, a propriedade imóvel.



Parágrafo único. A declaração obtida na forma deste artigo constituirá título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. (Cód. Civ., art. 1.241, caput et parágrafo único – não são maiúsculas, no original, as palavras DECLARADA e MEDIANTE USUCAPIÃO, recurso adotada para ressaltar que a usucapião é modo ou meio de aquisição originária de domínio).

A segurança e a publicidade são as finalidades maiores do registro e da matrícula, no cartório de registro de imóveis competente, da sentença declaratória desta ação de usucapião de imóvel urbano residencial (familiar - artigo 1.240, caput, e seu parágrafo único e pelo artigo 1.241, caput, e seu parágrafo único, do Código Civil atual e demais disposições legais aplicáveis, complementar ou subsidiariamente).

## **TÍTULO V**

### **CAPÍTULO I**

#### **Das Atribuições**

Art. 167. No registro de imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I usque XXVII – omissis;

XXVIII – das sentenças declaratórias de usucapião;

Modo ou meio de aquisição entre vivos de domínio de imóvel, a sentença declaratória exarada em sua ação é título cujo registro e matrícula, nos locais apropriados, podem ser efetuados no cartório de registro de imóveis competente, tanto o deseje o titular

### **CAPÍTULO VI**

#### **Da Matrícula**

Art. 277. Todo imóvel objeto de título a ser registrado deve estar matriculado no Livro nº2-Registro Geral – obedecido o disposto no artigo 176.

Art. 176. O Livro nº2 – Registro Geral – será destinado à matrícula dos imóveis e ao registro e averbação dos atos relacionados no artigo 167 (transcritas linhas atrás - **TÍTULO V CAPÍTULO I Das Atribuições**) e não atribuídos ao Livro nº 3.

## TÍTULO V

### CAPÍTULO I

#### Das Atribuições

**ART. 167. No registro de imóveis, além da matrícula, serão feitos:**

**I – o registro:**

**1 usque 27) omissis;**

**28) das sentenças DECLARATÓRIAS de usucapião;**

(Lei 6.015 de 31 de setembro de 1973 Dispõe sobre os Registros Públicos e dá outras providências – sem negrito do original; sem maiúscula no original, grafada assim para destacar mais e melhormente a palavra)

Ressalvadas as exceções, se fosse coisa julgada concedendo a usucapião do imóvel a seu possuidor - e não essa espécie do gênero usucapião - e a legislação do registro público, notadamente no tocante ao registro público de imóveis, e o artigo 167, I, I, 1, imediatamente antes, não conteria em seu texto a palavra **DECLARATÓRIAS** na expressão **sentenças DECLARATÓRIAS de usucapião**. As palavras teriam sido **sentenças DECRETADORAS de usucapião** apenas. (Sem negrito e sem maiúscula no original, mas postos para ressaltá-la).

Como a denominação antecipa ou prenuncia, a sentença declaratória declara situação jurídica lícita pré-existente sem alterá-la; ao passo que, como a denominação antecipa ou prenuncia, a sentença decretatória sobre decretar a licitude ou a ilicitude da situação jurídica, também impor condenação, se o caso. Na sentença declaratória não há condenação nem constitutividade: o usucapiente, ou o já proprietário, se o caso, ajuizou a ação para a sentença a ser nela exarada declarar – apenas, e não mais do que isto, por falta de respaldo constitucional e legal – que o autor da ação era usucapiente ou já proprietário do imóvel versado na ação. Daí havê-la requerido (à ação declaratória) com esse pedido, o único constitucional e legalmente cabível.

# Imposto Verde: A Tributação do Carbono como Forma de Concretização do Direito ao Meio Ambiente Sustentável

TÂNIA MARIA FRANÇOSI SANTHIAS

## Resumo

O presente tem por escopo analisar a criação de um imposto verde sobre emissões de carbono, como novo paradigma dos padrões de produção e consumo mais sustentáveis. O problema investigado consiste, em responder ao seguinte questionamento: A tributação do carbono através da cobrança de imposto – verde - pode ser eficaz para concretização do direito ao Meio Ambiente Sustentável? O artigo adota o método dedutivo, já que pretende partir de uma formulação geral do problema. O Estado tem instrumentos tributários que podem e devem ser utilizados para garantir a proteção do meio ambiente. Esta é a teoria de base para a reflexão sobre o tema escolhido. Ao final conclui pela necessidade da criação de um tributo ambiental, sem finalidade arrecadatória, mas, justificado pela proteção do meio ambiente, seguido por mudanças regulatórias voltadas à sustentabilidade com economia de baixo carbono como novo paradigma.

## Palavras-chave

Tributo ambiental; Extrafiscalidade; Baixo carbono; Desenvolvimento sustentável; Economia de baixo carbono.

## **Introdução**

Com o crescimento e desenvolvimento industrial e tecnológico da economia e a utilização sem parâmetros de segurança dos recursos naturais, percebe-se um desequilíbrio no meio ambiente, tendo como consequência o comprometimento de solo, chuva, água e vida.

Nesse sentido, lançando olhar sobre a tributação, o artigo analisa a criação de um imposto verde sobre a emissão de carbono em produtos que apresentem externalidades negativas, como eficaz para diminuir as emissões de carbono na atmosfera, frear o aquecimento global e a redução do desmatamento.

Por conseguinte, o presente artigo, defendendo a fundamentalidade do estudo do direito tributário aplicado ao campo da inovação, propõe a criação de imposto verde como forma de concretização do direito ao Meio Ambiente Sustentável. Assim, o tributo ambiental priorizará a proteção ambiental em detrimento do fim arrecadatório, revelando-se assim um rico campo de análise a um direito tributário inovador.

## **Meio Ambiente e a Tributação Ambiental**

O direito de usufruir e desfrutar de um meio ambiente sadio está fundamentado junto à Constituição da República Federativa do Brasil.

No Brasil, a Constituição de 1988, ao estabelecer, em seu Título VIII, Capítulo VI (Do meio ambiente), fixou a existência no plano constitucional, o direito de usufruir e desfrutar de um meio ambiente sadio. O artigo 225 traz em seu corpo normativo o seguinte texto:

Todos têm direito ao **meio ambiente ecologicamente equilibrado**, bem de uso comum do povo e **essencial à sadia qualidade de vida**, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988, grifo nosso)

A respeito do referido artigo, Ferreira e Fiorillo (2017)<sup>[1]</sup> afirma que a Carta Magna estabeleceu o direito ao meio ambiente ao plano normativo mais elevado, de forma que visa a conscientizar aquele que estiver em nosso território, sobre a importância de preservar, conservar e proteger toda esta estrutura a qual se está inserido, veja-se:

Como temos afirmado, o art. 225 da Carta Magna estabeleceu pela primeira vez na história do direito constitucional brasileiro o *direito ao meio ambiente*, regrado, em consequência, no plano normativo mais elevado, os fundamentos do direito ambiental constitucional. Trata-se de um direito vinculado ao meio ambiente, e não de um direito do ambiente, ou seja, é um direito destinado a brasileiros e estrangeiros residentes no País.

Constata-se uma resistência do Brasil no tocante à exteriorização da importância de educar e regulamentar a proteção e conservação de seus recursos naturais em seus textos normativos. Apenas em 1988 inseriu-se o meio ambiente como sendo bem comum do povo tendo início à conscientização nacional sobre manutenção e prevenção do ambiente. A partir desse momento, a visão passa a não ser mais apenas como sendo um ato de interesse econômico, mas também como uma questão de sobrevivência e qualidade de vida. Este movimento ganhou destaque, quando por meio do *Relatório Brundtland*, conceituou desenvolvimento

---

1. FERREIRA, Renata Marques; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Direito Ambiental Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

sustentável, o que preleciona Barral e Pimentel, <sup>[2]</sup> resultou nos seguintes objetivos:

- (i) um sistema político que assegure a democracia representativa;
- (ii) um sistema econômico que possa gerar excedentes e desenvolvimento técnico em base constante;
- (iii) um sistema social que possa resolver as tensões causadas pela opção de crescimento a qualquer custo;
- (iv) e um sistema de produção que respeite a obrigação de preservar a base ecológica do desenvolvimento, evitando o agravamento do processo de entropia global.

Segundo Barral e Pimentel o *Relatório Brundtland* englobou não só o homem no ambiente, mas também todas as suas atividades dentro do conceito de sustentabilidade, tendo a partir desse acontecimento, uma visão mais cuidadosa às atitudes humanas para com a utilização dos recursos naturais e sua preservação.

Com efeito, o Estado goza de ferramentas tributárias que possam garantir a proteção do meio ambiente. Essa intervenção está diretamente ligada aos princípios que orientam o direito ambiental, quais sejam: o Princípio do Poluidor-Pagador (PPP) e o Princípio do Protetor-Recebedor (PPR). Ora usando a mão forte do Estado para punir os responsáveis poluidores do meio ambiente, ora beneficiando aqueles que protegem, reflorestam ou adotam meios menos poluentes. Nessa seara afirma Campo:<sup>[3]</sup>

Nesse foco de discussão, a tributação se apresenta como um dos instrumentos que mais pode contribuir para que a sustentabilidade se concretize nas duas perspectivas mencionadas. Ela pode ser utilizada como uma forma de fomentar condutas ecologicamente

---

2. BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito ambiental e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

3. CAMPO, Cristina Paiva Serafim Gadelha; Flávia de Paiva Medeiros de OLIVEIRA; PEREIRA, Maria Marconiete Fernandes. Tributação extrafiscal como instrumento de fomento a procedimentos ecologicamente equilibrados. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário**. Brasília, v. 13, n.2, p. 242-272, 2018. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/viewFile/9697/6094>. Acesso em: 28 abr.2020.

equilibradas e, conseqüentemente, desestimular aquelas que se apresentam como lesivas ao meio ambiente.

Com base no texto constitucional, pode-se observar, nesse sentido, referência expressa ao princípio poluidor-pagador em seu artigo 225, §3º da CFRB/88, que estabelece que “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. A Lei nº 6.938/81, que institui a Política Nacional de Meio Ambiente, também retira seu fundamento do princípio do poluidor-pagador em seu artigo 4º, VII. Esse artigo sujeita “à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”. Com efeito, verifica-se que o direito brasileiro atribui a responsabilização objetiva pelos danos causados ao meio ambiente, devendo os agentes causadores do dano o dever de reparação .<sup>[4]</sup>

Destarte, a implantação da tributação ambiental como meio de preservação ambiental surte efeitos bastante promissores. Compensações fiscais em decorrência de adoção positiva a conservação do meio ambiente, se mostrou bastante eficiente nos Estados implantados, tanto que muitos municípios começaram a investir recursos próprios para se adequar ao modelo proposto, sabendo do retorno financeiro futuro. Percebe-se então, que até mesmo os impostos, os quais tem proibição legal da vinculação, consegue contribuir de forma significativa na forma com que o poder público direcione suas políticas públicas.

Em consonância ao raciocínio acima, a Lei Complementar Municipal de nº 432/2012 de Florianópolis expressa o incentivo às inovações

---

4. BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1981. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm). Acesso em: 19 jun. 2020.

tecnológicas no município, possuindo função extrafiscal ao fomentar tecnologias limpas, visando que esta atividade seja desenvolvida dentro do conceito de economia verde, tendo este conceito seu significado expresso no inciso XIII, do art. 1º da referida lei como sendo “economia verde: é uma atividade econômica que, por meio da inovação, promove a redução dos riscos ambientais e da escassez ecológica, resultando na melhora do bem-estar humano e da igualdade social”.<sup>[5]</sup>

Por conseguinte, é através do direito tributário que o Estado consegue exercer a função institucional de guardião dos direitos difusos e coletivos.

## **Necessidade de Mudança de Paradigma para Efetiva Proteção do Meio Ambiente**

Imperioso destacar a existência de uma relação entre os tributos e a proteção ambiental. Conforme exemplo citado acima, o incentivo fiscal dado pelo município visa com que o particular possa beneficiar-se assim como a pessoa jurídica, de incentivos tributários quando atua de modo a preservar ou regenerar a natureza.

A legislação ambiental brasileira, além de todos problemas técnicos, tem adotado o caráter punitivo, atuando após a ocorrência do dano, tornando-se muito mais uma norma reparadora, que atua apenas depois da ocorrência do prejuízo ambiental, do que protetora. As sanções nem sempre trazem resultados benéficos ao meio ambiente, podendo até servir de empecilho ao correto tratamento das questões ambientais. Isso porque, a penalidade, em si, não é capaz de trazer benefícios se não estiver acompanhada de uma efetiva reparação do dano ambiental.<sup>[6]</sup>

---

5. G1. “Ilha do Silício”: Rede de Inovação Florianópolis faz da capital um polo de tecnologia. Disponível em: <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/especial-publicitario/prefeitura-municipal-de-florianopolis/florianopolis-uma-cidade-para-todos/noticia/2019/07/04/ilha-do-silicio-rede-de-inovacao-florianopolis-faz-da-capital-um-polo-de-tecnologia.ghtml>. Acesso em: 31 out. 2019.

6. IPEA. **Sustentabilidade ambiental no Brasil**: biodiversidade, economia e bem estar humano. Livro 7. Brasília: Ipea, 2010a.



Assim, o Estado, como agente interventor em busca do desenvolvimento e do bem estar comum, pode manusear as espécies tributárias como forma de orientação da conduta da sociedade para adoção de uma postura considerada por ele mais conveniente em benefício da coletividade.<sup>[7]</sup> O Estado possui o dever de proteger o meio ambiente .

Por sua vez, mesmo os tributos que não tenham na sua origem nenhuma relevância nesta área podem passar a ter. Nesse caso, os efeitos fisco-ambientais terão mais relevância do que o fim propriamente dito. Além do mais, na caracterização do tributo ambiental, o que é relevante é a sua conotação em prol do meio ambiente e não sua restrição única a princípios exclusivos do Direito Tributário.<sup>[8]</sup>

Com efeito, fica evidente que os tributos com fins ambientais são indutores de comportamentos ambientalmente sustentáveis. O efeito da referida interferência é extrafiscal, posto que extrapola atividade meramente arrecadatória da tributação, atuando no direcionamento da conduta do contribuinte e consumidor dos produtos e serviços.

Assim, a tributação ambiental tem por objetivo, orientar as ações dos contribuintes a fim de estimular a preservação do meio natural e à economia.

Como raramente o critério para o consumo é o ambiental, então, a opção é dirigir a conduta pelo barateamento dos produtos ambientalmente adequados. O fato é que, alterando os preços dos produtos, a seletividade ambiental pode fazer com que o consumidor (destinatário final da carga tributária incidente sobre os tributos indiretos) mude de produto

---

7. MAFRA, Angela Aparecida; SERRATA, Cátia Rejane. **A tributação ambiental como instrumento de incentivo para preservação do meio ambiente**. Cascavel, 2015. Disponível em: [https://www.univel.br/sites/default/files/conteudo-relacionado/a\\_tributacao\\_ambiental\\_como\\_instrumento\\_de\\_incentivo\\_para\\_preservacao\\_do\\_meio\\_ambiente.pdf](https://www.univel.br/sites/default/files/conteudo-relacionado/a_tributacao_ambiental_como_instrumento_de_incentivo_para_preservacao_do_meio_ambiente.pdf). Acesso em: 1 jun. 2020.

8. CAVALCANTE, Denise Lucena. Tributação ambiental: por uma remodelação ecológica dos tributos. **NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. Fortaleza, v. 32, n. 2, 2012, p.101-115. 2012. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12126>. Acesso em: 28 abr. 2020.

a ser consumido, podendo haver migração para o consumo de produtos ambientalmente orientados.<sup>[9]</sup>

E, nessa perspectiva, pela instituição de tributos, aumento ou redução de alíquotas de tributos já instituídos, ou pela criação de benefícios fiscais, entre outras possibilidades, é possível influírem decisões econômicas, de forma a tornar mais atraentes as opções ecologicamente propícias. Ademais, a modificação na fórmula dos custos dos bens e serviços, por meio de imposição tributária, reflete no preço final, levando a tributação ambiental.<sup>[10]</sup>

Neste sentido Baggio e Barcelos, visando a construção de uma nova consciência de consumo economicamente sustentável, apontam a necessidade das sociedades usufruírem de recursos menos agressivos.<sup>[11]</sup>

O paradigma antropocêntrico diminuiu e continua diminuindo a sustentabilidade da vida terrestre. O paradigma ecocêntrico objetiva que as comunidades possam viver bem pela utilização das possibilidades regenerativas da Terra, em especial aquelas que aproveitam a energia solar, especialmente nos processos decorrentes da fotossíntese. Para que isto ocorra é necessário, além de ações concretas, que as pessoas entendam os princípios fundamentais das relações e condições que garantem a vida de nossa planeta.

No que diz respeito às externalidades negativas, os tributos ambientais seriam um meio de internalizar os custos. Nessa hipótese, o direito tributário pode servir como um instrumento para auxiliar

---

9. GONÇALVES, Oksandro Osdival; GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. Tributação, concorrência e desenvolvimento econômico sustentável. In: FOLMANN, Melissa; GONÇALVES, Oksandro Osdival (Orgs.). **Tributação, Concorrência e Desenvolvimento**. Curitiba: Juruá, 2013.

10. RICCI, Henrique Cavalheiro. **Direito Tributário Ambiental e Isonomia Fiscal**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

11. BAGGIO, André; BARCELOS, Valdo (org.). **Educação ambiental e complexidade: entre pensamentos e ações**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

na concretização de políticas que buscam a proteção ambiental, por modificar a equação de custo-benefício, que por óbvio é considerada pelos agentes econômicos poluidores e pelos consumidores. Em se tratando de externalidades positivas, os tributos ambientais poderiam recompensar seu gerador, ao fazer uso, por exemplo, de creditamentos fiscais referentes a insumos ambientalmente conformados, assim como utilizar maquinários e equipamentos que reduzam o impacto ambiental e a emissão de poluentes.<sup>[12]</sup>

Trata-se, pois, de um chamamento para a ciência contemporânea do direito tributário, que deverá abordá-lo a partir de uma nova perspectiva.

## **Imposto Verde: A Tributação do Carbono como Forma de Concretização do Direito ao Meio Ambiente Sustentável**

Como observado pelos especialistas, a regeneração da energia da Terra, bem como a preservação dos recursos naturais, exigem atitudes no sentido de exercer atividades pautadas em uma nova educação para com a gerência destes recursos e o quão comprometida deve-se estar a economia para com o meio ambiente, tendo em vista que a economia depende diretamente do meio ambiente para que dele sejam extraídos os recursos naturais necessários. Neste contexto, o direito tributário deve ser visto como um instrumento apto a promover o desenvolvimento sustentável

A criação de um tributo ambiental - imposto verde- sobre emissões de carbono, com a finalidade de estimular a preservação do meio natural e à economia apresenta-se como mudança de paradigma ao tributo com fins meramente arrecadatórios. Constata-se que a adoção de impostos verdes é tendência global, conforme “estudo publicado por TFM Group,

---

12. NIEVES, Fábio. **Tributação ambiental**: a proteção do meio ambiente natural. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

um fornecedor líder global de serviços de alto valor, mostra que a adoção de impostos ambientais está se tornando popular em diversas partes do mundo, como forma de arrecadar dinheiro para combater as mudanças climáticas e tratar das principais questões ambientais”.<sup>[13]</sup>

Neste sentido, poderá se identificar a eficiência pela via positiva (princípio do protetor-recebedor) para conservação e preservação do meio ambiente, através do caráter extrafiscal dos tributos ambientais.

O que se busca através da cobrança do imposto verde é a limitação de um direito fundamental com vistas a preservá-lo para presentes e futuras gerações, de tal modo que todo o custo da preservação seja internalizado (princípio do poluidor-pagador).

Trata-se de um sistema em constante alteração, seja por meio da criação de novos enunciados no direito positivo, seja pela alteração do sentido que vai sendo atribuído ao texto do direito positivo.

A importância e principalmente a necessidade do tributo se mostram na exata medida da participação do Estado na economia e na vida em sociedade. Quanto maior for a atuação estatal, maior será o montante necessário para financiar essa atuação, razão pela qual é necessário que o Estado tenha a capacidade de gerar receitas para se autofinanciar.

As Constituições democráticas, assim como as normas de cunho internacional, ao subordinarem a riqueza comum, entendendo-se aqui o Meio Ambiente como riqueza, e a restrição da riqueza privada, ao interesse coletivo, nada mais fazem do que acionar a solidariedade coletiva para o sustento do “capital ambiente”.<sup>[14]</sup> E é justamente esse interesse comum que conclama à coordenação entre tutela ambiental e contribuição de todos

---

13. (<https://portogente.com.br/noticias/meio-ambiente/109600-adocao-de-impostos-verdes-e-tendencia-global> acesso em 13/10/2020, 11:01h).

14. ROSEMBUJ, Tulio. Los tributos y la protección del medio ambiente. Madrid: Marcial Pons, 1995.

para as correspondentes despesas públicas, harmonizando princípios de Direito Ambiental e de Direito Tributário.

De fato, nas economias que contemplam o Estado com funções de praticar o desenvolvimento sustentável em sua tríplice medida não se pode falar – contemporaneamente – em sistemas tributários neutros – meramente arrecadatórios. Ao contrário, a nuclear função tributária do Estado deve se afigurar capaz de direcionar atividades econômicas, por meio de todo o sistema legal relativo a tributos, com um conjunto convergente e coerente de normas tributárias promotoras do desenvolvimento sustentável. Esse direcionamento do modelo tributário é indispensável ferramenta de intervenção do Estado na atividade econômica e de apoio a políticas públicas comprometidas com o desenvolvimento social, ambiental e econômico. <sup>[15]</sup>

Neste novo paradigma, o imposto verde sobre emissões de carbono voltado à sustentabilidade, passa a ser visto como um meio e uma oportunidade de induzir novos padrões de produção e consumo mais sustentáveis.

## Conclusão

O Estado tem relevante papel, como possibilidade real e efetiva na proteção do meio ambiente, seja na atuação preventiva ou restauradora, neste contexto, apresentou-se o direito tributário como instrumento de indução de um desenvolvimento mais sustentável.

Por fim, pode-se concluir que a criação de um imposto verde sobre emissões de carbono poderá apresentar maior eficiência na proteção ambiental e no desenvolvimento econômico sustentável do que o temor das sanções aplicadas .

---

15. DANTAS, Fernanda Priscila Ferreira. Direitos Sociais no Brasil. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

Assim, o imposto verde sobre emissões de carbono voltado à sustentabilidade é uma proposta viável de manutenção e conservação do meio ambiente, e torna-se um instrumento empregado na realização de políticas públicas voltadas à proteção ambiental, principalmente devido a seu potencial de induzir condutas do contribuinte e consumidor dos produtos e serviços a fim de estimular a preservação do meio natural e à economia.

## Referência

BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito ambiental e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1981. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm). Acesso em: 19 jun. 2020.

BAGGIO, André; BARCELOS, Valdo (*org.*). **Educação ambiental e complexidade: entre pensamentos e ações**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

CAMPO, Cristina Paiva Serafim Gadelha; Flávia de Paiva Medeiros de OLIVEIRA; PEREIRA, Maria Marconiete Fernandes. Tributação extrafiscal como instrumento de fomento a procedimentos ecologicamente equilibrados. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário**. Brasília, v. 13, n.2, p. 242-272, 2018. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/viewFile/9697/6094>. Acesso em: 28 abr.2020.

CAVALCANTE, Denise Lucena. Tributação ambiental: por uma remodelação ecológica dos tributos. **NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. Fortaleza, v. 32, n. 2, 2012, p.101-115. 2012. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12126>. Acesso em: 28 abr. 2020.

DANTAS, Fernanda Priscila Ferreira. **Direitos Sociais no Brasil**. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

FERREIRA, Renata Marques; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Direito Ambiental Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

G1. **“Ilha do Silício”: Rede de Inovação Florianópolis faz da capital um polo de tecnologia**. Disponível em: <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/especial-publicitario/prefeitura-municipal-de-florianopolis/florianopolis-uma-cidade-para-todos/noticia/2019/07/04/ilha-do-silicio-rede-de-inovacao-florianopolis-faz-da-capital-um-polo-de-tecnologia.ghtml>. 2019. Acesso em: 31 out. 2019.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. **Tributação, concorrência e desenvolvimento econômico sustentável.** In: FOLMANN, Melissa; GONÇALVES,

IPEA. **Sustentabilidade ambiental no Brasil:** biodiversidade, economia e bem estar humano. Livro 7. Brasília: Ipea, 2010a.

MAFRA, Angela Aparecida; SERRATA, Cátia Rejane. **A tributação ambiental como instrumento de incentivo para preservação do meio ambiente.** Cascavel, 2015. Disponível em: [https://www.univel.br/sites/default/files/conteudo-relacionado/a\\_tributacao\\_ambiental\\_como\\_instrumento\\_de\\_incentivo\\_para\\_preservacao\\_do\\_meio\\_ambiente.pdf](https://www.univel.br/sites/default/files/conteudo-relacionado/a_tributacao_ambiental_como_instrumento_de_incentivo_para_preservacao_do_meio_ambiente.pdf). Acesso em: 1 jun. 2020.

NIEVES, Fábio. **Tributação ambiental:** a proteção do meio ambiente natural. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

OKSANDRO, Osdival (Orgs.). **Tributação, Concorrência e Desenvolvimento.** Curitiba: Juruá, 2013.

RICCI, Henrique Cavalheiro. **Direito Tributário Ambiental e Isonomia Fiscal.** Curitiba: Juruá Editora, 2015.

ROSEMBUJ, Tulio. **Los tributos y la protección del medio ambiente.** Madrid: Marcial Pons, 1995.

# Insegurança Jurídica: A Peste No Brasil

JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO

*“Quem mata o tempo não é um assassino. É um suicida.”*  
(Millôr Fernandes)

**SUMÁRIO:** 1. Nada é novo; 2. O desafio da segurança jurídica; 3. Segurança ou insegurança jurídica?; 4. A difícil tarefa de vincular; 5. “Pratrasmente”<sup>[1]</sup>: uma brevíssima reflexão sobre a modulação dos efeitos.

## 1. Nada é novo

Foi-se o tempo que o Poder Judiciário aplicava o direito distante dos efeitos provocados na sociedade.

A sociedade moderna, assim entendida como o grande eco criado com a liberdade de expressão aliada à tecnologia, revela-nos, de forma impactante, as consequências das decisões do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal.

A afirmação acima é a premissa do nosso raciocínio para o problema da insegurança jurídica que nos retarda o progresso. A velocidade e solidez de investimentos nacionais e estrangeiros, sem caráter meramente especulativo, são prejudicados diuturnamente pela insegurança jurídica e tiveram uma percepção reconhecida pela primeira vez, somente com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, em 30 de dezembro de 2004.

---

1. Referência à expressão criada pelo folclórico personagem Odorico Paraguaçu do autor Dias Gomes.



Não deixa de ser revelador o fato de que a Constituição Federal de 1988 não fez uma menção sequer ao tema da segurança jurídica. Talvez isso possa ser explicado pelo fato de que não há dúvida de que a nossa Constituição é resultado do momento histórico no qual se buscava a liberdade. A instituição do Estado Democrático de Direito era a prioridade com o extenso rol de direitos e garantias fundamentais.

E nessa esteira, que posteriormente, é promulgada a Emenda Constitucional nº 45, em 30 de dezembro de 2004 que estabelece dois marcos fundamentais, quais sejam, o tempo do processo e a segurança jurídica.

O inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal passa ter a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a **razoável duração do processo** e os **meios que garantam a celeridade de sua tramitação.**” (grifos nossos)

Porém, nada é novo.

Sobre o tempo do processo a doutrina derramou tintas sem fim, sob o ensinamento há muito pontificado por Ruy Barbosa, em sua Oração aos Moços: “Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade.”

Reconhecido o problema, e conferida à duração razoável do processo o *status* de direito e garantia fundamental, como garantir os meios adequados para a celeridade dos processos?

Pela mesma Emenda Constitucional nº 45, ao art. 103 da Constituição Federal foi acrescentado o art. 103-A, com a seguinte redação:

*“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a*

*partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.*

*§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.*

*§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.*

*§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.” (grifos nossos)*

Ainda, a Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu a necessidade de que fosse demonstrada a repercussão geral da questão constitucional trazida nos recursos extraordinários, o que posteriormente foi regulamentado no Código de Processo Civil e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. CF/88, artigo 102, § 3º, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/04. CPC, artigos 1.035 e 1.036, acrescido pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. RISTF, Artigo nº 13, com a redação das Emendas Regimentais nº 24/2008, nº 29/2009 e nº 41/2010, Artigos nº 21, 340 e 341, com a redação das Emendas Regimentais nº 41/2010 e 42/2010, Artigos nº 38, 57, 59, 60, 67, 78, 323-A e 325-A, com a redação da Emenda Regimental nº 42/2010, Artigos nºs 322-A e 328, com a redação da Emenda Regimental nº 21/2007, Artigo nº 324, com a redação das Emendas Regimentais nº 31/2009, nº 41/2010, nº 47/2012 e nº 49/2014, Artigo nº 328-A, com a redação da Emenda Regimental nº 23/08 e da Emenda Regimental nº 27/2008.

Ressalta-se a finalidade de uniformização da interpretação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, sem a exigência de julgamento de múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional.

Contudo, tal procedimento lançou um enorme desafio ao Supremo Tribunal Federal, criando gargalos que suspendem a tramitação de milhares de processos nas instâncias inferiores.

De qualquer sorte, iniciando o movimento para atendimento da alta demanda pela prestação jurisdicional, a Constituição Federal passou a garantir a possibilidade que reiteradas decisões sobre matéria constitucional possam gerar súmulas vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, sendo um dos meios para garantir a duração razoável do processo, mas sem perder de vista a segurança jurídica.

## 2. O desafio da segurança jurídica

A complexa imbricação entre as relações de direito nacional, internacional e supranacional, sendo exemplo o Mercado Comum Europeu<sup>[2]</sup>, cada qual com o seu sistema jurídico próprio, remete-nos a um novo paradigma normativo que guarde correspondência com a realidade e possa absorver todas as alterações que sobrevierem.

Assim, a ciência tem sofrido com a velocidade e complexidade dos novos problemas, o que é manifesto reflexo do fato social, levando-nos

---

2. GRECO, Marco Aurelio. (*Internet e direito*, 2. ed. rev. e aum., São Paulo, Dialética, 2000, p. 13) observa: "Isto é particularmente nítido quando se examinam os movimentos regionalistas especialmente na Europa, como, por exemplo, o da Liga Lombarda, na Itália o que está ocorrendo com os bascos na Espanha, o caso na Irlanda do Norte ou, mais amplamente, o fracionamento ocorrido com a União Soviética que se desmembrou em vários Países ou, mais tristemente, o sucedido com a antiga Iugoslávia. Em todos estes exemplos, o conceito comum que os acompanha é o conceito de distanciamento de um mito universalista para a ampliação de um 'realismo local'. Quarta – Esta é a tendência de união de complementaridades. Na medida em que as individualidades são acentuadas, elas se apresentam insuficientes para enfrentar a complexidade do contexto mundial. Daí a tendência à aproximação integrando realidades distintas mas complementares. Isto fez com que surgissem as figuras da Comunidade Européia, do Mercosul, da Nafta etc., retratando a busca de sintonia da complexidade dentro da unidade, com todas as dificuldades que isto implica."

a refletir de forma crítica sobre a adequação de métodos e princípios, revelando uma crise do direito pela perda de certeza e segurança.<sup>[3]</sup>

Daí a relevância da adoção de modelos jurídicos que possam atender a demanda da realidade cada vez mais exigente e intensa.

Mario Losano observa que a pirâmide tornou-se um vocábulo corrente do jurista, destacando que o sistema de Hans Kelsen é prático, porque facilita o entendimento do direito, e tem uma função psicológica ao transmitir a certeza de que o direito está completo e ordenado.<sup>[4]</sup>

Contudo, adeptos que somos da teoria tridimensional do direito, entendemos que a pirâmide de Kelsen não contempla a dinâmica da experiência jurídica<sup>[5]</sup>, sendo certo que a teoria tridimensional de Miguel Reale contempla exatamente essa realidade. Miguel Reale ao inserir o valor como um elemento fundamental, ao lado do fato e da norma, permite ao intérprete e ao aplicador do direito apresentar sua solução evitando um descompasso entre as funções do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) no exercício das suas competências, que muitas vezes pode resultar numa invasão.

Assim, é intuitivo identificar um modelo jurídico de rede no lugar da pirâmide, porque se apresenta muito mais flexível, e permite solucionar as intrincadas, e cada vez mais constantes, questões que ultrapassam

---

3. AMARAL NETO, Francisco dos Santos. (Historicidade e racionalidade na construção do direito brasileiro, *O direito civil no século XXI* (coord. Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa), São Paulo, Saraiva, 2003, p. 167-68) pondera: “Na história das ciências momento há em que, chegando a certo grau de maturidade, surge a necessidade de uma reflexão crítica sobre seus resultados particulares, estudando-se a formação do seu patrimônio teórico, a determinação do seu método e os princípios sobre os quais elas se desenvolvem. A ciência jurídica não foge a isso. Pelo contrário. Enfrentando novos problemas, decorrentes da inadequação ou até insuficiência dos modelos jurídicos da modernidade, o direito está em crise, sendo um dos seus mais evidentes sintomas a perda crescente da certeza e da segurança, valores históricos fundamentais da ordem jurídica.”

4. Vide: LOSANO, Mario G. Modelos teóricos, inclusive na prática: da pirâmide à rede. Novos paradigmas nas relações entre direitos nacionais e normativas supraestatais (trad. Marcela Varejão), *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 16, jul-dez. 2005, p. 269.

5. Vide: REALE, Miguel. *O direito como experiência : introdução à epistemologia jurídica*, 2. ed., 3. tir., São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 165-66.

os limites territoriais <sup>[6]</sup>, quer seja pela globalização <sup>[7]</sup>, quer seja pela tecnologia, buscando o máximo de segurança jurídica possível sem olvidar do princípio da legalidade que sustenta o Estado Democrático de Direito.

Cada vez mais, normas supranacionais adotadas em Declarações Universais ou por blocos de países, recepcionadas ou não pelos ordenamentos jurídicos nacionais, colocarão em xeque o comando de uma Constituição ou de uma norma especializada.

São os olhos de uma Justiça para o mundo e não somente para um país.

No Brasil, o nosso desafio é ainda maior porque se multiplicam diariamente as controvérsias entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, movimentados por uma gigantesca burocracia e a busca por direitos vinculados à natureza salarial ou indenizatória.

O caráter alimentar buscado pela força, no Poder Judiciário, é um dos sintomas dos males sofridos por uma sociedade dependente do Poder Público e que acentua cada vez mais suas desigualdades.

Para tanto, a Emenda Constitucional nº 45 conferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para aprovar súmulas que terão por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

---

6. Confira: ZITTRAIN, Jonathan. *Be careful what you ask for: reconciling a global internet and a local law*, Harvard Law School, research paper n. 60, <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=395300](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=395300)> Acesso em: 11 mar. 2006.

7. Conforme observa José Joaquim Gomes Canotilho (*Direito constitucional*, 5. ed. totalmente refundida e aum., Coimbra, Livraria Almedina, 1991, p. 17): "O problema hoje, é o de saber se o *processo de institucionalização da modernidade* sucessivamente desenvolvido – *Estado Nacional – Estado de direito – Estado democrático – Estado social* – não teria chegado ao fim. Deixaremos de lado, e por agora, as querelas relacionadas com o 'Estado-providência' e concentremo-nos em mais um mote da pós-modernidade político-constitucional – *a perda do lugar e da inércia geográfica e territorial* (B. Guggenberg). Assim, os fenómenos da *globalização*, com os inerentes problemas de interdependência e modificações nas formas de direcção e controlo dos regimes e sistemas políticos, levam necessariamente à questão de saber como se devem estruturar deveres e obrigações para lá dos 'confins do Estado territorial' (S. Hoffman alude aqui, de forma sugestiva, a '*Duties beyond Borders*'). Como se poderão regular deveres e obrigações na 'ausência' de um centro político estadual?"

### 3. Segurança ou insegurança jurídica?

Além de ser revelador o fato de que a Constituição Federal de 1988 não tenha feito, originalmente, nenhuma menção sequer ao tema da segurança jurídica, é, por demais, sintomático que tenha denominado o fenômeno como sendo insegurança jurídica na introdução do art. 103-A.

E mais, adjetivou como sendo grave a insegurança jurídica.

Reconhecer o problema é o primeiro passo para iniciar a construção de uma solução.

E à doutrina, cabe a missão de orientar com balizas teóricas consistentes como avançar na solução, apontando os erros e equívocos.

O reconhecimento do fenômeno da insegurança jurídica na Constituição Federal é mais grave do que o adjetivo que lhe foi conferido.

É grave porque não trata o tema como sendo uma promoção da segurança jurídica, como o faz com todos os direitos e garantias fundamentais.

A título de exemplo, não exaustivo, destaca-se que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (CF, art. 5º, I), ou seja, não se enunciou como homens e mulheres como desiguais. Destaca-se que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (CF, art. 5º, IV), ou seja, não se enunciou como sendo proibida a censura.

Ressalte-se, ainda que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, como expressamente prevê o §1º do art. 5º da Constituição Federal, o que demonstra que a proposição adequada seria enunciar a promoção da segurança jurídica.

Nada obstante, a doutrina consolidou a segurança jurídica como um princípio, reconhecendo o seu *status* de direito e garantia constitucional, como nos ensina José Afonso da Silva: “a segurança jurídica consiste no ‘conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida’. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída<sup>[8]</sup>”

A interpretação autorizada de José Afonso da Silva também tem suporte no §2º do art. 5º da Constituição Federal reconhecendo que “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.”

#### **4. A difícil tarefa de vincular**

A Emenda Constitucional nº 45, veio acompanhada da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que regulamentou o art. 103-A da Constituição Federal e alterou a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

Porém, a tarefa de vincular é desafiada pela abundante produção de normas no Brasil.

Estudo recente, publicado em 15/10/2018 pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, registra que desde a Constituição Federal de

---

8. SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 133.

1988 foram editadas 5.876.143 (cinco milhões, oitocentos e setenta e seis mil, cento e quarenta e três) normas, o que representa em média que são editadas 774 normas por dia útil, em todas as esferas federais, estaduais e municipais.<sup>[9]</sup>

E um dado, ainda mais impactante, segundo o estudo, somente 4,13% das normas editadas no período não sofreram nenhuma alteração.

Logo, não é difícil concluir que a quantidade de normas editadas, bem como a sua constante mudança, resulta num potencial aumento dos processos administrativos e judiciais, provocando, como consequência, a insegurança jurídica.

Esse cenário impôs uma tarefa de gestão ao Poder Judiciário, por intermédio do Conselho Nacional de Justiça determinou a criação do Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos (Nurer), no âmbito dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Tribunais Regionais Federais, com a finalidade de auxiliar na identificação de recursos representativos da controvérsia, o acompanhamento dos recursos paradigmas e o encaminhamento de relatório ao Supremo Tribunal Federal, ao Conselho Nacional de Justiça e ao Superior Tribunal de Justiça, trimestralmente, com dados referentes aos processos sobrestados que aguardam julgamento do mérito dos temas da repercussão geral e dos recursos repetitivos.

Tal providência resultou na criação do Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios, do Conselho Nacional de Justiça, a partir das informações fornecidas por cada Tribunal.

O cenário foi reforçado pelo Código de Processo Civil, editado em 2015, com as regras sobre demandas repetitivas e formação de precedentes judiciais.

---

9. <https://migalhas.com.br/arquivos/2019/10/art20191025-11.pdf>



Um movimento em direção da criação cada vez maior de precedentes obrigatórios decorrentes de repetição de ações judiciais, possibilitando decisões proferidas de forma concentrada para os casos repetitivos.

Portanto, muito além das súmulas vinculantes, o sistema tem, à sua disposição, a repercussão geral, recursos especiais ou de revista repetitivos, incidentes de resolução de demandas repetitivas e incidentes de assunção de competência.

Contudo, como destacamos acima, todos esses instrumentos lançaram um enorme desafio ao Supremo Tribunal Federal, criando gargalos que suspendem a tramitação de milhares de processos nas instâncias inferiores.

Basta citar que o Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios, do Conselho Nacional de Justiça, atualmente registra que 986.754 ações em tramitação nos órgãos do Poder Judiciário com movimentação suspensa em virtude de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo o banco de dados, a maior parte das ações corresponde a demandas que questionam planos econômicos, desaposentação, correção monetária e fornecimento obrigatório de medicamentos pelo Estado.

O Supremo Tribunal Federal, com quase 40 mil ações em tramitação, tem enorme dificuldade de julgar os processos com repercussão geral reconhecida, além de analisar os mais de 300 temas de repercussão geral pendentes.

## **5. “Pratrasmente”<sup>[10]</sup>: uma brevíssima reflexão sobre a modulação dos efeitos**

Como se não bastasse toda a dificuldade acima exposta, ainda há uma

---

10. Referência à expressão criada pelo folclórico personagem Odorico Paraguaçu do autor Dias Gomes.

variável imposta às súmulas vinculantes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Ou seja, elas podem não ter eficácia temporal absoluta.

A competência conferida pela Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal para aprovar súmulas foi regulamentada pela Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, com a fixação de prazos e procedimentos, com destaque para o art. 4º que previu: “A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, **poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento**, tendo em vista **razões de segurança jurídica** ou de **excepcional interesse público**.” (grifos nossos)

A modulação dos efeitos já era prevista no art. 27 da Lei 9.868/99, ao tratar do controle de constitucionalidade: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista **razões de segurança jurídica** ou de **excepcional interesse social**, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” (grifos nossos)

É interessante notar que, em ambos os dispositivos legais, as razões de segurança jurídica foram invocadas para justificar a possibilidade do Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos da sua decisão.

O que seriam essas razões de segurança jurídica?

Ainda, é de se destacar que a possibilidade do Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos da sua decisão, alternativamente às razões de segurança jurídica, também poderia ocorrer por excepcional interesse social ou excepcional interesse público.

São sinônimas as expressões “excepcional interesse social” e “excepcional interesse público”?

Mas, antes de tudo, poderiam leis infraconstitucionais criar o instituto da modulação dos efeitos que não foi previsto na Constituição Federal?

Maria Garcia responde:

“Primeiramente - é de notar - o tom ‘constitucional’ do dispositivo, pois quem poderá determinar competências ao STF ou qualquer outro órgão estatal - senão a Constituição?!

Tratando-se, no caso, de lei ordinária, fica patente a sua inconstitucionalidade.

Quanto à matéria veiculada pelo mesmo dispositivo legal: cuida-se, aqui, da denominação doutrinária à técnica de modulação dos efeitos da decisão, *in casu* do Supremo - pelo próprio Supremo - e pela mesma razão acima referida, também inconstitucional: as competências, seu alcance e abrangência, em nosso ordenamento, advêm unicamente da Constituição, ao instituir o órgão e suas atribuições.

Ademais - e sobretudo, há que considerar o princípio de segurança jurídica o qual demanda, dentre outros aplicáveis, o princípio da clareza da lei (e aqui, *ad argumentandum tantum*, à vista das inconstitucionalidades ocorrentes) e a tal se opõe o dispositivo, porque ao referir o princípio da segurança jurídica vem alegá-la citando, ao mesmo tempo, o ‘excepcional interesse social’.”<sup>[11]</sup>

E, na sequência, Maria Garcia arremata:

“O que é, ‘interesse social’?

---

11. GARCIA, Maria. Inconstitucionalidades: o voto de Marshall (1803) e a modulação de efeitos da lei 9.868/1999. Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 73/2010. p. 206 – 223.

Conceitos indeterminados ocorrem no Direito, alguns de alto grau de indeterminação e devem ser evitados: Bobbio registra apenas interesse nacional; Celso Bastos não registra; nem Nelson Saldanha ou De Plácido e Silva ou J. M. Othon Sidou ou Maria Chaves de Mello ou o Dicionário Aurélio.

E excepcional interesse social? Qual a medida, o critério que possa trazer segurança nessa aferição?

‘A liberdade política - afirma Montesquieu no famoso Capítulo XI - em um cidadão, é aquela tranquilidade de espírito que provém da convicção que cada um tem da sua segurança. Para ter-se essa liberdade, precisa que o governo seja tal que cada cidadão não possa temer outro.’

Neste momento, precisamente, há que retomar o voto de Marshall, em 1803 - conclusivo sobre a não concessão de *writ* em *Marbury vs. Madison* dado que a Constituição não fixara tal competência originária à Suprema Corte.

Eis seus candentes termos, na parte principal:

‘Dá-se, em suma, um caso evidente de *mandamus* para a entrega da comissão ou da certidão de seu registro e só nos falta examinar:

I - Se o Tribunal tem competência para expedi-lo.

A lei orgânica dos tribunais judiciários dos Estados Unidos autoriza o Supremo Tribunal ‘a expedir alvarás de *mandamus* nos casos justificados pelos princípios e estilos legais, a quaisquer tribunais instituídos, ou pessoas que exerçam funções, sob a autoridade dos Estados Unidos.

(...)

A atribuição, portanto, dada ao Supremo Tribunal pela lei que estabelece os tribunais judiciários dos Estados Unidos, para expedir alvarás

de *mandamus* a funcionários públicos, não se mostra assente na Constituição e obriga a examinar se pode ser exercida uma comissão assim conferida.

A questão se uma resolução da legislatura incompatível com a Constituição pode tornar-se lei do país, é uma questão profundamente interessante para os Estados Unidos, mas felizmente, de nenhuma dificuldade proporcional à sua magnitude. Para resolvê-la, basta o reconhecimento de certos princípios que foram longa e otimamente estabelecidos.

Que o povo tem direito originário de estabelecer para o seu futuro governo os princípios que se lhe antolharem mais concernentes à sua própria felicidade, são os alicerces sobre que se assenta todo o edifício americano.

(...)

É uma proposição por demais clara para ser contestada, que a Constituição veta qualquer deliberação legislativa incompatível com ela; ou que a legislatura possa alterar a Constituição pelos meios ordinários.

Não há meio termo entre estas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias de legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la.

Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as constituições escritas são absurdas tentativas da parte do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável.'

Sempre atuais, as colocações de Marshall trazem à reflexão a necessidade de manter, ativa e vigilante, a ordem da supremacia da

Constituição e da autoridade da lei, como norteios indispensáveis à segurança dos indivíduos e, no todo, à comunidade.”<sup>[12]</sup>

É por demais curioso que não tenha havido o questionamento da constitucionalidade da modulação dos efeitos perante o próprio Supremo Tribunal Federal.

A inconstitucionalidade não se convola em constitucionalidade com o decurso do tempo, a despeito do próprio Supremo Tribunal Federal ter largamente utilizado da modulação dos efeitos, inclusive com ressalvas como no caso da ADI 3.794 ED (j. 18-12-2014, P, DJE de 25-2-2015), de relatoria do Ministro Roberto Barroso:

*“A jurisprudência desta Suprema Corte não tem admitido a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em casos de leis estaduais que instituem benefícios sem o prévio convênio exigido pelo art. 155, § 2º, XII, da CF (...). A modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no presente caso consistiria, em essência, incentivo à guerra fiscal, mostrando-se, assim, indevida.”*

Por mais engenhoso que pareça, até se poderia distinguir a modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade daquela modulação dos efeitos imposta às súmulas vinculantes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Mas, no caso das súmulas vinculantes, admitir que a Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, diga além do que o art. 103-A da Constituição Federal tenha dito, ou autorizado, representa uma grave inversão da ordem constitucional que somente revela quão difícil é garantir a segurança jurídica no Brasil.

---

12. GARCIA, Maria. Inconstitucionalidades: o voto de Marshall (1803) e a modulação de efeitos da lei 9.868/1999. Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 73/2010. p. 206 – 223.

# Lampejos

JOVANI DE AGUIAR RIBEIRO PEREIRA

Estamos no século XXI e no Brasil não há, em sã consciência, nenhum homem de pensamento, nenhum indivíduo consciente do seu estado racial ou étnico, que se oponha à ascensão social, profissional, cultural, política ou econômica dos seus próprios irmãos, sobretudo ante a evidência de que, praticamente, o caldeamento de raças é, talvez, o maior segredo da nossa inteligência e dos nossos grandes valores culturais.

Realçamos que, há duas décadas, iniciamos um novo século e vivemos uma era que deve ser recepcionada com o pensamento realista da Idade Moderna, sepultando todas as formas retrógradas de comportamento da época pretérita, onde predominava no nosso país uma sistemática política e social racista. Os tempos de afirmação social e de fecundas transformações por que passa a sociedade brasileira indicam que o País está finalmente engajado em aspecto que diz respeito às suas responsabilidades históricas, as quais sucessivas gerações da elite política brasileira sempre demonstraram inconcebível alheamento.

É oportuno lembrar a sentença prolatada por Joaquim Nabuco em sua pregação em favor do Abolicionismo, quando afirmou que não bastava extinguir a escravidão no Brasil, importante era erradicar os seus efeitos, as formas ostensivas e disfarçadas de racismo que permeiam nossa sociedade há séculos sob a complacência geral e a indiferença de que quase todos, são partes dessa obra inacabada, inconclusa, de cujos efeitos somos responsáveis.

A riqueza da diversidade cultural Brasileira serviu, em termos sociais, infelizmente, para deleite intelectual de alguns, demonstração de ufanismo de muitos e desinteresse da maioria. Terminamos insensíveis ao preconceito, à marginalização, à exclusão social e à discriminação que caracterizam o dualismo social e econômico do Brasil.

É chegada a hora de resgatarmos esse terrível débito que não se inscreve apenas no passivo da discriminação étnica, mas, sobretudo na quimera igualdade de oportunidades virtualmente asseguradas por nossas constituições aos brasileiros e aos estrangeiros que vivem em nosso território.

Se não seguirmos o conselho de Nabuco, pouco ou nada teremos feito para virar essa página mal escrita da nossa história, basta recorremos os índices do desempenho social brasileiro para constatar o peso da herança e da realidade sociológica do País.

Temos de convir que a exclusão social, embora dramática sob o ponto de vista da desigualdade de oportunidade que se cristalizou como o marco diferencial da nossa civilização gerou consequências que contribuem para agravar a discriminação racial. É uma espiral perversa que não será vencida se nos ativermos às consequências sem a remoção das causas. Nosso país terá de convencer-se de que os negros e seus descendentes deixaram de ser minoria, segundo pesquisa PNAD do IBGE, pois já representam maioria em todo território nacional.

Vencer o preconceito que se generalizou e tornar evidente o débito de sucessivas gerações de brasileiros para com herança da escravidão que se transformou em discriminação é apenas parte do desafio. Se vamos consegui-lo com o sistema de quotas compulsórias no mercado de trabalho e na universidade, como se faz também nos Estados Unidos é uma incógnita que ninguém ousará responder; não temos dúvidas de que se não tivesse



havido discriminação econômica não teria havido exclusão social. Sem uma e a outra, a discriminação racial não teria encontrado o campo que encontrou com raízes.

O caminho da ascensão social de igualdade jurídica, da participação política terá de ser cimentados pela igualdade econômica que, no caso dos afro descendentes no Brasil, implica o fim da discriminação dos salários, maiores oportunidades de emprego e participação ativa na vida política.

Saudemos, pois, este momento de nossa história na esperança de seu incessante aperfeiçoamento, capaz de elevar o nosso país as nações mais civilizadas do planeta, onde o preto, o branco, o japonês, o índio, o judeu, o pardo, o afro descendente e outras minorias sejam merecedoras de igualdade além de eficaz proteção legal e convivam sem intolerância, fraternalmente. É importante que não se discrimine a nenhum setor social, mas se criem oportunidades para o negro, o mulato, o mestiço; enfim, para todos os indivíduos de valor cultural, científico, tecnológico e humano que amam e ajudam, com o seu esforço e o seu trabalho este País a crescer.

No início da década de 1950 surge o primeiro diploma infra – constitucional, com destino certo – a LEI AFONSO ARINOS – que foi o primeiro instrumento que tipificou como ilícito penal a discriminação racial no Brasil e a estabeleceu em termos de contravenção penal - a Lei n.º 1.390 de 3 de julho de 1951. Esta lei foi criada com o objetivo de impedir que os negros continuassem sendo discriminados nos hotéis, nas escolas, nos clubes, etc.

Naquela ocasião ela foi editada em virtude do fato discriminatório, ocorrido no Rio de Janeiro, envolvendo uma atriz negra, norte americana, que foi impedida de hospedar-se em hotel de luxo, não obstante a grande repercussão pública desse acontecimento. Na época, a Lei Afonso Arinos,

não acarretou nenhum tipo de punição, porque a contravenção penal era considerada uma infração de menor potencial ofensivo.

A lei é amostra de comportamento que projeta a consciência social de um povo e de uma era e deve harmonizar-se com as novas realidades e tendências que despontam, para não se apartar de vez do homem. Assim, a Lei Afonso Arinos decorreu da necessidade de reprimir atitudes lesivas e ultrajantes face às humilhações sofridas pelos negros, mulatos e seus descendentes.

Por outro lado, a CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL assegura a igualdade de todos perante a lei e considera a prática do racismo crime inafiançável e imprescritível (art. 5º, inciso XLII). A seu turno, a lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989 de autoria de CARLOS ALBERTO DE OLIVEIRA, conhecida como LEI CAÓ em homenagem ao seu idealizador foi um marco na história, porque define como crime as infrações resultantes de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional. Ora, há uma iniludível obrigação jurídica, contraída pelo Estado a partir de sua Lei Fundamental, quanto às garantias penais elevadas à condição de valores constitucionais.

Ademais, a consciência Jurídica universal protesta contra a discriminação racial porque ele afronta à dignidade humana. Ora, os que negam direitos e dignidade por considerações de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião pública, origem nacional ou social vivem num fortim ideológico superado. É lamentável que teóricos conhecidos e jovens em delírio queiram, na expressão do neonazismo, redespertar e não apenas na Alemanha, um passado de ódio da xenofobia tribal.

Nossa velha e indispensável Bahia foi uma cidade negreira, à qual chegava o negro de Serra Leão e dos coqueirais do Congo, de Luanda, da Guiné, da Angola. Trazia consigo o banzo, a saudade infinita gemendo no bojo do urucungo. Pisaram, na penosa travessia caminhos de mares forasteiros no porão infecto dos navios. Acovardou-se, tremeu quando viu o olho dos velhos piratas presos na gávea dos mastros... Esperavam-no cá,

desta banda, na terra estranha, o eixo e a senzala, a coleira, a peia, o tronco, o degredo e a servidão.

Teve preço achou um dono, manso, veio enriquecer a lírica condoída dum povo. É oportuno lembrar Clovis Amorim, “Santo Amaro, Nação da Casa, 1967 pp. 20-21 ) quando escreveu: “O negro envelhecendo sem culpas, virou Pai João, tocado de ternura e de serenidade rezador e milagreiro, entendido nos mistérios do catimbó e dos segredos medicinais da flora”.

Nessa mesma esteira Gilberto Freire recorda a figura boa da ama negra que, nos tempos patriarcais, criava o menino lhe dando de mamar, que lhe embalava a rede ou o berço, que lhe ensinava as primeiras palavras de português errado, o primeiro “Padre Nosso” a primeira “ Ave Maria”, que lhe dava na boca o primeiro pirão de carne e “molho de ferrugem”, ela própria amolegando a comida”.

Oxalá, um dia, no imenso espaço brasileiro, o racismo não encontre abrigo. Nos nossos grandes guetos, nas favelas que a pobreza multiplica, não discriminem os “morenos”, os “brancos” os “mulatos” e os “negros” e convivam sem intolerância, fraternalmente.

Os afro descendentes são a nossa glória nos esportes, na música, na dança, na arte, na cultura. A mestiçagem é uma virtude, e não um estigma. Daí considerarmos que as manifestações de solidariedade ao negro, traduzidas em reservas de vagas nas Universidades e em tantos outros setores da vida nacional é de grande relevância, e vem materializando resultados positivos em nossa sociedade.

Somos uma Nação de mestiços. E, pelas preleções de tantos escritores há de plasmar os destemidos levitas de uma nova humanista, rasgada nos espaços iluminada de um direito heróico na proteção dos que querem - livres - construir uma Pátria bem mais feliz de seres iguais na tolerância e no amor!

# O Advogado

JOÃO GONÇALVES DE LEMOS

## Apresentação

Para escrever sobre o advogado, profissão que envolve grande complexidade, teria que realizar melhor pesquisa, o que não ocorreu em relação a este texto e, por isso, apenas um rápido e simples comentário. Mesmo assim dá-me contentamento fazê-lo com o bom propósito de contribuir para a elaboração do livro do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil (IABs) e para atender solicitação do amigo, presidente Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins, por meio de quem apresento escusas aos demais caros e caras presidentes e aos leitores e às leitoras por este modesto texto.

Antes, achei por bem trazer aqui um diálogo entre São Pedro e Santo Ivo, este patrono dos advogados e tão bem acolhido pelos mesmos, em especial pelo Colégio de Presidentes dos IABs que o homenageia com a “A Medalha Santo Ivo, a maior comenda” da Instituição (Estatuto, art.16), tirado das Lendas Ivonianas. Nem o Santo Ivo, por sua condição de advogado, deixou de ser criticado: **São Pedro dirige-se a Santo Ivo: - Tu, que eras lá na terra? O bom Santo Ivo responde: - Era advogado. São Pedro: - Entra, entra, rápido, até agora não temos nenhum!**

## A Nova Advocacia

Na apresentação do livro “A Nova Advocacia”, organizado pelos ilustres colegas, presidentes Hélio Gomes Coelho Junior (IA do Paraná),

Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins (IA da Bahia), e Gilberto Lopes Teixeira (IA de Santa Catarina), membros da Diretoria do Colégio de Presidentes dos IABs, gestão 2019/2020, formulam bem elaboradas perguntas, sendo seis repetidas – Há uma nova Advocacia? – outras seis opcionais – indagações variadas - e, por fim, registram fatos, que embasam as citadas perguntas.

Entendo que esse material é bastante rico para a prática de debates e, de resto, todo o conteúdo da excelente obra, “A NOVA ADVOCACIA”. Sugiro fazê-lo, dentro das possibilidades do Colégio de Presidentes dos IABs. Sem exclusão dos demais textos, os artigos da lavra do Dr. Fernando Fragoço (IAB) - “JULGAMENTOS POR JUIZES SEM ROSTO E DE COLEGIADOS DE PRIMEIRO GRAU” (p.193) – e de Mariana Nogueira Michelotto e Marlus H. Arrns de Oliveira (IAPR) – “REPENSANDO A ADVOCACIA: O PAPEL DO ADVOGADO FRENTE AO DIREITO PENAL NEGOCIAL” (p. 223), merecem análise e reflexão.

É sabido que, ao longo do tempo, a advocacia caminhou num ritmo de evolução, sem as rupturas próprias de uma revolução e, contudo, como a história registra, firme na defesa da Advocacia e da Ordem Jurídica do Estado Democrático de Direito.

Numa rápida resenha histórica, no longínquo século XVI, em Portugal, pelas Ordenações Filipinas, um exemplo que refletiu grandemente no Brasil, mas, apesar das muitas e rígidas regras - exame para atuar na Casa da Suplicação, responsabilidade civil do advogado, e penas disciplinares aplicadas pelo juiz, além de normas éticas-profissionais, etc. – essa formação rígida em nada contribuiu para que a Colônia deixasse de ter um “quadro geral do foro brasileiro desolador: magistratura ignorante e corrompida de um lado e, de outro, rabulice analfabeta”, segundo disse “Plínio Barreto que apresentou Duarte Paes, chamado bacharel de Cananéia, degredado deixado nesse lugar no ano de 1501” (Lobo, 2002, p. 5).

Em meado do século XIX, em 1843, foi criado o IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros), com a missão de instituir a OAB que se concretizaria quase noventa anos depois. Ao longo de seus quase 100 anos de existência, a OAB esteve presente à frente de boas lutas e, sem dúvida, contribuiu para a elaboração da Constituição de 1988, a qual “instituiu uma nova ideia de Direito e uma nova concepção de Estado (o Estado Democrático de Direito), que se fundamentaram em princípios e valores, que incorporaram um componente de transformação da situação existente, que as elites não aceitam e repudiam” (Congresso dos 170 anos do IAB, Rio de Janeiro, abril de 2014).

Só no século XX, primeiro o Decreto nº 19.408, de 18.11.1930, prevê a criação da OAB, de modo incidente e a reboque da organização da Corte de Apelação do Rio de Janeiro, então Capital da República (DF) e, posteriormente, regulamentada pelo Decreto nº 20.784, de 14.12.1931; mais tarde, novas regras foram estabelecidas para a advocacia brasileira, Lei nº 4.215, de 27.04.1963, na qual foi mantida a função dos rúbulas que somente cessou com a Lei nº 8.906, de 04.07.1994, vigente, Estatuto da Advocacia e da OAB.

Antes dessa regulamentação, a Constituição Federal, de 05/10/1988, dá grande e justo destaque para a advocacia brasileira, localizando o art. 133 exatamente no Capítulo do Poder Judiciário: **“O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”**.

Essa prerrogativa, prevista no dispositivo constitucional acima citado, acha-se regulamentada pelo art. 7º, §2º da Lei nº. 8.906, de 04 de julho de 1994, Estatuto da Advocacia e da OAB, ao estabelecer que **“O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria ou difamação punível qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer”**.

## Má Interpretação ou Desvio de Função

Pelos exemplos que se conhecem, parece que a hermenêutica pouco tem ajudado a que os textos interpretados sejam bem entendidos e, em consequência, bem praticados. Pela experiência, ocorrem problemas na realização das ações humanas e, particularmente, no exercício da advocacia.

Recordo a advertência que fizera o jurista Pontes de Miranda, o ilustre mestre alagoano: **“Nada mais perigoso do que fazer-se constituição sem o propósito de cumpri-la ou de só cumprir nos princípios de que se precisa. Ou se entenda deva ser cumprida - o que é pior”** (Caldas, p.03).

Sem referir-me ao processo legislativo, no parlamento brasileiro, com inúmeros partidos, cada um deles desenvolve ideias e concepções que se baseiam nas próprias preferências ideológicas dos parlamentares, também alguns operadores do Direito, ao interpretarem uma lei, por mais clara que ela seja na sua expressão gramatical, interpretam a seu jeito e no próprio interesse.

Trago, aqui, para reflexão, duas principais questões que, pela má interpretação dos postulados acima citados, podem ensejar errôneos entendimentos: a primeira, relacionada ao excesso de alguns advogados que usam esse princípio para praticar irregularidades e, ainda mais grave, praticar até atos ilícitos; a segunda, trazida pelo amigo advogado, Dr. Cândido Albuquerque, hoje reitor da UFC, que lembra episódio envolvendo um advogado, o chamado caso da gravata, o que caberia à OAB, a meu ver, preocupar-se com a defesa do advogado e da advocacia e, como o Dr. Candido sugere: **“Assegurar aos verdadeiros advogados condições para que exerçam a sua profissão sem preocupar-se com a espada de Dâmocles, materializada, em certos casos, pela vulgar expressão: assim doutor, eu vou atuí-lo em flagrante por crime de desacato...E isso, diz**

ele, muito “comum a alguns delegados, ou ainda pela exigência do uso de alguma indumentária”, referindo-se ao caso da gravata (Jornal “O Povo, 18.07.1990). Nesse caso, o Dr. Cândido afirma que “a imunidade seria um faz de conta”.

Presenciei em outro momento semelhante, advogava no processo, em que o Juiz exigiu do advogado ex-adverso o uso da gravata, mas, de maneira cordial, compreendeu a impossibilidade do cumprimento dessa exigência, naquela ocasião, realizando a audiência sem maiores dificuldades.

Uma interpretação, que achei bem interessante, parte dela sugere ilações próprias dos leitores, até jocosas, do termo candidato a cargo público, comentário do autor à CF/88: **“Quem tiver o cuidado de analisar a acepção da palavra ‘candidato’ constatará que a sua raiz provém de ‘cândido’, ou seja, puro inocente, ingênuo. Não era sem razão que entre os gregos e romanos havia o costume de vestir os candidatos a cargos públicos com uma túnica branca e sem bolso. A cor branca se explica por caracterizar o símbolo da pureza. Quanto a ausência de bolso nós deixamos a critério de nossos leitores para tirar as suas próprias ilações”.** (Caldas, p. 63).

No caso da cor branca da túnica, parece-me de indiscutível clareza e, quanto à ausência de bolso, existe, no Brasil, casos em que a solução está no uso da cueca para conduzir dinheiro.

## **Hierarquia e Processo Judicial**

A Igreja Católica e os militares são exemplos de organizações hierarquizadas e, nos Estados, sobrevive a hierarquia em detrimento dos direitos dos cidadãos e das cidadãs. Por escassez de espaço, também por não me julgar em condições de discorrer sobre o tema, não o discutirei ou o



desenvolverei, apenas registro o fato de que, como consta na Carta da ONU e em outras Declarações, “os homens nascem livres”, embora continuem a existir os excluídos. E, mais ainda, é fato que, no Conselho de Segurança da ONU, em virtude do poder de veto de alguns, não existe igualdade dos Estados.

No ordenamento jurídico brasileiro, a hierarquia das leis assume grande importância e torna-se necessária visto que garante o controle da constitucionalidade e, além disso, conduz às soluções de conflitos entre as mesmas. Portanto, torna-se fundamental saber-se que a Constituição Federal está acima de todas as leis, umas intermediárias como as que regulam pontos constitucionais e, em terceiro lugar, as leis ordinárias que também são normativas como as leis complementares, etc.

Mas, no caso do Processo Jurisdicional, não há falar em hierarquia, pois, no mecanismo do judiciário, ela inexistente e, sendo o advogado, por força do art. 133 da CF/88, indispensável à administração da justiça, ele compõe o sistema em igualdade de condições e, se assim o é, **“O Direito ou a Justiça é um tripé sustentado pelo Juiz, Promotor e Advogado (...) ou seja, a uma tese (petição inicial) se antepõe uma antítese (contestação), de onde se extrai uma síntese (sentença)”**. (Caldas, p. 161).

Igualmente, não há falar na figura do desacato, senão uma conveniente e respeitosa relação de onde se espera um tratamento cordial entre as partes, uma plena prática de cidadania. Portanto, se por um lado, inexistente subordinação entre os atores no processo – Juiz, Advogado, ex Adverso, Promotor – por outro lado, sendo cada um operador do direito responsável pela administração da justiça, resta expressa a divisão de funções: ao juiz cabe dirigir o processo, julgar e, quando for o caso, indeferir provas, o que não significa dirigir as atividades do advogado e nem as do promotor; ao advogado cabe promover a defesa dos direitos do seu patrocinado, dentro das leis e normas judiciais, sem causar embaraços à justiça; ao promotor

cabe intervir no processo, como parte e/ou fiscal da lei, também com independência, sem interferir na atuação do advogado. Na hipótese de quebra do direito de igualdade nas relações judiciais, o remédio disciplinar, em cada caso, acha-se definido na legislação vigente.

## Obstáculos

São inúmeras as vicissitudes às quais o advogado tem enfrentado ou continuará enfrentando, uma das quais, às vezes, a ineficácia observada do princípio de igualdade entre os atores do processo, quando na verdade, **“não existe relação de subordinação entre juiz, promotor e advogado, todos trabalham no mesmo plano, devendo-se respeito recíproco, afirma o Dr. Márcio Thomaz Bastos (D’Urso, 1997, p. 28).**

Por essa igualdade entre os atores do processo, conclui-se, repito, não há falar em desacato, pois, entre iguais não cabe essa figura. Deve-se, porém, caminhar na direção de um relacionamento, cada vez mais positivo, entre operadores do direito, passando uma borracha, por exemplo, no famoso caso da gravata, isto é, do advogado punido por falta dessa indumentária e, sem discutir o mérito, apenas registro o fato em outra parte deste texto.

O advogado se defronta com reiteradas incompreensões de alguns juízes e promotores, onde, no caso brasileiro, não poderia prosperar outro tratamento que não fosse o reconhecimento constitucional da tripartição das partes, isto é, o devido tratamento isonômico. Negando-lhe essa condição isonômica, o advogado é colocado como simples peça ou procedimento de um processo qualquer, principalmente, em se tratando do advogado criminalista.

Muitos obstáculos opõem-se ao exercício de um advogado e que poderiam compor este modesto texto, no caso do criminalista em que muitas

pessoas questionam “como pode (o advogado) dedicar sua eloquência a arrebatá-los do justo castigo que merecem?”. Henri Robert explica que, para algumas pessoas, a vida é vista de uma forma puramente teórica e classificam *a priori* os seres humanos em pessoas de bem, dignas de estima e de simpatia e de canalhas desprezíveis e indignas de piedade, esquecendo que “a humanidade não é tão simples como imaginam” (Henri Robert).

As autoridades, às vezes, como no episódio durante o Estado Novo, querem identificar o advogado com as ações de seus clientes, na verdade, pensamentos e linhas ideológicas bem distintas, como no caso, por exemplo, em que o Dr. Sobral Pinto, católico fervoroso, notório, fora advogado de Luiz Carlos Prestes e seus liderados presos, comunistas declarados e internacionalmente (re)conhecidos, fato do conhecimento público.

## Conclusão

Há que se separar a OAB, com seus objetivos, e os eventuais dirigentes, com seus propósitos pessoais, pois, ao longo da trajetória institucional, sem determinar períodos, foram observados “altos e baixos” e, certamente, esses momentos diversos, positivos e negativos, deveram-se ao comportamento de seus dirigentes, frente aos destinos da OAB.

A Instituição, portanto, pelo Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei 8.906, de 04.07.1994) conta com uma boa orientação a seguir, pois, como presta serviço público, tem, por finalidade, “defender a Constituição, a ordem jurídica do estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas”; bem como “promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil” (Estatuto, art. 44, itens I e II).

Aceita-se a assertiva de que a OAB, ao longo de sua existência, assumiu o protagonismo na defesa dos princípios acima assinalados, a história é longa para que me refira neste espaço, mas, como é notório, todos conhecemos a importância da atuação dos advogados brasileiros em muitos momentos da vida nacional.

É claro que não existe perfeição humana, faculdade que só Deus a tem, mas, no caso da busca de aperfeiçoamento, a atuação Institucional, como apoio e estímulo, torna-se necessária para que o advogado seja efetivamente “indispensável à administração da justiça” e sua ação transcendente ao puramente corporativismo para bem servir ao Direito e à Justiça por meio de uma advocacia brasileira robusta.

## **Referência**

LOBO, Paulo Luiz Netto – Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB, 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB) - Congresso dos 170 anos do IAB, Rio de Janeiro: abril de 2014

CALDAS, Gilberto – Nova Constituição Anotada – São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1989

ROBERT, Henri – O Advogado, 3ª ed. São Paulo: Martins Fortes, 1999

JORNAL “O POVO”. Fortaleza: 18 de julho de 1990.

D’URSO, Luiz Flávio Borges (Coordenador) – Advocacia e Justiça Criminal, 1ª ed. São Paulo: Del Rey Editora, 1997.

# O Estado. O Direito. As Pessoas. A Sociedade. A Pandemia.

JOSÉ ANCHIETA DA SILVA

## Introdução

Surpreendida a humanidade com o aparecimento e rápida disseminação da pandemia do coronavírus (Covid-19), ocorreu, na sociedade, em todas as frentes e em variadas medidas, um desarranjo geral. Abriu-se espaço para discursos de convicções as mais diversas, do negacionismo à xenofobia inclusive. Doutrinas políticas e interesses menores nelas abrigados passaram a se misturar com crenças e não crenças, estabelecendo-se uma algazarra geral, sem precedentes, desorientadora. A atordoada sociedade ficou à espreita do comportamento da ciência. A medicina passou a correr contra o tempo na descoberta e na viabilização de uma vacina e da cura. Os sistemas jurídicos expuseram suas fragilidades. Os regramentos construídos para tempos de normalidade revelaram, por evidente, lacunas. O Direito, registre-se, não tem resposta pronta para tudo, não substitui outras ciências. O Direito, com efeito, não apenas convive com todos os outros campos do conhecimento como, em boa medida, deles depende e deles recebe comandos expressos. A lei, afinal, não muda a natureza das coisas.

Lembra o autor dessas notas, de um texto antigo encontrado numa das estantes da biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em cujo discurso seu autor faz, com graça e leveza, uma comparação entre três ciências sociais: a Filosofia, a Sociologia e o Direito, três respeitadas autoridades. Sugere o texto que essas três ciências, transmudadas em seres

humanos, seriam moradoras de um grande condomínio cheio de problemas. Nas demandas sociais desse condomínio, comunidade onde habitavam pessoas de todos os tipos, os seus moradores recorriam em primeiro lugar, à Filosofia. Esta, velha e erudita, sem qualquer preocupação com o exercício de algum protagonismo, só fazia o pensar, o refletir. Conhecia, a Filosofia, profundamente, as mazelas da alma humana; com sua autoridade desafiava o pensamento, o raciocínio, a busca de caminhos lógicos, mas não cogitava de soluções práticas, prontas, imediatas. Decepcionados, os moradores batiam à porta da segunda ciência, a Sociologia. Esta, mais jovem, recém saída da puberdade, irrequieta, ágil e dinâmica, barulhenta por natureza, sempre tinha uma ideia nova, uma solução imediata, cuja adoção, no entanto, em geral implicava noutras demandas, mudanças e alterações do *status quo*. Para a Sociologia, de acordo com a sua visão de mundo, as coisas estariam sempre fora do lugar. Insatisfeitos com a Filosofia e com a Sociologia, os mesmos condôminos batiam, então, à porta de um venerável e provento senhor, também habitante daquela comunidade, o Direito. Ao Direito, sisudo, ensimesmado, generalista, repleto de princípios e de regras se confiava enfim, a solução de todos os problemas da comunidade. Esse Direito, com frequência, na proposta das soluções que encaminhava, bebia nas fontes da Filosofia, da Sociologia inclusive, além de várias outras ciências, mas, nunca tinha uma solução pronta para tudo. O Direito, afinal, se constrói com partículas da realidade. A primeira conclusão que dessa história se retira é a de que o Direito só assume a prerrogativa de propor solução para os problemas da sociedade (da comunidade) porque essa mesma sociedade o escolheu para desempenhar esse papel. O Direito é, se verá, uma ordem da sociedade.

Sendo, pois, o Direito, uma ordenação da sociedade é preciso lançar algum fecho de luz sobre essa disciplina à qual recorre uma sociedade que esteja doente, padecendo de uma pandemia que a todos nivela, Estado e Pessoas. Esta é a questão a ser desenvolvida.

## A pandemia do coronavírus (Covid-19)

A definição do que seja pandemia não se buscará nos compêndios de Direito. Na pandemia está presente uma fatalidade, manifestada na presença de uma doença que grassa sem controle e para a qual não se tenha, ainda, medicamentos conhecidos e suficientes para estancar a sua disseminação. A experiência mais próxima que a humanidade conhece data do princípio do século passado, quando a gripe espanhola, também batizada de influenza (1918-1920) infectou, segundo acreditadas estimativas, 500 milhões de pessoas ou cerca de um quarto da população mundial. Na baixa Idade Média (1347-1351) a peste negra (peste bubônica) foi a mais devastadora das pandemias de que se tem notícia. Na Europa e na Ásia registros dão conta de mortes de mais de um terço de toda a população. Debaixo dessa designação genérica, o verbete pandemia aplica-se a qualquer enfermidade que ataca coletivamente indivíduos de uma região. É sinônimo alargado de epidemia.

A pandemia do coronavírus (Covid-19) chegou ao Brasil no *reveillon* de 2019/2020 e rapidamente se disseminou do Amazonas ao Rio Grande do Sul. Em que pese avisos e experiências recolhidas da China e da Europa, paragens que o vírus visitou primeiro, causando surpreendentes estragos, por aqui foi enorme a surpresa tanto do governo (portanto, do Estado), quanto da comunidade científica e de toda a sociedade. De modo desconcertante não se viu uma ação coordenada das autoridades no trato do problema. Pôs-se em xeque o funcionamento do Brasil como verdadeira república federativa. O governo central, enciumado e despreparado, entrou em choque com autoridades estaduais. Governos municipais, exercentes embora de parcela residual de poder, se viram na obrigação de adotar providências locais de graves consequências. As faces dessa crise pandêmica são várias. Por longos períodos se impôs o recolhimento das pessoas, resultando no fechamento de estabelecimentos industriais, comerciais e de

serviços (um quase *lockdown*). O uso de máscaras pelas pessoas se tornou de recomendação obrigatória. Na higiene pessoal o uso do álcool em gel foi necessariamente incorporado. Houve expedição de apressada legislação de emergência com liberação de recursos para um exército de pessoas que, repentinamente, se viram sem ocupação. Essa massa de pessoas passou a ser identificada como ‘os invisíveis’; na verdade, um batalhão de milhões de brasileiros que viviam na informalidade e que a chamada normalidade não permitia reconhecer. Ocorreu, ainda, uma insuficiente flexibilização de leis sociais, na tentativa de facilitar a manutenção de empregos. Contratos, serviços, operações as mais variadas, sofreram interrupção e disso resultou um desarranjo geral na sociedade e nos hábitos das pessoas.

Para além de um equivocado e desorientador discurso político, dúbio e contraditório, não faltaram lideranças que quiseram tratar da pandemia como questão de sua própria sobrevivência política. Nessa confusão, recursos destinados à compra de medicamentos, equipamentos hospitalares, para hospitais de campanha inclusive (armados e desarmados), não chegaram a seu destino. Doentes permaneceram em corredores de hospitais e, na chamada primeira onda da doença, os mortos não eram velados e, em sua grande maioria, eram enterrados em covas coletivas. Uma babel.<sup>[1]</sup>

## Direito na vida das pessoas.

O Direito não é um fenômeno da natureza. É fenômeno humano, social, e por isso não se destina isoladamente a uma pessoa apenas. A relação entre Direito e sociedade aparece sintetizada na parêmia *ubi ius ibi societas*, é dizer, a existência do Direito exige a preexistência da sociedade. O Direito,

---

1. O ambiente criado, de certa forma, mais se parecia com aquele quadro caótico, descrito e prospectado como cenário em “O Nome da Rosa”, obra de Umberto Eco, no longínquo século XIV com seus conflitos, em vários sentidos: movimentos heréticos, luta contra a mistificação, brigas pelo poder, esvaziamento de valores pela demagogia. ECO, Umberto, **O Nome da Rosa**, Editora Nova Fronteira, 25ª edição, Milão 1980 – Rio de Janeiro, 1983.



como ciência dos fatos sociais passou a ser tomado numa dimensão própria como ciência normativa. Relembra-se com António Barbas Homem os três preceitos fundamentais do Direito: – viver honestamente; dar a cada um o que é seu; não ofender os outros. Serve-se do Direito, afinal, para a busca da realização da Justiça, pensamento consagrado na expressão *fiat justitia, pereat mundus* (reine a Justiça e pereçam todos os velhacos deste mundo). O Direito não será, com efeito, apenas a lei; é dizer, a construção do Direito não pode ser confiada apenas aos legisladores.<sup>[2]</sup> Na ordem social (*rectius*: ordem da sociedade) estará afinal a legítima fonte do Direito. É dessa ordem que derivará a juridicidade das regras que impostas à comunidade. O Direito não é, portanto, uma secreção do Estado. Na sustentação dessa assertiva, vale a pena trazer à cena a obra ficcional de Lon L. Fuller, cujo título sugestivo é “*O Caso dos Exploradores de Cavernas*”. O texto narra a situação criada, no imaginário ano de 4300, enfrentada num criado “Superior Tribunal de Newgarth”, que envolve um grupo de pesquisadores presos numa caverna isolada do mundo por uma avalanche de terras e rochas que tornaram impossível, por longo tempo, o acesso à água, víveres e alimentos. O risco de não sobrevivência não era apenas iminente, era uma quase certeza. Até que o resgate se viabilizasse, ali se viveu um outro mundo, um universo inteiramente à parte em relação à sociedade e suas regras e seus costumes como se passava do lado de fora (isto é, fora de qualquer ação do Estado). Para sobreviver os desbravadores compulsoriamente reclusos, fizeram de tudo, inclusive e literalmente, os que sobreviventes comeram seus colegas

---

2. MARTINS, Ives Gandra da Silva, **Uma Breve Teoria sobre o Constitucionalismo**, Editora Lex Magister, Porto Alegre, 2015, p. 30, rodapé; ASCENSÃO, José de Oliveira, **O Direito – Introdução e Teoria Geral**, 13ª edição refundida, Editora Almedina, Coimbra, 2013, p. 14 e seguintes e p. 398 e seguintes; KELSEN, Hans, *Teoria Pura Del Derecho*, Editora Eudebra, Buenos Aires, 2016, p. 20; PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado**, Editora Revista dos Tribunais, Parte Geral, Tomo I, Volume I, 4ª edição, 2ª tiragem, São Paulo, 1983, p. 133; ELLSCHEID, Gunter, **O Problema do Direito Natural, Uma Orientação sistemática, Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 3ª edição, 2015, p. 211 e seguintes; HOMEM, António Pedro Barbas, **O Justo e o Injusto**, AAFDL Editora, Reimpressão, Lisboa, 2017, p. 9 e seguintes; PLANIOL, Marcel, *Traité Elementaire de Droit Civil*, Tome Premier, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950, p. 1 e seguintes e p. 48 e seguintes; GRAES, Isabel, **História do Pensamento Jurídico**, Coletânea de Textos de Apoio, AAFDL Editora, Lisboa, 2018, p. 95 e seguintes; PINTO, Eduardo Vera-Cruz, **O Futuro da Justiça**, Editora IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, 2015 (prefácio, não numerado), p. 75 e 111; LAMEGO, José, **A Teoria Pura de Direito de Kelsen**, AADFL Editora, Lisboa, 2019, p. 69 e seguintes.

de infortúnio. Foram os que sobreviveram. Ao fim, os que foram salvos, após o resgate, foram levados a julgamento por homicídios com previsão de pena de morte por enforcamento para os culpados. Um dos argumentos utilizados na defesa dos acusados foi exatamente o de que, se não havia acesso para o interior daquela gruta selada por pedras e terras, o que os fazia incomunicáveis, presença do Estado não havia e sem a presença do Estado não se justificava invocar as suas regras. Enfim, as regras daquele Estado distante não poderiam valer para aqueles pobres desbravadores.<sup>[3]</sup>

O Direito é ordem (ou ordenamento), que tem por destinatário a figura humana sem que como tal se esteja a considerar a figura isolada de um ser humano, mas dessa figura integrada na sociedade, isto é, de uns em relação aos demais. O exemplo conhecido é o do personagem Robinson Crusóe, que encontrado naufrago isolado em sua ilha não se submetia a Direito algum. Para ele a necessidade ou o reconhecimento do Direito só se fez presente quando na ilha surgiu o segundo personagem, o Sexta-feira.<sup>[4]</sup>

Na expressão de Hans Kelsen, na busca da paz pelo Direito, está a ideia de que a paz é um estado caracterizado pela ausência de força (de uso da força). Ensina-se que numa sociedade organizada, a ausência absoluta de força não significaria necessariamente anarquia e que o emprego da força na relação entre indivíduos serve para prevenir e proteger a própria sociedade. Para se garantir a paz, a ordem social, não se excluirá os tipos de atos coercitivos previamente autorizados. O Direito, portanto, pode ser uma expressão dos mais fortes, não sendo, necessariamente, expressão dos mais justos. A admissão da força como componente da realidade da vida humana está no “Contrato Social” de Rousseau.<sup>[5]</sup> Toda sociedade

---

3. FULLER, Lon L., *El Caso de los Exploradores de Cavernas*, Biblioteca de Filosofía Del Derecho, Ediciones Olejnik, Santiago – Chile, 2018.

4. MARTINEZ, Pedro Soares, *Ensaio de um Curso Básico de História do Direito Peninsular Romano e Português*, AADFL Editora, Lisboa, 2016, p. 11.

5. ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Do Contrato Social*, Editora Martin Claret (Edição: Obra prima de cada autor), São Paulo, 2004, p. 26-32.

organizada aceita e convive com a prática de atos de coerção de acordo com determinadas condições. São atos de coerção editados pela autoridade e autorizados pela sociedade.

A constatação da existência da pandemia do coronavírus (Covid-19), particularmente no Brasil, expôs várias fragilidades, a mais relevante delas a compreensão da própria figura do Estado, que há de ser visto como uma concessão do cidadão (animal social, gregário, inteligente, grupal) cuja existência se justifica, de modo racional, diante de sua finalidade como agente comum destinado a cuidar do bem-estar das pessoas. Todos os pensadores, cada um deles defendendo posições filosóficas próprias, reconhecem na figura do Estado uma forma coletiva de renúncia (por cada cidadão) de expressiva parcela de sua liberdade, exatamente para que essa 'entidade' geral, superior e organizada possa cuidar de todos, tratando-os em condições de necessária igualdade (Thomas Hobbes, Rousseau, Locke, Espinosa, dentre outros). Aí estão a natureza e o fundamento do que seja Estado.<sup>[6]</sup>

O Direito, na concepção de Luiz Cabral de Moncada, lembra Isabel Graes, ajuda o homem a sentir-se pessoa moral e livre. Quando se diz que a norma jurídica emana de um poder soberano se está a dizer que a norma jurídica faz parte de um determinado ordenamento, portanto, de um conjunto, de um todo, de um sistema. Por sistema se há de entender uma totalidade ordenada. Daí que, na linguagem jurídica de uso corrente, o termo "sistema" é utilizado para indicar um "sistema normativo", exatamente um "ordenamento jurídico". Dentro de um sistema, a codificação ou as compilações de leis, numa armação harmonizada do Direito positivo, resolve-se a vinculação central da atividade jurisprudencial. Os códigos (as leis) prescrevem ao juiz as normas jurídicas de acordo com as quais serão decididas as contendas. O Direito é, portanto, nessa compreensão, a própria

---

6. 7 SILVA, José Anchieta da, *O 'Coronavirus'. A vida das Pessoas e a vida das Empresas*, 30 Anos de Advocacia, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2020, p. 827-829.

expressão da ordem jurídica manifestada através das regras, daí se aceitar o Direito como um complexo normativo a exprimir esse ordenamento, uma ordem geral. O ordenamento jurídico regula a sua própria produção normativa. Na linguagem do dia a dia, é verdade, esses termos e essas expressões, “Direito”, “ordenamento jurídico” e “ordem jurídica” são utilizados como sinônimas, no discurso verbal da vida diária, na conversa para consumo, numa linguagem empírica muitas vezes. O Direito, fenômeno jurídico, como conjunto, há de ser visto como sistema de normas, como fato social regulador de condutas. O Direito pode ser visto como instituição ou como processo, como ordem concreta ou como figura lógica.<sup>[7]</sup>

Doutrina Pedro Soares Martinez que nas fontes do Direito estão os seus meios de revelação, dizendo-o em dois níveis distintos: nas entidades ou órgãos criadores do próprio Direito e nos meios de comunicação das normas criadas. As fontes do Direito seriam, então, os reis legisladores, os parlamentos, os costumes (ou usos e costumes), a jurisprudência firmada e a doutrina. Noutro plano estarão as instituições jurídicas que se enraízam na própria sociedade. Exemplos primários de instituições são a família, o casamento, o orçamento, o governo (portanto e numa alça maior, o Estado), dentre tantos outros. A expressão “fontes do Direito” (*fontes iuris*) é uma metáfora porque em rigor é fonte o lugar onde a água brota. A partir de Justiniano, acredita-se, essa metáfora foi introduzida por Cícero e por Tito Lívio, vindo a ser consagrada muito mais tarde nas codificações civis modernas com o sentido que hoje se lhes reconhece. As

---

7. KELSEN, Hans, **A Paz pelo Direito**, Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 3; JHERING, Rudolf Von, **A Luta pelo Direito**, Editora Forense, Rio de Janeiro, (tradução de João de Vasconcelos), 1972, p. 137; TELLES JUNIOR, Goffredo, **O Direito Quântico, ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica**, Editora Max Limonad, Editor de Livros de Direito, (sem referência ao ano de edição), Biblioteca do IASP – São Paulo, p. 27; GRAES, obra citada, 2018, p. 43 e seguintes; HASSEMER, Winfried, **Sistema Jurídico e Codificação, a Vinculação do Juiz à Lei, Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**, Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, Lisboa, 2015, p. 281 e seguintes; ASCENSÃO, obra citada, 2013, p. 49 e seguintes. Mais adiante esse notável autor português assinala que “O direito é antes de mais uma ordem de vida em sociedade. O processo judiciário e a consequente decisão são revelação de um estado indesejado de evolução, na maioria dos casos, o foro é, então, o hospital do direito”; MAZUREK, Per, **Teoria Analítica do Direito, Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**, Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, Lisboa, 2015, p. 369 e seguintes; SALDANHA, Nelson, **O Componente Hermenêutico. Sobre a necessidade de repensar a noção de Direito**, Doutrinas Essenciais, Obrigações e Contratos, obra coordenada por Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, Volume I, Obrigações: Estrutura e Dogmática, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 431-446.

fontes o são de acordo com variados sentidos: *fontes existendi*, composta pelos órgãos que produzem as normas jurídicas: (*populus, concilia plebis, senatus, magistratus, imperator, iurisprudentes*), e as *fontes manifestandis*, correspondentes aos modos de formação das normas jurídicas, tais como os costumes: (*consuetudo, lex rogata, plebiscitum, senatus consultum, edictum, constitutio imperial, responsum*); num terceiro sentido se tem ainda as *fontes cognoscendi*, que são os textos legais no sentido próprio, que contêm as normas jurídicas: (o *Corpus Iuris Civilis*, as *Institutiones* de Gaius e as *Sustentatiae* de Paulus, o *Codex Theodosianus*).<sup>[8]</sup>

Enfim, cuida o Direito das relações jurídicas e das situações jurídicas. Considere-se que as relações jurídicas se dão entre as pessoas e não entre objetos. Não foi, todavia, sempre assim. Na antiguidade havia, em Atenas, um tribunal especial perante o qual corriam processos contra objetos e contra animais. As relações humanas são de naturezas diversas: afetivas, sentimentais, de amizade, de interesse, de conveniência, cultural. Há relação jurídica entre duas pessoas quando, por exemplo, a primeira é titular de um crédito e a segunda é devedora e obrigada à satisfação desse crédito (um dever jurídico). Essa relação é regida pelo Direito objetivo que atribui àquele titular o (seu) direito (subjeto) de exigir-lo do devedor, exigindo o cumprimento da obrigação. A relação jurídica, no preciso magistério de Evaristo de Moraes Filho, escorado na doutrina de Ferrara, corresponde às relações da vida social reconhecidas pelo Direito objetivo. O Direito eleva as relações da vida às relações de Direito, munindo-as de eficácia, transformando-as em relações juridicamente vinculadas, dando-lhes, então, marca jurídica. Na relação jurídica se distinguirá matéria e forma. A primeira, de conteúdo, é concedida pela relação humana e a

---

8. MARTINEZ, Pedro Soares, obra citadas, 2016, p. 26; JUSTO, A. Santos, **Direito Privado Romano I** – Parte Geral, Introdução e Relação Jurídica – Defesa dos Direitos, *Studia Iuridica*, nº 50, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 6ª edição, 2017, p. 76-77; SOARES, Tereza Luso, **Textos de Direito Romano**, AAFDL Editora, Lisboa, 1987, p. 8 e seguintes e p. 65 e seguintes; GELLA, Agustín Vicente y, *Curso de Derecho Mercantil Comparado*, Tomo Primero, Segunda Edición, Tipografía La Académica, Zaragoza, 1948, p. 79 e seguintes; VERA-CRUZ PINTO, obra citada, 2015, p. 75.

outra, procedimental, pela determinação da lei. Nos dois extremos da relação jurídica estarão os sujeitos da relação, ativo e passivo. Entre ambos se estabelece o vínculo que importa no dever de uma prestação que é devida por um em favor do outro. Será o Direito tomado em seu sentido subjetivo. Será, todavia, tomado como Direito objetivo a partir do comando da norma, como um dever ao qual se submetem os seus destinatários de maneira universal.<sup>9]</sup> Atribui-se a Jhering a aclaradora expressão segundo a qual a relação jurídica está para a Ciência do Direito assim como o alfabeto está para a palavra. As relações jurídicas podem ter vida breve, se extinguindo com a satisfação do interesse daquele sujeito ativo pelo sujeito passivo da obrigação ou por alguém em seu lugar. A relação jurídica nasce, desenvolve e se extingue sem sequer ser percebida necessariamente pelo mundo exterior. O não cumprimento dessa obrigação, todavia, induzirá a uma sanção externa em relação àquilo que compreendido no seu contexto.

Identifica-se na relação jurídica um vínculo voluntário ou derivado da lei que gera direitos e obrigações correlativas entre as partes envolvidas, sendo seus elementos essenciais: o sujeito, o objeto e sua causa. O sujeito ativo é aquele que pode exigir determinada conduta do sujeito passivo sobre quem recai obrigação de cumprir. A causa-fonte é aquele ato ou fato da qual se origina. É da característica da relação jurídica a alteridade ou a bilateralidade. Significa dizer que, na relação de cidadão para cidadão estará o direito de um correspondendo ao dever do outro, muito bem expresso na parêmia: *jus et obligatio sunt correlat*. Há, na doutrina, quem sustente a existência de um quarto elemento que seria o fato jurídico. Não se trata, todavia, de entendimento pacífico. O fato jurídico compreende um acontecimento, voluntário ou não, que dá origem à relação entre os seus sujeitos. Logo, não estará, o fato, a integrar a relação jurídica, mas a

---

9. MORAES FILHO, Evaristo de *Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa*, Editora Forense, volume, I., 1ª edição, Rio de Janeiro, 1960, p. 21-22.

motivá-la. Estará, afinal, fora daquela unidade por ser elemento preexistente. Ordenando o pensamento, os fatos jurídicos vêm antes e a sanção vem depois. No meio é que estará a relação jurídica. Disso resulta que nem o fato jurídico e nem a sanção compõem, como elemento interior, a relação jurídica.

Na expressão de Kelsen, a relação jurídica, numa visão ideológica, compreende relação entre o Direito e a sociedade, em particular entre o Direito e a vida econômica como relação de forma e de conteúdo. É, também, uma relação social na qual o Direito se limita a dar uma significação exterior. Assim como não existe Direito sem o respectivo sujeito, não há Direito sem objeto. O Direito, no caso, estará na faculdade ou no conjunto de poderes atribuídos ao seu titular (o sujeito) pela ordem jurídica instituída, com o fim de satisfazer a determinado interesse que lhe seja inerente. O objeto do Direito há de ser aquilo sobre o que recaia os poderes desse titular, com o fim de sua satisfação (satisfação desses interesses). Noutra obra, Lamego retoma a doutrina de Kelsen para reproduzir a definição de relação jurídica como a relação entre um dever jurídico e o Direito reflexo que lhe corresponde.<sup>[10]</sup> A relação jurídica terá como conteúdo um Direito subjetivo no seu lado ativo e uma obrigação correspondente no seu lado passivo. Por objeto do Direito compreendem-se bens concretos ou abstratos. Objeto do Direito é, pois, o interesse tutelado pela ordem jurídica, ou o bem juridicamente considerado.

O exame das relações jurídicas reclama informações a respeito das situações jurídicas cuja acepção, no sentido jurídico da expressão, corresponderá a um “estado” e a uma “condição” das coisas e das pessoas, umas em relação às outras. Diz-se jurídica porque, exatamente, resultam de fatos geradores de vínculos jurídicos. As situações jurídicas autorizam

---

10. KELSEN, Hans, obra citada, 2016, p. 98; LAMEGO, obra citada, 2019, p. 141; ROITBARG, Marcelo, Tratado Teórico Práctico – Instituciones de Derecho Privado – Empresa y Sociedades Comerciales, volume I, Editora Errepar, Buenos Aires, 2011, p. 3; COSTA, Wille Duarte, **Relação Jurídica**, Coleção Momentos Jurídicos 4, Livraria e Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1994, p. 15 e seguintes.

as pessoas a agirem na defesa de seus interesses. A expressão “situação jurídica” é de caráter genérico; é conceito lógico-jurídico com pretensão de universalidade porque perpassa todos os domínios da ciência jurídica. Há situações jurídicas no Direito Civil (capacidade, nacionalidade), no Direito Processual (competência, legitimidade), por exemplo. Situação jurídica é, pois, um tipo de eficácia jurídica. Compreendendo as situações jurídicas categorias eficaciais que pressupõem, necessariamente, a existência de um fato jurídico. Situação jurídica é expressão utilizada em duas acepções, a saber, uma em sentido amplo para designar toda e qualquer consequência que surge no mundo jurídico em decorrência do surgimento de um fato jurídico e outra, em sentido restrito, a designar os casos de eficácia jurídica em que não se concretizará necessariamente uma relação jurídica. Situação jurídica é situação de pessoas. É subjetiva na medida em que atinente ao sujeito, todavia, compartilhando natureza cultural é também objetiva porque exterior ao Direito. São várias as modalidades de situações jurídicas: simples e complexas, unipessoais e plurissociais, absolutas e relativas, patrimoniais e não patrimoniais, ativas e passivas, analíticas e compreensivas. Nem toda relação jurídica dará azo ao estabelecimento de uma situação jurídica porque existem outros fenômenos jurídicos que não são de natureza relacional. As situações jurídicas são, portanto, uma realidade normativa.<sup>[11]</sup>

Perpassada essa visão geral do Direito, suas nuances, é preciso reconhecer a sua relevância para o enfrentamento das situações de crise da qual a pandemia é o exemplo. Para situações especiais o Direito há de expelir comandos especiais, regras excepcionais sem, todavia, necessariamente,

---

11. ASCENSÃO, José de Oliveira, **Direito Civil – Reais**, Coimbra Editora, 5ª edição, reimpressão, Coimbra, 2000, p. 103; JUSTO, obra citada, 2017, p. 115; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, **Direitos Reais**, Editora Almedina, Coimbra, 5ª edição, 2015, p. 75; GALGANO, Francesco, *Il Negozio Giuridico*, Editora Multa Paucis AG, Giufrè Editore, Milano, 2002, p. 15; DIDIER JÚNIOR, Fredie, **O Direito de Ação como complexo de Situações Jurídicas**, Revista de Processo, São Paulo: RT, 2012, nº 210, p. 1-13.

Na expressão “situação jurídica” se contém o conjunto de elementos, atos ou fatos aos quais se atribui qualificação jurídica. É expressão empregada, por exemplo, para substituir (segundo Duguit) a expressão “direito adquirido”. Para Limongi França, a expressão configura galicismo jurídico desnecessário e inexpressivo. FRANÇA, Limongi, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, Comissão de Redação, Editora Saraiva, São Paulo, 1982, verbete.



conspurar o sistema. Será relevante reconhecer os princípios orientadores de tão relevante tarefa dos agentes ordenadores e da própria sociedade. Nenhum texto legal terá, previamente, contemplado, por óbvio, a hipótese singular de uma pandemia. Não há lei reguladora dos atos da natureza. Nenhuma lei há de ser um ‘contempla-tudo’.

Não será correto dizer que a simples constatação de uma pandemia seria o suficiente para mudar regras jurídicas em vigor. As soluções para os conflitos que tenham como causa a pandemia ou os seus efeitos devem estar dentro do sistema. Será, portanto, relevante reconhecer a relevância da tarefa de interpretação das regras jurídicas que componham o sistema e, também, os princípios que as norteiam.

## Princípios jurídicos e regras jurídicas

O Direito, como já analisado, não se assenta exclusivamente nos princípios e regras pois que brota originalmente da própria sociedade, de seu comportamento, dos valores que incorpora, vindos dos usos e dos costumes que silenciosamente também se consagram como regras não escritas, deles resultando comportamentos exigíveis. O Direito posto (positivado), no entanto, implica em conhecer o que é que compreendido estará no que seja princípio e o que seja regra. Princípios não são regras. Conferem travejamento básico aos ordenamentos. Os princípios o são de toda (ou para toda) a ordem jurídica. Alguns princípios exprimem a própria ordem natural, contendo orientações que se desprendem não apenas de textos legais, mas, e paradoxalmente, da própria ordem jurídica. Há princípios que se referem ao ordenamento no seu conjunto.<sup>[12]</sup>

---

12. ÁVILA, Humberto, “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”, em *DireitoEstado.com.br*. O Direito Público da Cidadania, número 17 – janeiro/fevereiro/março – ISSN 1981-187X, Salvador, 2009, p. 2-15; do mesmo autor, **Teoria dos Princípios** – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos, Malheiros Editores, 5ª edição, São Paulo, 2006, p. 26; HÄBERLE, Peter, **Hermenêutica Constitucional** – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental da Constituição”, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997, p. 15.

Não é fácil adotar uma definição de princípios. Cada autor tem a sua própria, distinguindo-os em função de disposições escritas, de valores objetivamente adotados, preenchendo-os na medida da necessidade para se atingir aos fins aos quais se destinam. Os princípios de Direito seriam normas jurídicas numa alça maior, encontradas no seio do ordenamento jurídico, isto é, dentro do sistema e não fora dele.

Doutrina Ulhoa Coelho, com docente precisão, que não havendo hierarquia entre princípios de um lado e as regras de outro, um princípio só será hierarquicamente superior a determinada regra se tiver sido enunciado por norma de categoria mais elevada. Assevera que os princípios auxiliam na interpretação das normas jurídicas suprindo-lhes lacunas, mas não as substituem e nem pode fazê-lo no sentido de afastar sua aplicação. Para o autor, os princípios podem ser classificados segundo três critérios, considerando-os em face da hierarquia, da abrangência ou da positividade. Segundo a hierarquia, os princípios podem ser constitucionais ou legais. Os primeiros têm sua sede nos textos constitucionais e os legais encontram-se na legislação infraconstitucional. Segundo o critério da abrangência, os princípios podem ser gerais e especiais. Gerais, aqueles que aplicáveis a todas as relações jurídicas regidas por uma determinada disciplina jurídica. Especiais, aqueles que destinados à disciplina de relações regidas por desdobramentos dentro da própria disciplina. Na categoria dos princípios especiais estarão aqueles que se referem apenas a determinados setores do Direito. Os princípios, em função da positividade, são explícitos porque diretos ou positivados, ou implícitos porque indiretos. São explícitos os princípios enunciados expressamente pelo constituinte ou pelo legislador. São implícitos os enunciados pelo julgador ou pelo doutrinador à base de conclusão interpretativa dos dispositivos vigentes.

Observa Humberto Ávila que não se pode atribuir prevalência dos princípios sobre as regras porque são as regras que têm a função precisa

de resolver conflitos. Dissertando sobre normas constitucionais, assevera ainda que, entre uma regra constitucional e um princípio constitucional, há de prevalecer a regra. Para as regras infraconstitucionais, os princípios constitucionais servem para orientar a interpretação, ou seja, para bloquear e para integrar as regras infraconstitucionais existentes. Em termos concretos se trabalha com a confrontação de dados da realidade do ponto de vista histórico, sociológico, econômico, circunstancial e nessa indicação as hipóteses ou possibilidades não se esgotam. Ensina, também, Antônio Augusto Cançado Trindade que os princípios gerais do Direito se incluem no rol das fontes formais do Direito.<sup>[13]</sup>

Até aqui cogitou-se da base teórica na compreensão do Direito, seus princípios e suas regras. O ponto do qual se cuidará a seguir diz respeito à necessária interpretação desses conjuntos, com os olhos voltados para um Direito a ser aplicado em tempos de pandemia.

## Interpretação das regras jurídicas

Não sendo o Direito nem apenas as leis, nem apenas os princípios, nem apenas os usos e costumes e nem apenas a doutrina e a jurisprudência, a chave para a explicação do fenômeno está, exatamente, na interpretação de seus elementos, daí resultando a aplicação prática do Direito. Só há, portanto, Direito como instituição invocável se se cogitar de um Direito interpretado. É dizer, só existe Direito, para cada caso posto, se se cogitar da interpretação das regras e dos princípios aplicáveis. A relevância,

---

13. FORGIONI, Paula A., *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro – Da Mercancia ao Mercado*, Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, São Paulo, p. 2016, p. 144; SICA, Lígia Paula Pires Pinto, *Recuperação Extrajudicial de Empresas – O Direito Empresarial Atual (Princípio da preservação da empresa – reorganização empresarial – Meios de reorganização)*, Editora Campus Jurídico, Elsevier, São Paulo, 2014, p. 222-223; LISBOA, Roberto Senise, *Princípios Gerais do Contrato*, Doutrinas Essenciais, obra coordenada por Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, Volume III, Contratos: Princípios e Limites, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 871-888; COELHO, Fábio Ulhoa, *Princípios do Direito Comercial – Com anotações ao projeto de Código Comercial*, Editora Saraiva, São Paulo, 2012, p. 13-26; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, Editora Del Rey, 3ª edição ampliada e atualizada, 2019, p. 48 e 121.

portanto, não estará exatamente na constatação de uma situação de crise ou de uma não-crise, mas, da interpretação que se concede aos elementos do Direito no trato das questões a serem resolvidas. Esta consideração é relevante para a análise e a aplicação do Direito num quadro da pandemia.

Sem descurar da relevância da lei, portanto, do sistema jurídico, repetindo o que autorizados pensadores já disseram, a lei não contém todo o Direito que dela possa e necessite ser extraído. Ficou célebre a afirmação de Raimond Saleilles, prefaciando obra de François Geny (1899), a dizer que o intérprete deve ir além da lei, mas através da lei: *“au-delà de la loi, mais pour la loi”*. Em ensaio sobre a interpretação e aplicação das normas jurídicas, escreveu Theodoro Junior, também numa síntese de vários pensadores: *“Direito é norma; norma é linguagem; linguagem é símbolo; símbolos não são precisos e unívocos; exigem interpretação antes de serem traduzidos e aplicados aos fatos concretos sobre os quais a norma tem de ser aplicada.”*<sup>[14]</sup>

A interpretação é, necessariamente, tarefa de harmonização; é situar a lei na ordem social, procurando, à luz de seu texto, o seu verdadeiro sentido. É questão de Direito e, portanto, é ação de jurista, pois que nela se cuida de uma valoração jurídica. Interpretar é trabalho de exegese, correspondendo a um momento indispensável do método jurídico. O intérprete vê a lei objeto de interpretação como uma carapaça que encerrará a regra, cabendo ao jurista extrair-lhe o verdadeiro conteúdo da norma, descobrindo-o e retirando-o desse seu invólucro.<sup>[15]</sup> Nessa operação, o jurista toma cada dado a ser considerado, por si e nas suas várias dimensões para descobrir o seu mais preciso valor. O exegeta considerará a norma, portanto, em primeiro lugar, em sentido amplo, de maneira a abranger as práticas sociais

---

14. COSTA, Dilvanir José da, **Curso de Hermenêutica Jurídica**, Editora Forense, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2005, p. 2 e seguintes; THEODORO JUNIOR, Humberto, **Interpretação e Aplicação das Normas Jurídicas**, Revista de Processo, edição RePro 150, Belo Horizonte, 2007, p. 13.

15. ASCENSÃO, obra citada, 2013, p. 391-392; HESSE, Konrad, **A Força Normativa da Constituição**, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991, p. 26; KELSEN, obra citada, 2016, p. 37.

formadoras dos costumes e das práticas no lugar onde se dá a questão a ser resolvida. No trabalho de interpretação de seus elementos, o intérprete, antes de considerar determinada norma jurídica isoladamente deverá ter compreendido o todo a que ela pertence ou integra. O jurista, em tarefa de interpretação, terá de se elevar, em primeiro lugar, ao sistema, ao conjunto normativo, ao ordenamento portanto, para depois e em segundo lugar, à luz do conjunto harmônico de normas encontrar a revelação de cada norma em especial. Será conhecendo o todo que se entenderá cada uma de suas partes. Essa tarefa recebe o nome particular de hermenêutica. Enquanto para os positivistas as leis são consideradas a sua “razão escrita”, para os exegetas (da escola da exegese), o Direito seria o mesmo que a lei, nela compreendida toda a extensão do próprio Direito. Neste ponto é o conceito de lei, certamente, que aparece alargado.

O trabalho de interpretar corresponde àquele trazer a norma para o seu tempo (interpretação dita evolutiva). São, no entanto, vários os tipos consagrados de interpretação, para além da interpretação literal (que também é método e forma de interpretar). Há certa tendência em confundir “interpretação” e “interpretação complexa” ao se supor que, se a fonte é clara não haveria necessidade de sua interpretação. Há mesmo um brocardo que traduz essa orientação: *in claris non fit interpretatio*. Perante um texto categórico da lei, o intérprete limitar-se-ia a dele tomar conhecimento. A interpretação, contudo, é necessariamente tarefa em função de um conjunto. O pano de fundo da interpretação é sempre o ordenamento visto de modo global, sistêmico. Sendo a norma suficientemente clara, o intérprete se limitará em, conhecendo a regra, fazer a sua aplicação. A interpretação literal é, portanto, o primeiro tipo de interpretação. Vem da autoridade de Carnelutti a conclusão de que a interpretação de textos legais não só pode como deve evoluir. Dentro da visão desse conceito de interpretação evolutiva está a oportunidade-necessidade de se aplicar a lei existente para

hipóteses nas quais, aparentemente, não se enquadrariam no seu raio de ação. Aí se tem a ligação entre a interpretação evolutiva e a interpretação extensiva bem analisada por Ferrara, segundo a qual toda disposição de Direito tem um escopo a realizar, cumprindo certa função e finalidade. A norma descansa num fundamento jurídico, numa *ratio iuris* que indigita a sua real compreensão. A interpretação extensiva destina-se a corrigir uma formulação demasiada estreita. Na interpretação teleológica se trabalha com os elementos da ponderação, buscando a justificação social da lei, considerando como o adota o método extensivo, que todo o Direito (ou toda norma jurídica) é finalista. Será, afinal, preciso encontrar a finalidade da lei para se ter o segredo da sua interpretação (a sua *ratio legis*). Enquanto não se descobrir a finalidade de uma determinada lei não se terá alcançado o segredo de sua inteligência. A interpretação dogmática é aquela que busca a unidade do sistema. A interpretação analógica implica em certo trabalho de aproximação de situações semelhantes. Adverte ainda Ferrara que a analogia é harmônica igualdade, proporção e paralelismo entre relações semelhantes. A base da analogia pode ser ou uma só disposição (*analogia legis*) ou um complexo de princípios jurídicos, a síntese deles ou mesmo o espírito do sistema (*analogia iuris*). A interpretação procura a *voluntas legis* e não, exatamente, a *voluntas legislatoris*; procura-se afinal, a vontade atual da lei, não se tratando, pois, de uma vontade do passado, mas de uma vontade sempre presente enquanto a lei não cessa de vigorar. A lei, uma vez em vigor, se destaca do legislador, ganhando consistência e autonomia. E, mais do que isso, torna-se entidade viva, não apenas corpo inanimado ou mero fato histórico fechado ou concluído. A lei não se identifica com a letra da lei. Esta é apenas um meio de sua comunicação. Suas palavras são símbolos, portadores de pensamento que podem apresentar-se defeituosos. Será relevante o elemento espiritual, a *voluntas legis*, deduzida, todavia, das palavras do legislador. O ato de interpretar recorre a elementos vários,

fatores e critérios, como o elemento gramatical (a letra), os elementos lógicos, históricos, sistemáticos, teleológicos, delimitando o espírito da lei.<sup>[16]</sup>

Necessidade não há, e nem haveria espaço para se fazer por aqui análise mais detalhada das leis e sua hierarquia. O que não pode passar despercebido é que em tempos de pandemia o Direito há de ser visto, com mais clareza, como um Direito principiológico. Afinal, no exercício de interpretação, o intérprete será orientado pela teoria e pela *praxis*, mixando teoria e realidade. No exercício da interpretação não se dispensará a necessária dose de pragmatismo, sem se afastar, por óbvio, da orientação ditada pelo sistema. Assevera Eros Grau que “*não se interpreta o Direito em tiras*”.<sup>[17]</sup>

## Princípios jurídicos recorrentes

A interpretação das relações jurídicas e das situações de Direito, para além das normas jurídicas, passa necessariamente por consagrados princípios como já foi anotado. Para não fugir ao propósito que é o de trazer alguma contribuição na compreensão e na aplicação do Direito em tempos de pandemia, analisados serão, em necessários recorte, por pertinentes, os seguintes e recorrentes princípios: da boa-fé objetiva, da autonomia da vontade, da igualdade ou da isonomia, da obrigatoriedade, da função social da propriedade, da função social do contrato. São princípios que se tornaram presentes no dia a dia do enfrentamento da crise gerada com a pandemia do coronavírus.

---

16. FERRARA, Francesco, **Ensaio da Interpretação e Aplicação das Leis**, Editora Armênio Amado – Coleção *Studium*, 4ª edição, Coimbra, 1987, p. 16 e seguintes e p. 141 e seguintes; KELSEN, obra citada, 2016, p. 129; DUARTE, Rui Pinto, **A Interpretação dos Contratos**, Editora Almedina, Coimbra, 2017, p. 9; JUSTO, obra citada, 2017, p. 53 e seguintes.

17. FWALE, Rocco, *Principi, Regole, Interpretazione, Contratti e Obbligazioni (scritti in onore di Giovanni Furguele)* – Dalla Dottrina alla Giurisprudenza e Ritorno, a cura di Giuseppe Conte e Sara Landini, con la collaborazione di Marco Rezziti e Giulia Tesi, Università degli Studi di Firenze, Universitas Studiorum, disponível em <http://www.universitas.studiorum.it>; GRAU, Eros Roberto, **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**, Revista dos Tribunais, 1988, São Paulo, p. 83-84. Sobre essa didática observação, ainda a pertinente doutrina de PONTES DE MIRANDA, tratando da interpretação dos atos jurídicos ao assinalar que “*interpretar ato jurídico é revelar quais os elementos do suporte fático que entrou no mundo jurídico e quais os efeitos que, em virtude disso, produziu*”. Obra citada, Tomo III, 1983, p. 322.

## Princípio da boa-fé objetiva

Registre-se desde logo com absoluto grau de certeza que crise alguma, pandemia alguma, se ofereceria como elemento capaz de afastar a indispensabilidade da boa-fé objetiva nos atos da vida civil assim como nos atos da vida empresarial.

A boa-fé, reconhecida como um instituto jurídico geral está presente em todas as disciplinas jurídicas. Aparece como vetor transversal, perpassando todas as áreas das relações humanas. Dá corpo a um modo integrado de funcionamento do Direito enquanto ciência. Chamado de princípio da boa-fé objetiva, nele se tem um modelo de conduta social como regra. Sua característica está na atuação das pessoas, pautada por padrões sociais de honestidade e de correção, não frustrando a confiança dos demais. A boa-fé exige das partes um comportamento reto, honesto, leal. A *bona fides* compreende honestidade, confiança, lealdade, sinceridade e fidelidade nos comportamentos. A boa-fé terá se desenvolvido a partir daquilo que se considerava como “equidade natural”, e esta, como filha da justiça, responde pela integração da ética da causa justa. Na boa-fé objetiva se tem uma atuação refletida, pensando no outro, no parceiro, na contraparte, respeitando-o nos seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem provocar lesão ou vantagens excessivas, cooperando para atingir o bom fim das obrigações.<sup>[18]</sup> Trata-se de um princípio geral que orientará todos os outros. A boa-fé é de cariz marcadamente ético.

---

18. CORDEIRO, António Menezes, **O princípio da boa-fé e o dever de renegociação em contextos de “situação econômica difícil”**, II Congresso de Direito da Insolvência, obra coordenada por Catarina Serra, Editora Almedina, Coimbra, 2014, p. 11; PEREIRA, Caio Mário da, **Enciclopédia Saraiva do Direito**, Editora Saraiva, São Paulo, 1978, volume 11 (verbete), p. 486; OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro, **A Boa-fé Objetiva como conservação da finalidade econômica do contrato**, obra coordenada por Arnaldo Wald e Rodrigo da Fonseca Garcia, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2005, p. 405-509; GALGANO, obra citada, 2002, p. 499; GOMES, Rogério Zuel, **Teoria Contratual Contemporânea, Função Social do Contrato e Boa-Fé**, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 117 e seguintes; VELASCO, Ignácio M. Poveda, **A boa-fé na formação dos contratos (Direito Romano)**, Doutrinas Essenciais, obra coordenada por Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, Volume III, Contratos: Princípios e Limites, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 755-765; na mesma obra, BALBINO, Renata Domingues Barbosa, **O Princípio da Boa-Fé Objetiva no novo Código Civil**, 855-870; ainda na mesma obra, DUARTE, Ronnie Preus, **Boa-Fé, Abuso de Direito e o novo Código Civil Brasileiro**, p. 889; RÁO, Vicente, **Ato Jurídico**, Editora Max Limonad, 3ª tiragem, São Paulo, 1961, p. 223 e seguintes.



Os Códigos Civis brasileiros, o velho (1916) e o novo (2012), explícita e implicitamente, invocam inúmeras vezes esse princípio, o mesmo ocorrendo com o Código da França. O Código brasileiro vigente, em norma expressa (art. 476) incorpora o princípio da boa-fé objetiva como elemento obrigatório nos contratos. Trata-se de exemplo positivado do chamado *tu quoque*, expressão latina que se refere à quebra de confiança, contendo um elemento surpresa. A expressão tem origem na célebre frase dita por Júlio Cesar, imperador de Roma, ao seu filho adotivo, quando o senado se levantou contra o imperador: “*Tu quoque Brutus, filie mi?*” (“Até tu, Brutus, filho meu?”). Em Portugal, o Código Civil consagra, em vários de seus dispositivos, o princípio da boa-fé, através da qual o trabalho do intérprete assume legitimidade para a efetivação daquilo que a doutrina chama de coordenadas fundamentais do Direito, servindo-se, ainda e para tanto, de outro ancoradouro que é o apelo à ordem pública.<sup>[19]</sup> No Direito alemão o princípio da boa-fé se define como uma conduta das partes, valorizada pela lealdade e pela confiança recíprocas. Na lição atribuível a René Demongue, a boa-fé se traduz no interesse social de segurança das relações jurídicas. O Direito inglês, discreto, sem dispor sobre deveres pré-contratuais valoriza a boa-fé na fase da execução dos contratos.<sup>[20]</sup> O princípio da boa-fé, presente nas relações humanas desde o Direito romano, cria deveres positivos no sentido de se exigir das partes que façam

---

19. Sempre que o discurso jurídico fizer uso da expressão “ordem pública” é preciso alguma cautela, pois que se trata de evocação de acepção necessariamente aberta. A noção de “ordem pública” aparece, acredita-se, no Direito medievo. Sua elaboração teórica se deu progressivamente. Toma-se, de Aldrius, jurisconsulto do século XII, a observação de que quando as pessoas invocam perante o magistrado regras de direito costumeiro diferentes, deveriam aplicar aquela que lhes parecesse superior (*quae potior et utilior vedetur*). No século XIV, Bartolo de Sassoferrto distinguia as regras odiosas das regras favoráveis e sustentava que as primeiras não poderiam produzir efeitos fora da cidade que as editassem. Bouhier, no século XVII, distinguia as leis exorbitantes do Direito comum ou aquelas manifestamente injustas, considerando-as inaplicáveis. Mancini, no século XIX, desenvolveu a teoria de que certas normas do foro consideradas essenciais por esse deveriam se aplicar sempre naquele território, como leis de ordem pública. Na França, Pillet acolheu as ideias de Mancini, e uma nova teoria foi desenvolvida por Bartin que considerava a “ordem pública” uma exceção à regra de conflito. Na Alemanha, Von Bar coopera na sistematização dessa teoria. Lembre-se, em Portugal, a Lei da Boa Razão (Lei de 18 de agosto de 1769) mediante a qual, reconhecendo o soberano D. José a impossibilidade de adoção de um sistema que orientasse as decisões de seu extenso reino (Portugal, Algarves, e além Mar as possessões da África, o comércio da Etiópia, Arábia, Pérsia e Índia), em extensa oração determinava que se aplicasse às questões do reino as leis dos povos civilizados na medida do que coubesse. Normas de ordem pública hão de ser, portanto, aquelas que estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo preceitos consagrados de Direito. Enquadram-se na categoria as regras que se referem às bases econômicas ou políticas da vida social, as de organização e utilização da propriedade, as de proteção à personalidade, exemplificativamente. BAPTISTA, Luiz Olavo, **Contratos Internacionais**, Editora LEXMAGISTER, Comissão de Direito e Mundialização da OAB/SP, São Paulo, 2011, p. 95; FOUTO, Ana Caldeira, NUNES, Filipe Arede, ROCHA, Francisco Rodrigues, SANTOS, Jorge Silva, SEIXAS, Margarida, BRIGAS, Miriam Afonso, **Textos de História do Direito**, AADFL Editora, Lisboa, 2018, p. 109 e seguintes.

20. CORDEIRO, António M. Barreto, **Direito Inglês dos Contratos I**, AAFD Editora, Lisboa, 2017, p. 39 e seguintes.

tudo para que o ajustado seja respeitado e cumprido na sua conformidade. A boa-fé reprime comportamentos que violem o princípio maior que é o da dignidade da pessoa humana.

## **Princípio da autonomia da vontade**

O princípio da autonomia da vontade, em si autoexplicativo, é próprio das pessoas enquanto sujeito de Direito, desde que dotadas de capacidade e de vontade livre, é princípio que acaba sofrendo restrições em tempos de pandemia, momento no qual a ação do Estado, em caráter pontual e de urgência deverá praticar necessárias intervenções. Entra em causa a ordem pública, a prevalência do interesse geral sobre o interesse particular. Não se trata, no entanto, em hipóteses tais, de uma conspiração contra tão relevante princípio. A iniciativa privada tem sempre muito o que fazer e não pode assim como não deve, o Estado, atrapalhar ou criar empecilhos àquelas ações que são próprias dos particulares, que também detém expressiva cota de responsabilidade social. Afinal, a força motriz que movimenta e dá vida à autonomia da vontade está na denominada “livre-iniciativa”, compreendendo a “liberdade de comércio e de indústria”, a “liberdade econômica” ou “liberdade de iniciativa econômica”, “liberdade de serviços”, a cujo conjunto se dá o apelido, por sinal muito próprio, de “autonomia da vontade livre” que funciona como um motor propulsor de outro relevantíssimo instituto, a chamada “livre-concorrência”, reguladora espontânea de egoísmos, na afirmação de Jhering. O princípio da autonomia da vontade se particulariza na liberdade de contratar. É princípio orientador das relações contratuais e corresponde à ideia de um consensualismo, da obediência, da obrigatoriedade das cláusulas contratuais por exemplo, consagrada na parêmia *pacta sunt servanda*. O princípio da autonomia da vontade corresponde àquele poder que se confere aos contraentes na

formação de um vínculo obrigacional, subjugados às leis e com a finalidade de se não contrariar o interesse geral, estabelecendo-se, como limite à liberdade contratual, a ordem pública e os bons costumes.

Esse princípio orienta as bases econômicas e jurídicas da contratação em geral. A consideração básica é a de que as pessoas são livres em sociedade, podendo realizar todos os atos que a sua inteligência e a sua capacidade permitam.<sup>[21]</sup> Nessa concepção se desenha, em termos amplos, a mais prática das diferenciações entre o Direito Público e o Direito Privado. Enquanto no primeiro tudo é permitido exceto o que vedado na lei, no segundo só se pode fazer, nos limites da lei, aquilo que nela autorizado.

## Princípio da igualdade ou da isonomia

Os princípios analisados em primeiro lugar entronizam este terceiro que, de certo modo, é consectário natural daqueles. A igualdade de todos ou a isonomia entre os pares, corresponde a um valor de referência da pessoa humana e terá sido a maior das proclamações consagradas com a Revolução Francesa (com o seu trinômio: liberdade, igualdade e fraternidade), estando inserida, também, na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Sua síntese está na conferência de tratamento igual para os que iguais, sem distinção. Na invocação dessa igualdade é preciso estar atento para a sua objetividade, valendo a pena conferir autorizada lição que vem da pena de Jorge Miranda, a demonstrar a diferença do que seja a igualdade jurídica e a igualdade social, ambas protegidas. Para além das relações privadas, o que está ao abrigo dessa igualdade é a vedação dos privilégios diante da figura do Estado, acrisolado na norma que as constituições modernas incorporam, na afirmação de que “todos são iguais perante a lei”. Ao

---

21. BIONDI, Mario, INSAUSTI, A. Eduardo, STRIGLIO Amilcar, Derecho Comercial, Balmes, 3ª edición, Buenos Aires, 1951, p. 88; COSTA, Mariano Fontes da, **Ruptura de Negociações Précontratuais e Cartas de Intenção**, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 27 e seguintes; LÓBO, Pedro Luiz Neto, **O Contrato, Exigências e Concepções Atuais**, Editora Saraiva, 1986, p. 29 e seguintes. Chama a atenção o autor para o que seria a inadequação do princípio nesses tempos modernos, como noção geral (na sua conceituação original) em face de uma sua crescente relativização. SILVA, José Anchieta da Silva, **O Empresário e a Lei de Liberdade Econômica – Esperado Encontro Mercado, Lei de Liberdade Econômica e o Ordenamento Brasileiro**, Editora D'Plácido, Belo Horizonte, 2020, p. 57-85; RÁO, Vicente, obra citada, 1961, p. 45 e seguintes.

tempo das conclusões este relevante problema será aflorado em face de sua relevância no trato dos problemas criados com a pandemia. Segundo Canotilho, o princípio da igualdade guarda conexão com o princípio constitucional da democracia econômica e social. Aristóteles a considerava como uma primeira espécie de justiça, integrando o interesse público na composição dos conflitos.<sup>[22]</sup>

A mais completa oração sobre o princípio da igualdade, a mais celebrada, é aquela proferida pelo inolvidável Rui Barbosa em memorável discurso proferido na Faculdade de Direito de São Paulo, como paraninfo dos bacharelados do ano de 1920, (lido pelo Dr. Reinaldo Pochat [a saúde do Águia de Haia mais não permitia deslocamentos], na solenidade de 29 de março de 1921 e publicado no jornal “O Estado de São Paulo” edição de 30/31 de março de 1921). Em oração repleta de ensinamentos morais, sociais e jurídicos, pregava Rui, a paraninfados e circunstâncias, a igualdade dentre os iguais para que a desigualdade não se consumasse; para que o princípio não se transformasse em enganadora falácia. Essa igualdade, portanto, não será uma igualdade absoluta.<sup>[23]</sup> Admitem-se, desde sempre, diferenciações justificadas por razões de ordem objetiva.

Analisando-se o princípio em função da discussão que nessas linhas se propõe, no Brasil, com a pandemia do coronavírus, deu-se algo curioso, inusitado. Foi necessária a crise gerada com a pandemia, com o fechamento do comércio, da indústria e dos serviços para que as autoridades dessem conta da existência de um batalhão formado por algumas dezenas de milhões de pessoas que viviam na informalidade. A esse contingente logo se deu o apelido de ‘massa invisível’, a cujos invisíveis se concedeu um

---

22. MIRANDA, Jorge, *Escritos sobre Direitos Fundamentais*, Editora Principia, Estoril, 2006, p. 45; CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Editora Almedina, Coimbra, 7ª edição, 2019, p. 350 e 426.

23. Do discurso de Rui Barbosa se transcreve: “a regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualdade aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdades flagrantes, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem. Esta blasfêmia contra a razão e a fé, contra a civilização e a humanidade, é a filosofia da miséria, proclamada em nome dos direitos do trabalho; e, executada, não faria senão inaugurar, em vez da supremacia do trabalho, a organização da miséria. Mas, se a sociedade não pode igualar os que a natureza criou desiguais, cada um, nos limites da sua energia moral, pode reagir sobre as desigualdades nativas, pela educação, atividade e perseverança. Tal a missão do trabalho”. BARBOSA, Rui, *Discursos, orações e conferências*. Livraria Editora Iracema, Divulgadora de Obras Culturais, Tomo III, São Paulo, 4ª edição, 1972, p. 401 – 447 (418).

abono de emergência. Estava exposta a fratura. Fez-se verdade a letra da canção embalada por Elis Regina: *O Brasil não conhece o Brasil* (agora sem o 'z' [Brasil e *Brazil*]). O Estado brasileiro não conhecia expressiva parcela de seus cidadãos. Este, o exemplo que a história já registrou, a desigualdade abissal existente entre cidadãos na sociedade brasileira. Os brioques concedidos não são suficientes para deles fazer cidadãos verdadeiros, iguais (abomina-se, por razões científicas, o bordão que ideologicamente se utilizaria para a hipótese e que mais desmerece o cidadão como ser humano e como sujeito de Direito, os ditos 'excluídos' [felizmente se tem aí um verbete que o Direito não prestigia]).

## **Princípio da obrigatoriedade**

Este princípio não se reveste da mesma relevância dos demais porque a onerosidade não é da essência de todos os atos da vida civil, afinal, existe um extraordinário volume de atos jurídicos que são atos não onerosos. Ganha, todavia, algum protagonismo, na medida em que, com o aparecimento de uma pandemia, a onerosidade das obrigações pode desaparecer, ou pode ser mitigada porque, necessariamente, o desarranjo das situações para fora do previsto alteram de modo significativo as condições antes previstas, certamente reclamando alguma revisão. Restará, nesta sede, analisar em relação a tais modificações, se o farão os próprios agentes sem a intervenção do Estado ou se necessário será a intervenção da autoridade, mediante ato próprio ou se se padecerá de uma provocação no âmbito do Poder Judiciário com as ações próprias. É esta realidade que obriga o texto passar, ainda que em voo de pássaro, pelo princípio da obrigatoriedade.

Este princípio, calçado na cogência das regras do sistema, está presente nas relações interpessoais civis ou mercantis, com marcante presença em

função do sinalagma dos contratos, sua comutatividade, por exemplo. Em momentos de pandemia, a obrigatoriedade no cumprimento de alguma obrigação, servindo-se de institutos jurídicos vários, alguns dos quais ainda serão por aqui analisados, pode e necessita ser mitigada. Dentre os exemplos mais à mão estão, por exemplo, aquelas obrigações recíprocas entre empregador e empregado, regidos sob o rigor de uma consolidação das leis trabalhistas quando não se tem presentes nem a possibilidade da prestação dos serviços e nem a possibilidade de se os receber o empregador. Ficam, empregadores e empregados, de mãos atadas. O problema é de gravidade maior. O empregador fica desprovido do exercício de sua atividade, restando-lhes, todavia, a obrigação de pagar salários e seus onerosos encargos (situação vivida quando de um *lockdown*, ou quase isto, como se vivenciou). O exemplo adotado necessita ser detalhado para sua boa compreensão no campo da obrigatoriedade. Com a pandemia, o vírus está solto e os cidadãos reclusos. Pessoas estão morrendo, empresas estão fechadas, os hospitais estão desprovidos de leitos próprios (neles faltam respiradores). Nesse quadro não se afigura lógico sustentar que os normativos (menores em relação à violência da peste) de uma consolidação de leis do trabalho pudessem ser intocáveis. O Brasil, no ponto, expõe mais uma das fraturas de seu sistema repleto de privilégios. Nada obstante se encontrar diante de algo impossível, se está diante de algo que se apresenta, curiosamente, como legal; dito de outro modo, embora impossível, é legal (o “impossível” e o “legal” não podem habitar sob o mesmo teto). Dentro desse mesmo campo não foi menos desastrosa certa decisão de tribunal judicial, a admitir que, nada obstante o vírus e com ele o desastre social, se não poderia sequer tocar nos privilégios (que são tantos) de funcionários públicos. São demonstrações que contribuem no esclarecimento de que os institutos da força maior e do caso fortuito, da teoria da imprevisão e do fato do príncipe são, isoladamente, insuficientes para resolver questões

que até são antigas, mas que vieram à flor da terra (ao mundo das verdades que doem) com o aparecimento da pandemia.

O princípio da obrigatoriedade guarda relação com o princípio da função social dos contratos. Os pactos devem ser cumpridos e isto, em boa medida, responde pela paz social. Para a escola jusnaturalista (Grotius, Puffendorf, dentre outros) a obrigatoriedade corresponderia a uma convenção tácita contida no contrato, obrigando-se à renúncia daqueles apetites egoístas. A escola positivista sustenta a obrigatoriedade no mandamento da lei (*“a lei o diz”*). Acrescenta Caio Mário a presença de um *“mais puro conteúdo ético”* à norma jurídica, para fundamentar a obrigatoriedade no cumprimento daquilo que ajustado.<sup>[24]</sup>

## Princípio da função social da propriedade

O exame da função social da propriedade deve se iniciar pela análise que se faz da teoria do abuso do Direito em relação aos bens. A história registra, primeiro com a patrística e posteriormente com todo o pensamento cristão que, por longo tempo, se caminhou sobre a assertiva de que todo ser humano tem um Direito natural ao uso dos bens existentes sobre a terra. Não se trataria, todavia, de uma genérica dominação das coisas, mas da apropriação individual dessas mesmas coisas. Surge, a partir daí, o problema da chamada *“propriedade privada”*. Os pensadores jusnaturalistas responderam afirmativamente em relação a esse direito de uso. Será em Tomás de Aquino que se distinguirá a apropriação das coisas, da gestão dessas mesmas coisas, numa compreensão de que a utilização dos bens devesse ser feita como se as coisas fossem mesmo de uso comum.

---

24. PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de Direito Civil**, volume III (atualizado por Regis Fichtner), Editora Forense, 12ª edição, São Paulo, 2002, p. 101. Grotius, considerado o fundador do Direito Internacional Público e tratadista clássico do Direito Natural (seguido por Puffendorf), autor do *“Discurso sobre a Desigualdade”* partiu da ideia de uma *“bondade humana”*, condutora a um regime de vida no sentido coletivo, que impunha regras sociais de convivência e, a partir daí, a necessidade de se as obedecer, e nisso uma obrigatoriedade. FRANCO, Afonso Arinos de Melo, **O Índio Brasileiro e a Revolução Francesa**, Editora Topbooks, Rio de Janeiro, 2ª edição, 1976, p. 205.

Na concepção de lei natural da escolástica se observa que moral e Direito andavam indistintos. Conforme a Suma Teológica do Doutor Angélico, a propriedade privada não seria de Direito natural, mas de Direito das gentes (*Summa Theologica*, I-II, q. 94, a.5, a.4 e II-II, q. 66, a.2). Para Kelsen, “*la propiedad privada es una categoria transcendente al derecho objetivo, una institución que impone limites infranqueables*”.<sup>[25]</sup>

A valorização da propriedade, concebida desde o Direito romano como um valor, aparece no Código Napoleônico, asseverando que a propriedade é o Direito de fazer e de dispor das coisas do modo mais absoluto, contanto que delas não se faça um uso proibido pelas leis. A quinta emenda à Constituição dos Estados Unidos da América sacramentou a regra segundo a qual ninguém será privado da propriedade, a não ser por interesse público, mediante compensação, todavia. A Constituição italiana diz que a propriedade é pública ou privada e que os bens econômicos pertencem ao Estado, aos entes públicos ou privados, garantida e reconhecida pela lei que determina seus modos de aquisição, gozo e limites, com a finalidade de lhes assegurar a função social, tornando-a acessível a todos. A Carta política do México conceitua a constituição social como um conjunto de aspirações e necessidades dos grupos humanos que, como tais, integram a sociedade e traduzem o sentimento da vida coletiva, distintos dos da vida política. O Código Civil brasileiro contempla o Direito de propriedade, que deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais, de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o

---

25. ASCENSÃO, obra citada, 2000, p. 141 e seguintes; KELSEN, obra citada, 2016, p. 97; AQUINO, Tomás, *Summa Theologica* (com introdução por Jean-Marié Aubert), Volume IV, 3ª edição, Edições Loyola, São Paulo, 2009, p. 527-528. A Patrística corresponde à corrente filosófica, e sendo também período da filosofia dos primeiros séculos da era cristã é filosofia que se desenvolveu pelos padres da igreja católica. Agostinho, bispo de Hipona foi seu principal pensador e tinha dentre os seus objetivos a racionalização da fé cristã e a expansão do cristianismo e o combate aos hereges. A Patrística é considerada a primeira fase da filosofia medieval. Depois da Patrística surgiu a filosofia escolástica, incorporando, a partir da própria Patrística, a filosofia grega e a religião cristã. Através do racionalismo tentou a escolástica explicar a existência de Deus, do céu e do inferno, e as relações entre o homem, a razão e a fé. Sem método dialético, unindo fé e razão, buscava-se o crescimento humano. São Tomás de Aquino foi o “Príncipe da Escolástica”.



equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.<sup>[26]</sup>

O significado social do Direito de propriedade assumiu especial relevo a partir do século XIX, passando a ser consagrado de maneira explícita nas constituições modernas. No início do século XX, Josserand associa a propriedade à ideia do abuso do Direito, sustentando que, toda vez que o exercício do Direito ultrapassar os limites da sua função, o titular do Direito estaria praticando um abuso. *Abusus non est usus* reza a parêmia. Se o Direito de propriedade for exercido sem utilidade, caracteriza-se como abuso por se encontrar o Direito desviado da sua destinação econômica e social. É nessa utilidade social, como fundamento da propriedade, que está a razão de ser da garantia individual com a utilização da propriedade de acordo com sua função social, o que equivale dizer que a afetação de uma coisa à utilidade individual estará protegida, mas de se considerar, antes de tudo, sua utilidade social. A ideia de que o direito de propriedade estaria ligado a um dever perante a coletividade aparece com nitidez na encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII<sup>[27]</sup>, pela qual se procura distinguir o Direito de propriedade e o seu uso, preconizando-se a atuação do legislador no sentido de se regular o exercício do Direito de propriedade, fazendo-o de acordo com as exigências do bem comum. O texto papal e suas renovações demonstram apreço por um tipo de democracia e de economia livres, valorizando a indispensável solidariedade. São textos que não envelhecem, constituíram-se verdadeiros pilares das mais nobres construções da vida moderna.

---

26. Os artigos referidos são os seguintes: art. 544 do Código de Napoleão; art. 42 da Constituição italiana; art. 1228, §1º do Código Civil brasileiro.

27. A Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII data de 15 de maio de 1891 e foi celebrada com outra Encíclica, a *Quadragesimo Anno*, do Papa Pio XI, de 15 de maio de 1931, tendo sido mais uma vez celebrada com a Encíclica *Centesimus Annus* do papa João Paulo II, em 1991.

O texto da *Rerum Novarum* contextualiza a realidade social da época e trata, dentre outros temas, da "Ação de Autoridade Civil"; das "associações operárias"; das "associações não operárias"; das "associações de industriais"; do "Direito de propriedade"; do "capital e trabalho"; das "pretensões injustas do capital"; das "injustas pretensões do trabalho"; do "princípio diretivo da justa distribuição"; do "justo salário"; das "situações da empresa"; das "exigências do bem comum"; da "harmonia entre as diversas profissões"; da "evolução da economia"; da "evolução do socialismo"; da "reforma dos costumes"; A encíclica, em tópicos próprios, trata do "uso comum dos bens criados e propriedade particular deles"; das "obrigações do operário e dos patrões"; da "posse e uso das riquezas"; da "dignidade do trabalho"; do "Governo [que] é para os governados e não vice-versa"; do "Estado [que] deve proteger a propriedade particular"; da "Economia como meio de conciliação das classes".

A Constituição de Weimar <sup>[28]</sup> (1919) prescreveria que, embora garantida pela Constituição, a propriedade acarretaria obrigações. É preciso ter presente, ainda e mais uma vez, a aguda percepção de Oliveira Ascensão para quem a propriedade dos meios de produção é poder. O reconhecimento da função social da propriedade deve ser analisado com cautela, evitando-se exacerbações. É preciso analisar o contexto em relação às normas e às situações jurídicas existentes, sem reducionismos, como a conclusão a que chegou Duguit de que toda a propriedade se esgotaria nessa função social. <sup>[29]</sup>

A função social da propriedade, analisada em função da pandemia se apresenta, por exemplo, com a necessidade de o Estado fazer requisições de patrimônios particulares para atender à necessidade coletiva ou na requisição compulsória de leitos hospitalares, para ficar com exemplos mais palpáveis e reais na esfera do tema abordado.

## Princípio da função social do contrato

O contrato é, para as partes, uma *lex privata* que orienta principalmente as questões referentes à relatividade dos efeitos emergentes de suas disposições, da boa-fé objetiva, da probidade, da sua função social, da sua conservação. A “função social do contrato” é expressão que se atribui a Léon Duguit e, na sua base, estão as mensagens claras da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem, despertando-se para a necessidade de se realçar a relevante questão da defesa do bem comum. Nesse discurso está o seu embate com o já examinado princípio da autonomia da vontade,

---

28. Trata-se da Constituição do Reich alemão, aprovada em 11 de agosto de 1919, na cidade de Weimar e considerada como o mais importante texto na altura, por espelhar toda a mudança no modo de encarar os problemas políticos, sociais e econômicos do século XIX para o século XX. Suas inovações são múltiplas, quer no plano sistemático, quer no plano da experimentação constitucional. MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional**, Tomo I, 5ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 201; LAMEGO, obra citada, 2019, p. 16.

29. ASCENSÃO, obra citada, 2000, p. 144 e seguintes.

limitando-se a liberdade de contratar. Na Alemanha, a Carta do Estado da Baviera realça essa função social do contrato, princípio que, por abrangente, compreende outros. No Brasil, o Conselho da Justiça Federal construiu enunciado, jungindo os princípios da conservação do negócio jurídico com o princípio da função social do contrato (prevista esta última no Código Civil vigente, em seu art. 421),<sup>[30]</sup> afirmando-se que a função social do contrato constitui cláusula geral, protegendo a sua conservação para assegurar trocas úteis e justas. O princípio, de outro modo, se confunde com o princípio da equivalência contratual, que está no equilíbrio das regras do avençado e que tem por objetivo impedir possíveis incongruências, o que se tem convencionado, também, como o princípio da igualdade substancial. Compreende-se, ainda, nessa função social do contrato, o princípio da socialidade, e neste, a limitação à liberdade de contratar, subordinando-se o interesse individual ao interesse coletivo, na proteção do que deve ser uma justiça social (conceito deliberadamente aberto), com o abandono do antigo individualismo, forte nas legislações mais antigas.

Na função social do contrato está a sua missão de servir à coletividade em cujo contexto esteja inserida a relação jurídica ou a situação jurídica em causa. É dizer, a função social do contrato implica na sua leitura e na compreensão do contrato para além de seus termos. É o contrato para fora do contrato. Escrevendo sobre o tema, Sidney Beneti e Beneti Filho recolhem, a respeito, a mais feliz expressão da lavra de Luiz Edson Fachin: *“Quem contrata não mais contrata apenas com quem contrata, eis aí o móvel que sinaliza sob uma ética contratual contemporânea, para a solidariedade social. Proibição e boa-fé são princípios obrigatórios nas propostas e negociações preliminares, na conclusão do contrato, assim [como] em sua execução, e mesmo depois do término*

---

30. GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida, **Função Social do Contrato e Contrato Social – Análise Econômica**, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 81e seguintes; ZUEL GOMES, obra citada, 2004, p. 77 e seguintes; BERALDO, Leonardo de Faria, **Função Social do Contrato**, Editora Del Rey, 2011, p. 49 e seguintes; GODOY, Cláudio Luiz Bueno, **Função Social do Contrato**, Editora Saraiva, São Paulo, 2004, p. 95 e seguintes.

*exclusivamente formal dos pactos. Desse modo, quem contrata não mais contrata tão só o que contrata, via que adota a oferta de um novo modo de ver a relação entre contrato e ordem pública".* [31]

Dentro desse princípio ou a ele justaposto se tem a equivalência contratual (vista ela própria como um princípio autônomo, numa visão ainda da função social do contrato), promovendo a busca do equilíbrio que tem por objetivo impedir possíveis incongruências, trabalhando com a isonomia de tratamento, propondo um exame da estatura de disposições de mesmo valor na composição de obrigações e de direitos de lado a lado, comparando-as, e assim ditando o entendimento de posições dentre os contratantes. Para cada direito haverá uma obrigação equivalente. Trata-se da concretização daquele chamado princípio da igualdade substancial, expressamente consagrado na Constituição brasileira (art. 3º). O princípio da equivalência ou do equilíbrio contratual é também chamado de princípio da justiça social porque procura garantir a equivalência entre a prestação e a contraprestação, isto é, mantendo-se proporcionalidade entre uma e outra. O princípio, como limitação interna à liberdade de contratar, subordina o interesse individual ao interesse coletivo visando o bem comum. O princípio traduz expressão histórica cunhada no século XIX, segundo a qual *qui dit contractual, dit juste*, numa clara alusão ao que seria o justo contratual, preocupação trazida da cristandade medieval, orientando a prática do justo preço nos negócios (*justum pretium*). Nesse princípio está a *ratio essendi* a alma e a vida dos contratos. Nunca se poderá, todavia, interpretar o valor da função social do contrato como um valor destrutivo do instituto do contrato. Esse princípio, alargado, abriga a função social também da empresa ao abrigo de normas constitucionais explícitas, tema que, por brevidade, dele por aqui não se ocupará (art. 170 e seguintes da

---

31. BENETI, Sidnei e BENETI FILHO, Sidnei, **Teoria do Adimplemento Substancial do Contrato na atualidade**, Revista do Advogado, Direito das Empresas em Crise, da Associação dos Advogados de São Paulo, outubro de 2016, ano XXXVI, nº 131, p. 237.

Constituição cidadã, a Constituição de Ulisses).<sup>[32]</sup>

## Institutos jurídicos recorrentes. Sua insuficiência

Ao ordenar as ideias em torno da mensagem que se pretende construir, demonstrou-se a necessidade de se promover um recorte, trazendo a texto, de modo seletivo, aqueles princípios que podem de modo direto interferir na condução de um Direito aplicável em tempos de pandemia. Um Direito principiológico porque dependente da invocação de princípios que jogam fochos de luz sobre os problemas vivenciados. Assim também se fará em relação aos tradicionais instrumentos de que dispõe o velho Direito no enfrentamento desses problemas ocasionados pela pandemia. Os institutos que merecem atenção são o da força maior e do caso fortuito, a teoria da imprevisão e a teoria do fato do príncipe. Antes, porém, é preciso deixar arredado de dúvidas que nenhum desses institutos, sozinhos, isolados, se apresentarão como remédios suficientes para os embates resultantes ou derivados da pandemia os quais se revelam graves, inviabilizadores daquele ir-e-vir a que tem direito todos os cidadãos, pessoas naturais e pessoas jurídicas.

Com a pandemia se instala uma situação de crise geral que a todos afeta. Compreenda-se por crise, numa visão mais ampla, as perturbações que alteram o curso ordinário das coisas (e dela a pandemia é apenas um exemplo). É preciso registrar que as soluções para as crises não são encontradas na legislação comum. Para o seu enfrentamento haverá a necessidade de leis especiais, pontuais. Soluções para a crise não se recolhe

---

32. ARRUDA ALVIM, **A Função Social dos Contratos no novo Código Civil**, Doutrinas Essenciais, obra coordenada por Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, Volume III, Contratos: Princípios e Limites, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 211, p. 625-654; na mesma obra, SALOMÃO FILHO, Calixto, **Função Social do Contrato**, 655-681; ainda na mesma obra, HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes, **A função Social do Contrato**, p. 739-754. A autora faz referência expressa às cartas papais de Leão XIII, de Pio XI, acrescentando as *La Solemita* (1941) e *Oggi* (1944) de Pio XII, acrescentando ainda a *Mater et Magister* (1961) de João XXIII e a *Populorum Progressium* (1967) do papa Paulo VI. Afirma, reproduzindo Santo Agostinho, que o *supérfluo dos ricos é o necessário para os pobres*, p. 739-754; ainda da mesma obra, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, **Uma Reflexão sobre as cláusulas gerais do Código Civil de 2002**, p. 949-979; GODOY, obra citada, 2004, p. 31.

num catálogo de oportunidades. Dito de outro modo, crise não se resolve com remédios prescritos a partir de soluções encontradas em manuais; não se as obterá mediante aplicação de fórmulas preconcebidas. Afinal, toda situação de crise terá suas peculiaridades.

## **A força maior e o caso fortuito**

Considerados o fortuito e a força maior como irmãs siamesas, na expressão de Josserand, presente estará, em ambos, o que se considera causa legal de exoneração de responsabilidade, assim reconhecida desde o Código Civil de Clovis Bevilacqua (1916). A origem da figura está, segundo autorizados doutrinadores, naquele *act of God* dos ingleses e naquela *vis major* dos latinos. Compreendem-se na força maior certa invencibilidade do fato determinando o dano, e, no caso fortuito, a imprevisibilidade de um evento. Com o propósito de diferenciar um do outro nasceram as teorias da extraordinariedade, atribuída a Pothier e segundo a qual estando em causa uma exoneração de responsabilidade, o fato considerado ordinário seria insuficiente para autorizar tal isenção. Problema é que os fatos ordinários, não obstante conhecidos ou reconhecíveis, não são um elenco fechado e os fatos extraordinários se caracterizam em face de alguma surpresa extraordinária (fora de dúvida que na pandemia se compreende essa extraordinariedade). É doutrina que não resiste à crítica de que um fato pode ser extraordinário, sendo, todavia, razoavelmente previsível com efeitos obviados ou obviáveis a partir de recursos adequados. Uma segunda teoria, a das forças naturais e do fato de terceiro (separando, no caso, a força maior e o fortuito) coloca no centro as causas da natureza, aquelas que não tem como ser evitadas, caracterizando, assim, a força maior, ficando para o evento decorrente de ato de terceiro o enquadramento do caso fortuito. Uma terceira teoria seria a da previsibilidade somada à da irresistibilidade, posição defendida por

Carnelutti. O fortuito, no caso, seria previsível e a força maior irresistível. Ocorre que são muitos os fatos perfeitamente previsíveis, não impedindo, no entanto, que se lhes reconheça a característica da irresistibilidade (o evento morte seria, no caso, o exemplo). Uma quarta teoria, ainda, seria a do reflexo sobre a vontade humana, que é de maior aceitação. Segundo esse pensamento, enquanto na força maior se tem um contingente decorrente da própria natureza, fazendo surgir resultados impeditivos, no caso fortuito haverá sempre um contingente da vontade humana que poderá ser localizado ou identificado. Assim, por um plural de razões, o legislador continua unindo os dois institutos, da força maior e o fortuito num só estudo. São seus elementos constitutivos comuns a superveniência de um fato extraordinário e a impossibilidade de, em decorrência disso, cumprir-se com a obrigação devida. Dentre os seus efeitos, certamente o mais relevante está na superveniente inexigibilidade da obrigação. Noutra divisão, são duas as teorias tradicionais ou clássicas em relação aos institutos em exame: a teoria objetiva e a teoria subjetiva. A primeira adotaria o entendimento de uma força maior resultante da irresistibilidade e da imprevisibilidade do acontecimento. A segunda, partindo embora da mesma ideia quer, de certo modo, acrescer-lhe um complemento ao considerar indispensável que o acontecimento irresistível e imprevisível não resulte de dolo ou de culpa da parte, que se beneficiará com a exoneração da obrigação em causa.<sup>[33]</sup>

Não se questionará, por óbvio, a relevância de ambos os institutos no ambiente da pandemia. O que se pretende ressaltar é a insuficiência desses dois institutos, juntos ou separados, para o enfrentamento da crise pandêmica o que é facilmente verificável. É que esses institutos, em princípio, são de invocação apenas e exclusivamente nas relações privadas, ou a partir de um sujeito de Direito comum, dentre os cidadãos comuns, em relação à

---

33. Em conjunto, os dois institutos são tratados nos artigos 1058 do Código Civil de Clovis Bevilacqua e 393 no Código de Miguel Reale. MELO DA SILVA, Wilson, CHAVES, Antônio, CRETELLA JÚNIOR, José, RUSSOMANO, Mozart Victor **Enciclopédia Saraiva do Direito**, Editora Saraiva, volume 38, São Paulo, 1979, verbete; BATISTA DE MELO, **Do Caso Fortuito e da Força Maior nos Contratos Cíveis**, Doutrinas Essenciais, Obrigações e Contratos, Contratos: Formação e Regime, Volume IV, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 467-480.

figura do Estado, das autoridades portanto. Ocorre que a pandemia não faz diferença entre o privado e o público, entre o que de uso particular e o que de uso coletivo porque a peste desconserta e desarranja também as obrigações provenientes do próprio Estado e, portanto, da própria autoridade. A ausência de hospitais, de leitos ou de equipamentos, a carência de recursos (que obrigou, o Brasil, a fazer uso, em caráter excepcional, de um orçamento de guerra) são a prova dessas afirmações. O efeito surpresa da pandemia alcança em primeiro lugar a própria figura do Estado e de todos os seus agentes. Sem exonerar o Estado das suas obrigações, não será incorreto dizer que, num primeiro momento, reconhecida a pandemia, é necessário ter certa indulgência com as autoridades que também são colhidas pela catástrofe. Não dá para, desconhecendo fatos, esquecer-se do conflito de relações entre a mais alta autoridade do executivo e seus ministros e governadores; do abandono à própria sorte que ficaram os municípios, principalmente os mais populosos. Há, a respeito, uma página ainda em aberto, a ser escrita, com relação às vacinas contra a Covid-19, capítulo cuja ementa inicial aponta para mais uma confusão entre o político (a condução política) e as exigências da ciência.

## **A Teoria da imprevisão**

Embora de aplicação restrita ao campo do Direito dos Contratos, a teoria da imprevisão se faz presente na ordem dos argumentos disponíveis para o enfrentamento da pandemia. Sua presença, de ordinário, se dá nos contratos comutativos, de execução diferida, continuada ou periódica, como cláusula implícita segundo a qual as partes estarão sujeitas ao cumprimento do contrato enquanto permanecerem inalteradas na sua execução, as circunstâncias que existiam no momento da celebração do negócio. A sua origem remonta a tempos imemoriais. Na Babilônia, no Código de Hamurabi, certa disposição considerava que *“Se alguém tem um*



*débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta d'água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano*", lembra Carlos Alberto Bittar Filho. Na Idade Média, em sua Suma Teológica, Tomás de Aquino, ao tratar do pecado do anatocismo (*numus non gerat*) escreveu (e aqui se reproduz em tradução livre) que "não mente e nem peca aquele que não cumpre o prometido, por não terem as coisas permanecido com as do tempo [da celebração] do contrato". Disposições do gênero apareceram em seguida, na era das codificações, em vários textos legais dos ordenamentos jurídicos ocidentais.<sup>[34]</sup>

Dentre as críticas cogitáveis em torno dessa *rebus sic stantibus* está a de que ela marca certo declínio daquele princípio fundante das relações privadas, da autonomia da vontade. Nalguma medida, verdadeira a assertiva, registra-se aquilo que já conferido quando examinados outros princípios e que, com o avanço da sociedade, necessário tornou-se valorizar o coletivo e desproteger todo egoísmo lesivo, vencendo-se aquilo que seria uma intangibilidade do contrato. Não se trata, todavia, de uma conspiração contra qualquer princípio, um em relação ao outro, mas de sopesamento do sentido e configuração social de cada um deles. O instituto dessa *rebus sic stantibus* apareceu como resposta e como contraponto àquilo que seria onerosidade excessiva das obrigações. Quem contrata, contrata as circunstâncias. Valorizando esse princípio, no Brasil, o Código Civil de Miguel Reale, em mais de um dispositivo autoriza a resolução dos contratos e a modificação equitativa de suas condições (arts. 317, 478, 479 por exemplo).

---

34. BAPTISTA, Silvio Neves, **A Crise do Contrato**, Doutrinas Essenciais, obrigações e contratos, obra coordenada por Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, volume III, Contratos: Princípios e Limites, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 929-947; PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca, **Teoria da Imprevisão e o novo Código Civil**, Doutrinas essenciais, Obrigações e Contratos, obra coordenada por Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, Volume IV, Contratos: Formação e Regime, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 415-435; na mesma obra, BITTAR FILHO, Carlos Alberto, **Teoria da Imprevisão: sentido atual**, p. 481-500.

Demonstrada a relação de causa e efeito entre o fato (a pandemia) e a consequência dele resultante em relação ao contrato, o encaminhamento da solução com o necessário alívio para o devedor estará, portanto, na lei. É nessa dimensão que se confirma que o instituto não foi criado para o enfrentamento de pandemias. Restrita às relações contratuais é, a doutrina da imprevisão, como as demais, sozinha, pouca, impotente para resolver questões que derivadas de uma situação de pandemia que vão além, muito além de meras relações contratuais.

## A teoria do fato do príncipe

Pelo seu próprio título, já se percebe, se está a cogitar de um ato de autoridade, isto é, ação impositiva do Estado obrigando certo comportamento que desarranjaria outra relação entre particulares. A conformação original do negócio jurídico encetado fica inviabilizada. O seu *habitat* natural está no Direito Administrativo, disciplina que trata exatamente da relação com o Estado, e no Direito do Trabalho, lugar onde se pratica a intervenção do Estado na proteção dos empregados em face de sua hipossuficiência.

Sua origem histórica recomenda lembrar expressão adotada por um Portugal monárquico, a administração interna daquela “ira régia” que correspondia à prerrogativa do ministro do rei em não executar a vontade deste, quando declarava o soberano, possesso, a pena de morte para algum súdito, decisão tomada, certamente, sem justificativa plausível e movida por injustificada ira, a “ira régia”. Aí, o exemplo do fato do príncipe. Segundo Maurice Hauriou e Rivero, com o fato do príncipe se romperia o equilíbrio do contrato: “o que agradou o príncipe tem força de lei.”<sup>[35]</sup>

---

35. CRETELA JUNIOR, José, ROCHA, Osiris, Enciclopédia Saraiva do Direito, volume 36, Editora Saraiva, São Paulo, 1979, verbete.

Se a modificação nas condições de execução do contrato ou da obrigação se dá por iniciativa da autoridade, como regra primária haveria de se cogitar da obrigação dessa mesma autoridade (o agente público, o Estado) indenizar a lesão causada. Não há de ser, no entanto, necessariamente assim. Essa intervenção do Estado certamente se legitimará quando estiver em causa uma questão de ordem pública, para além, por óbvio, do que seria, por exemplo, aquela onerosidade excessiva. Será necessário estar em causa uma sobrevalorização mais relevante, de um interesse coletivo na condição de valor superior.

Sem fugir do tema examinado, tem-se mais um instituto que embora de indiscutível utilidade, também se revela pequeno para responder às questões que derivadas de uma pandemia, também por um plural de razões. A legislação, em caso de pandemia, certamente haverá de ser uma legislação especial, episódica, de ocasião (não exatamente legislação de exceção porque emanada de autoridade legítima ou legitimada e imposta diante de um quadro de excepcionalidade). No caso, a ação da autoridade (o príncipe) certamente levará em consideração situações de hiposuficiências antes não existentes e inverificáveis, tendo a sua causa motriz ou causa matriz, a pandemia. Entram em relevo tais iniciativas do Estado, os poderes discricionários, requisitórios, de arbitramento (que não se confundiriam necessariamente com poder arbitrário).

## **Conclusão: O Direito como uma ordem da sociedade**

Para cumprir a sua finalidade o Estado é o organizador e o gestor do (seu) sistema jurídico adotado e por aí que se constrói aquele aceitável conceito de Direito como uma ordem da sociedade. Na construção desse Direito, para além do Direito positivo (o Direito posto), essa ordenação se vale de partículas da realidade, haurindo verdades e experiências a partir

de usos e costumes, doutrina, jurisprudência, bebendo em fontes de todas as ciências, a filosofia, a sociologia, a história, a lógica, a estatística, e numa particularização que o tema exige, na medicina, especialmente no trato de questões sanitárias e de saúde pública, quando se busca a vacina e a cura dos males da pandemia.

No plano dos fatos, é preciso organizar as acontecimentos. A instalação da pandemia do Covid-19 é um fato. Não tem cabida, portanto, nem a autoridade e nem os particulares negarem a existência do fato. Tratando-se de pandemia, na sua compreensão estritamente científica, à ciência e exclusivamente à ciência, cabe a tarefa de encontrar vacina e perseguir a cura. Nessa empreitada, Estado e particulares têm o dever moral, cívico, político e jurídico de agirem de mãos dadas. Aos particulares, às pessoas naturais e às pessoas jurídicas (também as pessoas jurídicas – as empresárias e as não empresárias – são cidadãos) cabem agir de acordo com as recomendadas ordens relacionadas à saúde pública, as medidas sanitárias que, em função da pandemia, ou são ou se convolverão em comandos jurídicos. Aqueles que por conta própria e por crenças quaisquer decidiram enfrentar o vírus não podem fazê-lo desrespeitando as regras, porque não se pode por em risco a saúde alheia. Há um rosário de normas jurídicas que, interpretadas em face da pandemia, desautorizam conclusão diversa. O interesse coletivo se sobrepõe ao interesse particular porque este é o fundamento e a razão de ser daquilo que se denominou “Estado”.

Nessa linha, cabe a esse mesmo Estado, nas suas várias instâncias e certamente de modo ordenado, proporcionar a maior capilaridade possível de todas as ações no sentido de debelar o mal (recursos, publicidade, ação de logística). O inimigo da Humanidade neste momento é um só: a pandemia do Covid-19.

O Estado brasileiro conseguiu entregar àquela multidão por ele próprio classificada de invisíveis, numa primeira hora, recursos mínimos para sua sobrevivência; não conseguiu, todavia, viabilizar recursos para as pessoas jurídicas, sociedades empresárias empregadoras e geradoras de riquezas, no limite de um mínimo razoável para se manterem vivas assim que passada a catástrofe. Assusta o fato de nada, absolutamente nada, ter sido exigido do exército de servidores públicos, o que, para além de demonstrar uma inaceitável desigualdade entre os cidadãos, põe à mostra uma espécie de “sequestro do Estado” praticado pelo próprio estamento. É uma conta que a sociedade brasileira lamentavelmente terá que pagar. Aos patrocinadores desse proceder, que desagrega as pessoas e promove o desmanche do Estado é preciso recordar que o Direito é, também, segundo a boa doutrina, um “mínimo ético” (é o que deve ser exigido de todos os agentes, de todos os sujeitos, de todas as pessoas de bem).

## Referência

AQUINO, Tomás, *Summa Theologica* (com introdução por Jean-Marié Aubert), Volume IV, 3ª edição, Edições Loyola, São Paulo, 2009.

ARRUDA ALVIM, **A Função Social dos Contratos no novo Código Civil**, Doutrinas Essenciais, obra coordenada por Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, Volume III, *Contratos: Princípios e Limites*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 211.

ASCENSÃO, José de Oliveira, **O Direito – Introdução e Teoria Geral**, 13ª edição refundida, Editora Almedina, Coimbra, 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira, **Direito Civil – Reais**, Coimbra Editora, 5ª edição, reimpressão, Coimbra, 2000.

ÁVILA, Humberto, “**Neoconstitucionalismo**”: **Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”**, em *DireitoEstado.com.br*. O Direito Público da Cidadania, número 17 – janeiro/fevereiro/março – ISSN 1981-187X, Salvador, 2009/ do mesmo autor, **Teoria dos Princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, Malheiros Editores, 5ª edição, São Paulo, 2006.

BALBINO, Renata Domingues Barbosa, **O Princípio da Boa-Fé Objetiva no novo Código Civil**. Doutrinas Essenciais, obra coordenada por Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, Volume III, Contratos: Princípios e Limites, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

BAPTISTA, Luiz Olavo, **Contratos Internacionais**, Editora LEXMAGISTER, Comissão de Direito e Mundialização da OAB/SP, São Paulo, 2011.

BAPTISTA, Silvio Neves, **A Crise do Contrato**, Doutrinas Essenciais, obrigações e contratos, obra coordenada por Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, volume III, Contratos: Princípios e Limites, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

BARBOSA, Rui, **Discursos, orações e conferências**. Livraria Editora Iracema, Divulgadora de Obras Culturais, Tomo III, São Paulo, 4ª edição, 1972.

BATISTA DE MELO, **Do Caso Fortuito e da Força Maior nos Contractos Civis**, Doutrinas Essenciais, Obrigações e Contratos, Contratos: Formação e Regime, Volume IV, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

BENETI, Sidnei e BENETI FILHO, Sidnei, **Teoria do Adimplemento Substancial do Contrato na atualidade**, Revista do Advogado, Direito das Empresas em Crise, da Associação dos Advogados de São Paulo, outubro de 2016, ano XXXVI, nº 131.

BERALDO, Leonardo de Faria, **Função Social do Contrato**, Editora Del Rey, 2011.

BIONDI, Mario, INSAUSTI, A. Eduardo, STRIGLIO Amilcar, Derecho Comercial, Balmes, 3ª edición, Buenos Aires, 1951.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto, **Teoria da Imprevisão: sentido atual**, Doutrinas essenciais, Obrigações e Contratos, obra coordenada por Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, Volume IV, Contratos: Formação e Regime, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

CANOTILHO, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Editora Almedina, Coimbra, 7ª edição, 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa, **Princípios do Direito Comercial – Com anotações ao projeto de Código Comercial**, Editora Saraiva, São Paulo, 2012.

CORDEIRO, António Menezes, **O princípio da boa-fé e o dever de renegociação em contextos de “situação econômica difícil”**, II Congresso de Direito da Insolvência, obra coordenada por Catarina Serra, Editora Almedina, Coimbra, 2014.

CORDEIRO, António M. Barreto, **Direito Inglês dos Contratos I**, AAFD Editora, Lisboa, 2017.

COSTA, Dilvanir José da, **Curso de Hermenêutica Jurídica**, Editora Forense, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2005.

COSTA, Mariano Fontes da, **Ruptura de Negociações Précontratuais e Cartas de Intenção**, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

COSTA, Wille Duarte, **Relação Jurídica**, Coleção Momentos Jurídicos 4, Livraria e Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1994.

CRETELA JUNIOR, José, ROCHA, Osiris, Enciclopédia Saraiva do Direito, volume 36, Editora Saraiva, São Paulo, 1979, verbete.

DIDIER JUNIOR, Fredie, **O Direito de Ação como complexo de Situações Jurídicas**, Revista de Processo, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012.

DUARTE, Ronnie Preus, **Boa-Fé, Abuso de Direito e o novo Código Civil Brasileiro**, Doutrinas Essenciais, obra coordenada por Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, Volume III, Contratos: Princípios e Limites, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

DUARTE, Rui Pinto, **A Interpretação dos Contratos**, Editora Almedina, Coimbra, 2017.

ECO, Umberto, **O Nome da Rosa**, Editora Nova Fronteira, 25ª edição, Milão 1980 – Rio de Janeiro, 1983.

ELLSCHIED, Gunter, **O Problema do Direito Natural, Uma Orientação sistemática, Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 3ª edição, 2015.

FERRARA, Francesco, **Ensaio da Interpretação e Aplicação das Leis**, Editora Armênio Amado – Coleção *Studium*, 4ª edição, Coimbra, 1987.

FORGIONI, Paula A., **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro – Da Mercancia ao Mercado**, Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, São Paulo, p. 2016.

FOUTO, Ana Caldeira, NUNES, Filipe Arede, ROCHA, Francisco Rodrigues, SANTOS, Jorge Silva, SEIXAS, Margarida, BRIGAS, Miriam Afonso, **Textos de História do Direito**, AADFL Editora, Lisboa, 2018.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo, **O Índio Brasileiro e a Revolução Francesa**, Editora Topbooks, Rio de Janeiro, 2ª edição, 1976.

FULLER, Lon L., **El Caso de los Exploradores de Cavernas**, Biblioteca de Filosofía Del Derecho, Ediciones Olejnik, Santiago – Chile, 2018.

GALGANO, Francesco, **Il Negozio Giuridico**, Editora Multa Paucis AG, Giufrè Editore, Milano, 2002.

GELLA, Agustín Vicente y, **Curso de Derecho Mercantil Comparado**, Tomo Primero, Segunda Edición, Tipografía La Academica, Zaragoza, 1948.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno, **Função Social do Contrato**, Editora Saraiva, São Paulo, 2004.

GOMES, Rogério Zuel, **Teoria Contratual Contemporânea, Função Social do Contrato e Boa- Fé**, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004.

GRAES, Isabel, **História do Pensamento Jurídico**, Coletânea de Textos de Apoio, AAFDL Editora, Lisboa, 2018.

GRAU, Eros Roberto, **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida, **Função Social do Contrato e Contrato Social – Análise da Crise Econômica**, Editora Saraiva, São Paulo, 2013.

HÄBERLE, Peter, **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental da Constituição”**, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997.

HASSEMER, Winfried, **Sistema Jurídico e Codificação, a Vinculação do Juiz à Lei, Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**, Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, Lisboa, 2015.

HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes, **A função Social do Contrato. Doutrinas Essenciais**, obra coordenada por Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, Volume III, Contratos: Princípios e Limites, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

HOMEM, António Pedro Barbas, **O Justo e o Injusto**, AAFDL Editora, Reimpressão, Lisboa, 2017.

HESSE, Konrad, **A Força Normativa da Constituição**, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991.

JHERING, Rudolf Von, **A Luta pelo Direito**, Editora Forense, Rio de Janeiro, (tradução de João de Vasconcelos), 1972.

JUSTO, A. Santos, **Direito Privado Romano I – Parte Geral, Introdução e Relação Jurídica – Defesa dos Direitos**, *Studia Iuridica*, nº 50, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 6ª edição, 2017.

KELSEN, Hans, **A Paz pelo Direito**, Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2011.

KELSEN, Hans, **Teoria Pura Del Derecho**, Editora Eudebra, Buenos Aires, 2016.



LAMEGO, José, **A Teoria Pura de Direito de Kelsen**, AADFL Editora, Lisboa, 2019.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, **Direitos Reais**, Editora Almedina, Coimbra, 5ª edição, 2015.

LIMONGI FRANÇA, Enciclopédia Saraiva do Direito, Comissão de Redação, Editora Saraiva, São Paulo, 1982, verbete.

LISBOA, Roberto Senise, **Princípios Gerais do Contrato**, Doutrinas Essenciais, obra coordenada por Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, Volume III, Contratos: Princípios e Limites, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

LÔBO, Pedro Luiz Neto, **O Contrato, Exigências e Concepções Atuais**, Editora Saraiva, 1986.

MACHADO, José Manuel Gonçalves, **O Dever de Renegociar no âmbito Pré-insolvential** – Estudo Comparativo sobre os Principais Mecanismos de Recuperação de Empresas, Editora Almedina, Coimbra, 2017.

MARTINEZ, Pedro Soares, **Ensaio de um Curso Básico de História do Direito Peninsular Romano e Português**, AADFL Editora, Lisboa, 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva, **Uma Breve Teoria sobre o Constitucionalismo**, Editora Lex Magister, Porto Alegre, 2015.

MAZUREK, Per, **Teoria Analítica do Direito, Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**, Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, Lisboa, 2015.

MELO DA SILVA, Wilson, CHAVES, Antônio, CRETELLA JÚNIOR, José, RUSSOMANO, Mozart Victor **Enciclopédia Saraiva do Direito**, Editora Saraiva, volume 38, São Paulo, 1979, verbete

MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional**, Tomo I, 5ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1996.

MIRANDA, Jorge, **Escritos sobre Direitos Fundamentais**, Editora Principia, Estoril, 2006.

MORAES FILHO, Evaristo de **Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa**, Editora Forense, volume, I., 1ª edição, Rio de Janeiro, 1960.

OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro, **A Boa-fé Objetiva como conservação da finalidade econômica do contrato**, obra coordenada por Arnaldo Wald e Rodrigo da Fonseca Garcia, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da, **Enciclopédia Saraiva do Direito**, Editora Saraiva, São Paulo, 1978, volume 11 (verbeta).

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de Direito Civil**, volume III (atualizado por Regis Fichtner), Editora Forense, 12ª edição, São Paulo, 2002.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz, **O Futuro da Justiça**, Editora IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, 2015.

PLANIOL, Marcel, *Traité Elementaire de Droit Civil*, Tome Premier, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950.

PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado**, Editora Revista dos Tribunais, Parte Geral, Tomo I, Volume I, 4ª edição, 2ª tiragem, São Paulo, 1983.

PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca, **Teoria da Imprevisão e o novo Código Civil**, Doutrinas essenciais, Obrigações e Contratos, obra coordenada por Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, Volume IV, Contratos: Formação e Regime, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

RÃO, Vicente, **Ato Jurídico**, Editora Max Limonad, 3ª tiragem, São Paulo, 1961.

ROITBARG, Marcelo, **Tratado Teórico Practico – Instituciones de Derecho Privado – Empresa y Sociedades Comerciales**, volume I, Editora Errepar, Buenos Aires, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, **Do Contrato Social**, Editora Martin Claret (Edição: Obra prima de cada autor), São Paulo, 2004.

SALDANHA, Nelson, **O Componente Hermenêutico. Sobre a necessidade de repensar a noção de Direito**, Doutrinas Essenciais, Obrigações e Contratos, obra coordenada por Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, Volume I, Obrigações: Estrutura e Dogmática, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

SOARES, Tereza Luso, **Textos de Direito Romano**, AAFDL Editora, Lisboa, 1987.

SALOMÃO FILHO, Calixto, **Função Social do Contrato**. Doutrinas Essenciais, obra coordenada por Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, Volume III, Contratos: Princípios e Limites, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

SICA, Lígia Paula Pires Pinto, **Recuperação Extrajudicial de Empresas – O Direito Empresarial Atual (Princípio da preservação da empresa – reorganização empresarial – Meios de reorganização)**, Editora Campus Jurídico, Elsevier, São Paulo, 2014.

SILVA, José Anchieta da, **O Empresário e a Lei de Liberdade Econômica – Esperado Encontro Mercado, Lei de Liberdade Econômica e o Ordenamento Brasileiro**, Editora D'Plácido, Belo Horizonte, 2020.

SILVA, José Anchieta da, **O 'Coronavirus'. A vida das Pessoas e a vida das Empresas**, 30 Anos de Advocacia, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2020.

THEODORO JUNIOR, Humberto, **Interpretação e Aplicação das Normas Jurídicas**, Revista de Processo, edição RePro 150, Belo Horizonte, 2007.

TELLES JUNIOR, Goffredo, **O Direito Quântico, ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica**, Editora Max Limonad, Editor de Livros de Direito, (sem referência ao ano de edição), Biblioteca do IASP – São Paulo.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, **Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça**, Editora Del Rey, 3ª edição ampliada e atualizada, 2019.

VELASCO, Ignácio M. Poveda, **A boa-fé na formação dos contratos (Direito Romano)**, Doutrinas Essenciais, obra coordenada por Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, Volume III, Contratos: Princípios e Limites, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

WALE, Rocco, Principi, Regole, Interpretazione, Contratti e Obbligazioni (scritti in onore di Giovanni Furguele) – Dalla Dottrina alla Giurisprudenza e Ritorno, a cura di Giuseppe Conte e Sara Landini, con la collaborazione di Marco Rezziti e Giulia Tesi, Università degli Studi di Firenze, Universitas Studiorum, disponível em <http://www.universitas.studiorum.it>.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, **Uma Reflexão sobre as cláusulas gerais do Código Civil de 2002**. Doutrinas Essenciais, obra coordenada por Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, Volume III, Contratos: Princípios e Limites, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 211.

# O Novo Paradigma da Transação Tributária

GUSTAVO VENTURA

## Considerações iniciais

A relação dos contribuintes com os diversos fiscos no Brasil sempre foi tortuosa e, muitas vezes, litigiosa. De um lado, está o Estado, poderoso e com base no império da lei, e, do outro, o contribuinte, obrigado a recolher os seus tributos, muitas vezes além da sua real capacidade de pagamento. Basta uma simples análise do aumento da carga tributária no Brasil que, no início da década de 1990, era de cerca 25% e que, nas últimas décadas, está em torno de 35% do PIB, para constatar o seu peso na economia.

É inegável que muitas vezes o Estado é visto como *um fim em si próprio*, aumentando as suas próprias despesas e criando estruturas caras e desnecessárias, que leva o contribuinte a arcar com algo que está fora do seu alcance.

Os bilionários déficits públicos da União e a falta de capacidade de pagamentos das suas obrigações pelos estados e municípios estão devidamente demonstradas. Apesar disso, a relação direta entre a carga tributária e as despesas públicas não é debatida amplamente pela sociedade, sinal do pouco amadurecimento em relação ao seu papel de cobrar o bom uso do dinheiro arrecadado dos pagadores de impostos.

Em decorrência desse desequilíbrio, os bons contribuintes, que muitas vezes deixam de pagar as suas obrigações por uma real falta de capacidade—frequentemente gerada pelas crises econômicas que ocorrem no Brasil - e

os maus contribuintes, aqueles que deliberadamente costumam não pagar seus tributos, são tratados da mesma forma pelo fisco, gerando ainda mais distorções na concorrência entre as empresas, o que é um problema para o desenvolvimento sustentável do País.

Como consequência desses problemas, tivemos a criação de um passivo tributário trilionário que a União (credora de mais de dois trilhões de reais), Estados, DF e Municípios tem a obrigação de cobrar, com base na lei de execuções fiscais (Lei nº 6.130/80), norma arcaica e completamente fora da realidade dos dias atuais, pois desconsidera as razões da inadimplência e parte da premissa que o Estado é eficiente e cobra apenas o necessário do cidadão e das empresas.

Tal estrutura legal leva a uma eterna “briga de gato e rato”, onde os contribuintes, os bons e os maus, buscam fugir do fisco, de forma legítima ou não; e, por sua vez, o fisco, de forma legítima – ainda que por vezes exagerando em suas ações – busca receber os tributos, muitas vezes números fictícios, pois não encontrará patrimônio suficiente do contribuinte para saldar essas dívidas, em sua grande maioria majoradas com multas altas e com correções exageradas, como o uso da taxa SELIC, por exemplo.

Todo esse cenário juridicamente complexo e que afasta investimentos, começa a mudar por meio de uma inovadora visão do problema, especialmente pelos procuradores da Fazenda Nacional e também de alguns estados, a exemplo de Pernambuco e São Paulo. A possibilidade de se firmar acordos, por meio da chamada transação tributária, instrumento previsto no Código Tributário Nacional, desde 1966, mas que parecia “letra morta”, ou melhor, algo que nunca seria posto em prática.

Essa realidade, porém, começou a mudar recentemente. É com grande entusiasmo que acompanhamos o empenho dos procuradores da Fazenda

Nacional em criar uma série de normas internas para conferir efetividade à Lei nº 13.988, de 14.04.2020, que dispõe sobre a transação tributária no âmbito federal. Com isso, a Fazenda Nacional e também os contribuintes, em condições específicas, podem apresentar propostas para a resolução de conflitos em relação à maioria dos créditos tributários.

O objetivo do presente artigo é apresentar uma análise do conjunto normativo que dispõe sobre o tema.

## A transação no Sistema Tributário Nacional

A Constituição Federal ao estabelecer à Lei Complementar o papel de prescrever as *normas gerais em matéria de legislação tributária*<sup>[1]</sup>, buscou conferir um conteúdo unificador de regras e princípios para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Tal conteúdo, sabiamente determinado pelo legislador constituinte, não se restringe apenas a elementos fundamentais do direito tributário, a exemplo do crédito, obrigação e lançamento, pois foi além inserindo nas normas gerais outros elementos para a formação e harmonização do sistema<sup>[2]</sup>.

Assim, por exemplo, apesar de não constar expressamente dos elementos constantes no art. 146 da Constituição, as hipóteses de suspensão

---

1. Art. 146. Cabe à lei complementar:

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;  
b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;  
c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.  
d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

2. Heleno Tórres traz a seguinte opinião: “A especialidade em matéria tributária exige essa expansão às normas gerais, como uma pauta para delimitar o espaço da própria juridicização, i.e., a escolha política de condutas para que, mediante leis, possam fazer parte do catálogo de condutas reguladas pelo direito, mediante a lógica da definição de hipóteses de incidência e atribuição de efeitos típicos, por imputação deontica. Com isso, o legislador fica ainda mais coartado na sua atividade de produtor de regras inovadoras do ordenamento jurídico, pois além de dever obediência à Constituição, às “normas gerais de direito tributário”, passa a dever, na elaboração de leis, também respeito à regras no Código, às “normas gerais em matéria de legislação tributária” (Código Tributário Nacional: Teoria da Codificação, Função das Leis Complementares e Posição Hierárquica no Sistema, *In* Revista Dialética de Direito Tributário nº 71, pág. 87, Editora Dialética).

e extinção do crédito tributário inegavelmente fazem parte das normas gerais em matéria de legislação tributária.

Assim, o Código Tributário Nacional<sup>[3]</sup>, entre os seus artigos 151 a 156, estabelece um conteúdo unificador que deve ser usado por todas as pessoas políticas, ao abordarem as hipóteses de suspensão e extinção do crédito tributário.

Curiosamente, o legislador original do CTN conferiu grande relevância a moratória<sup>[4]</sup>, abordando sobre o tema nos artigos 152 a 155, o que, na prática, se revelou de pouquíssima aplicação na pragmática do direito tributário até os dias de hoje.

Outros elementos, porém, a exemplo do parcelamento<sup>[5]</sup>, amplamente usado por diversas pessoas políticas, apenas passou a ter uma atenção maior do CTN, por meio da inserção do art. 155-A, inserido pela Lei Complementar nº 104/2001.

Tanto a moratória, quanto o parcelamento, são classificadas pelo CTN como hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, além das demais hipóteses contidas no seu art. 151.

Por sua vez, no art. 156 do CTN encontram-se as hipóteses de extinção do crédito tributário, onde, por óbvio, o pagamento é a principal e mais comum hipótese.

---

3. Sobre a importância do CTN, explica Paulo de Barros Carvalho: “A Lei n. 5.172/66 cumpre, em termos de sistema tributário nacional, relevante papel de mecanismo de ajuste, calibrando a produção legislativa ordinária em sintonia com os mandamentos supremos da Constituição de 1988. Posso afirmar, de forma resumida, que exercendo a sua missão, essa lei assegura o funcionamento do sistema (...) Tudo visando à uniformidade e harmonia do ordenamento como um todo (Direito Tributário, Linguagem e método, 2008, Editora Noeses, pág. 221).

4. Segundo Paulo de Barro Carvalho, “moratória é dilação do intervalo de tempo, estipulado para o implemento de uma prestação, por convenção das partes, que podem fazê-lo tendo em vista uma execução unitária ou parceladas (Curso de Direito Tributário, 13ª Edição, pág. 434, Editora Saraiva).

5. Explica Sacha Calmon Navarro Coelho: “O art. 155-A foi incluído no CTN pela Lei Complementar nº 104, de 10.01.2001, dispondo que o parcelamento necessita de lei específica (aqui acrescentamos, de cada ente da federação); seu parágrafo primeiro, visando resolver litígios quanto à incidência ou das multas em parcelamentos tidos espontâneos, determinou que há tal exclusão, exceto se lei dispuser de forma contrária (anistia), seguido os rumos da jurisprudenciais sobre a matéria; o parágrafo segundo determinou que o parcelamento, de forma subsidiária, devem ser aplicadas as normas referentes à moratória (Curso de Direito Tributário Brasileiro, 10ª Edição, pág. 728, Editora Forense).

Sabidamente, o legislador incluiu a transação como hipótese de extinção do crédito tributário, no art. 156, inciso III, do CTN. Tal inclusão sempre é a mais lembrada pela doutrina, mas não é a única. Muito relevante a previsão contida no art. 171 do CTN, que por décadas foi deixado de lado, pela ausência da prática do fisco em buscar transacionar. A redação é a seguinte:

“Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário.

Parágrafo único. A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso.”

Pois bem. O CTN acabou por conceituar o que é transação<sup>[6]</sup> para o direito tributário brasileiro, prescrevendo que representa o fim de um litígio, em razão da extinção do crédito tributário. Portanto, a premissa da transação envolve necessariamente uma disposição de abrir mão de eventual direito ou entendimento em prol da resolução de um conflito.

A premissa da *irrenunciabilidade do crédito tributário* pode assim ser relativizada, caso a lei ordinária (federal, estadual, distrital e municipal) estabeleça hipóteses de transação para a solução de conflitos<sup>[7]</sup>. Assim, desde 1966 o CTN autoriza a possibilidade de transação, estabelecendo apenas a necessidade de lei ordinária e que exista um litígio relacionado ao tributo.

---

6. Na opinião de Paulo de Barros Carvalho: “os sujeitos da obrigação tributária podem celebrar transação, assim entendido o instituto mediante o qual, por concessões mútuas, credor e devedor põem fim ao litígio, extinguindo a relação jurídica. (...) O princípio da indisponibilidade dos bens públicos impõe seja necessária previsão normativa para que a autoridade competente possa entrar no regime de concessões mútuas, o que é da essência da transação. Os sujeitos do vínculo concertam abrir mão de parcelas de seus direitos, chegando a um denominador comum, teoricamente interessante para ambas as partes, e que propicia o desaparecimento simultâneo do direito subjetivo e do dever jurídico correlato. Mas, é curioso verificar que a extinção da obrigação, quando decorre da figura da transação, não se dá, propriamente, por força de concessões mútuas, e sim do pagamento. O processo de transação tão-somente prepara o caminho para que o sujeito passivo quite sua dívida, promovendo o desaparecimento do vínculo. Tão singela meditação já compromete o instituto como forma extintiva de obrigações (Direito Tributário, Linguagem e método, 2008, Editora Noeses, pág. 484).

7. Cabe aqui a lição de Hugo de Brito Machado: “Os que recusam totalmente a transação do direito tributário, como anteriormente se viu, apontam uma antinomia entre o art. 3º, do Código Tributário Nacional, que afirma ser o tributo cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada, e o seu art.171, que admite a transação. A nosso ver, tal antinomia é apenas aparente. (...) ...trata-se de exceção razoável, que convive perfeitamente com a regra geral sem de nenhum modo agredi-la. Na verdade o caráter plenamente vinculado da atividade administrativa somente será contrariado se a lei ordinária atribuir às autoridades lançadoras em geral, ou às autoridades que geralmente representam a Fazenda Pública em juízo, competência para fazer transações (Revista Fórum de Direito Tributário, n. 28, pág. 51, jul-ago 2007).



Passados mais de cinquenta anos da promulgação do CTN, raras foram as situações em que foram promulgadas leis para tratar da transação<sup>[8]</sup> e, muito especialmente, nunca houve uma real intenção das administrações tributárias, e também das procuradorias da fazenda, em solucionar os litígios por esse meio.

No plano federal, a transação sempre teve a limitação da ausência de lei. Assim, as procuradorias, nas raras situações em que havia a necessidade de acordo em um processo mais complexo, o termo transação não podia ser usado.

Assim, a falta de um conjunto normativo claro sobre a transação, sempre foi um grande limitador para a redução da litigiosidade no direito tributário.

## **A norma geral da transação tributária federal**

Depois de décadas de espera por uma norma geral acerca da transação tributária no âmbito federal, a Lei nº 13.988/2020, que busca fundamento de validade no art. 171 do CTN, traz expressiva contribuição e inovação a matéria. Em seu artigo 1º prescreve o seguinte:

“Art. 1º Esta Lei estabelece os requisitos e as condições para que a União, as suas autarquias e fundações, e os devedores ou as partes adversas realizem transação resolutiva de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária.

§ 1º A União, em juízo de oportunidade e conveniência, poderá celebrar transação em quaisquer das modalidades de que trata esta Lei, sempre que, motivadamente, entender que a medida atende ao interesse público.

---

8. Dois exemplos são a Lei Complementar nº 401/2018 do Estado de Pernambuco e a Lei Municipal do Rio de Janeiro nº 5966/2015.

§ 2º Para fins de aplicação e regulamentação desta Lei, serão observados, entre outros, os princípios da isonomia, da capacidade contributiva, da transparência, da moralidade, da razoável duração dos processos e da eficiência e, resguardadas as informações protegidas por sigilo, o princípio da publicidade.

§ 3º A observância do princípio da transparência será efetivada, entre outras ações, pela divulgação em meio eletrônico de todos os termos de transação celebrados, com informações que viabilizem o atendimento do princípio da isonomia, resguardadas as legalmente protegidas por sigilo.

§ 4º Aplica-se o disposto nesta Lei:

I - aos créditos tributários não judicializados sob a administração da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia;

II - à dívida ativa e aos tributos da União, cujas inscrição, cobrança e representação incumbam à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, nos termos do art. 12 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; e

III - no que couber, à dívida ativa das autarquias e das fundações públicas federais, cujas inscrição, cobrança e representação incumbam à Procuradoria-Geral Federal, e aos créditos cuja cobrança seja competência da Procuradoria-Geral da União, nos termos de ato do Advogado-Geral da União e sem prejuízo do disposto na Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

§ 5º A transação de créditos de natureza tributária será realizada nos termos do art. 171 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional).”

A primeira consideração é que se trata de uma *norma geral* que alcança créditos tributários e também não tributários, mas sempre relacionados à Fazenda Pública, ou seja, não alcança outros tipos de litígios em que possa se envolver a União.

A transação tributária a ser celebrada, não tem como condição necessária a existência de processo judicial, onde se discuta o crédito administrado pela Fazenda Pública. O mero inadimplemento é suficiente para se formalizar a proposta de transação, não sendo necessária a existência de crédito inscrito em dívida ativa, conforme prescreve o § 4º, do art. 1º, da Lei nº 13.988/2020.

Um aspecto que merece elogios é que, de maneira obrigatória, devem ser observados os princípios da isonomia, da capacidade contributiva, da transparência, da moralidade, da razoável duração dos processos e da eficiência. Não é comum no âmbito do direito tributário que o legislador estabeleça de modo expresso a aplicação de princípios<sup>[9]</sup>, implícitos e explícitos<sup>[10]</sup>, tão relevantes para o sistema de direito positivo. Tais premissas, foram utilizadas nas normas infralegais até hoje publicadas sobre o tema<sup>[11]</sup>.

O que chama mais atenção é aplicação do princípio da capacidade contributiva, pois num procedimento de transação tributária a não observância dessa premissa, acaba por inviabilizar a sua concretização.

Importante ressaltar que a capacidade não pode apenas estar relacionada a determinado crédito tributário ou determinada execução fiscal, mas ao conjunto do passivo tributário, além do cumprimento dos tributos correntes e as suas despesas operacionais.

Para tanto, compete ao contribuinte, em casos onde a negociação envolva valores representativos dentro da sua realidade, demonstrar o

---

9. Manoel Messias Peixinho, explica: “Outro dogma que há de ser afastado é a distinção entre normas jurídicas e princípios. Em verdade, os princípios são uma espécie de norma jurídica, como quaisquer outros diplomas legais” (A Interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais – Elementos para uma Hermenêutica Constitucional Renovada, 2ª Edição, Ed. LUMEN JURIS, pág. 111).

10. Roque Antonio Carrazza expõe: “De ressaltar, com Souto Maior Borges, que o princípio explícito não é necessariamente mais importante que o princípio implícito. Tudo vai depender do âmbito de abrangência de um e de outro, e não do fato de um estar melhor ou pior desvendado no texto jurídico. Finalmente, temos a Constituição no sentido jurídico (*stricto sensu*), que já examinamos. Nesse caso, Constituição é lei fundamental, é um conjunto de normas articuladas, que tecnicamente viabilizam os procedimentos para que realmente a atividade organizada da sociedade possa se desenvolver” (Curso de Direito Constitucional Tributário, 16ª Edição, Malheiros Editores, pág. 33).

11. Portarias da PGFN nºs 742/2018, 9917/2020, 14402/2020 e 21.562/2020.

seu conjunto de obrigações e o que é possível adimplir, levando-se aí em conta as demais premissas, a exemplo da transparência, publicidade etc. A premissa da boa-fé, igualmente, é fundamental.

De acordo com o art. 2º da Lei nº 13.988/2020, a proposta de transação pode partir do contribuinte ou da União, por meio de adesão ao que for proposto. Da experiência recente que tivemos ao longo de 2020, a PGFN já celebrou uma série de transações, valendo-se de reduções de valores de multa e de juros, estratégia que deve ser mantida doravante.

Tais transações, porém, tiveram como grande motivador os sérios problemas sociais e econômicos gerados pela pandemia do coronavírus. Importante que tal forma de resolução de litígios sejam também realizados quando do retorno à normalidade social e econômica.

Na hipótese do contribuinte propor a transação, é sua obrigação<sup>[12]</sup> expor os meios pelos quais pretende extinguir o conjunto de créditos tributários e está proibido de ocultar informações, buscar utilizar esse meio de solução de conflito de forma abusiva ou buscar esvaziar o seu patrimônio. Em outras palavras, o contribuinte – por óbvio – deve agir de boa-fé.

Por disposição expressa da referida lei<sup>[13]</sup>, as transações podem envolver o parcelamento e a moratória. Portanto, podem estar envolvidos dentro de um contexto de solução de litígios, a possibilidade de

---

12. Arts. 3º e 4º, da Lei nº 13.988/2020.

13. Art. 3º A proposta de transação deverá expor os meios para a extinção dos créditos nela contemplados e estará condicionada, no mínimo, à assunção pelo devedor dos compromissos de:

I - não utilizar a transação de forma abusiva, com a finalidade de limitar, de falsear ou de prejudicar, de qualquer forma, a livre concorrência ou a livre iniciativa econômica;

II - não utilizar pessoa natural ou jurídica interposta para ocultar ou dissimular a origem ou a destinação de bens, de direitos e de valores, os seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários de seus atos, em prejuízo da Fazenda Pública federal;

III - não alienar nem onerar bens ou direitos sem a devida comunicação ao órgão da Fazenda Pública competente, quando exigido em lei;

IV - desistir das impugnações ou dos recursos administrativos que tenham por objeto os créditos incluídos na transação e renunciar a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundem as referidas impugnações ou recursos; e

V - renunciar a quaisquer alegações de direito, atuais ou futuras, sobre as quais se fundem ações judiciais, inclusive as coletivas, ou recursos que tenham por objeto os créditos incluídos na transação, por meio de requerimento de extinção do respectivo processo com resolução de mérito, nos termos da alínea c do inciso III do caput do art. 487 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

§ 1º A proposta de transação deferida importa em aceitação plena e irrevogável e irretroatável de todas as condições estabelecidas nesta Lei e em sua regulamentação, de modo a constituir confissão irrevogável e irretroatável dos créditos abrangidos pela transação, nos termos dos arts. 389 a 395 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

§ 2º Quando a transação envolver moratória ou parcelamento, aplica-se, para todos os fins, o disposto nos incisos I e VI do caput do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

parcelamento ou da moratória, que necessariamente precisa da existência de lei ordinária, uma vez que não existe no direito pátrio o parcelamento com base norma infra-legal ou por decisão da autoridade administrativa. Por sua vez, a moratória individual é possível, uma vez que o art. 11, inciso II, da Lei nº 13.988/2020 expressamente autoriza tal possibilidade. Apesar de desnecessária, o § 2º, art. 3º, da referida lei garante a suspensão da exigibilidade dos créditos, objetos do parcelamento ou da moratória, no âmbito da transação, nos termos do art. 151, incisos I e VI, do Código Tributário Nacional <sup>[14]</sup>.

É amplo o alcance dos tributos, acréscimos e penalidades que podem ser alcançadas pela transação. A Lei nº 13.988/2020, apenas vedou a possibilidade de transação nas seguintes hipóteses: (a) na redução multas de natureza penal; (b) na concessão de descontos a créditos relativos ao Simples Nacional, enquanto não editada lei complementar autorizativa e ao FGTS, enquanto não autorizado pelo seu Conselho Curador; e (c) que envolva devedor contumaz, conforme definido em lei específica.

Não merecem maiores críticas as vedações, especialmente em relação aos créditos do SIMPLES e do FGTS, por necessitarem de autorização específica. Em relação à multa de natureza penal, o legislador entendeu, acertadamente, não restringir a sanção imposta por ato ilícito, apesar de não raro existir litígios onde se busca analisar a sua ocorrência, o que necessariamente passa por uma análise de um conjunto de provas. Afastada a ilicitude, evidentemente, pode ocorrer a transação. Já em reação ao devedor contumaz, essa proibição está com a sua eficácia contida, enquanto norma específica não discipline a matéria.

Diante da realidade brasileira, o passivo tributário trilionário do qual

---

14. "Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:  
I - moratória; (...)  
VI - o parcelamento."

a União Federal é credora tem na sua principal origem a dificuldade de pagamento das pessoas físicas e jurídicas, agravadas pelas instabilidades econômicas, alta carga tributária, entre outros fatores, como por exemplo o histórico de terem sido instituídos diversos programas especiais de parcelamento (REFIS, PAES, PAEX etc.), o que de certa forma estimula a inadimplência.

Para estimular a transação, a Lei nº 13.988/2020 estabelece a possibilidade de serem concedidos os seguintes benefícios:

“Art. 11. A transação poderá contemplar os seguintes benefícios:

I - a concessão de descontos nas multas, nos juros de mora e nos encargos legais relativos a créditos a serem transacionados que sejam classificados como irrecuperáveis ou de difícil recuperação, conforme critérios estabelecidos pela autoridade fazendária, nos termos do inciso V **docaput** do art. 14 desta Lei;

II - o oferecimento de prazos e formas de pagamento especiais, incluídos o diferimento e a moratória; e

III - o oferecimento, a substituição ou a alienação de garantias e de constrições.

§ 1º É permitida a utilização de mais de uma das alternativas previstas nos incisos I, II e III **docaput** deste artigo para o equacionamento dos créditos inscritos em dívida ativa da União.

§ 2º É vedada a transação que:

I - reduza o montante principal do crédito, assim compreendido seu valor originário, excluídos os acréscimos de que trata o inciso I **docaput** deste artigo;

II - implique redução superior a 50% (cinquenta por cento) do valor total dos créditos a serem transacionados;

III - conceda prazo de quitação dos créditos superior a 84 (oitenta e quatro) meses;

IV - envolva créditos não inscritos em dívida ativa da União, exceto aqueles sob responsabilidade da Procuradoria-Geral da União.

§ 3º Na hipótese de transação que envolva pessoa natural, microempresa ou empresa de pequeno porte, a redução máxima de que trata o inciso II do § 2º deste artigo será de até 70% (setenta por cento), ampliando-se o prazo máximo de quitação para até 145 (cento e quarenta e cinco) meses, respeitado o disposto no § 11 do art. 195 da Constituição Federal.

§ 4º O disposto no § 3º deste artigo aplica-se também às:

I - Santas Casas de Misericórdia, sociedades cooperativas e demais organizações da sociedade civil de que trata a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014; e

II - instituições de ensino.

§ 5º Incluem-se como créditos irrecuperáveis ou de difícil recuperação, para os fins do disposto no inciso I do **caput** deste artigo, aqueles devidos por empresas em processo de recuperação judicial, liquidação judicial, liquidação extrajudicial ou falência.

§ 6º Na transação, poderão ser aceitas quaisquer modalidades de garantia previstas em lei, inclusive garantias reais ou fidejussórias, cessão fiduciária de direitos creditórios, alienação fiduciária de bens móveis, imóveis ou de direitos, bem como créditos líquidos e certos do contribuinte em desfavor da União, reconhecidos em decisão transitada em julgado.”

Os descontos em multas e juros não são em si novidade alguma para a realidade do nosso direito tributário pátrio, mas a análise da recuperabilidade do crédito para se verificar o alcance dos descontos é, sim, uma inovação significativa, que pode ser objeto de crítica, pois, se beneficia o contribuinte em dificuldade, não estimula o contribuinte em melhor condição a realizar um acordo.

Cabe destacar que a norma geral de transação tributária confere um tratamento específico para as empresas em recuperação judicial, liquidação

judicial, liquidação extrajudicial ou falência, atribuindo a tais créditos tributários em aberto o status de irrecuperáveis ou de difícil recuperação, o que pode conferir reduções de multa e juros e formas especiais de transação.

É lugar comum na doutrina do direito tributário e nos debates da advocacia que o tratamento conferido pela Lei nº 11.101/2005 (lei de falências e recuperação judicial) é absolutamente inadequado, em relação à questão do passivo tributário em aberto. A referida norma geral, além de exigir a certidão negativa de débitos tributários, quando da apresentação do plano de recuperação, não traz a possibilidade de quaisquer descontos em relação ao passivo tributário, nem trata de formas especiais de parcelamento, o que apenas ocorreu, de forma tímida e insuficiente, pela Lei nº 13.043/2014<sup>[15]</sup>.

Assim, estabelecer um tratamento específico para as empresas em recuperação judicial ou em processo de falência, além de permitir o adimplemento de créditos de difícil recebimento, pode contribuir para que as empresas em dificuldades retomem a normalidade de suas operações. É fundamental para a eficácia da Lei nº 11.101/2005 o estímulo à formalização de transações tributárias pelas as empresas em recuperação judicial.

Por outro lado, é bastante positiva a possibilidade de se diferir o pagamento de determinado conjunto de créditos tributários, especialmente nos casos em que se comprove que o contribuinte não pode arcar com o pagamento de todo o seu passivo de uma única vez, ainda que parcelado. De fato, é muito comum que pessoas jurídicas, ao acumularem um passivo

---

15. Art. 43. A Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 10-A:

“Art. 10-A. O empresário ou a sociedade empresária que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial, nos termos dos arts. 51, 52 e 70 da [Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005](#), poderão parcelar seus débitos com a Fazenda Nacional, em 84 (oitenta e quatro) parcelas mensais e consecutivas, calculadas observando-se os seguintes percentuais mínimos, aplicados sobre o valor da dívida consolidada:

I - da 1ª à 12ª prestação: 0,666% (seiscentos e sessenta e seis milésimos por cento);

II - da 13ª à 24ª prestação: 1% (um por cento);

III - da 25ª à 83ª prestação: 1,333% (um inteiro e trezentos e trinta e três milésimos por cento); e

IV - 84ª prestação: saldo devedor remanescente.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se à totalidade dos débitos do empresário ou da sociedade empresária constituídos ou não, inscritos ou não em Dívida Ativa da União, mesmo que discutidos judicialmente em ação proposta pelo sujeito passivo ou em fase de execução fiscal já ajuizada, ressalvados exclusivamente os débitos incluídos em parcelamentos regidos por outras leis. (...)”



tributário elevado não tenham condição de recolher os tributos correntes e cumprir com o pagamento dos tributos inscritos em dívida ativa, razão pela qual tal realidade, uma vez comprovada, deve ser levada em conta na transação.

A Lei nº 13.988/2020 ainda autoriza, no âmbito da transação, a possibilidade da suspensão dos processos judiciais – nos termos do art. 313 do CPC -, ainda que não suspenda a exigibilidade do crédito tributário para fins de CND. As suspensões de execuções fiscais, especialmente quando o contribuinte não tem condições de cumprir com o pagamento de todo o seu passivo pelos os meios tradicionais, a exemplo do parcelamento, é inegável estímulo a transação, indo ao encontro dos princípios da capacidade contributiva e da preservação da empresa.

Outro aspecto que demonstra a relevante inovação trazida pela Lei nº 13.988/2020 é a possibilidade de se buscar a transação resolutive de litígios aduaneiros e tributários decorrentes de relevante e disseminada controvérsia jurídica, nos termos dos seus artigos 16<sup>[16]</sup> e 17.

São várias as possibilidades de aplicação dessas previsões, especialmente se o Ministro da Economia e a PGFN vierem a conferir a devida eficácia a tal previsão. Realmente, a realidade brasileira nos confere vários exemplos de questões tributárias que levam anos ou décadas para serem definitivamente solucionadas pelos Tribunais Superiores, trazendo insegurança jurídica e incertezas para os contribuintes e porque não dizer ao próprio fisco.

---

16. Art. 16. O Ministro de Estado da Economia poderá propor aos sujeitos passivos transação resolutive de litígios aduaneiros ou tributários decorrentes de relevante e disseminada controvérsia jurídica, com base em manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia.

§ 1º A proposta de transação e a eventual adesão por parte do sujeito passivo não poderão ser invocadas como fundamento jurídico ou prognose de sucesso da tese sustentada por qualquer das partes e serão compreendidas exclusivamente como medida vantajosa diante das concessões recíprocas.

§ 2º A proposta de transação deverá, preferencialmente, versar sobre controvérsia restrita a segmento econômico ou produtivo, a grupo ou universo de contribuintes ou a responsáveis delimitados, vedada, em qualquer hipótese, a alteração de regime jurídico tributário.

§ 3º Considera-se controvérsia jurídica relevante e disseminada a que trate de questões tributárias que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

O último aspecto abordado na Lei nº 13.988/2020 é quando prescreve sobre a transação por adesão do contencioso tributário de pequeno valor, nos termos dos seus artigos 23<sup>[17]</sup> a 27, que explicitamente busca fundamento nos princípios da racionalidade, da economicidade e da eficiência.

Tal inovação é relevante para quem possui uma pequena capacidade contributiva, que poderá ter descontos para o pagamento e também para o fisco, que se desobriga a sua estrutura e pessoal para cobrar valores de menor relevância e de difícil recuperação.

A lei prescreve como limite objetivo o valor de 60 (sessenta) salários mínimos para considerar a demanda de pequeno valor e autoriza a concessão de descontos de até 50% (cinquenta por cento) do valor do crédito, permitindo o pagamento em até 60 (sessenta) meses. Além disso, permite a possibilidade de aplicação do diferimento ou moratória para o início do pagamento.

## **O papel da PGFN para a eficácia da Lei nº 13.988/2020.**

As inovações trazidas pela Lei nº 13.988/2020 para o direito tributário, especialmente relacionadas a transação tributária, são inegáveis. Atualmente, é possível desenvolver uma nova e eficaz forma de solucionar os litígios tributários. Para tanto, é fundamental o papel dos procuradores da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, que devem buscar aplicar os preceitos da Lei nº 13.988/2020, sempre que se verifique a importância

---

17. Art. 23. Observados os princípios da racionalidade, da economicidade e da eficiência, ato do Ministro de Estado da Economia regulamentará:

I - o contencioso administrativo fiscal de pequeno valor, assim considerado aquele cujo lançamento fiscal ou controvérsia não supere 60 (sessenta) salários mínimos;

II - a adoção de métodos alternativos de solução de litígio, inclusive transação, envolvendo processos de pequeno valor.

Parágrafo único. No contencioso administrativo de pequeno valor, observados o contraditório, a ampla defesa e a vinculação aos entendimentos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, o julgamento será realizado em última instância por órgão colegiado da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, aplicado o disposto no [Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972](#), apenas subsidiariamente.

para a solução da controvérsia, mas não só por isso. A manutenção dos empregos, da atividade econômica e da geração de renda devem igualmente ser levados em consideração na análise para se formalizar uma transação.

É de destacar que, bem antes da publicação da Lei nº 13.988/2020, a PGFN publicou a Portaria nº 742/2018, estabelecendo os parâmetros para a realização do Negócio Jurídico Processual, atribuindo o devido tratamento aos débitos inscritos em dívida ativa, o que já demonstrava uma nova forma de buscar equacionar o gigantesco passivo tributário em nome da União. Seguindo essa postura, logo após a publicação da referida lei, a PGFN passou a editar normas para regulamentar a realização das transações, onde destacamos as Portarias PGFN nºs 9.917, 14.402 e 21.562, todas de 2020.

Pois bem. Para a devida compreensão do alcance do que pode ser feito no âmbito dos de negócios jurídicos processuais, vale aqui transcrever as previsões contidas no art. 1º, da Portaria nº 742/2018 e no art. 2º da Portaria nº 9.917/2020, respectivamente:

“Art. 1º. Esta Portaria estabelece os critérios para celebração de Negócio Jurídico Processual (NJP) no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, para fins de equacionamento de débitos inscritos em dívida ativa da União.

§ 1º. É vedada a celebração de NJP que reduza o montante dos créditos inscritos ou implique renúncia às garantias e privilégios do crédito tributário.

§ 2º. Observado o disposto nesta Portaria, o Negócio Jurídico Processual para equacionamento de débitos inscritos em dívida ativa da União poderá versar sobre:

I - calendarização da execução fiscal;

II - plano de amortização do débito fiscal;

III - aceitação, avaliação, substituição e liberação de garantias;

IV - modo de constrição ou alienação de bens.”

(...)

“Art. 2º São princípios aplicáveis à transação na cobrança da dívida ativa da União:

I - presunção de boa-fé do contribuinte;

II - concorrência leal entre os contribuintes;

III - estímulo à autorregularização e conformidade fiscal;

IV - redução de litigiosidade;

V - menor onerosidade dos instrumentos de cobrança;

VI - adequação dos meios de cobrança à capacidade de pagamento dos devedores inscritos em dívida ativa da União;

VII - autonomia de vontade das partes na celebração do acordo de transação;

VIII - atendimento ao interesse público;

IX - publicidade e transparência ativa, ressalvada a divulgação de informações protegidas por sigilo, nos termos da lei.”

Além das previsões acima transcritas, as referidas portarias demonstram que a PGFN detém os meios jurídicos adequados para realizar, de maneira segura e eficaz, transações tributárias que podem envolver negócios jurídicos processuais.

Evidente que a devida análise do caso concreto, das características do passivo tributário, do contribuinte e, especialmente, da sua capacidade de pagamento, levando-se em conta as suas despesas correntes, são fundamentais para que as transações sejam realizadas de forma a atender o interesse público e a necessidade de se manter empregos e gerar renda.

Por outro lado, é igualmente relevante o papel dos contribuintes e dos seus advogados, no sentido de se agir com boa-fé e lealdade, buscando sempre a verdade material.

Ao longo dos próximos anos, caso se tenha o compromisso de se buscar superar a nossa cultura excessivamente litigante, na busca de soluções negociadas, poderemos verificar uma mudança real no tratamento do passivo tributário da União. A PGFN tem papel fundamental nessa mudança de paradigma em relação à transação tributária e as normas por ela publicadas permitem dizer que já estamos diante de uma nova realidade sobre o tema.

## Conclusões

O nosso objetivo foi apresentar uma análise do contexto normativo que envolve a utilização do negócio jurídico processual e a transação tributária no âmbito da União Federal. As inovações trazidas pela Lei nº 13.988/2020, bem como pelas citadas portarias da PGFN demonstram que estamos diante de um novo plexo normativo que, se bem aplicado, poderá trazer muitos benefícios à sociedade.

As premissas utilizadas pela administração pública, a exemplo da presunção de boa-fé do contribuinte, da redução da litigiosidade e da adequação da cobrança à capacidade de pagamento das pessoas físicas e jurídicas, representam uma verdadeira inovação ao direito tributário. Em outras palavras, a transação também é um instrumento de justiça tributária<sup>[18]</sup>.

As transações têm ainda uma outra relevante consequência: permitir que as empresas – independentemente do seu tamanho – possam atuar e investir sem o receio de bloqueios e restrições, dando uma nova perspectiva

---

18. A aplicação do direito tributário e as decisões proferidas acerca do direito tributário devem sempre estar subordinadas à ideia de *justiça tributária*, tema que, apesar de complexo, ganhou muita importância nos últimos anos e encontra em Ricardo Lobo Torres, um dos seus maiores defensores: “No Direito Tributário, como não poderia deixar de acontecer, reencontram-se a liberdade e a justiça, especialmente sob a consideração de equilíbrio e da complementariedade entre os direitos fundamentais (imunidades e proibições de desigualdade) e os princípios da capacidade contributiva e do custo/benefício.(...) O tributo nasce no espaço aberto pela liberdade, constitui o seu preço e por ele se limita. (...) Tem por objetivo realizar a justiça fiscal, espécie de justiça distributiva. Mas o sistema de tributos só conseguirá realizar os valores éticos e jurídicos se conseguir harmonizar-lhes os diversos princípios, corrigindo-lhes as contradições e balaceando-lhes as tensões.Liberdade, Segurança e Justiça no Direito Tributário. Justiça Tributária (I Congresso Internacional de Direito Tributário - IBET, págs. 696 e 705, 1998, Editora Max Limonad).

de futuro as suas atividades, o que já se verifica na prática. A transação tributária pode, enfim, se tornar uma forte aliada do desenvolvimento econômico do País.

# Os Princípios Legais e Constitucionais da Recuperação de Empresa

ANDRÉ AUGUSTO MALCHER MEIRA  
BRUNO MENEZES COELHO DE SOUZA

## Resumo

Aborda o conteúdo jurídico dos princípios constitucionais e infraconstitucionais relativos à recuperação judicial da empresa na ordem jurídica brasileira; reflete sobre a importância e aplicabilidade dos mesmos; aprofunda casos difíceis envolvendo os princípios da função social, da preservação e da *par conditio creditorum*. Conclui que é de fundamental importância a análise de casos concreto nas controvérsias jurídicas envolvendo recuperação judicial, seja na empresa singular, seja no grupo societário, vez que, em diversos momentos da Lei 11.101/2005 o legislador pecou severamente, não estando em sintonia com princípios jurídicos e com a realidade fática.

## Palavras-Chave

Direito empresarial; princípios jurídicos; recuperação de empresa.

## Introdução

O presente trabalho visa focar de maneira específica a aplicabilidade dos princípios legais e constitucionais à recuperação judicial da empresa no ordenamento jurídico brasileiro, tentando demonstrar, de forma clara e evidente, a sua importância prática em casos e momentos processuais que, às vezes, são de difícil solução.

Falar de princípios é algo constante em diversas ciências, principalmente nas ciências sociais, como é o direito. Princípios são necessários à vida em sociedade, em qualquer plano ou papel que ela represente, entre qualquer sujeito ou pessoa, em qualquer relação que haja. Sem eles, a sociedade fica sem norte, sem ele a sociedade fica sem um fio condutor que possa balizar suas decisões, seus pensamentos, seus ideais. Contudo, na vida implícita dos princípios há um subjetivismo imenso, que dependerá da característica de cada um, dentro da realidade de cada um.

No direito, não é diferente, nem menos no brasileiro, de origem e raízes romanas. Aliás, o Direito Romano, em suas três fases (anterior à República, a República e o *Imperium*) deixaram, em mil anos de experiência, um legado imenso e eterno para qualquer estudioso ou legislador internacional. Dessa fonte todo ordenamento pode e deve beber, para que nunca se esqueçam de quem são seus pais.

A legislação civil brasileira sofre fortíssima influência, até os dias de hoje, da matriz romana e seus dispositivos demonstram tal fato, desde o primeiro código civil de 1916, redigido pelo eminente jurista cearense Clóvis Beviláqua<sup>[1]</sup>, que era, inclusive, filho de padre. Aliás, outro grande jurista, o baiano Teixeira de Freitas, no Império, quando redigiu

---

1. Assim nos ensina o saudoso jurista Silvio Meira sobre a influência do Direito Romano no código de Beviláqua: *quem lê seus estudos em defesa do projeto do Código Civil ou a edição anotada do mesmo código, depois de promulgado, as suas conferências, pareceres e escritos de toda ordem, sempre encontra, com pano de fundo, o Direito Romano*. In MEIRA, Silvio A B. Clóvis Beviláqua. Sua vida. Sua obra. Fortaleza: Ed. UFC, 1990, p. 345.



o seu *Esboço do Código Civil*, já demonstrara a influência romana em seu belíssimo trabalho, inacabado por razões de doença, mas que já trazia a ideia de unificação do direito privado, o que só se tornou consolidado no Código Civil de 2002, ora vigente no Brasil.

Parafraseando Platão, diríamos que enquanto a *lei é o cárcere do direito*, os *princípios são a sua alma*. Extrair o sentimento dessa alma ao caso concreto, preocupando-se com as realidades sociais para que se faça justiça é o grande desafio desse importante instituto na ciência jurídica.

Pensar em princípios é pensar em algo que vem de dentro do sentimento social, de dentro do ser humano, de dentro das mudanças da convivência das pessoas e que tenta se materializar no ordenamento através da hermenêutica. Buscar os princípios é, sobretudo, buscar ajuda no âmago da problemática, no coração da busca ao sentimento de justiça. Contudo, sabe-se que para cada um de nós os princípios podem ter valoração diversa, dependendo da sua realidade. Para fulano, o princípio deve ser assim, para beltrano o princípio deve ser assado, ou seja, dois sujeitos de realidade sociais e econômicas distintas, tendo o mesmo princípio valor completamente diverso. Essa, portanto, uma das raízes do subjetivismo ao qual o tema está ligado.

No direito, não é diferente. Os princípios, sejam gerais ou específicos, constitucionais ou legais e etc, ou seja, de qualquer ordem e natureza, sempre deverão ser interpretados e analisados pelos magistrados de acordo com o caso concreto.

Um dos grandes desafios é exatamente o rótulo que se coloca em alguns desses princípios de que ele, em direito, pra tudo vale. Tal problemática é seríssima do ponto de vista sistemático, uma vez que o pensamento jurídico passa por uma crise de existência em todos os ramos do direito.

Assim, como vemos, os princípios têm uma importância imensa no plano teórico e prático, pois, sem eles, as próprias regras positivas não

conseguiriam buscar ou ter valor de aplicabilidade a cada caso concreto, correndo o risco de se tornarem letras mortas, técnicas e matemáticas. O Direito Empresarial – e aí incluímos o Direito Falimentar e da Recuperação de Empresas – também tem seus princípios norteadores de seus institutos.

Aliás, o Brasil passa por uma transição importante nesse sentido, vez que há um anteprojeto de lei tramitando no Congresso Nacional que diz respeito ao novo Código Comercial Brasileiro<sup>[2]</sup>, que objetiva, entre outras coisas, remover do Código Civil o livro de empresa e retornar à separação das codificações – uma espécie de divórcio da unificação do direito privado – como tínhamos até 2002. Tal projeto é encabeçado por uma comissão de dezenove juristas brasileiros e é presidida pelo eminente comercialista Fábio Ulhôa Coelho.

Uma das grandes alterações propostas no novo código é a de que ele seja um código *principiológico*, a partir da premissa de que cada instituto em Direito Empresarial possui suas ramificações problemáticas na concepção e interpretação de suas exegeses<sup>[3]</sup>. Na minuta do anteprojeto, que já conta com mais de mil artigos, percebe-se bem a inserção daqueles princípios que irão balizar cada temática a ser tratada. Daí, normatiza-se os princípios de cada seara, fundamentando-as para que sejam a verdadeira *estrada de pensamento* seguida pelo operador do direito, justamente na adequação teórica desses princípios, bem como sua pertinência operacional.

Todos os argumentos em relação aos princípios têm um só caminho: a busca por maior segurança jurídica em prol da justiça ao caso concreto.

---

2. Projeto de lei nº 1.572/2011, proposto pelo Deputado Federal Vicente Cândido.

3. O professor espanhol Eduardo de Enterría ensina que *la autonomía de esa supuesta voluntad de la ley respecto de su autor y el hecho de su movilidad en el tiempo no podrían explicarse si la ley misma no fuese vista como expresión de algo substancial y más profundo, lo cual, por serlo, es capaz de someter y relativizar lo que no es más que una simple manifestación o formalización suya; aquí aparecen ya los famosos principios generales del derecho (sobre los que hemos de hablar luego), sin cuya realidad todo ese proceso esencial de la traducción de la ley en vida jurídica efectiva y su incesante movilidad no tendrían explicación posible; - sería, en rigor, una arbitrariedad de los intérpretes sin norte posible, la misma cabalmente que el legalismo quiso en su momento desalojar*. In ENTERRÍA, Eduardo García. Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho. Madrid: Ed. Civital, 1986, p. 20.

A centralização dos princípios em um sistema codificado, alocando-o como norma, traz uma maior relevância ao subjetivismo de pensamento às decisões judiciais, para que não seja prejudicada a parte pelo uso (ou mal uso) da lei positiva *stricto sensu*.

Para tal, o operador do direito deverá valer-se sempre das interpretações teleológicas, sistemáticas e outras que por aí vierem, a fim de não tornar o poder estatal dado aos magistrados um simples *faz de conta* inútil, quando os mesmos se curvam ao escrito pelo legislador, numa espécie de subordinação jurídica entre o *chefe* e o *comandado*.

## O Princípio da Função Social da Empresa

O princípio da função social da empresa é um dos mais importantes no mundo moderno, uma vez que admite e reconhece a importância e a essência da atividade empresária para a sociedade como um todo. Definitivamente, não teríamos a qualidade de vida que temos hoje sem a existência da empresa, uma vez que a mesma produz e faz circular bens e serviços necessários para as pessoas, em qualquer nível ou qualquer esfera de poder ou classe social, principalmente no mundo capitalista, sem esquecer que a empresa oferta empregos, paga impostos e faz a economia de um sistema girar. Resumidamente, sem a empresa ainda estaríamos na idade da pedra.

A expressão *função social* é algo predominante em praticamente tudo em direito. Cremos, aliás, que nada na ciência jurídica no mundo atual deixe de possuir uma função social: a família, o contrato, a coisa, a propriedade, a posse, o empregado, o empregador, o tributo, o meio ambiente, os direitos humanos, a dignidade da pessoa humana, as verbas trabalhistas, enfim, diversos conceitos que sempre trazem em seu âmago a tal *função social*. Com a *empresa*, não seria de outra forma.

No ordenamento jurídico pátrio, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma amplitude ao conceito de função social e, às empresas, destaca-se o artigo 170, II, III, IV, V, VII e VIII<sup>[4]</sup>, quando valoriza o sistema capitalista, a oferta de empregos, a propriedade privada, a livre concorrência e a defesa das relações de consumo. O mesmo diploma legal reforça a importância do princípio no artigo 5º, XXIII<sup>[5]</sup>.

A tão festejada lei das sociedades anônimas<sup>[6]</sup> - diga-se uma das poucas boas heranças legislativas do período militar – também normatizou a função social da empresa, em seus artigos 116, parágrafo único<sup>[7]</sup> e 154<sup>[8]</sup>.

Vê-se, portanto, que o princípio da função social às empresas centraliza seu cerne na importância da atividade empresária como um todo, em todas as suas vertentes, seja pela importância de gerar emprego e renda, seja pela importância da livre concorrência mercadológica que, de forma direta e indireta, atinge a economia e o consumidor. Agora, pergunta-se: e a função social na recuperação judicial? Onde a encontramos?

Já dissemos da importância das empresas para o mercado e para a economia, principalmente pelo fato de que, sociedades empresárias

---

4. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

(...)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

5. 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:

(...)

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

6. Lei Federal nº 6.404/76.

7. Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

(...)

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

8. Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

aglomeradas na exploração de uma atividade sempre nos remeterão a altos investimentos e a altos riscos e, conseqüentemente, a um grande capital. Daí se extrai a ideia de que as empresas – mormente os grupos de sociedade - tem maior importância na geração de emprego e renda, no pagamento de impostos, na concorrência e na propriedade privada, refletindo seu papel na sociedade civil como um todo<sup>[9]</sup>.

Basta analisar todos os casos de conglomerados societários e perceber que a sua *bancarota* balançaria o mercado, atingindo os preços, as demissões em massa e a redução de giro monetário num determinado mercado, sem falar na falta que a produção ou a circulação de referido produto ou serviço faria àquele determinado *nicho*.

Note-se que é comum confundir-se dois princípios interligados: o da função social da empresa e o da preservação da empresa, que veremos mais adiante. Na realidade, um puxa o outro, de forma direta, uma vez que a preservação da empresa tem a sua função social e a função social tem a função de preservar a empresa. Contudo, suas naturezas jurídicas são distintas.

As atividades empresárias ocupam um significativo espaço no mercado, nacional e internacional. A empresa, principalmente explorada em grupo, tem essa função social alocada em uma pontuação muito mais acima do que aquela sociedade individualizada, uma vez que tem o dever de manter o meio ambiente saudável, dar condições dignas a seus trabalhadores, pagar os impostos de forma correta, não praticar crimes de qualquer natureza (principalmente os ambientais), tem o dever de arcar com suas obrigações contraídas com credores de garantia real (bancos), quirografários, bem como tem o dever de prestar uma boa relação de consumo com seus clientes, em busca de um lucro lícito, digno e justo.

---

9. O grande jurista Fábio Konder Comparato ensina *que foi somente na França que o legislador percebeu o fato óbvio de que a insolvabilidade de uma empresa de interesse social pode afetar não apenas a massa dos credores, mas também e sobretudo o equilíbrio social e econômico da região, mesmo do país*. In COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. In Direito Empresarial – estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995, p.15.

Esses atributos sociais da empresa estão elencados expressamente na nova lei de falências e recuperação judicial<sup>[10]</sup>, dispondo que a mesma tem por objetivo a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, uma vez que tal princípio foi um dos alicerces para alterar a antiga e combalida lei de falências e concordata<sup>[11]</sup>.

É de suma importância ressaltar que a função social, juntamente com o da preservação da empresa, são os princípios mais utilizados pelos operadores do direito para justificar algum requerimento em juízo que não esteja elencado na lei, ou que esteja, mas que se deseja aplicá-lo sob outra interpretação. Há dispositivos na legislação que sofrem ataques diários desses dois importantes princípios, como por exemplo, a obrigatoriedade de convação da recuperação judicial em falência em caso do não cumprimento do plano de recuperação judicial<sup>[12]</sup>, como veremos mais adiante.

Analisemos brevemente: imaginem uma atividade empresária em grupo de sociedades que requereu sua recuperação judicial, teve deferido o seu processamento, apresentou o plano de recuperação, que foi aprovado pelos credores e homologado pelo juiz. Após a homologação judicial, o grupo em recuperação começa a cumprir o plano dentro dos prazos corretos com todos os seus credores. Contudo, em um dado momento, após ter cumprido sessenta por cento do plano, o grupo atrasa pela primeira vez o pagamento de um crédito e, nesse instante, esse credor que não recebeu entra com o pedido de convação em falência.

Sobre tal assunto, o STJ – Superior Tribunal de Justiça, no célebre caso da VASP LINHAS AÉREAS SA, reverteu a convação da recuperação

---

10. Artigos 47 e 61 §1º da Lei 11.101/2005.

11. Decreto-Lei nº 7.661/45.

12. Artigo 94, III, g) da Lei 11.101/2005.

judicial em falência, justamente por ter identificado à função social importante fundamento para não *quebrar* o grupo societário de forma abrupta<sup>[13]</sup>.

Vejamos que, em caso como este, se for aplicada a regra legal, o juiz tem e deve convolar a recuperação em falência. O dispositivo é expresso, curto e grosso. Mas, pergunta-se: é justo falir um grupo de sociedades que já cumpriu mais da metade do plano, está conseguindo reerguer-se mantendo seus empregos, pagando seus impostos, produzindo e circulando produtos e serviços, ocupando espaço no mercado e na concorrência, apenas e tão somente porque não pagou um credor na data avençada? Não seria melhor procurar indeferir o pedido de convolação e realocar esse crédito? Eis, aí, o uso importantíssimo do princípio da função social da empresa. Contudo, há que se afirmar o perigo de abrir precedentes, fazendo com que essa *função social* justifique qualquer inadimplência do grupo em recuperação, tornando a vida dos credores mais frágil do que nunca.

Ao fim ao cabo, a função social da empresa (ou também chamada *função*

---

13. RECURSO ESPECIAL Nº 1.299.981 - SP (2011/0304000-4)

RELATOR : MINISTRO MASSAMI UYEDA

RECORRENTE : VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A - VASP

ADVOGADO : JOÃO BOYADJIAN E OUTRO(S)

ADVOGADOS : DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA DE MORAES RÊGO

MARCUS VINICIUS VITA FERREIRA E OUTRO(S)

ARNOLDO WALD E OUTRO(S)

RECORRIDO : VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A - VASP - MASSA FALIDA

ADVOGADO : ALEXANDRE TAJRA - ADMINISTRADOR JUDICIAL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - APROVAÇÃO DO PLANO POR COMITÊ DE CREDORES E HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL, APÓS AFERIÇÃO DA VIABILIDADE ECONÔMICA E PATRIMONIAL DA EMPRESA - ESFORÇOS DA EMPRESA RECUPERANDA EM CUMPRIR O PLANO - AJUIZAMENTO DE AÇÕES POR CREDORES, OBJETIVANDO A PROTEÇÃO DE SEUS INTERESSES INDIVIDUAIS - CONVOLAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM FALÊNCIA - INVIABILIDADE - PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA - REFORMA DO *DECISUM* - NECESSIDADE - RECURSO PROVIDO.

I - A recuperação judicial tem como objetivo principal o de proporcionar a manutenção do funcionamento de empresas economicamente viáveis, tendo em conta a necessidade da preservação da produção da riqueza e da geração de empregos; II - Desse modo, sempre que possível, deve-se manter o ativo da empresa livre de constrição judicial em processos individuais, sendo que o princípio da preservação da empresa deve sobrepor-se aos interesses de credores isolados, que pretendem pura e simplesmente a quebra da empresa; III - *In casu*, o plano de recuperação judicial apresentado pela VASP foi aprovado pelo Comitê de Credores e homologado judicialmente, tendo sido constatadas tanto a viabilidade econômica da empresa quanto a suficiência do seu patrimônio para honrar as suas obrigações; IV - Entretanto, determinados credores, visando mormente a satisfação de seus interesses individuais e em manifesto conflito de interesses com a massa falida, impediram que a empresa recuperanda cumprisse em parte o plano de recuperação judicial, prejudicando toda a massa de credores e de empregados da VASP, violando, assim, o princípio da continuidade da empresa; V - Recurso especial provido, para afastar a decisão que converteu a recuperação judicial em falência.

Disponível em <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justical/detalhe.asp?numreg=201103040004>

sócio-econômica da empresa) remete a um direcionamento que é o interesse público na recuperação do grupo. Embora o processo de recuperação seja um problema de caráter privado entre devedor e credor, o fim social que a atividade atinge tem de ser levado em consideração justamente porque a sociedade como um todo, direta ou indiretamente, irá sentir caso o grupo venha a fechar as portas. Diante disto, não podemos duvidar de que as atividades empresárias – principalmente aquelas unidas pelos grupos - constituem uma realidade fática irreversível no mundo globalizado e capitalista em que vivemos, e que essas coligações entre sociedades dominantes e dominadas em prol de um objetivo único configura uma importância social imensa a toda a economia <sup>[14]</sup>.

## O Princípio da Preservação da Empresa

O princípio da preservação da empresa é de suma importância para a recuperação judicial, uma vez que visa, objetivamente, tentar até o último suspiro manter a atividade empresarial ativa, esgotando-se todos os meios, todas as tentativas para que não venha a falir. Tal fato fica provado não apenas no dispositivo que o delimita expressamente <sup>[15]</sup>, mas também em outro que permite, veja só, que a empresa alvo de um pedido falimentar, no prazo de contestação, apresente sua recuperação judicial <sup>[16]</sup>.

Desta forma, imaginemos que uma sociedade empresarial venha a

---

14. Importante a lição dos professores Paulo Arnoldi e Tais Michelan, quando afirmam: *podemos afirmar que atribuir alguns deveres a essas entidades não significa esquivar o Estado de funções que lhe são próprias. Na economia moderna, ambos devem trabalhar juntos, pois é notório que a atividade empresarial assumiu dimensões extraordinárias que cada vez mais vêm se acentuando nesta época de globalização. A crescente concentração de riquezas que estamos presenciando com os grandes conglomerados empresariais tornará, em não muito tempo, insustentável o ciclo produtivo, caso permaneça essa visão antiquada da empresa capitalista. Importante ressaltar que sua contribuição à sociedade não significa uma diminuição dos lucros. Pelo contrário, podemos felizmente constatar uma sensível melhora nas condições econômico-financeiras das instituições que têm adotado medidas de caráter social. São alternativas viáveis e necessárias a esse novo contexto mundial. A sociedade está cobrando cada vez mais essa atuação.* In ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Tais Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro, nº 117, 2000 – p. 157-162.

15. Artigo 47 da Lei 11.101/2005.

16. Artigo 95 da Lei 11.101/2005.



receber um pedido de falência por parte de um credor. Esta, por sua vez, deverá contestar tal pedido, de acordo com as regras legais<sup>[17]</sup>. Contudo, caso não queira fazê-lo, reconhecendo fielmente a sua crise e não desejando de forma alguma ir à falência, ela já pode, no prazo de contestação, apresentar seu requerimento de recuperação judicial, estendendo seus efeitos às demais sociedades do grupo, visto que, tal insolvência relativa, mas contumaz, atinge a todas elas de forma direta ou indireta, aplicando-se a teoria da desconsideração (ou levantamento) da pessoa jurídica, como já suscitado<sup>[18]</sup>.

O princípio da preservação da empresa necessita do princípio da função social, bem como o princípio da função social necessita do princípio da preservação da empresa. Ambos estão umbilicalmente ligados, pois sem a atividade preservada, não há produção nem circulação de bens ou serviços e, conseqüentemente, a empresa não exercerá sua função social, e vice-versa. Importante frisar que, embora a preservação da empresa esteja expressamente definida na Lei 11.101/2005, como já se demonstrou, na esfera constitucional ela é considerada como um princípio não escrito, mas implícito, uma vez que a Carta Magna valoriza a propriedade privada e a livre iniciativa.

Sabemos que os princípios têm a função primordial de contribuir na interpretação e na aplicação do direito em si, mexendo, entortando, espremendo a lei positiva em busca de justiça, tal qual uma máquina tenta extrair da fruta o seu melhor líquido<sup>[19]</sup>. Exatamente por isto, a preservação da empresa é de suma importância para a análise de diversos dispositivos e determinações contidas na lei, como a que citamos acima<sup>[20]</sup>.

---

17. Artigo 96 da Lei 11.101/2005.

18. Como bem salienta o grande jurista e catedrático português António Menezes Cordeiro, *a confusão de esferas jurídicas verifica-se quando, por inobservância das regras societárias, ou mesmo, por qualquer decorrência objetiva, não fique clara, na prática, a separação entre o patrimônio social e o do sócio ou os dos sócios*. In MENEZES CORDEIRO, Antonio. Responsabilidade Civil dos Administradores. Almedina, 1997, p 324.

19. Para o emérito jurista Paulo Bonavides, *os princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade*. In BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 229.

20. Como nos ensina o mestre Moacyr Lobato, *a recuperação judicial, segundo a dicção da nova lei, tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica*. In LOBATO, Moacyr. Falência e Recuperação. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 82.

É de se ressaltar que o sistema existente no país foi e é duramente criticado pela doutrina, uma vez que a edição e a inserção da recuperação judicial no ordenamento jurídico visavam acabar com a chamada *indústria da concordata*, quando, àquela época, o devedor ficava sempre *por um fio de navalha* e, qualquer problema, por menor que fosse, o convolava à *bancarrota*. Na nova lei, com a recuperação judicial, não é diferente, daí a importância do referido princípio<sup>[21]</sup>.

Como o modelo de recuperação de empresas no Brasil é vinculado ao Poder Judiciário, ou seja, é *judicial propriamente dito*, corre-se o risco permanente de deixar às mãos do juiz o destino da atividade. Ora, sabe-se que um magistrado, por mais preparado que seja, não é empresário, não tem preparo técnico nem mercadológico para atuar e decidir sobre questões intrínsecas da atividade, nem tampouco tem preparo para comandar os negócios do devedor. Por esta razão, devemos fazer o uso e gozo do princípio da preservação da empresa, para melhor demonstração do direito vivo.

Da mesma forma, o Ministério Público, que atua no processo de forma minimalista – como determina a Lei - na pessoa de seu promotor, também não conhece nada de contabilidade, economia, atividade empresária e, muito menos, do ramo de mercado em que a devedora atua. Por esta razão, há a necessidade de uma equipe técnica para auxiliar o juiz e seus assistentes, para que melhor elucidem o caso concreto em busca do dever jurisdicional. Não devemos confundir o conhecimento jurídico com o conhecimento da administração empresarial, justamente por serem duas ciências bem distintas.

Assim, percebe-se que o princípio da preservação da empresa está no singular, deve ser expandido ao plural, ou seja, também aos grupos

---

21. O grande comercialista Fábio Ulhôa Coelho demonstra a vulnerabilidade do sistema brasileiro, uma vez que a lei 11.101/2005 deixa o recuperando em estado permanente de alerta ao ponto de qualquer problema ter o juiz o dever de convolá-lo em falência. Cita, na verdade, que tal problemática ocorre desde o nascimento da recuperação, quando o juiz, no indeferimento do pedido, já leve o devedor à quebra. Diz mestre: *o modelo brasileiro da recuperação judicial é vulnerável porque, ao manter a vinculação entre indeferimento do benefício e decretação da falência, cria o ambiente propício ao nascimento da indústria da "recuperação judicial". O credor, na Assembleia em que estiver em votação o Plano de Recuperação Judicial, tenderá a aprovar qualquer rabisco mal feito, porque se não o fizer, o juiz terá que decretar a falência do devedor.* In COELHO, Fábio Ulhôa. Comentários à nova lei de recuperação de empresas. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 114 e 115.

societários. A sua preservação à exploração de uma atividade empresária por diversas sociedades em prol de um objetivo único, implicitamente unindo um grande capital, uma grande mão de obra, fazendo uso amplo de tecnologia e de insumos, organizando profissionalmente a atividade habitual a um determinado mercado, faz com que tal princípio tenha seu valor dilatado em muitas e muitas vezes, devido a grande dimensão de perdas e danos que a *quebra* desse grupo levaria à sociedade como um todo.

Contudo, há de se registrar que tal princípio, assim como o ordenamento, não privilegia qualquer recuperação judicial só porque a crise existe. Se o grupo societário não é mais viável e seja melhor falir do que recuperar, que ele quebre! Será menos custoso e menos prejudicial para todos, mas tal análise não é simples, muito menos por parte do juiz. Há de se ter muita cautela para avaliar se vale a pena recuperar o grupo ou não, principalmente porque nele podem existir sociedades que ainda consigam reviver ou fazê-lo renascer das cinzas. Seria irresponsável tentar recuperar um grupo com a maioria das sociedades podres, utilizando como pano de fundo a preservação da empresa. Definitivamente, não é para isto que ela serve, até porque os princípios também devem ter limites<sup>[22]</sup>.

## O Princípio da *Par Conditio Creditorum*

O princípio da *par conditio creditorum* é de suma importância para o processo de recuperação judicial em grupo, tal qual seria em caso de falência, uma vez que determina a paridade idêntica entre credores de uma mesma classe.

Sendo assim, ele não permite que exista privilégio de tratamento de

---

22. Fábio Ulhôa Coelho comenta: *nem toda falência é um mal, algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas o possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos – materiais, financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza. Assim, a recuperação não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo.* In COELHO, Fábio Ulhôa. Comentários à nova lei de recuperação de empresas. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 116.

um credor em detrimento de outro, uma vez que todos estão inseridos numa mesma problemática<sup>[23]</sup>.

É ínsito ressaltar que na recuperação judicial não há o concurso de credores determinados na lei – como na falência - onde há a hierarquia de recebimento de cada classe de crédito, dependendo de sua natureza. No ordenamento brasileiro, vem em primeiro lugar os créditos trabalhistas, seguido dos créditos com garantia real, dos tributários e por aí adiante<sup>[24]</sup>. Na recuperação judicial existe, na verdade, um plano de recuperação apresentado pela devedora (que deverá seguir algumas regras) e, se aprovado nas condições da lei, o juiz o homologará e o mesmo deverá ser cumprido.

Contudo, o plano de recuperação pode ser aceito pela totalidade de credores<sup>[25]</sup> - o que enseja a sua automática homologação pelo juiz – ou o plano pode ser aceito por parte ou partes dos credores, ficando a decisão de homologação ou não a caráter do juiz<sup>[26]</sup>. Nesse caso, há de se verificar as seguintes condicionantes, de forma *cumulativa*<sup>[27]</sup>: a) se o plano recebeu o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classe; b) se o plano recebeu a aprovação de duas das classes de credores nos termos do artigo 45 da lei 11.101/2005 ou, caso haja somente duas classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos uma delas; c) se o plano for rejeitado por uma classe, mas nesta classe houve o voto favorável de mais de 1/3 dos credores, de acordo com os critérios de quorum para maioria simples.

Pois, nesse caso é que reside o princípio da *par conditio creditorum*, uma vez que o plano somente poderá ser adotado e homologado caso não haja

---

23. Fábio Ulhôa Coelho ensina que *se o plano não contiver tratamento diferenciado dos credores da classe em que foi rejeitado, ele pode ser adotado, mesmo não se verificando o quórum qualificado para a sua aprovação*. In COELHO, Fábio Ulhôa. Comentários à nova lei de recuperação de empresas. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 167.

24. Artigo 83 da Lei 11.101/2005.

25. Artigo 45 da Lei 11.101/2005.

26. Artigo 58, §1º da Lei 11.101/2005.

27. Artigo 58, I, II e III da Lei 11.101/2005.

tratamento diferenciado aos credores da classe que o rejeitou, equiparando a todos eles os mesmos direitos e as mesmas garantias. Na realidade, a Lei 11.101/2005 veda de forma categórica o tratamento diferenciado entre credores, numa perspectiva constitucional do princípio da igualdade<sup>[28]</sup>.

Na recuperação judicial – mormente nos grupos societários - tal princípio aplica-se da mesma forma, considerando todos os credores do grupo, ou seja, unificando-os dentre todas as sociedades que o compõe, numa espécie de *super passivo*, cada qual na sua respectiva classe (trabalhista, garantia real, quirografário). Na consolidação de um quadro geral de credores do grupo, teríamos a materialização dos créditos devidamente habilitados e, a esses credores em totalidade, aplicar-se-ia a paridade de tratamento. Assim, o plano de recuperação a ser apresentado pelo grupo devedor já conteria a alocação de todos esses credores de todas as sociedades que o compõe e, obviamente, todos eles participariam da votação em assembleia, levando-se em consideração a regra legal para o aceite ou não do respectivo plano.

Desta forma, fica cristalino que um credor trabalhista não pode ter privilégio no plano sobre outro credor trabalhista, sob pena de nulidade do ato. Da mesma forma, deverá ocorrer com as outras classes. Aqui, na verdade, em se considerando o grupo de sociedades, e o litisconsórcio ativo de todas as sociedades que fazem parte do grupo – já que todas sofrem os efeitos da recuperação judicial – deve-se levar em conta a paridade entre todos eles, sem nenhuma espécie de discriminação de credores de uma sociedade em relação a outra do mesmo grupo.

Os maiores problemas ocorridos em juízo são justamente com a Justiça do Trabalho, que muitas das vezes não reconhece o instituto da recuperação judicial e determina a alienação de bens e ativos financeiros da

---

28. Artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal do Brasil.

recuperanda em cada processo trabalhista, ou seja, levando em consideração cada credor individualmente, sempre na justificativa que a verba alimentar é mais importante do que tudo na vida.

## Conclusão

Conclui-se o presente estudo na linha de que os princípios legais e constitucionais são fundamentais na análise de casos concreto em recuperação judicial, seja na empresa singular, seja no grupo societário, vez que, em diversos momentos da Lei 11.101/2005 o legislador pecou severamente em determinar atitudes ao magistrado sem analisar, de forma profunda, a realidade fática do que está ocorrendo.

Desta forma, o operador do direito tem e devem fazer valer a robustez jurídica dos princípios, através do bom fundamento, da boa hermenêutica e da boa exegese interpretativa, sob pena de sucumbir à injustiça. Não há dúvida de que a linha é tênue, mas nunca impossível.

Sempre é bom lembrar que a filosofia não admite a existência do “princípio dos princípios”, não podendo se fazer valer de uma *hierarquia* entre eles, nem mesmo os constitucionais, estando, segundo a doutrina, no “topo da pirâmide”. Há, sim, o alcance de cada um deles, cada um na sua área, cada um com a sua natureza, cada um com a sua finalidade.

Deste modo, cabe ao bom jurista ser um artista e fazer da sua arte a sua própria arma.

## Referência

AMARAL NETO, Francisco. *Os princípios jurídicos do direito obrigacional*. Roma e América. *Diritto romano comune*, 2007, p. 166 citado por SURGIK, Aloisio. Considerações críticas em torno do princípio *pacta sunt servanda*. In *Fvndamenta Ivris*: Ed. Univ. de Almeria, 2012.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. *Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada*. Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro, nº 117, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Comentários à nova lei de recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do Direito Comercial*. Com anotações ao projeto de Código Comercial. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *A reforma da empresa*. In *Direito Empresarial – estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995.

COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Curso de Direito Comercial*, volume II. Lisboa: Almedina, 2009.

ENTERRÍA, Eduardo García. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. Madrid: Ed. Civital, 1986.

LOBATO, Moacyr. *Falência e Recuperação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MALCHER, Clóvis. *Noções de Direito Comercial*. Belém: Cejup, 1991.

MEIRA, Silvio A B. Clóvis Bevilacqua. *Sua vida. Sua obra*. Fortaleza: Ed. UFC, 1990

MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Responsabilidade Civil dos Administradores*. Almedina, 1997.

# Reflexões Sobre a Emenda Constitucional N<sup>o</sup> 103/2019

EDMILSON B. LIMA

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando foram destacados os direitos sociais, incluindo o direito à previdência social, houve quatro modificações do sistema previdenciário.

A primeira reforma previdenciária ocorreu em 15 de dezembro de 1998, uma década depois, quando foi promulgada a Emenda Constitucional n<sup>o</sup> 20/98, introduzindo profundas modificações na previdência social, tanto no RGPS – Regime Geral de Previdência Social como nos Regimes Próprios, sendo a principal e a mais significativa a mudança de critério para a concessão das aposentadorias que passou de “tempo de serviço” para “tempo de contribuição.”

A segunda reforma previdenciária foi instituída, cinco anos após, pela Emenda Constitucional n<sup>o</sup> 41/03, promulgada em 19 de dezembro de 2003, que introduziu significativas e profundas modificações no sistema previdenciário, merecendo destaque por sua importância o fim da “integralidade” e o da “paridade entre ativos e inativos.”

A terceira reforma previdenciária, a denominada “PEC Paralela da Previdência” veio a se transformar na Emenda Constitucional n<sup>o</sup> 47/05, em 5 de julho de 2005, que introduziu novas modificações na política previdenciária do País, valendo destacar-se a alteração do § 12 e da inclusão do § 13, ambos do art. 201 da Constituição Federal. Essas modificações trataram da inclusão social dos “trabalhadores na informalidade” e das “donas de casa” que não exercem atividades remuneradas, dando ênfase a uma das principais finalidades da previdência social, qual seja, a redistribuição de renda.



Tão logo promulgada a Emenda Constitucional nº 47/05, incontinenti, passou a tramitar no Congresso Nacional o Projeto de Emenda Constitucional – PEC 441 / 2005, apelidada de “Paralela da Paralela”, com o objetivo de tratar, entre outros, de subteto, paridade de pensão e isenção parcial de contribuição previdenciária para portadores de doença incapacitante.

No Governo de Michel Temer foi apresentada mais uma proposta de reforma da previdência consubstanciada na PEC 287 / 2016, encaminhada ao Congresso Nacional em 5 de dezembro de 2016. Após longa tramitação, essa proposta foi suspensa pelo Governo em virtude da intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro, na conformidade do Decreto nº 9.288, publicado em 16 de fevereiro de 2018, com fundamento no art. 34, inciso III, da Constituição Federal.

A quarta reforma previdenciária foi da iniciativa do Presidente Jair Messias Bolsonaro que, logo no início de seu Governo, em 20 de fevereiro de 2019, deu entrada no Congresso Nacional da proposta de Emenda à Constituição, estruturada em oito capítulos e respaldada em circunstanciado estudo técnico elaborado no Ministério da Economia sob a coordenação do Ministro Paulo Roberto Nunes Guedes, referente ao sistema de Previdência Social.

A proposta do Governo Bolsonaro referente à Reforma da Previdência Social, consistia, basicamente, na alteração dos arts. 22, 37, 38, 39, 40, 42, 109, 149, 167, 194, 195, 201, 203, 239 e na inclusão dos arts. 201 – A e 251 na Constituição Federal e a dos §§ 6º, 7º e 8º no art. 8º, e § 4º no art. 10, bem como do art. 115 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A Emenda Constitucional nº 103 / 2019 promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal em 12 de novembro de 2019, promoveu algumas alterações no texto da proposta de modificação do

Sistema Previdenciário, encaminhada pelo Presidente da República, em 20 de fevereiro de 2019, ao Congresso Nacional.

O Regime previdenciário vigente é historicamente deficitário e consome expressiva parcela do orçamento da União, impondo, pois, reforma profunda e imediata em sua estruturação.

Com efeito, o orçamento da previdência social para o exercício de 2019 registrou um déficit de R\$ 318,4 bi e a previsão para o exercício em curso (2020) estima um déficit de R\$ 244,2 bi. Como o Orçamento Geral da União teve seu valor global fixado em R\$ 3,6 trilhões para o presente exercício, e o orçamento da previdência aprovado pelo Conselho Nacional da Previdência totalizou R\$ 682,9 bi, fica demonstrada sua expressividade orçamentária.

Aliás, esse fenômeno não é exclusividade do Brasil. O déficit previdenciário afeta a maioria dos países, impondo-lhes mudanças radicais na política de assistência e previdência social.

Assim, por exemplo, valeria destacar-se de forma resumida alguns países que adotaram reformas estruturais em seu regime previdenciário, no período compreendido entre os anos de 1981 até 2014, sendo 14 da América Latina: CHILE (1981), PERÚ (1993), ARGENTINA e COLÔMBIA (1994), URUGUAI (1996), BOLÍVIA, MÉXICO e VENEZUELA (1997), EL SALVADOR (1998), NICARÁGUA (2000), COSTA RICA e EQUADOR (2001), REPÚBLICA DOMINICANA e PANAMÁ (2008); 14 do Leste Europeu e da Ex-União Soviética : HUNGRIA e CASAQUISTÃO (1998), CROÁCIA e POLÔNIA (1999), LETÔNIA (2001), BULGÁRIA, ESTÔNIA e RÚSSIA (2002), LITUÂNIA e ROMÊNIA (2004), ESLOVÁQUIA (2005), MACEDÔNIA (2006), REPÚBLICA CHECA (2013) e ARMÊNIA (2014); e 2 da África: NIGÉRIA (2004) e GANA (2010).

Ressalte-se que, pouco tempo depois de promoverem reformas estruturais em sua previdência social, 18 desses países as reverteram ou

as ajustaram como, por exemplo, a VENEZUELA que tinha reformado seu regime previdenciário em 1997 e que antes de completar três anos, ou seja, em 2000 promoveu novas alterações em sua previdência.

Mesmo entre países desenvolvidos como Japão, França, Dinamarca e Estados Unidos a previdência social também se constitui no grande problema dos governantes e dos segurados.

O JAPÃO com taxa de natalidade decrescente e expectativa de vida crescente, desde o final da década de 50, passou a enfrentar o declínio populacional e, conseqüentemente, com o inevitável aumento dos custos previdenciários. O envelhecimento da população japonesa tornou-se bem destacável em 1994, quando o percentual de pessoas idosas atingiu a marca de 14% (quatorze por cento). Destarte, o governo japonês, a partir da segunda metade dos anos 90, promoveu a implementação de reformas estruturais em seu sistema de previdência social visando, sobretudo, o controle dos gastos com os benefícios previdenciários. A idade para aposentadoria nesse período foi aumentada de 60 para 65 anos. O financiamento desse sistema conta com fundos do governo nacional (25%), de cada governo local (12,5%), do governo de cada distrito (12,5%), e das contribuições previdenciárias (50%).

Na FRANÇA, como na maioria dos países desenvolvidos e subdesenvolvidos do mundo, o problema previdenciário enfrentado não foi diferente. Assim, a primeira tentativa de mudança no regime de previdência social, ocorreu durante o Governo de Jacques Chirac no ano de 1995, quando manifestações gigantescas contrárias à iniciativa governamental, impuseram o adiamento da reforma para outra oportunidade. Nos anos de 2003 e 2007, ainda no Governo de Chirac, novas tentativas de mudanças no regime previdenciário foram frustradas por movimentos populares orquestrados por organizações sindicais. Só em 2010, já no Governo de

Nicolas Sarkozy, foi, enfim, realizada a pretendida reforma da previdência social. As principais mudanças promovidas por Sarkozy foi o aumento da idade mínima para obtenção da aposentadoria, fixada em 62 anos e a mudança de 65 para 67 anos a idade mínima de aquisição do direito à percepção do benefício no valor integral. Essa reforma foi completada, em 2013, no Governo de François Hollande, do Partido Socialista, quando foi aumentado o tempo mínimo de contribuição, fixado em 43 anos. Em 2015, a FRANÇA destinou mais de 14% de seu PIB em aposentadoria ficando, assim, demonstrada a imperiosa necessidade de revisão do sistema previdenciário vigente. O atual Presidente, Emmanuel Macron, apresentou seu Plano de Reforma da Previdência propondo a substituição dos atuais 42 sistemas de aposentadoria por um universal. Nesse plano foi proposta a idade de 67 anos para obtenção de aposentadoria com proventos integrais. As mudanças introduzidas pelo plano governamental seriam implementadas, gradativamente, a partir de 2025 para a maioria dos trabalhadores, e a partir de 2037 para os profissionais condutores de trens e metrô.

Considerado como um dos melhores do mundo, o sistema de aposentadoria da DINAMARCA combina plano de previdência compulsória com planos individuais voluntários. Lá, atualmente, a idade mínima para obtenção da aposentadoria é de 65 anos até 2022, quando passará para 67 anos e a partir de 2024 o patamar será estabelecido com base no índice de longevidade da população. Na DINAMARCA não há tempo mínimo de contribuição, mas o valor do benefício leva em consideração os anos de pagamentos no mercado de trabalho. O aposentado recebe, em média, 80,2% do salário percebido durante o período em que trabalhava. Embora lá não haja salário mínimo estipulado, em média o trabalhador dinamarquês percebe, mensalmente, 1.800 euros.

O Sistema de Previdência Social dos ESTADOS UNIDOS foi criado durante a Grande Depressão de 1929 pelo Presidente Franklin Delano Roosevelt e, efetivamente, implementado em 1935. A previdência social

americana compreende, basicamente,, dois sistemas: o público denominado Social Security e o privado conhecido como 401 K (nome advindo do código fiscal americano). A diferença entre ambos é que o primeiro abriga planos individuais enquanto o segundo compreende planos coletivos oferecidos pelas empresas. A maioria dos americanos, tanto funcionários públicos quanto trabalhadores da iniciativa privada, se aposenta aos 65 anos de idade, e percebe, em média, 44% do último salário. Nos ESTADOS UNIDOS não existe aposentadoria integral para o funcionalismo público. Lá é possível antecipar aposentadoria para 62 anos - com desconto no valor recebido - ou adiar para 70 anos - com acréscimo no benefício. Em geral, significativa parcela de servidores públicos nos ESTADOS UNIDOS, a exemplo dos magistrados, contribui para um plano de pensão complementar, o Federal Trust Fund Savings ( Fundo Federal de Administração de Poupança). Os benefícios complementares desse fundo são calculados com base nas contribuições feitas e nos juros obtidos pelo investimento do montante contribuído. A Social Security, levando em consideração o envelhecimento da população e a diminuição do número de trabalhadores ativos, estima que, dentro de quinze anos, o sistema previdenciário americano consignará um déficit em torno de 25 bilhões de dólares.

Passemos ao exame da situação previdenciária no BRASIL após a vigência da Emenda Constitucional nº 103 / 2019, objeto do presente trabalho, que reformulou o Sistema de Previdência Social e teve suas origens na proposta encaminhada pelo Governo Bolsonaro nos primeiros dias do exercício de 2019.

Assim, como já vimos na primeira parte deste trabalho, em 20 de fevereiro de 2019, logo no início de seu mandato, o Presidente Jair Messias Bolsonaro deu entrada no Congresso Nacional da proposta de Emenda à Constituição, estruturada em oito capítulos e respaldada em

circunstanciado estudo técnico elaborado pela equipe do Ministério da Economia sob a coordenação do Ministro Paulo Roberto Nunes Guedes, referente ao sistema de Previdência Social.

Essa proposta do Governo Bolsonaro consistia, basicamente, na alteração dos arts. 22, 37, 38, 39, 40, 42, 109, 149, 167, 194, 195, 201, 203, 239 e na inclusão dos arts. 201-A e 251 na Constituição Federal e dos §§ 6º, 7º, 8º e 9º no art. 8º, e § 4º no art. 10, bem como do art.115 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A mencionada proposta que veio a se constituir na PEC 6 / 2019 (Proposta de Emenda Constitucional nº 6 / 2019) e, posteriormente, transformada na Emenda Constitucional nº 103 / 2019 promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal em 12 de novembro de 2019, promoveu significativas alterações no Sistema Previdenciário do Brasil.

Vale destacar-se que não foi acolhida, pela EC 103 / 2019, nenhuma inclusão de novos dispositivos propostos na PEC 6 / 2019 acima referidos.

Desse modo, a instituição de novo regime de previdência social, organizado com base em sistema de capitalização, proposta na PEC 6 / 2019, não foi acolhida pela EC 103 / 2019.

Da mesma forma, na mencionada Emenda Constitucional, não foi considerada a proposta de instituição do sistema integrado de dados relativos aos regimes de previdência na conformidade do dispositivo a seguir:

“Art. 251. A União instituirá sistema integrado de dados relativos aos regimes de previdência de que tratam os art. 40, art. 201 e art. 202, aos programas de assistência social de que trata o art. 203 e, no que couber, aos proventos de inatividade e pensão por morte decorrentes das atividades militares de que tratam os art. 42 e art. 142, para o fortalecimento de sua gestão, governança e transparência e o cumprimento das disposições estabelecidas nesta Constituição e na sua legislação de regência..

Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e as entidades gestoras dos regimes, dos sistemas e dos programas a que se refere o caput disponibilizarão as informações necessárias para a estruturação do sistema integrado de dados e terão acesso ao compartilhamento das referidas informações na forma prevista em lei.” (NR)

Em relação aos §§ 6º, 7º, 8º e 9º acrescentados ao art. 8º, referentes à concessão de anistia, bem como o § 4º acrescentado ao art. 10 do ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS pela PEC 6 / 2019, não foram acatados e, por conseguinte, deixaram de constar da Emenda Constitucional em exame.

Embora a mencionada PEC tivesse, também, acrescentado o art. 115 (ADCT)

“ Art. 115. O novo regime de previdência social de que tratam o art. 201-A e o § 6º do art. 40 da Constituição será implementado alternativamente ao Regime Geral de Previdência Social e aos regimes próprios de previdência social e adotará, dentre outras, as seguintes diretrizes:

I – capitalização em regime de contribuição definida, admitido o sistema de contas nacionais;

II – garantia de piso básico, não inferior ao salário mínimo para benefícios que substituam o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho, por meio de fundo solidário, organizado e financiado nos termos estabelecidos na lei complementar de que trata o art. 201-A da Constituição;

III – gestão das reservas por entidades de previdência públicas e privadas, habilitadas por órgãos regulador, assegurada a ampla transparência dos fundos, o acompanhamento pelos segurados, beneficiários e assistidos dos valores depositados e das reservas, e as informações das rentabilidades e dos encargos administrativos;

IV – livre escolha, pelo trabalhador, da entidade ou da modalidade de gestão das reservas, assegurada a portabilidade;

V – impenhorabilidade, exceto para pagamento de obrigações alimentares;

VI – impossibilidade de qualquer forma de uso compulsório dos recursos por parte de ente federativo; e

VII – possibilidade de contribuições patronais e do trabalhador, dos entes federativos e do servidor, vedada a transferência de recursos públicos.

§ 1º - A lei complementar de que trata o art. 201-A da Constituição definirá os segurados obrigatórios do novo regime de previdência social de que trata o caput.

§ 2º - O novo regime de previdência social, de que trata o caput, atenderá, na forma estabelecida na lei complementar de que trata o art. 201-A da Constituição, a:

I – benefício programado de idade avançada;

II – benefícios programados, garantidas as coberturas mínimas para:

maternidade;

incapacidade temporária ou permanente; e

morte do segurado; e

III – risco de longevidade do beneficiário.” (NR)

Com seus incisos e parágrafos regulamentando o novo regime de previdência social organizado com base em sistema de capitalização, proposto na conformidade do disposto no art. 201-A, e como a proposta não foi acolhida, esse dispositivo foi ignorado pela multicitada Emenda Constitucional nº 103/2019.

Em relação às alterações introduzidas nos diversos artigos da Constituição Federal decorrentes da presente Emenda, observa-se que houve, em alguns dispositivos, pequenas modificações de natureza redacional, como a do inciso XXI do art. 22, em que foram introduzidas em seu texto original, apenas, as expressões “*inatividades e pensões*”.

As alterações seguintes ocorreram no art. 37 com a inclusão dos §§ 13, 14 e 15, sendo que, unicamente, o § 13 constava da referida PEC 6 / 2019 com a redação quase integral,



“§ 13. O servidor público titular de cargo efetivo poderá ser readaptado para exercício de cargo cujas atribuições e responsabilidades sejam compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental, confirmada por meio de perícia em saúde, enquanto permanecer nesta condição, desde que possua a habilitação e o nível de escolaridade exigidos para o cargo de destino, mantida a remuneração do cargo de origem.”

Apenas com exclusão das expressões grifadas no texto, que não foram adotadas pela Emenda Constitucional em exame. Vale ressaltar que os §§ 14 e 15 não constavam da referida PEC.

A redação proposta para o inciso V do art. 38 da Constituição Federal,

“na hipótese de ser segurado de regime próprio de previdência social de que trata o art. 40, permanecerá filiado a esse regime, no ente federativo de origem.”

teve excluída de seu texto a expressão sublinhada.

Quanto ao § 9º do art. 39 da proposta governamental (PEC 6 / 2019),

“ O direito à previdência social dos servidores públicos será concedido por meio dos regimes de que tratam os art. 40, art. 201 e art. 202, observados os requisitos e as condições neles estabelecidos, vedada outra forma de proteção, inclusive por meio do pagamento direto de complementação de aposentadorias e pensões.”

como visto, teve sua redação completamente modificada no texto constante da Emenda Constitucional 103 / 2019.

O maior número de alterações ocorreu no art. 40 da Constituição Federal, a começar pelo *caput*, cuja redação do texto proposto na PEC, em exame,

“ Aos servidores públicos titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas entidades autárquicas e suas fundações públicas, é assegurado

regime próprio de previdência social de caráter contributivo e solidário, por meio de contribuição do respectivo ente federativo, dos servidores públicos ativos, dos aposentados e dos pensionistas, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo, nos § 1º, § 1º-A, § 1º-C e § 1º-D do art. 149 e no art. 249.”

como se observa, foi inteiramente substituída na Emenda em apreciação.

A segunda alteração procedida ocorreu no § 1º que, além de ter sido reestruturado, teve a redação da PEC 6 / 2019

“Lei complementar de iniciativa do Poder Executivo federal disporá sobre as normas gerais de organização, de funcionamento e de responsabilidade previdenciária na gestão dos regimes próprios de previdência social de que trata este artigo, contemplará modelo de apuração dos compromissos e seu financiamento, de arrecadação, de aplicação e de utilização dos recursos, dos benefícios, da fiscalização pela União e do controle externo e social, e estabelecerá, dentre outros critérios ...”

completamente substituída, inclusive com a supressão de itens e alíneas.

Da mesma forma, do § 2º até o § 7º também houve reestruturação (§ 2º) e substituição total do texto, bem como a inclusão dos novos §§ 4º-A, 4º-B e 4º-C .

A Emenda Constitucional nº 103 / 2019 não acolheu o § 8º do art. 40

“ Observados os critérios a serem estabelecidos pelo ente federativo, o servidor público titular de cargo efetivo que tenha completado as exigências para a aposentadoria voluntária prevista no inciso I do § 2º e que opte por permanecer em atividade poderá fazer jus a um abono de permanência equivalente, no máximo, ao valor da sua contribuição previdenciária, até completar a idade para aposentadoria compulsória.”

constante da PEC 6 / 2019.

Quanto ao § 9º da referida PEC foi acolhido integralmente pela EC 103 / 2019, que o transcreveu *“ipsis litteris”*.

A proposta governamental não cuidou dos §§ 10, 11, e 12 do art. 40 da Constituição Federal, embora a Emenda Constitucional em apreço tenha promovido pequena alteração de natureza redacional no §12 .

Em relação ao § 13, desse mesmo dispositivo, a Emenda em questão o transcreveu quase na íntegra, nos termos constantes da PEC 6 / 2019

“ Aplica-se ao agente público ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, de outro cargo temporário, inclusive aos detentores de mandato eletivo, ou de emprego público, o Regime Geral de Previdência Social.”

ressalvando, apenas, as palavras grifadas (aos detentores de) que deixaram de constar do texto do referido § 13.

No que diz respeito ao § 14, não foi muito diferente e o texto da PEC foi transcrito na EC 103 / 2019

“ A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão regime de previdência complementar para servidores públicos ocupantes de cargo efetivo, observando o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social para o valor das aposentadorias e das pensões no regime próprio de previdência social de que trata este artigo, ressalvado o disposto no § 16.”

apenas com a inclusão da frase “ por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo”, logo após a palavra “instituirão”, bem como a exclusão da expressão grifada no texto (de que trata este artigo).

Já em relação ao § 15, a redação do texto da PEC 6 / 2019

“ O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, que oferecerá aos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida, observado o disposto no art. 202 e que poderá autorizar o patrocínio de plano administrado por entidade fechada de previdência complementar instituída pelo ente

federativo, bem como, por meio de licitação, o patrocínio de plano administrado por entidade fechada de previdência complementar não instituída pelo ente federativo ou por entidade aberta de previdência complementar.”

foi bastante modificada na Emenda em apreciação, embora sem comprometer o seu conteúdo.

A Emenda Constitucional nº 103 / 2019 não promoveu alteração nos §§ 16, 17 e 18 do art. 40 da Constituição Federal, a despeito da PEC 6 / 2019 ter modificado completamente o texto do § 17

“ Fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social aplicável à servidores públicos titulares de cargo efetivo e de mais de uma entidade gestora desse regime em cada ente federativo, abrangidos todos os poderes, os órgãos e as entidades autárquicas e fundacionais, que serão responsáveis pelo seu financiamento, devendo a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarem por lei o funcionamento de seu regime e da entidade gestora, observados o disposto neste artigo e os critérios e os parâmetros definidos na lei complementar de que trata o § 1º.”

mas que não foi considerado pela referida Emenda.

Vale ressaltar que a Emenda em tela promoveu alterações nos textos dos §§ 19 e 20, revogou o § 21 e acrescentou o § 22 no art. 40 da Constituição Federal, modificações essas que não decorreram da PEC 6/2019.

Por outro lado, na proposta governamental constaram, no art. 42 da Constituição Federal, alterações estruturais e redacionais

“ § 1º - Aplica-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, o disposto nos § 2º e § 3º do art. 142, cabendo a lei estadual específica dispor sobre o ingresso e os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra, sendo as patentes dos oficiais conferidas

pelos respectivos governadores.

§ 2º - Lei complementar de iniciativa do Poder Executivo disporá sobre as normas gerais de que trata o inciso XXI do caput do art. 22.

§ 3º - Lei do respectivo ente federativo poderá:

I – estabelecer regras para o militar transferido para a reserva exercer atividades civis em qualquer órgão do respectivo ente federativo por meio de adicional, o qual:

1. não será incorporado ou contabilizado para revisão do benefício na inatividade;
2. não servirá de base de cálculo para outros benefícios ou vantagens; e
3. não integrará a base de contribuição do militar; e

II – estabelecer requisitos para o ingresso de militares temporários, observado, em relação ao tempo de serviço militar por eles prestado, o disposto no § 9º-A do art. 201.”

que não foram consideradas na Emenda em exame.

Em compensação a E C 103/2019 introduziu modificações de natureza redacional no art. 93, inciso VIII, suprimindo a palavra “*aposentadoria*”, bem como no art.103-B, § 4º, inciso III, com a exclusão de seu texto das expressões grifadas “*ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço*”.

As alterações constantes da PEC 6 / 2019 referentes ao art. 109, inciso I, §§ 2º, 3º e 6º, ressalvado, exclusivamente, o § 3º que foi transcrito *ipsis litteris*, os demais não foram recepcionados pela Emenda Constitucional nº 103 / 2019.

Embora não tivesse constado da proposta governamental, a Emenda em estudo procedeu alteração redacional no art. 130-A, § 2º, inciso III, dispositivo que diz respeito ao Ministério Público.

Em relação ao art. 149 , a presente PEC promoveu várias alterações de natureza estrutural ou redacional, começando com a substituição do texto do § 1º e a introdução dos §§ 1º-A, 1º-B, 1º-C e 1º-D e, ainda, o § 5º . Todavia, a E C nº 103/2019 apesar de ter admitido algumas das modificações propostas, embora com mudanças na redação, inadmitiu a inclusão dos § 1º-D e § 5º .

Quanto ao art. 167 o governo propôs a inclusão dos incisos XII e XIII o que foi acolhido na Emenda, com pequenas alterações redacionais, e ainda, modificações no § 4º , o que não foi considerado.

No que diz respeito à proposta de alteração no texto do Art. 194, parágrafo único inciso VI,

*“ diversidade da base de financiamento, com segregação contábil do orçamento da seguridade social nas ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social; e ”*

a Emenda Constitucional introduziu modificações redacionais sem, contudo, desfigurar a regra.

Em relação ao art. 195, inciso I, alínea “a” a PEC 6/2019 propôs alterações redacionais

*“ a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos, devidos ou creditados, a qualquer título e de qualquer natureza, salvo exceções previstas em lei, à pessoa física que lhe presta serviço, mesmo sem vínculo empregatício; ”*

mas que não foram acolhidas pela EC 103 / 2019. Já no que concerne ao inciso II do mesmo dispositivo

*“ do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, observados os limites mínimo e máximo do salário de contribuição estabelecidos na lei complementar a que se refere o § 1º do art. 201, podendo ser adotadas alíquotas progressivas ou escalonadas, de*

acordo com o valor do salário de contribuição, e que não incidirá contribuição sobre a aposentadoria e a pensão concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social; ”

a Emenda acolheu o texto proposto, embora com alterações de natureza redacional. Daí em diante, a Emenda em exame deixou de acolher os §§ 5º, 8º, 8º-A, 8º-B, 11-A e 15 com seus incisos I e II propostos pela PEC 6/2019. Todavia, vale ressaltar que o § 9º, embora não tivesse sido objeto da PEC em estudo, foi objeto da presente Emenda que o acolheu com modificações em sua redação. Quanto ao § 11 que constou da PEC com redação modificada e ampliada, na E C 103 / 2019 teve seu texto reduzido e simplificado. O § 13 foi revogado. Em relação ao § 14 o texto constante da PEC foi transcrito integralmente na Emenda com acréscimo, no final, da expressão “ ... assegurado o agrupamento de contribuições”. O § 15 com seus incisos I e II

“ O segurado que, no somatório de remunerações auferidas no período de um mês receber remuneração inferior ao limite mínimo mensal do salário de contribuição de que trata o § 14, poderá, observada a periodicidade máxima e os demais critérios previstos em lei:

I – complementar a sua contribuição, de forma a alcançar o limite mínimo exigido, hipótese em que poderá utilizar o valor da contribuição que exceder o limite mínimo de contribuição de uma competência em outra; ou

II – agrupar contribuições inferiores ao limite mínimo de diferentes competências, para aproveitamento em contribuições mínimas mensais.”

constante da PEC 6 / 2019 não foi admitido pela Emenda Constitucional nº 103 / 2019 .

Quanto ao art. 201 da Constituição Federal as modificações proposta pelo Governo Bolsonaro constantes da citada PEC consistiram em :

caput

*“ O Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, atenderá a:”*

houve pequenas alterações de natureza redacional no início e no final do texto.

- Os incisos II, IV e V não foram acolhidos pela E C nº 103 / 2019
- § 1º e seus incisos I e II
- *“ Lei complementar de iniciativa do Poder Executivo federal disporá sobre os seguintes critérios e parâmetros do regime de que trata este artigo:*
- *I – rol taxativo dos benefícios e dos beneficiários;*
- *II – requisitos de elegibilidade para os benefícios, que contemplarão idade mínima, tempo de contribuição, carência e limites mínimo e máximo do valor dos benefícios;*
- houve substituição total do texto deste dispositivo, tanto no *caput* como nos incisos I e II. Quanto aos demais incisos ( III a VIII) , não foram considerados na Emenda.
- §§ 3º e 4º
- As mudanças sugeridas não foram levadas em consideração pela E C nº 103 / 2019.
- § 7º, incisos I a IV e § 7º-A
- As alterações propostas, seja de natureza redacional ou estrutural, não foram consideradas. Assim, por exemplo, o *caput* do § 7º manteve a redação determinada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998. Quanto aos incisos foram reduzidos a 2 (dois) na conformidade da Emenda Constitucional nº 103, de 12/11/2019. E o § 7º-A simplesmente foi inadmitido.
- § 8º

*“ Os empregados dos consórcios públicos, das empresas públicas, das sociedades de economia mista e das suas subsidiárias serão aposentados compulsoriamente, observado o cumprimento do tempo mínimo de contribuição, ao atingir a idade máxima de que trata o inciso III do § 2º do art. 40, na forma estabelecida na lei complementar a que se refere o § 1º.”*



O texto foi integralmente substituído na Emenda em apreciação.

- § 9º, § 9º-A e § 10

Os textos desses dispositivos contidos na PEC 6 / 2019 foram admitidos na E C nº 103 / 2019 com pequenas alterações de natureza redacional, sem afetação da norma..

- §§ 12, 13, 14, 15 e 16

Apesar de não ter constado da proposta governamental, houve alterações no texto dos §§ 12 e 13, bem como a inclusão dos §§ 14, 15 e 16 no art.201 da Constituição Federal na conformidade da Emenda Constitucional nº 103 / 2019.

A PEC 6 / 2019 propôs a inclusão do Art. 201-A

“ Lei complementar de iniciativa do Poder Executivo federal instituirá novo regime de previdência social, organizado com base em sistema de capitalização, na modalidade de contribuição definida, de caráter obrigatório para quem aderir, com previsão de conta vinculada para cada trabalhador e de constituição de reserva individual para o pagamento do benefício, admitida capitalização nacional, vedada qualquer forma de uso compulsório dos recursos por parte de ente federativo.”

instituindo novo regime de previdência social com base em sistema de capitalização que não foi admitido pela EC 103 / 2019 .

Apesar de não ter sido da iniciativa do Governo Federal, a Emenda Constitucional nº 103 / 2019, promoveu pequenas alterações de natureza redacional nos §§ 4º, 5º e 6º do art. 202 da Constituição Federal.

A PEC 6 / 2019 propôs modificações de natureza estrutural e redacional no art. 203 da Constituição Federal, compreendendo:

1. alteração redacional do texto do inciso V;
2. inclusão do inciso VI com dois §§;
3. o que não foi considerado na E C nº 103 / 2019.

Constava da proposta do Governo, em relação ao art.239 da Constituição Federal, alterações de natureza redacional nos §§ 1º e 3º

“ § 1º Dos recursos mencionados no caput, no mínimo, vinte e oito por cento serão destinados para o financiamento de programas de desenvolvimento econômico, por meio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, com critérios de remuneração que preservem o seu valor.”

“ § 3º Aos empregados que percebam de empregadores que contribuem para o Programa de Integração Social – PIS ou para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – Pasep até um salário- mínimo de remuneração mensal é assegurado o pagamento de um abono salarial anual calculado na proporção de um doze avos do valor do salário-mínimo vigente na data do pagamento, multiplicado pelo número de meses trabalhado no ano correspondente, considerado como mês integral a fração igual ou superior a quinze dias de trabalho, observado o disposto no § 3º-A.”

bem como a inclusão dos §§ 3º-A e 3º-B

“ § 3º-A O abono de que trata o § 3º somente será devido nas hipóteses em que o trabalhador tenha exercido atividade remunerada, no mínimo, durante trinta dias no ano-base e esteja cadastrado há, no mínimo, cinco anos no Programa PIS-Pasep.”

“ § 3º-B O rendimento das contas individuais será computado no valor a que se refere o § 3º para aqueles que já participavam do Programa PIS-Pasep na data de promulgação desta Emenda à Constituição.”

sendo que, das alterações propostas, o § 1º foi transcrito na íntegra na E C nº 103 / 2019 enquanto os demais foram ignorados. Vale destacar que a Emenda em tela no *caput* do art. 239 incluiu a expressão “*outras ações da previdência social*” e promoveu, também, a inclusão do § 5º.

A PEC 6 / 2019 propôs a inclusão do art. 251 na Constituição Federal

“ A União instituirá sistema integrado de dados relativos aos regimes de previdência de que tratam os art. 40, art. 201 e art. 202, aos programas de assistência social de que trata o art. 203 e,

no que couber, aos proventos de inatividade e pensão por morte decorrentes das atividades militares de que tratam os art. 42 e art. 142, para o fortalecimento de sua gestão, governança e transparência e o cumprimento das disposições estabelecidas nesta Constituição e na sua legislação de regência.

Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e as entidades gestoras dos regimes, dos sistemas e dos programas a que se refere o caput disponibilizarão as informações necessárias para a estruturação do sistema integrado de dados e terão acesso ao compartilhamento das referidas informações na forma prevista em lei.”

o que não foi admitido.

Reflitamos agora sobre o ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS e as alterações propostas, bem como as modificações introduzidas.

Inicialmente, o Governo propôs alterações no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais transitórias, que cuida de anistia política, com a inclusão de mais 4 (quatro) §§

“ § 6º O anistiado na forma prevista neste artigo e os seus dependentes contribuirão para a seguridade social por meio de aplicação de alíquota sobre o valor da reparação mensal de natureza econômica a que fizeram jus, na forma estabelecida para a contribuição de aposentado e pensionista do regime próprio de previdência social da União.

§ 7º A contribuição social de que trata o § 6º não elimina a cobrança das demais contribuições sociais exigidas dos segurados obrigatórios da previdência social.

§ 8º É vedada a percepção mensal simultânea da reparação mensal com proventos de aposentadoria, hipótese em que o anistiado poderá, nos termos previstos em lei, optar pelo benefício previdenciário ou pela reparação mensal de natureza econômica mais vantajoso, respeitados os casos de direito adquirido até o

início da vigência dessa vedação.

§ 9º A concessão e o reajuste da prestação mensal devida aos anistiados não poderão ultrapassar o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, garantida a irredutibilidade dos benefícios já concedidos.”

mas que não foram acolhidos pela Emenda Constitucional nº 103 / 2019.

Na PEC nº 6 / 2019 consta a inclusão no art. 10 do ADCP do § 4º

“O vínculo empregatício mantido no momento da concessão da aposentadoria voluntária não ensejará o pagamento da indenização compensatória prevista no inciso I do caput do art. 7º da Constituição, nem o depósito do fundo de garantia do tempo de serviço devido a partir da concessão da aposentadoria.”

que não foi acolhido pela E C nº 103 / 2019.

Consta, ainda, a inclusão do art.115, versando sobre o novo regime de previdência social, organizado com base em sistema de capitalização, o que também não foi acolhido, como ficou demonstrado, anteriormente, na abordagem do proposto art. 201-A da Constituição Federal.

Embora não tivesse sido objeto de iniciativa do Governo, a Emenda em tela introduziu modificações no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentando ao art. 76 o § 4º com a seguinte redação:

“ A desvinculação de que trata o caput não se aplica às receitas das contribuições sociais destinadas ao custeio da seguridade social.”

A PEC, diversamente da Emenda, foi estruturada em capítulos e destinou o Capítulo III ao estabelecimento de Regras de Transição Relacionadas aos Regimes Próprios de Previdência Social ocupando-se, inicialmente, com Aposentadoria dos servidores públicos em geral e dos professores.

Destarte, a abordagem da PEC nesse particular é diferente da adotada pela E C nº 103 / 2019, como se pode verificar no texto da proposta governamental

ADCT-Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

“ Art. 3º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas na lei complementar a que se refere o § 1º do art. 40 da Constituição, o servidor público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas entidades autárquicas e suas fundações públicas, que tenha ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de promulgação desta Emenda à Constituição poderá aposentar-se voluntariamente quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I – cinquenta e seis anos de idade, se mulher, e sessenta e um anos de idade, se homem;

II – trinta anos de contribuição, se mulher, e trinta e cinco anos de contribuição, se homem;

III – vinte anos de efetivo exercício no serviço público;

IV – somatório da idade e do tempo de contribuição, incluídas as frações, equivalente a oitenta e seis pontos, se mulher, e noventa e seis pontos, se homem, observado o disposto nos § 2º a § 4º.

Confrontando-se o texto do art. 3º do ADCT , que consta da PEC em exame, com os dispositivos correspondentes da Emenda verifica-se que, a despeito de abordagem diferente, todos tratam de aposentadoria do servidor público, estabelecendo os mesmos requisitos para sua concessão, ou seja: idade ( 56 anos para a mulher e 61 anos para o homem); tempo de contribuição ( 30 anos para a mulher e 35 anos para o homem); tempo de efetivo exercício no serviço público (20 anos para ambos os sexos); e tempo de exercício do cargo efetivo em que se der a aposentadoria ( 5 anos).

Ademais, comparando-se os textos dos § 5º do art. 3º da PEC com § 4º do art. 4º da E C 103/2019, observa-se que ambos, usando a mesma redação, tratam da aposentadoria do professor que exerçam suas funções de

magistério, exclusivamente, na educação infantil e no ensino fundamental e médio, estabelecendo os mesmos requisitos, quais sejam: idade ( 51 anos para a mulher e 56 anos para o homem); e tempo de contribuição ( 25 anos para a mulher e 30 anos para o homem).

Da mesma forma, no que diz respeito à aposentadoria do policial civil, o art. 4º da PEC estabeleceu os requisitos para aquisição do benefício, isto é: idade ( 55 anos para ambos os sexos); tempo de contribuição ( 25 anos para a mulher e 30 anos para o homem); e tempo de exercício em cargo de natureza estritamente policial (15 anos se mulher e 20 anos , se homem ). A Emenda Constitucional nº 103/2019, por sua vez, regulou a aposentadoria do policial civil, do agente federal penitenciário e do socioeducativo no mesmo dispositivo, ou seja, art. 5º estabelecendo a mesma idade fixada na PEC nº 6 / 2019 para ambos os sexos ( 55 anos ) ou, alternativamente, o disposto no § 3º:

“ Os servidores de que trata o caput poderão aposentar-se aos 52 (cinquenta e dois) anos de idade, se mulher, e aos 53 ( cinquenta e três ) anos de idade, se homem, desde que cumprido período adicional de contribuição correspondente ao tempo que, na data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, faltaria para atingir o tempo de contribuição previsto na Lei Complementar nº 51, de 20 de dezembro de 1985.”

A PEC em questão, diversamente da EC 103/2019, regulamentou a aposentadoria dos agentes penitenciários e dos socioeducativos, em seu art. 5º, dispositivo diverso do regulador da aposentadoria dos policiais (art. 4º), mantendo quase o mesmo texto, apenas com a alteração do tempo de 20 anos de exercício no cargo, isto é, com 5 anos a mais do exigido aos policiais ( 15 anos).

Em RESUMO, as condições estabelecidas para aposentadoria na Emenda Constitucional nº 103 /2019 são as que seguem:

Regime Geral de Previdência Social - RGPS  
Idade( CF art. 201, § 7º, inciso I )  
Mulher - 62 anos  
Homem - 65 anos  
( CF art. 201, § 7º, inciso II )

Para os trabalhadores rurais e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

Mulher - 55 anos  
Homem - 60 anos  
( CF art. 201, § 8º )

Para o professor que comprove tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio terá a idade a que se refere o inciso I do § 7º reduzida em 5 (cinco) anos.

Tempo de Contribuição ( EC 103/2019 art. 19)  
Mulher - 15 anos  
Homem - 20 anos

Obs. A contagem recíproca do tempo de contribuição entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes próprios de previdência social, para fins de aposentadoria, é assegurada na forma do disposto no art.201, § 9º da Constituição Federal. Da mesma forma, essa contagem recíproca é assegurada, também, para fins de inativação militar ou aposentadoria, consoante dispõe o § 9º-A do mesmo dispositivo constitucional.

Regime Próprio de Previdência Social - RPPS  
Servidor Público Federal  
Emenda Constitucional nº 103 / 2019  
Idade(art. 4º , inciso I)  
Mulher - 56 anos  
Homem - 61 anos  
Tempo de contribuição (art. 4º, inciso II)  
Mulher - 30 anos  
Homem - 35 anos  
Tempo de efetivo exercício no serviço público  
ambos os sexos - 20 anos ( art. 4º, inciso III)  
Tempo no cargo efetivo da aposentadoria  
ambos os sexos - 5 anos ( art. 4º, inciso IV)

Obs. a partir de 1º de janeiro de 2022 a idade mínima para aposentadoria será de 57 anos para mulher e 62 para homem (art. 4º, § 1º).

Professor

Emenda Constitucional nº 103/2019

Idade(art. 4º, § 4º, inciso I)

Mulher - 51 anos

Homem - 56 anos

Tempo de contribuição (art. 4º, § 4º, II)

Mulher - 25 anos

Homem - 30 anos

Obs. A partir de 1º de janeiro de 2022, a idade mínima para aposentadoria de titular do cargo de professor, que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, será de 52 anos, se mulher, e 57 anos, se homem (art. 4º, § 4º, III).

Policia Civil e Agente Federal, Penitenciário ou socioeducativo

Emenda Constitucional nº 103 / 2019

Idade(art. 5º)

Para ambos os sexos 55 anos

Obs. Na forma do disposto na Lei Complementar nº 51, de 20 de dezembro de 1985, (art. 1º, incisos I e II), o funcionário policial será aposentado, voluntariamente, com proventos integrais, após 30 anos de serviço, desde que conte, pelo menos 20 anos de exercício em cargo de natureza estritamente policial; e, compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de serviço aos 65 anos de idade.

A EC 103/2019 em seu art. 5º § 3º, assim dispõe:

“ Os servidores de que trata o caput poderão aposentar-se aos 52 (cinquenta e dois) anos de idade, se mulher, e aos 53 (cinquenta e três) anos de idade, se homem, desde que cumprido período adicional de contribuição correspondente ao tempo que, na data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, faltaria para atingir o tempo de contribuição previsto na Lei Complementar nº 51, de 20 de dezembro de 1985.”

As regras para concessão de aposentadoria ao servidor público federal vinculado a regime próprio de previdência social e ao segurado do Regime Geral de Previdência Social, até aqui expostas, dizem respeito aos que tenham cumprido os requisitos exigidos para obtenção desse benefício até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, isto é, 13 de novembro de 2019. Assim, mesmo que o beneficiário não tenha requerido



sua aposentadoria até a mencionada data, se comprovar que atendeu os requisitos exigidos para sua concessão, terá seu direito assegurado, podendo requerê-lo quando bem lhe aprouver ( art. 3º da Emenda Constitucional nº 103 / 2019).

A Emenda em tela limitou o rol de benefícios dos regimes próprios de previdência social às aposentadorias e à pensão por morte, consoante o disposto em seu art. 9º, § 2.

Com o advento da reforma previdenciária instituída pela Emenda em apreço, a aposentadoria voluntária dos servidores públicos federais ficou condicionada ao atendimento dos seguintes requisitos: (art. 10, § 1º, inciso I da E C nº 103/2019)

- a) 62 anos de idade se mulher, e 65 anos de idade, se homem;
- b) 25 anos de contribuição, 10 anos de efetivo exercício no serviço público e 5 anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria, para ambos os sexos.

Quanto à aposentadoria compulsória, na conformidade do (art. 10, § 1º, inciso III da E C nº 103/2019), os servidores públicos federais serão aposentados “*compulsoriamente, na forma do disposto no inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal*”.

Esse dispositivo constitucional estabelece as idades de 70 ou 75 anos para o ingresso na inatividade dos servidores públicos, independentemente de sua vontade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. Quando o vínculo do empregado/servidor é regido pela CLT a aposentadoria compulsória ocorre aos 70 anos de idade e quando se tratar de servidor público, com vinculação estatutária, ocorre aos 75 anos de idade.

Essa alteração de idade para aposentadoria compulsória foi estabelecida pela Emenda Constitucional nº 88, de 7 de maio de 2015, que

acrescentou o art. 100 ao ADCT, onde consta que *“os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União aposentar-se-ão, compulsoriamente, aos 75 anos de idade”* (destacou-se).

Além disso, a Lei Complementar nº 152, de 3 de dezembro de 2015, que dispõe sobre aposentadoria compulsória assim estabeleceu:

*“Art. 2º - Serão aposentados compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 75 (setenta e cinco) anos de idade:*

*I – os servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações”* (destacou-se).

*II .....*

Os proventos da aposentadoria compulsória, isto é, o valor do benefício corresponderá ao resultado do tempo de contribuição dividido por 20 anos, limitado a um inteiro, multiplicado pelo valor encontrado na média aritmética ( 60% da média, com acréscimo de 2 pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 anos). Nos casos em que o servidor cumpra os critérios para aposentadoria voluntária e essa lhe seja mais favorável, o mesmo poderá ter sua aposentadoria concedida de acordo com as regras aplicáveis para aposentadoria voluntária.

De um modo geral, a E C nº 103 / 2019 no que concerne ao tema aposentadoria em relação à PEC nº 6 / 2019, não houve significativas diferenças em seus textos.

Quanto à alíquota da contribuição previdenciária, esta foi fixada em 14%, na conformidade do disposto no caput do art. 11 da Emenda Constitucional nº 103 / 2019, sendo que a referida alíquota será reduzida ou majorada de acordo com os parâmetros indicados no § 1º do art. 11 acima mencionado.

Destarte, a citada alíquota variará de 7,5% ( incidente sobre salário mínimo), até 22% (incidente sobre o valor da base de contribuição ou do benefício recebido acima de R\$ 39.000,00) .

A multicitada alíquota será devida pelos aposentados e pensionistas de quaisquer dos Poderes da União, e incidirá sobre o valor da parcela dos proventos de aposentadoria e de pensões que supere o limita máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, conforme dispõe o art. 11, § 4º da E C nº 103 / 2019, que reflete plenamente o que foi proposto pelo Governo na PEC nº 6 / 2019.

A Emenda em tela, em seu art. 12, estabelece que a União instituirá sistema integrado de dados relativos às remunerações, proventos e pensões dos segurados dos regimes de previdência, com a proibição expressa de transmissão das informações obtidas pelo sistema a qualquer pessoa física ou jurídica, para qualquer fim não relacionado à fiscalização.

Embora a presente Emenda tenha incorporado a inclusão do § 9º no art. 39 da Constituição Federal,

“ É vedada a incorporação de vantagens de caráter temporário ou vinculadas ao exercício de função de confiança ou de cargo em comissão à remuneração do cargo efetivo”

contida na PEC que lhe deu origem, excluiu, em seu art. 13, essa vedação das referidas vantagens incorporadas até 12.11.2019, data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional.

No que diz respeito aos Regimes de Previdência Aplicáveis a Titulares de Mandato Eletivo, a proposta formulada pelo Governo, embora mantida em sua essência, foi modificada pela PEC 6 / 2019 e mantida *ipssis literis* pela Emenda Constitucional nº 103 / 2019, consoante dispõe seu art. 14 e §§ 1º ao 5º.

Esse dispositivo, ao vedar a adesão de novos segurados e a instituição de novos regimes dessa natureza, determinou a extinção dos regimes de previdência aplicáveis a titulares de mandato eletivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Aos atuais segurados foi concedida a opção expressa de retirada do respectivo regime, dentro no prazo de 180 dias, contados a partir de 13.11.2019, data de entrada em vigor da Emenda em análise.

Ademais, aos segurados do Plano de Seguridade Social dos Congressistas de que cuida a Lei nº 9.506, de 30.10.1997, que optarem pela manutenção de seu vínculo a esse regime, poderão obter a aposentadoria desde que cumpram período adicional de 30% do tempo faltante para aquisição do direito ao mencionado benefício em 12.11.2019. Além disso, há de ser observada a idade mínima de 62 anos, se mulher, e 65 anos, se homem. Tudo na conformidade do disposto no § 1º do art. 14 da E C nº 103 / 2019.

Vale ressaltar que a concessão de aposentadoria aos titulares de mandato eletivo e de pensão por morte a seus respectivos dependentes, ficou assegurado a quem tenha cumprido os requisitos para obtenção dos benefícios até 12.11.2019, data de entrada em vigor da E C nº 103 /2019 (art. 14 § 3º).

Destaque-se, ainda, que o tempo de contribuição em outros regimes e o decorrente de atividade militar utilizado para obtenção de benefício no regime de previdência destinado aos titulares de mandato eletivo, não pode ser utilizado para a obtenção de benefício em outro regime.

Na forma do disposto nos artigos a seguir examinados, foram estabelecidas as regras de transição para concessão de aposentadoria pelo denominado “sistema de pontos”, com respaldo no somatório da idade e do tempo de contribuição.

Assim, na forma do disposto no art. 15, incisos I e II, os segurados vinculados ao Regime Geral de Previdência Social até a data da entrada

em vigor dessa Emenda Constitucional (12.11.2019), terão direito à aposentadoria desde que tenham preenchido, cumulativamente, os seguintes requisitos:

Mulher: 30 anos de contribuição + idade em 2019 totalizando 86 pontos;  
Homem: 35 anos de contribuição + idade em 2019 totalizando 96 pontos.

A partir de 01.01.2020, a pontuação supramencionada será acrescida de 1 ponto a cada ano, até atingir o limite de 100 pontos, se mulher, e de 105 pontos, se homem, conforme dispõe o § 1º do art. 15 da Emenda em análise.

Ao professor que comprovar efetivo exercício, exclusivamente, nas funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, desde que tenha contribuído durante 25 anos, se mulher, e 30 anos, se homem, fica assegurado o direito à aposentadoria quando o somatório da idade e do tempo de contribuição totalizar 81 pontos, se mulher, e 91 pontos, se homem, tudo na conformidade do § 3º do art. 15 desta Emenda. A partir de 1º de janeiro de 2020, a pontuação será acrescida de 1 ponto a cada ano, até atingir o limite de 92 pontos, se mulher, e 100 pontos, se homem.

A 2ª Regra de Transição trata da Idade Mínima + Tempo de Contribuição, conforme dispõe o Art. 16 da Emenda Constitucional nº 103/2019.

De acordo com essa regra, o segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor desta Emenda, ou seja, 12 de novembro de 2019, adquire o direito à aposentadoria quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos:

Mulher: 30 anos de contribuição e 56 anos de idade;  
Homem: 35 anos de contribuição e 61 anos de idade.

Na forma do § 1º do art. 16, a partir de 1º de janeiro de 2020, a idade da mulher (56 anos) e a do homem (61 anos), será acrescida de 6 meses a cada ano, até atingir, respectivamente, 62 e 65 anos de idade.

Em se tratando de professor, nos termos do § 2º do art. 16, o tempo de contribuição e a idade exigidos para aquisição do direito à aposentadoria serão reduzidos em 5 anos, sendo, a partir de 1º de janeiro de 2020, acrescidos 6 meses, a cada ano, às idades exigidas até atingirem 57 anos (mulher) e 60 anos (homem).

A 3ª Regra de Transição para a concessão de aposentadoria na conformidade do disposto no art. 17 da Emenda Constitucional nº 103 / 2019 foi instituída para atender ao segurado que estava preste a se aposentar por tempo de contribuição.

Assim, aquele que em 12.11.2019, data de entrada em vigor desta Emenda, contasse com mais de 28 anos de contribuição, se mulher, e mais de 33 anos de contribuição, se homem, sem exigência de qualquer idade mínima, adquiria o direito à aposentadoria, desde que cumprisse o período adicional de contribuição denominado de “pedágio”.

Esse “pedágio” corresponderia a 50% (cinquenta por cento) do tempo que na data de entrada em vigor desta Emenda, isto é, 12.11.2019, faltaria para atingir 30 anos de contribuição, se mulher, ou 35 anos de contribuição, se homem.

Desse modo, considerando-se que para ambos os sexos, independente de idade, só faltaria 2 anos para completar o período mínimo que faltaria para atingir o tempo de contribuição exigido para aquisição de aposentadoria, o segurado ainda teria que contribuir com o período adicional “pedágio”, correspondente a 50% a saber:

Mulher: 2 anos de contribuição que faltaria + 1 ano (pedágio) = 3 anos

Homem: 2 anos de contribuição que faltaria + 1 ano (pedágio) = 3 anos

O Art.18 da Emenda Constitucional nº 103 / 2019 assegura ao filiado do RGPS, antes da entrada em vigor da presente Emenda, o direito à aposentadoria quando preencher, cumulativamente os seguintes requisitos:

60 anos de idade, se mulher, e 65 anos de idade, se homem, e que tenha contribuído por 15 anos (ambos os sexos).

Em conformidade com o § 1º do art. 18 desta Emenda, a partir de 1º/01/2020 a idade da mulher será acrescida em 6 meses a cada ano, até atingir 62 anos.

O Art. 19 da Emenda Constitucional nº 103 / 2019 dispõe que o filiado ao Regime Geral de Previdência Social, DEPOIS da entrada em vigor da presente Emenda, isto é, 13/12/2019, será aposentado aos 62 anos de idade e 15 anos de contribuição, se mulher, e aos 65 anos de idade e 20 anos de contribuição, se homem.

Enquanto não houver lei complementar regulamentando a matéria relativa à redução de idade mínima ou tempo de contribuição para concessão de aposentadoria, nos termos do disposto no art.19, § 1º, incisos I e II da EC nº 103/2019, esse benefício será reconhecido ao segurado que comprovar:

o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, para ambos os sexos durante, no mínimo 15, 20 ou 25 anos de contribuição e que tenha, respectivamente, 55, 58 ou 60 anos de idade;

o exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, para ambos os sexos, durante 25 anos de contribuição, e que tenha 57 anos de idade, se mulher, e 60 anos de idade, se homem.

O professor, além da idade acima estabelecida, deverá comprovar o tempo de 10 anos de efetivo exercício no serviço público, bem como 5 anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria.

O valor dos proventos da aposentadoria de que trata o § 2º do art.19 da Emenda em apreço, até que seja publicada lei que discipline a matéria, corresponderá à média dos salários do tempo de contribuição, sobre a qual incidirá o percentual de 60%.

O Art. 20 da Emenda Constitucional nº 103 / 2019 assegura o direito à aposentadoria voluntária, por tempo de contribuição, ao segurado ou servidor público filiado ao Regime Geral de Previdência Social ou ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de publicação desta Emenda, 12/11/2019, desde que preencha, cumulativamente, os seguintes requisitos:

Mulher  
Idade 57 anos  
Tempo de contribuição 30 anos  
Homem Idade 60 anos  
Tempo de contribuição 35 anos  
Ambos os sexos

Para os servidores públicos, 20 anos de efetivo exercício no serviço público e 5 anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria

Período adicional de contribuição correspondente ao tempo que, na data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional faltaria para atingir o tempo mínimo de contribuição referido no inciso II.

A regra de transição referente ao período adicional de contribuição, denominado de “pedágio”, no percentual de 100%, correspondente ao tempo que faltaria para o segurado adquirir o direito à aposentadoria na data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, conforme dispõe o inciso IV do art. 20.

Em se tratando de professor que comprove tempo de efetivo exercício, exclusivamente, nas funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, nos termos do disposto no § 1º do art. 20 da presente Emenda, os requisitos de idade e de tempo de contribuição exigidos para aposentadoria voluntária, serão reduzidos em 5 (cinco) anos. Assim, a professora com 52 anos de idade e 25 anos de contribuição, e o professor com 55 ano de idade e 30 anos de contribuição, adquirem o direito à aposentadoria voluntária.



O valor da aposentadoria corresponderá:

- a) ao servidor público que ingressou no serviço público em cargo efetivo, até 31/12/2003, e que não optou pela previdência complementar de que trata o § 16 do art. 40 da Constituição Federal, à totalidade da remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, observado o disposto no § 8º do art. 4º da E C nº 103 / 2019; e
- b) aos demais servidores públicos e aos segurados do Regime Geral de Previdência Social, ao valor apurado na forma da lei.

Assim, os proventos da aposentadoria dos servidores que integram o grupo “a” , ou seja, aqueles que ingressaram no serviço público até 31/12/2003 e não optaram pela previdência complementar, corresponderão à totalidade da remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, observado que se o cargo estiver sujeito a variações na carga horária, a remuneração será proporcional ao tempo e ao salário respectivo.

Aos demais servidores públicos e aos segurados do Regime Geral de Previdência Social os proventos da aposentadoria, até que seja publicada lei disciplinando a matéria, serão calculados com base na média aritmética simples de todos os salários de contribuição, limitado ao teto vigente do RGPS, e o valor do benefício corresponderá a 100% da média.

Tudo em conformidade com o Art.20, § 2º, incisos I e II da Emenda em apreço.

O valor da aposentadoria será reajustado sempre na mesma data e com o mesmo índice estabelecido para o reajuste dos benefícios do RGPS, na forma do disposto no § 3º, inciso I e II do mesmo dispositivo supramencionado .

Em relação às aposentadorias dos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, enquanto não houver alterações na legislação que rege a matéria relacionada ao respectivo regime próprio de previdência

social, serão aplicadas as normas constitucionais e infraconstitucionais anteriores à presente Emenda, conforme dispõe o Art. 20, § 4º.

O Art. 21 da Emenda Constitucional nº 103 / 2019 estabelece as regras de transição para concessão de aposentadoria ao segurado ou servidor público federal que tenha ingressado no serviço público em cargo efetivo, até a data de entrada em vigor desta Emenda, 12/11/2019, para exercer atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos, reconhecidamente nocivos à saúde. No caso de servidor público é exigido o tempo mínimo de 20 anos de efetivo exercício no serviço público e de 5 anos no cargo efetivo em que ocorrer a aposentadoria, na forma do disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24/07/1991.

Nessa hipótese, a aposentadoria poderá ser concedida quando o total da soma resultante da sua idade e do tempo de contribuição e o tempo de efetiva exposição, forem, respectivamente, de:

I – atividade especial de 15 anos de contribuição  
66 pontos e 15 anos de efetiva exposição;

II – atividade especial de 20 anos de contribuição  
76 pontos e 20 anos de efetiva exposição;

III – atividade especial de 25 anos de exposição  
86 pontos e 25 anos de efetiva exposição.

Vale ressaltar que a idade e o tempo de contribuição, nos termos do §1º do art.21, serão apurados em dias para o cálculo de somatório de pontos.

Quanto ao valor da aposentadoria, até que seja publicada lei regulamentando a matéria, o cálculo do benefício tomará por base a média dos salários do período contributivo.

No que concerne aos Estados e aos Municípios, aplicam-se às aposentadorias dos servidores cujas atividades sejam exercidas com efetiva

exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, as normas constitucionais e infraconstitucionais anteriores à vigência desta Emenda, conforme estabelece o § 3º do art. 21.

O Art. 22 da E C nº 103 / 2019 trata de aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do RGPS ou do servidor público federal com deficiência vinculado ao regime próprio de previdência social com o tempo mínimo de 10 anos de efetivo exercício no serviço público e de 5 anos de efetivo exercício no cargo que será concedida na forma da Lei Complementar nº 142 / 2013, inclusive quanto aos critérios de cálculo dos benefícios.

Quanto aos servidores com deficiência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, enquanto não houver alterações na legislação interna relacionada ao respectivo regime próprio de previdência, serão aplicadas as normas constitucionais infraconstitucionais anteriores à data de entrada desta Emenda para concessão da aposentadoria.

Na forma do disposto no Art. 23 da Emenda Constitucional nº 103 / 2019, o benefício da pensão por morte será concedido ao dependente de segurado do RGPS ou de servidor público federal e equivalerá a uma cota familiar de 50% do valor da aposentadoria recebida pelo segurado ou servidor, acrescida de cotas de 10 % por dependente , até o máximo de 100%.

Consoante dispõe o § 1º do art.23 a perda da qualidade de dependente exclui a cota respectiva que não será reversível a outro dependente.

A pensão por morte será calculada e reajustada na forma estabelecida pela legislação vigente à época de sua concessão, conforme dispõe o art. 3º da Emenda em apreço, e seu tempo de duração e das cotas individuais por dependente até a perda dessa qualidade.

O valor da pensão por morte, na hipótese de existir dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, equivalerá a 100% da aposentadoria recebida pelo segurado até o limite máximo de

benefícios do RGPS; e uma cota familiar de 50% acrescida de cotas de 10% por dependente, até o máximo de 100% para o valor que supere o limite máximo de benefícios do RGPS, tudo em conformidade com o disposto no § 2º, incisos I e II do art. 23 da E C nº 103 / 2019.

O enteado e o menor tutelado, desde que comprovada sua dependência econômica, equipara-se a filho para fins de recebimento da pensão por morte, conforme estabelece o § 6º do art. 23 da Emenda em apreço.

Enquanto não houver alteração na legislação referente ao respectivo regime próprio de previdência social, serão aplicadas às pensões concedidas aos dependentes de servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios as normas constitucionais e infraconstitucionais anteriores à presente Emenda, como dispõe o § 8º do art. 23.

Vale ressaltar, mais uma vez, que esta Emenda em análise reflete em sua essência a proposta apresentada pelo Governo nos termos da PEC nº 6 / 2019.

O Art. 24 da E C nº 103/ 2019 cuida das restrições à acumulação de pensões e proventos de aposentadoria ou de inatividade militar, vedando a acumulação de mais de uma pensão por morte deixada por cônjuge ou companheiro, no âmbito do mesmo regime de previdência social, ressalvando as decorrentes do exercício de cargos acumuláveis, como médicos e professores, e na forma do disposto no art. 37, inciso XVI, alíneas “a”, “b” e “c” da Constituição Federal.

Nos termos dos §§ 1º e 2º do art.24 da EC nº 103/2019 é admitida a acumulação de pensões por morte deixada por cônjuge ou companheiro concedidas por regimes distintos, bem como das pensões decorrentes de atividades militares com aposentadorias concedidas no âmbito do RGPS ou de regime próprio de previdência social.

Em caso de acumulação permitida no § 1º do art.24 supra mencionado, é assegurada a percepção do valor integral do benefício mais vantajoso e, ainda, parte de cada um dos demais benefícios, apurada cumulativamente de acordo as seguintes proporções:

60% do valor que exceder 1 salário-mínimo, até o limite de 2 salários-mínimos;  
40% do valor que exceder 2 salários-mínimos, até o limite de 3 salários-mínimos;  
20% do valor que exceder 3 salários-mínimos até o limite de 4 salários-mínimos; e  
10% do valor que exceder 4 salários-mínimos.

O beneficiário que já vinha percebendo pensão por morte ou que já possuía direito à sua concessão em virtude do óbito do segurado ter ocorrido até 12.11.2019, não será alcançado por essa norma.

O Art. 25 da Emenda Constitucional nº 103 / 2019 assegurou a contagem de tempo de contribuição fictício no RGPS para fins de concessão de aposentadoria até a data de entrada em vigor desta Emenda, isto é, 12.11.2019, a partir de quando ficou proibida essa prática por imposição do § 14 do art. 201 da Constituição Federal.

O § 1º desse dispositivo prorroga o prazo para comprovação de atividade rural exercida até 12.11.2019, até a data em que o Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) alcance a cobertura mínima de 50% dos trabalhadores rurais , conforme dispõe o § 8º do art. 195 da Constituição Federal, apurada pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD).

O § 2º do mesmo dispositivo reconhece, ao segurado do RGPS que comprovar tempo de efetivo exercício de atividade sujeita a condições especiais que prejudiquem à saúde, cumprido até 12.11.2019, data de entrada em vigor da presente Emenda, a conversão de tempo especial em comum, ficando vedada essa conversão a partir de 13.11.2019.

O § 3º considera nula a aposentadoria que tenha sido concedida ou que venha a ser concedida por regime próprio de previdência social com contagem recíproca do Regime Geral de Previdência Social mediante o cômputo de tempo de serviço sem o recolhimento da respectiva contribuição ou da correspondente indenização pelo segurado obrigatório responsável, à época do exercício da atividade, pelo recolhimento de suas próprias contribuições previdenciárias.

Esse dispositivo ao estabelecer comando polêmico, foi alvo das mais severas críticas de renomados especialistas e, até mesmo, ações diretas de inconstitucionalidade por ter violado a intangibilidade constitucional do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

A boa doutrina não acolhe o § 3º do art.25 da E C nº 103/2019, porque esse dispositivo viola as cláusulas pétreas do direito adquirido, ato jurídico perfeito e segurança jurídica.

Assim, o ilustre associado do Instituto dos Advogados da Bahia / IAB, Prof. Dr. Paulo Eduardo Garrido Modesto, logo após a promulgação da nova Reforma Previdenciária (Emenda Constitucional 103, de 12 de novembro de 2019), escreveu um artigo contundente sobre a matéria “A norma mais chocante da nova reforma da previdência”, datada de 14 de novembro de 2019 e publicado na Revista Consultor Jurídico.

Nesse artigo, o Prof. Paulo Modesto teceu severas críticas ao § 3º do art. 25 da E C 103 / 2019, afirmando que esse dispositivo se constituía numa “*verdadeira eclipse à segurança jurídica*” ao consagrar dois comandos:

A) *ordenar a anulação de aposentadorias atualmente em gozo pelos seus beneficiários; e*

B) *determinar previamente a anulação de qualquer aposentadoria que venha a ser concedida ...*

Prosseguindo, ele afirmou que se tratava de norma “*exótica e inconstitucional*” por vários motivos, principalmente por violar o princípio da segurança jurídica e infração a direitos fundamentais de matriz constitucional, fronteira intransponível à competência reformadora, nos termos do Art. 60, § 4º, IV, da Constituição da República .

Ademais, com toda razão, o insigne mestre considera o § 3º do Art. 25 da Emenda Constitucional nº 103/2019 norma flagrantemente retroativa e pretende regredir seus efeitos no tempo em quase 21 anos.

O renomado, outrora Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto em artigo assinado, conjuntamente com o insigne jurista Valmir Pontes Filho, publicado na Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 202, p. 75-80, out. 1995, *Direito Adquirido Contra as Emendas Constitucionais*, assim se manifestou:

1. A Constituição como norma que se põe na linha de largada do Direito

1.1. Há direito adquirido, sim, contra as emendas constitucionais. O que não há é direito adquirido contra a Constituição, tal como originariamente posta, porque originariamente posta é o começo lógico de toda a normatividade jurídico-positiva de um Estado soberano (KELSEN). Logo, não tem compromisso com a ordem jurídica anterior, justamente por ser inaugural de uma nova ordem cujo primeiro efeito é sepultar a própria Constituição primitiva.

(...)

4.4. Com este nosso modo de ver as coisas, não estamos negando que as emendas possam prejudicar ( por modificação ou supressão) certos direitos subjetivos que não façam parte da relação dos expressamente nominados como “direitos e garantias individuais”. O que estamos a afirmar é que tais direitos, uma vez adquiridos, seja qual for a respectiva natureza (direito social, político, funcional etc), não podem mais ser lesionados por efeito de reforma constitucional. A normatividade das emendas, no caso, já nasce etiquetada com o timbre do “doravante”, e mais com o timbre do “desde sempre”.

(...)

6.4. Em síntese, a norma constitucional veiculadora da intocabilidade do direito adquirido é norma de bloqueio de toda função legislativa pós-Constituição. Impõe-se a qualquer dos atos estatais que se integram no “processo legislativo”, sem exclusão das emendas.

É de se considerar, também, as iniciativas no âmbito judicial voltadas contra a Emenda Constitucional nº 103/2019, adotadas pelas entidades ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS – AMB, ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CONAMP, ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO - ANPT, ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO – ANAMATRA, ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA – ANPR, que ingressaram, no dia 13 de novembro de 2019, com a AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE com pedido de MEDIDA CAUTELAR nº 6256, em razão da inconstitucionalidade do § 3º do artigo 25 da referida Emenda, que viola o artigo 5º, inciso XXXVI, o artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição da República de 1988, e o artigo 4º da Emenda Constitucional nº 20, de 1998.

Igual procedimento adotou a ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS - ANADEP que, também, ajuizou AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE com pedido CAUTELAR E LIMINAR nº 6254 na mesma data e pela mesma razão.

Contudo, há entendimento diverso, como a do Conselheiro-substituto do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Bel. Victor de Oliveira Meyer Nascimento que discorda da arguida inconstitucionalidade do art. 25, § 3º, da EC 103/2019, conforme sua manifestação expressa em seu artigo datado de 16 de maio de 2020, publicado no periódico eletrônico Conteúdo Jurídico, intitulado A polêmica sobre o art. 25, § 3º, da Emenda Constitucional 103/2019: há mesmo novidade?



O Art. 26 da EC 103/2019 estabelece que, enquanto não houver lei que discipline a matéria, o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União, bem como o do RGPS, terá por base a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações adotadas como base para contribuições a regimes próprios, ao RGPS e aos decorrentes de atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição da República, atualizados monetariamente, correspondentes a 100% do período contributivo desde julho de 1994 ou desde o início da contribuição.

A média referida no caput será limitada ao valor máximo do salário de contribuição do RGPS, conforme estabelecido no § 1º desse dispositivo.

O valor do benefício da aposentadoria corresponderá a 60% da média, com acréscimo de 2% para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 anos de contribuição, consoante o disposto no § 2º desse dispositivo em apreço.

Em se tratando de aposentadoria por incapacidade permanente dos segurados do RGPS, quando decorrer de acidente de trabalho, de doença profissional e de doença do trabalho, o valor do benefício corresponderá a 100% da média (§2º, III).

Nos termos do § 4º do art. 26 dessa Emenda, o valor do benefício do servidor público aposentado compulsoriamente aos 75 anos de idade, corresponderá ao resultado do tempo de contribuição dividido por 20 anos, limitado a um inteiro, multiplicado pelo valor encontrado na média aritmética (60% da média, com acréscimo de 2% para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 anos).

O acréscimo de 2% será aplicado para cada ano que exceder 15 anos de tempo de contribuição para os segurados que comprovem o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos

prejudiciais à saúde (art. 19, § 1º, inciso I) e (art.21, inciso I) e para as mulheres filiadas ao Regime Geral de Previdência Social, tudo em conformidade com o § 5º do art. 26.

Desde que mantido o tempo mínimo de contribuição exigido, poderão ser excluídas da média as contribuições que resultem em redução do valor do benefício, sendo vedada a utilização do tempo excluído para qualquer finalidade (§ 6º do art. 26).

Na forma do disposto no (§ 7º do art. 26) os benefícios serão reajustados nos termos estabelecidos para o RGPS.

Enquanto não houver lei disciplinando a matéria, no cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, na forma do disposto no art. 1º da Lei nº 10.887, de 2004.

Vale destacar que a Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos – ANADEP ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido Cautelar e Liminar nº 6253, protocolada no STF em 13 de novembro de 2019, arguindo:

“ Inconstitucionalidade material da restrição prevista no § 5º, art. 26 da EC 103/2019. Diminuição para 15 anos do tempo mínimo para obtenção direitos de acréscimo de 2% ao ano no benefício de aposentadoria para mulheres filiadas exclusivamente ao Regime Geral de Previdência Social. Violação ao princípio da isonomia (art. 5º, caput c/c com inciso IV, § 4º, CF/88). Discriminação das mulheres filiadas ao Regime Próprio de Previdência Social.”

Em razão do exposto, a ANADEP requereu, entre outras alterações:

XII – Declaração de nulidade parcial, com redução de texto da palavra “Geral” no § 5º do art. 26 da EC 103/2019, fixando-se interpretação conforme para que o acréscimo no benefício de aposentadoria previsto no caput do § 2º do art. 26 da EC 103/2019 se aplique a ambos os regimes de previdência social, 2 (dois) pontos percentuais para cada ano ao tempo que exceder 15 (quinze) anos do tempo de contribuição”.

O Salário-Família e o Auxílio-Reclusão, são benefícios devidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 1.364,43, conforme estabelece o art. 27 da Emenda Constitucional nº 103/2019.

Até que lei discipline o valor do auxílio-reclusão, de que trata o inciso IV do art. 201 da Constituição Federal, seu cálculo será realizado na forma daquele aplicável à pensão por morte, não podendo exceder o valor de um salário-mínimo, conforme dispõe o § 1º do art. 27 da EC 103/2019.

A concessão do auxílio-reclusão é destinada ao amparo da família do segurado recluso, de baixa renda, cujo último salário tenha sido igual ou inferior a R\$ 1.364,43.

Até que lei discipline o valor do salário-família, de que trata o inciso IV do art. 201 da Constituição Federal, seu valor será de R\$ 46,54, consoante dispõe o § 2º do art. 27 da presente Emenda.

O benefício do salário-família será devido, mensalmente, ao segurado empregado, cujo salário de contribuição seja igual ou inferior ao limite fixado na legislação, o qual é alterado anualmente, na proporção do respectivo número de filhos ou equiparados.

Assim, por exemplo, no corrente exercício de 2020 faz jus ao salário-família o segurado empregado que tenha remuneração igual ou inferior a R\$ 1.425,56 e que tenha filhos menores de 14 anos ou inválidos de qualquer idade. O valor da cota individual do salário-família corresponde a R\$ 48,62.

O Art. 28 da Emenda Constitucional nº 103/2019 estabelece que enquanto não houver lei que altere as alíquotas da contribuição social devidas pelos segurados empregado, inclusive o doméstico, e pelo trabalhador avulso, estas serão de:

até 1 salário-mínimo 7,5%  
acima de 1 salário-mínimo e até R\$ 2000,00 9%  
de R\$ 2.000,01 e até R\$ 3.000,00 12%  
de R\$ 3.000,01 até lim. Salário contrib. 14%

As alíquotas previstas no caput serão aplicadas de forma progressiva sobre o salário de contribuição do segurado, incidindo cada alíquota sobre a faixa de valores compreendida nos respectivos limites (§ 1º do art. 28).

Os valores previstos no caput serão reajustados, a partir da data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, na mesma data e com o mesmo índice em que se der o reajuste dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, ressalvados aqueles vinculados ao salário-mínimo, aos quais se aplica a legislação específica (§ 2º do art. 28).

O Art. 29 da E C nº 103/2019 dispõe que, enquanto não for publicada lei que estabeleça os critérios relativos à contribuição previdenciária mínima mensal, o segurado que receber remuneração inferior ao limite mínimo mensal do salário de contribuição poderá:

- I – complementar a sua contribuição, de forma a alcançar o limite mínimo exigido;
- II – utilizar o valor da contribuição que exceder o limite mínimo de contribuição de uma competência em outra; ou
- III – agrupar contribuições inferiores ao limite mínimo de diferentes competências, para aproveitamento em contribuições mínimas mensais.

O Art. 30 da E C nº 103/2019 estabelece que a vedação de diferenciação ou substituição de base de cálculo decorrente do disposto no § 9º do art.

195 da Constituição Federal não se aplica a contribuições que substituam a contribuição de que trata a alínea “a” do inciso I do *caput* do art. 195 da Constituição Federal instituídas antes da data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional.

O § 9º do art. 195 da CF estabelece que as contribuições sociais do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados à pessoa física que lhe preste serviço, ainda que sem vínculo empregatício, a receita ou o faturamento e o lucro “poderão ter alíquotas diferenciadas em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão de obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho”.

A proibição contida no § 11 do art. 195 da Constituição Federal, nos termos da E C nº 103/2019, vedando a “moratória e o parcelamento em prazo superior a 60 (sessenta) meses e na forma de lei complementar, a remissão e a anistia das contribuições sociais”, inclusive do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada, “não se aplica aos parcelamentos previstos na legislação vigente até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, sendo vedadas a reabertura ou a prorrogação do prazo para adesão” conforme dispõe o art. 31 da EC nº 103/2019.

Art. 32 da Emenda Constitucional nº 103/2019 . Até que entre em vigor lei que disponha sobre a alíquota da contribuição de que trata a Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, esta será de 20% (vinte por cento) no caso das pessoas jurídicas referidas no inciso I do § 1º do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001.

A Lei nº 7.689/ 88 instituiu contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas, destinada ao financiamento da seguridade social. A alíquota da CSLL (Contribuição Social Sobre Lucro Líquido) foi fixada em 20% até que entre em vigor nova lei dispondo sobre a alíquota da referida contribuição.

O Art. 33 da EC nº 103/2019 dispõe que enquanto não for disciplinada a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e entidades abertas de previdência complementar na forma do disposto nos §§ 4º e 5º do art. 202 da Constituição Federal, somente “entidades fechadas de previdência complementar” estão autorizadas a administrar planos de benefícios patrocinados pela União, Estados, Distrito Federal ou municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente.

Desse modo, enquanto não for publicada a lei complementar de que trata o *caput*, o disciplinamento da relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, em matéria previdenciária, será administrada, exclusivamente, por entidades fechadas de previdência complementar.

O Art. 34 da EC nº 103/2019 trata da Extinção do Regime Próprio de Previdência Social estabelecendo alguns requisitos para a hipótese de extinção, por lei do ente federativo que o instituiu. Essa regra de reforma previdenciária possui eficácia plena e aplicabilidade imediata, até que lei complementar federal seja editada dispondo sobre a matéria, inclusive sobre os requisitos para a referida extinção e migração para o Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

Em suma, os requisitos seriam:

I – assunção integral da responsabilidade pelo pagamento dos benefícios concedidos durante a vigência do regime extinto, bem como daqueles cujos requisitos já tenham sido implementados antes da sua extinção;

II – previsão de mecanismo de ressarcimento ou de complementação de benefícios aos que tenham contribuído acima do limite máximo do Regime Geral de Previdência Social;

III – vinculação das reservas existentes no momento da extinção, exclusivamente:

A) ao pagamento dos benefícios concedidos e a conceder, ao ressarcimento de contribuições ou à complementação de benefícios, na forma dos incisos I e II; e

B) à compensação financeira com o Regime Geral de Previdência Social.

Art. 35. Revogam-se:

I – os seguintes dispositivos da Constituição Federal:  
o § 21 do art. 40;

*CF art. 40, § 21 - A contribuição prevista no § 18 deste artigo incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 desta Constituição, quando o beneficiário, na forma da lei, for portador de doença incapacitante.*

A presente Emenda Constitucional deu nova redação ao art. 40 da CF

“ O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos,, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.”

A revogação do § 21 é plenamente justificável com a introdução de novas regras incorporadas pelo § 22 e incisos, constantes da Emenda Constitucional nº 103/2019, introduzidos no art.40 da Constituição Federal.

Na conformidade do disposto no art. 36,II, da EC 103/2019, o referido dispositivo entrará em vigor a partir da vigência da lei que o referende:

Art. 36 – Esta Emenda Constitucional entra em vigor:

I \_\_\_\_\_

II – para os regimes próprios de previdência social dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quanto à alteração promovida pelo art. 1º desta Emenda Constitucional no art. 149 da Constituição Federal e as revogações previstas na alínea “a” do inciso I e nos incisos III e IV do art. 35, na data de publicação de lei de iniciativa privativa do respectivo Poder Executivo que as referende integralmente;

III - \_\_\_\_\_

Parágrafo único. A lei de que trata o inciso II do caput não produzirá efeitos anteriores à data de sua publicação.

Art. 35. Revogam-se

I .....

o § 13 do art. 195

CF. art. 195, § 13. Aplica-se o disposto no § 12 inclusive na hipótese de substituição gradual, total ou parcial, da contribuição incidente na forma do inciso I, a, pela incidente sobre a receita ou o faturamento.

Com essa revogação do § 13 do art. 195 da Constituição Federal, ficou excluída a previsão de não cumulatividade da contribuição incidente sobre a receita ou o faturamento, inclusive na hipótese de substituição gradual, total ou parcial.

Art. 35. Revogam-se

II – os arts. 9º, 13 e 15 da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998;



Emenda Constitucional nº 20 / 1998. Art. 9º. Observando o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas para o regime geral de previdência social, é assegurado o direito à aposentadoria ao segurado que se tenha filiado ao regime geral de previdência social, até a data de publicação desta Emenda, quando, cumulativamente, atender aos seguintes requisitos;

I – contar com cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher; e

II – contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

§ 1º O segurado de que trata este artigo, desde que atendido o disposto no inciso I do caput, e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com valores proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:

I – contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior;

II – o valor da aposentadoria proporcional será equivalente a setenta por cento do valor da aposentadoria a que se refere o caput, acrescido de cinco por cento por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de cem por cento.

§ 2º O professor que, até a data da publicação desta Emenda, tenha exercido atividade de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no caput, terá o tempo de serviço exercido até a publicação desta Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício de atividade de magistério.

A Emenda Constitucional nº 20, datada de 15 de dezembro de 1998 e publicada no Diário Oficial da União no dia subsequente, em seu art. 9º

dispunha sobre as regras de transição para aposentadoria no Regime Geral de Previdência Social. Essas regras, contudo, foram substituídas por novas regras de transição instituídas pela E C nº 103/2019 em apreciação, conforme consta de seu art. 15, justificando-se, assim, plenamente sua revogação.

Art. 35. Revogam-se

Emenda Constitucional nº 20 / 1998. Art. 13.

*Até que a lei discipline o acesso ao salário-família e auxílio-reclusão para os servidores, segurados e seus dependentes, esses benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), que, até a publicação da lei, serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.*

Este dispositivo foi revogado em decorrência do disposto no art. 27 da E C nº 103 / 2019, que atualizou as disposições referentes ao salário-família e ao salário-reclusão.

Art. 35. Revogam-se

Emenda Constitucional nº 20 / 1998. Art. 15

*Até que a lei complementar a que se refere o art. 201, § 1º da Constituição Federal, seja publicada, permanece em vigor o disposto nos arts. 57 e 58 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, na redação vigente à data da publicação desta Emenda.*

A revogação do art. 15 da E C nº 20 / 1998 é perfeitamente justificável pelas novas disposições introduzidas pela E C nº 103 /2019. Assim, como os arts. 57 e 58 da Lei 8.213/91, supra mencionados, cuidam da aposentadoria especial concedida a segurados que trabalhavam em condições especiais que prejudicavam à saúde ou a integridade física, expostos à agentes nocivos químicos, físicos e biológicos, e a mencionada Emenda Constitucional, em seu art. 21 abordou a matéria de forma mais abrangente, o aludido art.15 da EC nº 20/98 tornou-se desnecessário, sendo, pois, revogado.

Art. 35. Revogam-se

III – os arts. 2º, 6º e 6º-A da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003;

Emenda Constitucional nº 41 / 2003. Art.2º

Observado o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17 da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I – tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

II – tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria;

III – contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de ;

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação daquela Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea a deste inciso.

§ 1º O servidor de que trata este artigo que cumprir as exigências para aposentadoria na forma do caput terá os seus proventos de inatividade reduzidos para cada ano antecipado em relação aos limites de idade estabelecidos pelo art. 40, § 1º, III, a, e § 5º da Constituição Federal, na seguinte proporção:

I – três inteiros e cinco décimos por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do caput até d1 de dezembro de 2005;

II – cinco por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do caput a partir de 1º de janeiro de 2006.

§ 2º - Aplica-se ao magistrado e ao membro do Ministério Público e de Tribunal de Contas o disposto neste artigo.

§ 3º - Na aplicação do disposto no § 2º deste artigo, o magistrado ou o membro do Ministério Público ou de Tribunal de Contas, se

homem, terá o tempo de serviço exercido até a data de publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, contado com acréscimo de dezessete por cento, observado o disposto no § 1º deste artigo.

§ 4º - O professor, servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que, até a data de publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, tenha ingressado, regularmente, em cargo efetivo de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no caput, terá o tempo de serviço exercido até a publicação daquela Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício nas funções de magistério, observado o disposto no § 1º.

§ 5º - O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no caput, e que opte por permanecer em atividade, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II da Constituição Federal.

§ 6º - Às aposentadorias concedidas de acordo com este artigo aplica-se o disposto no art. 40, § 8º da Constituição Federal.

Emenda Constitucional nº 41 / 2003. Art. 6º

Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

I – sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco de idade, se mulher;

II – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

III – vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e

IV – dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

Parágrafo único. (Revogado)

Emenda Constitucional 41 / 2003. Art. 6º - A

O servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda Constitucional e que tenha se aposentado ou venha a se aposentar por invalidez permanente, com fundamento no inciso I do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, tem direito a proventos de aposentadoria calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, não sendo aplicáveis as disposições constantes dos §§ 3º, 8º e 17 do art. 40 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base no caput o disposto no art. 7º desta Emenda Constitucional, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos desses servidores.

Os arts. 2º, 6º e 6º-A, supra mencionados, componentes da Emenda Constitucional nº 41/2003, que tratam da aposentadoria voluntária de quem tenha exercido cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica, e fundacional, ou de servidor da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, foram revogados, conforme dispõe o art. 35 desta Emenda em face das novas disposições relativas aos requisitos exigidos, na forma estabelecida em seu art. 4º, inclusive com a previsão de mudança no critério de idade de acordo com seu § 1º :

“A partir de 1º de janeiro de 2022, a idade mínima a que se refere o inciso I do caput será de 57 (cinquenta e sete) anos de idade, se mulher, e 62 (sessenta e dois) anos de idade, se homem.”

Na conformidade do disposto no art. 36, inciso II desta Emenda, esse dispositivo passa a vigorar após a publicação de lei de iniciativa privativa do respectivo Poder Executivo que as refere integralmente.

Art. 35. Revogam-se

IV – o art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005

Emenda Constitucional nº 47 / 2005. Art. 3º

Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional n. 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:

I – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II – vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;

III – idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo.

Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional n. 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo.

A revogação desse dispositivo é justificada plenamente, em decorrência das novas disposições relativas à aposentadoria voluntária com proventos integrais do servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 103 / 2019.

Na conformidade do disposto no art. 36, II desta Emenda, a vigência desse dispositivo fica condicionada à publicação de lei de iniciativa privativa do respectivo Poder Executivo que a referende integralmente.

Art. 36. Esta Emenda Constitucional entra em vigor:

*I – no primeiro dia do quarto mês subsequente ao da data de publicação desta Emenda Constitucional, quanto ao disposto nos arts. 11, 28 e 32;*

*II – para os regimes próprios de previdência social dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quanto à alteração promovida pelo art. 1º desta Emenda Constitucional no art. 149 da Constituição Federal e às revogações previstas na alínea “a” do inciso I e nos incisos III e IV do art. 35, na data de publicação de lei de iniciativa privativa do respectivo Poder Executivo que as referende integralmente;*

*III – nos demais casos, na data de sua publicação.*

*Parágrafo único. A lei de que trata o inciso II do caput não produzirá efeitos anteriores à data de sua publicação.*

A presente Emenda Constitucional nº 103 / 2019 sofreu várias e muitas críticas de renomados especialistas em previdência social, e enfrenta ações diretas de inconstitucionalidade, por ter afetado a intangibilidade do consagrado direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

Embora essas críticas e as investidas judiciais sejam indiscutivelmente procedentes, as modificações previdenciárias são, absolutamente, necessárias e até mesmo indispensáveis. Todavia, mister se faz proceder os ajustes que venham tornar a Emenda regularizada e desprovida da inconstitucionalidade inquestionavelmente arguida.

A previdência social, como todos sabem, é deficitária há muito tempo e esse déficit é do conhecimento geral e suas origens também, como já foi examinado nesse trabalho, inclusive demonstrado que não é exclusividade do Brasil. Muitos países do mundo, incluídos os considerados desenvolvidos, convivem com esse fenômeno há muitas décadas.

Essa é mais uma tentativa do Governo Federal consolidar o sistema previdenciário e dar rumo à previdência social, sendo, na verdade, a 4ª reforma previdenciária após a Constituição Federal de 1988.

Esperamos que os ajustes reclamados sejam, devidamente, examinados, avaliados e adotados.

**ASSIM, O BRASIL ESPERA. E MERECE.**



# Resolução Adequada de Conflitos Trabalhistas

GILBERTO LOPES TEIXEIRA  
JULIANA GOULART

*Conheça todas as teorias, domine todas as técnicas, mas ao tocar uma alma humana, seja apenas outra alma humana.*

Carl Gustav Jung (1875-1961).

## Introdução

Para entender os meios adequados de resolução de conflitos trabalhistas, a partir de uma perspectiva de sua adequação, é preciso compreender as políticas públicas de tratamento de conflitos (Resolução 125 do CNJ e 174 da CSJT), a Lei de Mediação, o CPC/2015 e a Lei da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017). Mas não só. É preciso, ainda, investir em habilidades e competências negligenciadas pela educação jurídica, que por anos dedicou-se quase que, exclusivamente, no ensino do Direito Processual Civil, e na condução dos processos pela via judicial e contenciosa. A inserção da mediação como uma possível porta de solução de conflitos, contribui para uma mudança de perspectiva, no sentido de buscar-se saídas cooperativas e uma nova interação entre os envolvidos em controvérsias trabalhistas.

## Conflito e Abordagens Alternativas ou Adequadas

Os seres humanos são indivíduos sociais de formação e comportamento com relações intersubjetivas e intergrupais. Geralmente, os conflitos são

definidos como choque de interesses, brigas, litígios, pretensões resistidas, tensão entre os envolvidos. Em vários estudos, o conflito está ligado à inquietação, distúrbio<sup>[1]</sup>, ausência de paz interior. Em suma, é a negação da cooperação. Conflito e homem residem em um mesmo espaço, e, portanto, não pode ser eliminado do sistema social. O conflito permeia a vida na convivência democrática. Por isso, há que se construir maneiras para restabelecer a paz, compreender os interesses ocultos que desencadearam os conflitos e agir adequadamente, propondo métodos inteligentes de solução não violenta de controvérsias reais, de modo a não permitir que o direito de ação e o processo se tornem instrumentos de vingança e discórdias pessoais, em desvio de finalidade.

Para que as partes tenham acesso a acordos satisfatórios, é preciso tomar contato com o local do segredo (essência do conflito ou lide sociológica), por meio de agir estratégico, baseado na cooperação entre os envolvidos<sup>[2]</sup>.

## Formas de Abordagens Adequadas

Diante da necessidade de resolver os conflitos<sup>[3]</sup>, solucioná-los, endereçá-los, várias formas de composição foram surgindo ao longo da história da humanidade, dos primórdios até os dias atuais – da autotutela à heterocomposição – ao não conseguir resolver o problema, busca-se diversas possibilidades até, finalmente, recorrer-se a um terceiro que decide pelas partes (juiz ou árbitro).

---

1. SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação**: uma solução judiciousa para os conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 03.

2. GOULART, Juliana Ribeiro. **Concretização do acesso à justiça**: a mediação judicial e o reconhecimento do ofício do mediador judicial no Brasil. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2018, p. 31.

3. O conflito é entendido como uma oportunidade para os indivíduos optarem por novas escolhas; é um fenômeno essencialmente cultural; da pacificação de um conflito emerge a evolução social.

No Brasil, os meios mais conhecidos e utilizados para resolver conflitos são: Negociação, Conciliação, Mediação, Arbitragem e processo judicial. No Direito do Trabalho há um grande incentivo à conciliação. Trata-se do carro chefe da Justiça Trabalhista: 25% das causas se resolvem via conciliação e o número alcança a marca de 38% quando se fala em resolução no processo de conhecimento <sup>[4]</sup>.

## Teorias dos Conflitos

Nos manuais que tratam do tema, menciona-se duas teorias para entender os conflitos: Teoria dos Conflitos e Teoria dos Jogos <sup>[5]</sup>.

### Teoria dos Conflitos: Clássica e Moderna

De acordo com a doutrina, a teoria clássica via o conflito como algo negativo e destrutivo. Remetia à ideia de culpa. Já a teoria moderna: vê o conflito como algo positivo e como oportunidade de mudança. Remete à ideia de responsabilidade <sup>[6]</sup>.

### Teoria dos Jogos

A teoria dos jogos contribui para o entendimento do conflito e das estratégias para sua composição. Ela nos auxilia a compreender o conflito por meio de seus elementos: a) Jogo: qualquer interação entre as pessoas;

---

4. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números 2019: ano base 2018. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf> Acesso em 6 fev. 2020.

5. GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana. **Mediação de conflitos: teoria e prática**. Florianópolis: Empório Modara, 2018, p. 25-42.

6. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6. ed. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2017.

b) Jogadores ou *players*: grupos ou indivíduos; c) Estratégias: competitiva ou cooperativa; e d) Resultados ou *payoffs*: positivo ou negativo<sup>[7]</sup>.

Caso a opção seja o processo, as interações entre as partes serão preponderantemente competitivas, visando – ganha-perde. Se a opção for pela mediação ou pela conciliação, o jogo será preponderantemente cooperativo – ganha-ganha. Na perspectiva do consenso, levando em conta a teoria dos jogos para entender o conflito temos: participantes e não autor/reclamante ou réu/reclamado; diálogo e não ataque e contra-ataque, autonomia e não decisão imposta e a finalidade é a satisfação dos interesses dos envolvidos (ganha-ganha e não o ganha-perde).

## **Autocomposição Negociação**

Se a opção dos conflitantes for resolver o conflito pela via da negociação, opta-se pela autocomposição direta porque a solução do conflito é negociada diretamente pelas partes. O modelo de negociação mais conhecido é o de Harvard (negociação baseada em princípios, que consiste em decidir questões a partir de seus méritos e que se procure benefícios mútuos sempre que possível). O método de negociação de Harvard apoia-se em 4 elementos básicos: 1) separar as pessoas dos problemas; 2) focar nos interesses, não nas posições; 3) criar alternativas para ter mais opções de escolha; e 4) avaliar as opções de forma objetiva<sup>[8]</sup>. A negociação pode ser uma escolha adequada nos seguintes exemplos: compra de um carro/negociação coletiva de trabalho.

---

7. GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana. **Mediação de conflitos**: teoria e prática. Florianópolis: Empório Modara, 2018, p. 31.

8. FISCHER, Roger; URY, Willian; BATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: negociação de acordos sem concessões. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

## Conciliação

Se a escolha pressupõe sugestões e opiniões de um terceiro, a opção será a conciliação, uma forma de autocomposição indireta porque a solução do conflito é negociada pelas partes, mas auxiliada por terceiro (Conciliador) que pode interferir no acordo. Trata-se de uma forma de solução **não obrigatória**, ou seja, as partes participam se assim desejarem.

A conciliação é usada para solução de desavenças mais simples (unidimensionais ou de vínculo único) e conflitos de dimensão afetiva anêmica ou inexistente (sem vínculo anterior entre os envolvidos). É tida como a arte do diálogo, criando ambiente conciliatório e não violento. Nesse modelo de solução de conflitos, as próprias partes entram em comum acordo, o que significa que não há perdedores, mas sim uma chance real de harmonização social.

A técnica conciliatória tem como diretrizes a atuação em casos em que não há vínculo anterior entre as partes, possibilidade de ofertar-se propostas de acordo e a vedação de pressão para que os envolvidos na disputa aceitem uma composição. Nesse caminho, o terceiro busca alcançar um acordo, com a apresentação de propostas. Faz parte de suas atribuições envolver-se na busca de soluções, além de interferir e questionar as partes litigantes. Contudo, não tem o poder de decisão.

O acordo obtido na conciliação e homologado pelo Juiz constitui título executivo judicial e não caberá recurso da sentença homologatória. O Conciliador é uma pessoa da sociedade que atua de forma voluntária como facilitador do acordo entre os envolvidos criando um contexto propício ao entendimento mútuo à aproximação de interesses à harmonização das relações.

A atividade pode ser conduzida pelo próprio juiz da causa ou por um terceiro (conciliador) orientado/fiscalizado por um juiz. Papel

do conciliador é incentivar, facilitar e auxiliar as partes conflitantes a chegarem a um acordo, admitindo-se que formule uma proposição objetiva de resolução para o conflito. O conciliador tem uma participação incisiva, posto que manifesta a sua opinião sobre uma solução justa para o conflito e propõe os termos do acordo, mas não decide. A conciliação é um processo voluntário e deve ser expressamente manifestado pela vontade das partes, sendo livres para acordar e tentar resolver a disputa por conciliação. O conciliador ao propor um acordo pode sugerir soluções para o litígio, e não levará em conta somente as posições jurídicas das partes, mas também seus interesses (comerciais, financeiros e pessoais). O conciliador (auxiliar da Justiça) deve ter capacitação mínima definida pelo CNJ, não precisa ser bacharel em direito (art. 73 da Lei 9.099/95). São casos de impedimento do Conciliador (art. 172 do CPC) – assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes impedidos por um ano. O conciliador deve estar capacitado e cadastrado no respectivo Tribunal. O conciliador deve assinar termo de compromisso perante o juiz coordenador. O desrespeito ao Código de Ética enseja ao cancelamento do cadastro de conciliador. A aplicação de sanção dependerá de prévio processo administrativo. A conciliação pode ser uma escolha adequada nos seguintes exemplos: danos causados a veículo no trânsito / diferença de horas extras na Justiça do Trabalho.

## **Mediação**

Já a mediação é uma forma de autocomposição indireta porque a solução do conflito é negociada pelas partes, mas auxiliada por terceiro (Mediador) que não interfere no acordo. A mediação é um procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual a terceira pessoa imparcial - escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas em

conflitos que envolvam a mediação são as responsáveis pela decisão que melhor as satisfaça. A técnica representa assim um mecanismo de solução de conflitos utilizado pelas próprias partes que, movidas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória.

O mediador é a pessoa que auxilia na construção desse diálogo. De acordo com a Lei n. 13.140/15 (Lei da Mediação) considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. A mediação deve considerar aspectos emocionais durante o processo e ao mediador não caberá decidir pelas partes, mas conduzi-las a um diálogo produtivo, superando barreiras de comunicação a fim de que as partes encontrem a solução.

Na mediação os envolvidos têm a oportunidade para falarem sobre seus sentimentos em um ambiente neutro, permitindo compreender o ponto de vista da outra parte por meio da exposição de sua versão dos fatos, com a facilitação pelo mediador. No momento em que a pessoa participa da solução de seus próprios conflitos, está contribuindo para o exercício da cidadania, e sabe-se que o processo de democratização pressupõe a existência de cidadãos ativos.

Na mediação (Lei 13.140/2015) poderão ser admitidos outros mediadores para atuar no mesmo procedimento, quando isso for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito. Uma vez alcançado um acordo pela mediação, as partes podem ou não levá-lo ao Judiciário para ser homologado.

Na Justiça do Trabalho a prática exige a homologação para que seja conferida segurança jurídica ao acordo.

Normalmente dura mais tempo que a conciliação, com a realização de mais de um encontro. No Direito do Trabalho, na mediação judicial, o mediador possui conhecimento na área do conflito levado à mediação. A técnica busca aproximar as partes através dos interesses comuns, tentando estabelecer um equilíbrio na controvérsia.

A mediação soluciona o relacionamento entre as partes e não somente o problema emergente entre elas. Recomenda-se a mediação quando as partes já possuem uma relação anterior duradoura e pretendem ou precisam mantê-la. A mediação acabará com o conflito e não com a relação. É possível se retirar da mediação a qualquer tempo. O acordo obtido da mediação tem força de contrato entre as partes e, quando homologado pelo juiz, é título executivo judicial.

Se refletirmos, todos nós somos mediadores: **já intervimos em discussão entre duas pessoas no trabalho, em família ou em relações de amizade, auxiliando-as a negociarem uma solução.** A mediação pode ser uma escolha adequada nos seguintes exemplos: Ex. Divórcio Consensual / Dano moral trabalhista.

## Diferenças Entre Mediação e Conciliação

A doutrina se divide a respeito do tema. Para parcela da doutrina não existe diferença entre os institutos. Para outra, as diferenças levam em consideração dois aspectos: 1) Nível de intervenção e 2) tipo de conflito cabível.

O conciliador faz interferência ou sugestões no acordo; Já o Mediador não faz interferência ou sugestões no acordo. Indica-se a Mediação quando tiver relação anterior que precisa ser preservada no tempo. O Código de Processo Civil é expresso no sentido de se escolher, preferencialmente, a mediação quando houver vínculo que deva se prolongar no tempo.



Enquanto a conciliação visa o acordo a mediação visa à resolução do conflito. Na conciliação não há relacionamento anterior enquanto na mediação há relacionamento anterior. Na conciliação busca-se o fim do litígio e na mediação à restauração da relação social. a Mediação parte de uma abordagem de estímulo (facilitação) do entendimento do próximo, na conciliação permite-se a sugestão de uma proposta de acordo pelo conciliador. Na mediação, em regra, a depender do caso concreto pode uma ou mais sessões enquanto na conciliação um processo mais breve com apenas um encontro, sendo muitas vezes chamada por especialistas de “coerciliação”<sup>9]</sup>. A mediação é voltada às pessoas, enquanto conciliação voltada a fatos e direito. A mediação possui cunho subjetivo, já a conciliação, possui cunho objetivo. A conciliação é mais voltada ao Direito enquanto a Mediação possui lastro multidisciplinar. A Conciliação é pública enquanto a mediação é, em regra, confidencial. Na conciliação o conciliador pode apresentar uma apreciação do mérito ou uma recomendação de uma solução tida por ele como justa. Na mediação não são cabíveis sugestões de acordo ou direcionamentos quanto ao mérito. Na conciliação, o terceiro facilitador da comunicação interfere de forma mais direta no litígio e pode chegar a sugerir opções de solução para o conflito (art. 165, § 2º, CPC). Já na mediação, o mediador facilita o diálogo entre as pessoas para que elas mesmas proponham soluções (art. 165, § 3º, CPC). Para conflitos objetivos, mais superficiais, nos quais não existe relacionamento duradouro entre os envolvidos, aconselha-se o uso da conciliação. Portanto, para conflitos subjetivos quando a relação envolver o desejo de que tal relacionamento perdure, indica-se a mediação. Por vezes, somente durante o procedimento, é identificado o meio mais adequado. Assim, nada impede que não sendo frutífera a mediação, a próxima opção seja a conciliação ou até mesmo o processo.

---

9. A professora Fernanda Tartuce costuma usar esta expressão em palestras e aulas, para se referir ao pequeno espaço de tempo destinado à conciliação nas audiências, que não permite um desenrolar adequado de negociação entre os envolvidos.

## **Heterocomposição**

Se a escolha envolver a decisão de um terceiro, em razão do tipo de controvérsia ou da ausência total de diálogo produtivo, é possível utilizar o processo ou a arbitragem.

## **Processo Judicial**

O Processo judicial é uma forma de heterocomposição porque a solução do conflito é decidida por terceiro (um Juiz julga mediante sentença). Nele, o comportamento dos litigantes durante o processo é voltado para a obtenção de uma sentença favorável.

## **Arbitragem**

Já a Arbitragem (Lei 9.037/1996) se caracteriza por ser uma forma de heterocomposição porque a solução do conflito é decidida por um terceiro denominado *Árbitro*, que julga mediante uma sentença arbitral. Os conflitos que podem ser resolvidos por arbitragem são os conflitos patrimoniais disponíveis.

## **Diferenças Entre as Resoluções do Cnj e Csjt que Incentivam Políticas Públicas de Consenso no Poder Judiciário**

Na esteira da Resolução 125/2010 do CNJ, a Resolução 174/2016 do CSJT Dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista.

Abaixo, elaborou-se um quadro que mostra as normativas que regem as autocomposições cíveis e trabalhistas.

JUSTIÇA COMUM	JUSTIÇA DO TRABALHO
RESOLUÇÃO 125/2010 CNJ – Código de Ética: Anexo II	RESOLUÇÃO 174/2016 CSJT – Código de Ética: Anexo II
LEI DE MEDIAÇÃO	LEI DE MEDIAÇÃO – RESTRIÇÕES INAPLICÁVEIS NA JT – Art. 7, §6º <sup>[10]</sup> RESOLUÇÃO 174/2016 CSJT – Câmaras privadas (conc., med., e arbitragem) e mediação extrajudicial.
CPC, – art. 3º, §3º – art. 165 a 175	CPC – RESTRIÇÕES INAPLICÁVEIS NA JT – art. 7, §6º RESOLUÇÃO 174/2016 CSJT – mediação pré-processual prevista no CPC. CLT – Art. 764 <sup>[11]</sup>

## Justiça Multiportas e Justiça Consensual

Como modelo adversarial nem sempre representa a melhor solução, nos EUA iniciou-se um movimento de democratização do Judiciário com o desenvolvimento de outras formas de solução de conflitos – os chamados Tribunais Multiportas (Multi-door Courthouse)<sup>[12]</sup>, em que cortes americanas conduzem os conflitos também por meios alternativos.<sup>[13]</sup>

Com inspiração no modelo americano, tem se afirmado no Brasil que outras portas estão abertas para o jurisdicionado: como a conciliação e a mediação. Isso significa que a solução de conflitos não é exclusiva do Estado. Os meios adequados de solução de conflitos têm como objetivo resolver os

10. § 6º As conciliações e mediações realizadas no âmbito da Justiça do Trabalho somente terão validade nas hipóteses previstas na CLT, aí incluída a homologação pelo magistrado que supervisionou a audiência e a mediação pré-processual de conflitos coletivos, sendo inaplicáveis à Justiça do Trabalho as disposições referentes às Câmaras Privadas de Conciliação, Mediação e Arbitragem, e normas atinentes à conciliação e mediação extrajudicial e pré-processual previstas no NCPC.

11. Art. 764 - Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.

§ 1º - Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos.

§ 2º - Não havendo acordo, o juízo conciliatório converter-se-á obrigatoriamente em arbitral, proferindo decisão na forma prescrita neste Título.

§ 3º - É lícito às partes celebrar acordo que ponha termo ao processo, ainda mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório.

12. Para saber mais consultar: SANDER, Frank & CRESPO, Mariana Hernandez. **A Dialogue Between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse**. 5 U. St. Thomas L.J. 665 (2008). Disponível em: <http://ir.stthomas.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1164&context=ustlj>.

13. GOULART, Juliana Ribeiro. **Concretização do acesso à justiça: a mediação judicial e o reconhecimento do ofício do mediador judicial no Brasil**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2018, p. 31.

conflitos a partir da análise das peculiaridades do caso concreto, ou seja, de uma filtragem adequada da causa, abrindo caminho para a pacificação social.

## Habilidades Autocompositivas para Compreender os Meios Consensuais

Para atuar diante de um modelo que considere a filtragem da causa, é preciso incentivar o estudo e treino de habilidades autocompositivas. Como o mediador não pode fazer sugestões de acordo, ele precisa possuir certas competências, como por exemplo, comunicação e senso de cooperação para que possa desenvolver uma adequada prestação do serviço. O mesmo se diz com relação ao advogado. A compreensão de uma Justiça Consensual exige o estudo de estratégias cooperativas que envolvem conhecer a empatia, a escuta ativa e comunicação não-violenta (CNV) ou compassiva.

Outro aspecto diz respeito à aplicação de técnicas e ferramentas não jurídicas: como o mediador não pode fazer sugestões para o acordo, ele fará uso de ferramentas para aproximar os participantes e facilitar o diálogo entre eles. Algumas: *rapport*<sup>[14]</sup>, *brainstorming*<sup>[15]</sup>, inversão de papéis<sup>[16]</sup>, enfoque prospectivo<sup>[17]</sup> e afago<sup>[18]</sup>.

## A Mediação e o Ofício do Mediador Trabalhista

Segundo Luis Alberto Warat, o Mediador facilita e promove a comunicação; promove a confiança no procedimento e no facilitador; dirige o procedimento; ajuda os participantes a identificarem seus interesses e

---

14. A *Técnica do rapport* promove a receptividade daquilo o outro está dizendo. A parte se sente escutada e ouvida (escuta ativa e dinâmica). Significa ganhar a confiança dos envolvidos por meio de diálogo aberto e construtivo para influenciar as partes a negociarem.

15. O mediador chama as partes para organizarem as ideias e estabelecerem alternativas razoáveis à solução. Utiliza-se as informações relevantes obtidas no *looping* para diálogo fluir tranquilo e eficiente. As partes reconhecendo e realidade alheia tem possibilidade de oferecer propostas eficazes e que preencham suas necessidades.

16. A inversão de papéis serve para promover a empatia entre os envolvidos por meio de orientação para percebam o contexto também sob a ótica do outro. Ao se colocar no lugar do outro, uma parte pode experimentar certa sensibilização, que pode favorecer a abertura para a negociação e, quem sabe, o entendimento.

17. A mediação incentiva a voltar o olhar para soluções que atendam plenamente aos interesses reais das partes (lide sociológica), com foco no futuro.

18. Consiste em elogiar os participantes e advogados sempre que suas ações contribuírem significativamente para o avanço das tratativas amigáveis.

definirem as questões em disputa; ajuda na geração de opções de mútuo benefício; auxilia a conhecer as necessidades do outro; ajuda colocar as fantasias no futuro; ressalta o aspecto positivo da negociação; ajuda a manter viva a negociação.<sup>[19]</sup>

O mediador é terceiro imparcial que não interfere em uma possível saída, apenas ajuda as partes a restabelecerem a comunicação entre elas, as quais deverão encontrar sozinhas uma solução plausível. O mediador promove o diálogo, sem propor solução, não tem poder de decisão. Poderão ser admitidos outros mediadores para atuar no mesmo procedimento, quando isso for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito

A Resolução CSJT n.º 174, de 30 de setembro de 2016 traz o seguinte conceito de mediação em seu primeiro artigo:

II – “Mediação” é o meio alternativo de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por este sempre supervisionado –, a função de aproximá-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada, sem a criação ou proposta de opções para composição do litígio;

No que diz respeito à Justiça do Trabalho, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho e Giovanni Olsson esclarecem que, “diferente da mediação cível, os mediadores e conciliadores precisam ser necessariamente servidores da ativa, ou, sob circunstâncias específicas, magistrados e servidores inativos (Resolução 174 de 2016, art. 6º, §7º)”<sup>[20]</sup>.

Estas peculiaridades representam um diferencial “porque a capacitação nas técnicas específicas de mediação e conciliação vai se somar à preexistente experiência que possui como servidor concursado nos procedimentos judiciais”<sup>[21]</sup>.

---

19. Para saber mais sobre as ideias acerca da mediação Waratiana, consultar: GOULART, Juliana Ribeiro: Uma leitura particular da mediação em Luis Alberto Warat. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/08/10/uma-leitura-particular-da-mediacao-em-luis-alberto-warat/>.

20. MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de e OLSSON, Giovanni. Sociedade Globalizada, Atores e Conflitos: um olhar prospectivo sobre o Tratamento Adequado no Sistema Judiciário Trabalhista. In BARBOSA, Amanda; BERTIPAGLIA, Guilherme (Coord.). **Tratamento adequado de conflitos: volume I**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 48.

21. MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de e OLSSON, Giovanni. Sociedade Globalizada, Atores e Conflitos: um olhar prospectivo sobre o Tratamento Adequado no Sistema Judiciário Trabalhista. In BARBOSA, Amanda; BERTIPAGLIA, Guilherme (Coord.). **Tratamento adequado de conflitos: volume I**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 48.

## O Papel Do Advogado Na Mediação Trabalhista

O Advogado é Indispensável à administração da Justiça, segundo o art. 133 da Constituição Federal de 1988.

Na Mediação Judicial (cível, familiar e empresarial) a regra é pela obrigatoriedade da participação do advogado. Na Extrajudicial, se uma das partes comparecer assistida suspende-se a sessão até que todas estejam assistidas.

Na Mediação Judicial Trabalhista é indispensável à presença do advogado do reclamante, de acordo com a Resolução 174/2016 - art. 6º, §1º<sup>[22]</sup>.

Nos termos da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), para a homologação de acordo extrajudicial, cada parte será representada por seu próprio advogado, sendo vedado advogado comum a ambos. Art. 855-B<sup>[23]</sup> e 855-E da CLT<sup>[24]</sup>.

### Atuação do Advogado na Mediação

A atuação do advogado ocorre desde o recebimento do cliente no escritório. Ocorre, portanto, antes, durante e depois da sessão de mediação.

Uma grande dúvida diz respeito aos honorários advocatícios. É preciso referir que o Código de Ética da OAB, em seu art. 48, § 5º impede

---

22. § 1º As sessões de conciliação e mediação realizadas nos CEJUSC-JT contarão com presença física de magistrado, o qual poderá atuar como conciliador e mediador e supervisionará a atividade dos conciliadores e mediadores, estando sempre disponível às partes e advogados, sendo indispensável a presença do advogado do reclamante.

23. Art. 855-B. O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado.

§ 1º As partes não poderão ser representadas por advogado comum.

§ 2º Faculta-se ao trabalhador ser assistido pelo advogado do sindicato de sua categoria.

24. Art. 855-E. A petição de homologação de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados. Parágrafo único. O prazo prescricional voltará a fluir no dia útil seguinte ao do trânsito em julgado da decisão que negar a homologação do acordo.

qualquer diminuição dos honorários em razão da resolução do conflito pelos meios consensuais:

“Art. 48. A prestação de serviços profissionais por advogado, individualmente ou integrado em sociedades, será contratada, preferentemente, por escrito. [...] § 5º É vedada, em qualquer hipótese, a diminuição dos honorários contratados em decorrência da solução do litígio por qualquer mecanismo adequado de solução extrajudicial.

Abaixo elaborou-se um quadro diferenciado a atividade da advocacia nos conflitos cíveis dos conflitos trabalhistas, com suas peculiaridades:

JUSTIÇA COMUM	JUSTIÇA DO TRABALHO
<b>ADVOGADO</b> – pode ADVOGAR NA MEDIAÇÃO – presta assistência à parte que representa na mediação	<b>ADVOGADO</b> – pode ADVOGAR NA MEDIAÇÃO – presta assistência à parte que representa na mediação
<b>ADVOGADO</b> – pode MEDIAR – atua como Mediador - não sugere não opina e não presta consultoria jurídica.	* <b>SÓ JUÍZES TOGADOS E SERVIDORES (ATIVOS E INATIVOS) DOS QUADROS DOS TRIBUNAIS PODEM MEDIAR DE ACORDO COM A RESOLUÇÃO 174/2016 (ART. 6º §6º E §8º).</b>

## Arbitragem Nos Conflitos Trabalhistas Contratos Individuais

Há relações em que os sujeitos estão em postura de igualdade substancial, portanto, em equivalência contratual. Surge então o princípio da proteção para contrabalancear estas relações sem equilíbrio. Há polêmica na reforma trabalhista – Lei 13.467/2017 – que criou a figura do “empregado hipersuficiente, ou seja, o trabalhador que possui curso de nível superior e recebe como remuneração valor superior a duas vezes o teto de benefícios do INSS, o considerando-o suscetível à arbitragem. Segundo a Lei em comento, tais trabalhadores podem levar a solução de eventuais conflitos com seus empregadores a uma Câmara Arbitral. Lembre-se, ainda, a possibilidade

de pactuar-se a Arbitragem apenas com o requisito da remuneração em dobro - Art. 507A.

Ainda que o trabalhador preencha esses dois requisitos (salário e escolaridade) trata-se de questão tormentosa na Justiça do Trabalho, pois seriam estes empregados capazes de negociar o seu contrato de trabalho em igualdade de condições? Teria o empregado condições de não se submeter às exigências patronais para manter seu emprego se estiver em situação de necessidade?

O art. 444, parágrafo único, determina que a livre estipulação produzirá em relação ao empregado uma prevalência do negociado individualmente sobre o legislado (art. 611 – A) para o hipersuficiente.

## Dissídios Coletivos

Para os dissídios coletivos, há expressa previsão na Constituição Federal de 1988 em seu art. 114 §2º de que se admite a utilização de arbitragem para os conflitos coletivos.

Abaixo elaborou-se tabela explicando a aplicabilidade da Arbitragem no Direito do Trabalho nos conflitos individuais e coletivos.

CONFLITOS INDIVIDUAIS	CONFLITOS COLETIVOS
<p>Art. 507 – A da CLT– (i) <b>contratos em que a remuneração seja superior a 2x o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Especial da Previdência Social (aproximadamente R\$ 11.000,00)</b> e (ii) que seja pactuada por iniciativa do empregado ou mediante sua concordância expressa, de acordo com a Lei 9.307/96. <b>Contratos inferiores a duas vezes o limite do REPS – 2 correntes:</b></p> <p><b>1. Admite. Cláusula de barreira discrimina o trabalhador que ganha menos -</b> Entende possível desde que instituída após o encerramento do contrato – mediante compromisso arbitral.</p> <p><b>2. Não se admite – TST -</b> trabalhador não poderia contratar livremente a arbitragem (Majoritário).</p> <p><b>Algumas legislações que tratam do tema:</b> Lei 10.101/2000 – art. 4º; Lei 11.442/2007 – art. 19; <b>Lei 75/93</b> – art. 84; Lei 12815/2013 – art. 37; LC 123/2006; LC 147/2014; LC 80/1994 – art. 4º e 90C; CPC – art. 3º, § 3º - <b>Lei 12.815/2013.</b></p>	<p>Previsão na CF88/ – art. 114 §2º Admite-se a utilização de arbitragem para os conflitos coletivos (TST)</p>



## A Preparação do Caso e do Cliente para a Mediação Trabalhista

Para que o caso seja devidamente explorado com todas as suas peculiaridades, o advogado precisa: a) examinar o caso b) identificar as questões, interesses e sentimentos do cliente (lide sociológica); c) determinar o objetivo e plano de ação para o caso; d) informar sobre as técnicas e ferramentas que serão aplicadas pelo mediador; e) informar sobre o processo, o papel do mediador, do advogado e do cliente; f) explicar como o cliente deve portar-se na sessão de mediação.

## Procedimento Da Mediação Judicial E Extrajudicial

Em geral, a doutrina prevê seis estágios <sup>[25]</sup>, para o procedimento da mediação. Passo a passo pelo Mediador seria o seguinte:

1. Preparação para a mediação;
2. Declaração de abertura;
3. Reunião de informações e identificação de questões, interesses e sentimentos de cada participante;
4. Resumo pelo mediador;
5. Esclarecimento da controvérsia e possibilidade de sessão individual (*caucus*);
6. Acordo, indicação de nova sessão ou encerramento da sessão, ou, ainda, encaminhamento para outro método.

## Considerações Finais

Sabido que não há sociedade sem direito e que o direito sempre segue o fato social. A maneira como vivemos é responsável pelos conflitos

---

25. GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana. **Mediação de conflitos**: teoria e prática. Florianópolis: Empório Modara, 2018, p. 129.

diários. Compreender e apreender a conviver em paz é um exercício diário que exige mudança, foco, esforço continuado e a percepção do outro, seus valores, princípios, crenças, e sua própria individualidade.

Conhecer e aplicar as leis não são garantias de resultado suficientes à pacificação social, necessário ainda ter sensibilidade, olhos de ver e ouvidos de ouvir o que realmente é dito. Desenvolver métodos de intervenção a interferir na causa e no efeito objetivando a resolução efetiva, ou ao menos a mitigação dos efeitos. Ter a capacidade de transformar a dor do outro, o real conflito, em algo verdadeiramente positivo, uma oportunidade de os indivíduos realizarem novas escolhas, de modo a encontrar no próprio litígio a solução do problema. Sigamos em paz!

## Referência

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. **A mediação no Novo Código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2016. 1 recurso online. ISBN 9788530971465. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530971465>>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6. ed. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2017.

FISCHER, Roger; URY, Willian; BATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana. **Mediação de conflitos: teoria e prática**. Florianópolis: Empório Modara, 2018, p. 129.

GOULART, Juliana Ribeiro. **Concretização do acesso à justiça: a mediação judicial e o reconhecimento do ofício do mediador judicial no Brasil**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2018, p. 31.

LEWICKI, Roy J.; SAUNDERS, David M.; BARRY, Bruce. **Fundamentos de negociação**. 5. ed. Porto Alegre: AMGH, 2014. 1 recurso online. ISBN 9788580553864. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788580553864>>.

MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de e OLSSON, Giovanni. Sociedade Globalizada, Atores e Conflitos: um olhar prospectivo sobre o Tratamento Adequado no Sistema Judiciário Trabalhista. In BARBOSA, Amanda; BERTIPAGLIA, Guilherme (Coord.). **Tratamento adequado de conflitos: volume I**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 48.

SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.). **Arbitragem e mediação**: a reforma da legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015.

SARFATI, Gilberto. **Manual de negociação**. São Paulo: Saraiva, 2010. 1 recurso online. ISBN 9788502119352. Disponível em: <08>.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**: mediação e conciliação. 7. ed. São Paulo: Forense, 2016. 1 recurso online. ISBN 9788530971779. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530971779>>.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2016. 1 recurso online. ISBN 9788530972318. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530972318>>.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Método, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530974473>.

VERÇOSA, Fabiane. **Arbitragem e mediação**: temas controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5911-1>.

# Responsabilização de Gestores pela Mera Posição na Hierarquia Corporativa: Tipo Objetivo e Tipo Subjetivo na Expansão do Direito Penal Empresarial

FELIPE MARTINS PINTO  
PAULA BRENER

## Introdução

O sistema jurídico contemporâneo tem passado por uma contínua expansão das técnicas gerencialistas de controle e responsabilização penal, sob o argumento de que novos problemas e inseguranças tornam insuficientes as técnicas clássicas de enfrentamento à criminalidade. Nesse contexto, a reação do Estado tem caminhado no sentido de uma socialização de riscos e de uma crescente busca por soluções penais para os problemas sociais.<sup>[1]</sup>

Percebe-se, nesse contexto, um incremento contínuo da responsabilização criminal de dirigentes corporativos por meio das mais diversas teorias que percorrem os diferentes estratos do injusto penal. Amplia-se a responsabilidade por crimes omissivos impróprios, com a criação de novos deveres objetivos de cuidado e deveres especiais, bem como pela adoção de estratégias de responsabilização pela posição ocupada na sociedade empresarial. No plano subjetivo, observa-se tendências à

---

1. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. par. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013 e GARLAND, David. **The Culture of Control**: Crime and Social Order in Contemporary Society. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. pp.167-206.

normativização do dolo, bem como à sua presunção e incorreta ampliação através de distorções da teoria da cegueira deliberada, indevidamente transplantada do sistema norte-americano.

Essa transformação do poder punitivo do Estado, com a redução de espaços de risco permitido e a expansão de deveres de vigilância, desafia as empresas a um desenvolvimento reativo próprio, aprimorando seus procedimentos, implementando investigações internas e programas de integridade. Em última análise, por sua intervenção punitiva, o Estado acaba por compelir as empresas a adaptarem-se ao novo contexto, investindo recursos na prevenção, investigação e reação a eventuais eventos ocorridos no âmbito corporativo que possam apresentar repercussão criminal.

Adiante, buscaremos abordar algumas das técnicas de responsabilização penal utilizadas para a ampliação de responsabilidade dos dirigentes de empresas, apontando as peculiaridades, critérios e efeitos dessas teorias, bem como as críticas endereçadas a eventuais distorções em sua aplicação pela jurisprudência nacional. Trata-se de um ensaio crítico, que não pretende esgotar o tema, ou aprofundar quaisquer discussões específicas. A contribuição que o presente ensaio busca oferecer é um modesto recorte crítico acerca das mudanças paradigmáticas no tratamento do direito penal empresarial, buscando sistematizá-las e lançando luz sobre as repercussões que elas possuem no ambiente corporativo. Buscar-se-á demonstrar que esse giro nos modelos de responsabilização de gestores impõe à doutrina o importante papel de enfrentamento crítico de suas distorções, para que se limite a atuação do poder punitivo às balizas da legalidade.

Para tanto, vale-se de uma pesquisa de vertente jurídico-dogmática, de tipo descritivo, em que predomina a utilização do raciocínio indutivo-dedutivo e a análise de fontes diretas primárias e secundárias. O presente ensaio analisará as principais técnicas de ampliação de responsabilidade

desenvolvidas no plano do tipo penal, e dividir-se-á da seguinte maneira: na primeira parte serão analisadas as técnicas de ampliação da responsabilidade no plano da tipicidade objetiva, apresentando, inicialmente, os critérios para a conformação da responsabilidade omissiva imprópria e os elementos que conformam os deveres de garante, analisando-se, na sequência, as estratégias de responsabilização a partir do fato (*bottom-up*), ou iniciada a partir do topo da empresa (*top-down*), problematizando a atribuição de responsabilidade por simples posição no quadro corporativo; na segunda parte do ensaio, serão apresentadas as técnicas de ampliação da imputação ao tipo subjetivo, abordando, inicialmente, a normativização do dolo e, então, a aplicação da teoria da cegueira deliberada pelos tribunais brasileiros, apontando as problemáticas distorções de ambas na prática jurídica. Por fim, serão apresentadas as conclusões finais.

### **Técnicas de ampliação da responsabilização no plano da tipicidade objetiva**

A organização atual da sociedade se caracteriza por uma alta especialização corporativa no desenvolvimento de suas finalidades econômicas. As empresas reúnem profissionais exercendo diferentes funções conforme sua especialidade em uma sofisticada estrutura de divisão de trabalho, operacionalizando sistemas de extração, transformação e produção em longas cadeias causais. Dessa forma, dominam-se técnicas e conhecimentos específicos direcionados aos seus objetivos, de forma tal que as atividades empresariais aparentam elevada abstração e opacidade que desafiam o Direito, que não compreende sua linguagem especializada. Soma-se a isso o fato de que, dada as dimensões das atividades dessas sociedades, cria-se um potencial de consequências delitivas em grande escala. A partir de uma abordagem sociológica, João Daniel Rassi aponta

para a formação de redes técnicas e de saber, conformando sistemas peritos, os quais seriam de difícil monitoramento e controle.<sup>[2]</sup>

Em contrapartida, identifica-se também uma tendência na seara penal a uma ampliação dos limites da tipicidade penal objetiva, para que ela possa comportar as desafiadoras opacidades da realidade econômica<sup>[3]</sup>. É o tipo penal objetivo o modelo legal do comportamento proibido, o qual descreve a matéria da proibição, fixando as condições materiais que fundamentam o injusto penal. Trata-se, portanto, do nível estrutural do injusto que delimita o poder de intervenção do Estado. Assim, analisaremos na sequência as técnicas de responsabilização utilizadas como resposta aos desafios práticos contemporâneos no plano do tipo objetivo, as quais, em alguns casos, acabam por funcionar a partir de abstrações inadmissíveis sobre a atribuição de responsabilidade penal. Passemos, então, à sua análise.

## **Responsabilidade dos dirigentes por omissão: posição de garantidor e deveres de vigilância**

Uma das técnicas de responsabilização penal de dirigentes de empresas é a imputação ao tipo objetivo a título de omissão imprópria, também denominado crime comissivo por omissão<sup>[4]</sup>. Trata-se da

---

2. RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2014. p. 139 e 148.

3. A título de exemplo, no caso dos sistemas peritos, percebe-se uma especial tendência a conferir maior relevância a normas extrapenais, uma vez que o grau de especialização das atividades desenvolvidas nesses sistemas, sua linguagem própria e sua abstração técnica não são compreendidas pelo Direito. Assim, como resposta à falência do Direito em compreender essas circunstâncias, a jurisprudência assume uma postura rigorosa na leitura das normas e regulamentações extrapenais, atribuindo maior reprovação à conduta que “despreza a norma técnica disciplinando a atividade exercida”, aduzindo ainda que “ao profissional que desempenha certas atividades (como o médico e o engenheiro), impõe-se um maior dever objetivo de cuidado”. STJ. Quinta turma. AgRg no AREsp 1097076/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 20/02/2018, DJe 28/02/2018.

4. Os tipos penais descritos no ordenamento jurídico brasileiro descrevem ações e omissões, donde os crimes comissivos e omissivos próprios. Os crimes comissivos, podem ser realizados por meio de ações, ou omissões. No segundo caso, tem-se os crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão, nos quais a responsabilidade decorre de uma peculiar condição do agente como garantidor, possuidor de um especial dever de agir para evitar o resultado. MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt. **Lições fundamentais de direito penal: parte geral**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 579. Em outros termos, entende-se que nos crimes omissivos próprios ou puros, “a omissão consiste na transgressão de um dever jurídico de impedir o resultado que configura o fato punível”. Enquanto nos crimes omissivos impróprios “a omissão consiste na transgressão de um dever jurídico de impedir o resultado que configura o fato punível” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 3ª ed. Rio de Janeiro; Forense, 1993).

responsabilização de um agente por um tipo penal que, por sua descrição, a princípio, realizar-se-ia por uma ação, atribuindo o resultado ao sujeito em função de uma omissão, quando “o omitente devia e podia agir para evitar o resultado” (art. 13 do Código Penal). Assim, além dos requisitos comuns da tipicidade objetiva (situação típica, nexo de causalidade, resultado e imputação objetiva), para que se reconheça como típica uma omissão imprópria, deve-se reconhecer a posição de garantidor ocupada pelo agente e a omissão da conduta legal exigida de evitação do resultado, não obstante a capacidade físico-real de fazê-lo. Em outros termos, é justamente a peculiar condição do agente como garantidor, possuindo um dever legal de agir para evitar o resultado lesivo, que permite a sua responsabilização a título de omissão imprópria.

Conforme Heloísa Estellita, a liberdade de organizar-se, constituindo a empresa como fonte de perigo, gerindo pessoas e coisas para a consecução dos objetivos econômicos da empresa, fundamenta a responsabilidade dos dirigentes de empresas de “cuidar para que desse foco não advenham ofensas a bens jurídicos de terceiros ou da coletividade” <sup>[5]</sup>. De acordo com essa concepção, que é aqui adotada, é o sinalagma entre liberdade e responsabilidade que confere fundamento ao dever de agir para evitar ofensas ao bem jurídico, conformando a posição de garantidor e o dever especial de evitar o resultado <sup>[6]</sup>.

A determinação da posição de garantidor decorre de dois pressupostos centrais: a) a relação fundada juridicamente de controle sobre a empresa e b)

---

5. ESTELLITA, Heloísa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 3, v. 28, pp. 403-439, 2018. p. 408.

6. Uma demonstração prática do fundamento apresentado pode ser observada na especial previsão da responsabilidade penal de garantidores na Lei dos Crimes Ambientais. Não obstante a suficiência da norma do artigo 13 do Código Penal para a punibilidade da omissão imprópria, a Lei dos Crimes Ambientais reitera essa forma de responsabilização, chamando a atenção dos responsáveis por atividades empresariais concernentes à exploração de recursos para a importância da proteção ao Meio Ambiente. Expressa, assim, a contrapartida penal à liberdade conferida a esses empresários de criarem riscos ao meio ambiente, riscos estes que, pela intensidade da atividade econômica desenvolvida, podem ter consequências em grandes dimensões. Em suma, o sinalagma entre uma liberdade na criação de especiais fontes de perigo e uma maior responsabilidade como contrapartida, como fundamento da imputação pela omissão imprópria, manifesta-se no cuidado do legislador em prever expressamente na norma do artigo 2º da Lei 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais) a responsabilidade do garantidor. Referido dispositivo determina a responsabilização por omissão imprópria quando “o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la”.



a assunção fática dessa posição de controle. Quanto ao primeiro pressuposto, trata-se de uma decorrência natural do fundamento de responsabilização acima exposto, o sinalagma entre a liberdade de organizar fontes de perigo e a responsabilidade que dela advém. Dessa forma, na medida em que administram a pessoa jurídica, exercendo a gestão sobre o seu patrimônio, atos de organização (e. g. divisão de tarefas, departamentalização, delegação de funções), bem como representando seus interesses e promovendo suas atividades econômicas, os dirigentes conformam uma relação de controle, ainda que parcial, sobre a empresa e os perigos dela advindos<sup>[1]</sup>. Esses poderes acima descritos devem ser identificados concretamente, conformando o segundo pressuposto indicado a assunção fática. Tal exigência conforma o fundamento material que legitima a resposta penal e tem por escopo afastar a responsabilização decorrente da ocupação meramente formal de uma posição na empresa, a partir da designação em estatutos, organogramas e demais documentos societários<sup>[2]</sup>.

Esses pressupostos cumprem um papel central para a individualização de responsabilidades dentre os membros da administração, especialmente ao considerarmos o cenário comum de divisão de funções já no plano horizontal da cúpula da empresa. É usual perceber a descentralização dos órgãos de gestão conforme a *expertise* de cada um de seus membros, aos quais incumbem diferentes funções, de modo que, cada qual é detentor de um controle parcial sobre a fonte de perigo. De tal sorte, a individualização de responsabilidades exige que se identifique a sua específica relação de controle corporativo, com a fática e real assunção de competências, que fundamentam a sua posição de garantidor.

Essa análise é imprescindível não apenas em se tratando dos dirigentes da empresa – garantidores originários –, mas também para que

---

1. ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, n. 3, v. 28, pp. 403-439, 2018. pp. 410-411 e ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. pp. 167-168.

2. ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 168.

se possa responsabilizar àqueles que assumem determinados deveres a partir de delegação de funções – garantidores secundários ou derivados. Observe-se que a delegação de deveres que competem originariamente ao administrador da companhia não lhe desincumbe por completo. Dessa delegação surge para os dirigentes o dever especial de vigilância. A estruturação vertical da empresa em cadeia leva a uma gradação dos deveres de garantidor, que se tornam “mais gerais na cúpula da empresa – até só restarem deveres de coordenação e controle – e mais específicos nas camadas inferiores”<sup>[3]</sup>.

Entretanto, não basta ocupar uma posição de garantidor para que possa o agente ser responsabilizado por fatos que ocorrem no seio da empresa, seja ele presidente, diretor ou conselheiro. Para além de sua posição, o agente deve ter se omitido diante de um dever de agir para evitar o resultado que lhe incumbia prevenir, quando tinha a possibilidade fático-real de cumpri-lo: o dever especial. Assim, o crime se configura pela violação de um comando legal imposto ao agente de ativar-se, agindo para impedir o resultado. Em outros termos, o “especial dever jurídico de atuar; atuação que, por força das circunstancia (o crime exige um resultado), deve impedir o dano ou perigo que consuma o delito”.<sup>[4]</sup>

Todas as formas típicas de comportamento possuem como fundamento deveres objetivos de cuidado, deveres gerais que incumbem a todos, que deverão ser descumprido para que qualquer injusto possa ser atribuído a um agente. Dessa forma, o cometimento de um delito implica sempre em uma violação a um dever objetivo de cuidado, constitutivo da norma de comportamento. No caso dos crimes omissivos impróprios, na medida em que consistem em uma punição equiparada à conduta comissiva do tipo penal, exige-se algo a mais, um dever de agir para evitar o resultado. Dessa

---

3. ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 170.

4. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 3ª ed. Rio de Janeiro; Forense, 1993. p. 231.

forma, o especial desvalor da omissão imprópria decorre não da violação de qualquer dever pelo agente que ocupa uma posição de garantidor, mas especificamente do não cumprimento, pelo garantidor, de uma ação esperada legalmente, atribuída ao agente em função de sua competência.<sup>[5]</sup> Como visto anteriormente, tratam-se de deveres decorrentes da assunção fática de uma função, que constitui uma relação juridicamente fundada de controle sobre uma fonte de perigo, a empresa (dever de proteção), bem como de deveres de vigilância, oriundos de atos de organização e estruturação corporativos.

Um dos desvios na atribuição de responsabilidade a dirigentes de empresas decorre justamente da confusão entre deveres objetivos de cuidado e deveres especiais, de forma a punir criminalmente o administrador simplesmente em função de sua posição de destaque na instituição, sem que se indique um dever de agir para evitar o resultado que lhe incumbia e que tenha sido por ele descumprido. De tal sorte, imputa-se incorretamente a título de omissão um resultado delitivo àqueles que pertencem à cúpula da empresa, em função do descumprimento de um simples dever objetivo de cuidado, o qual não é suficiente para caracterizar um dever especial.

Outro problema se encontra na identificação da violação de responsabilidades estabelecidas por normas extrapenais como se fossem elas constitutivas de um dever especial na esfera penal. Cada setor econômico e profissional possui suas próprias normas regulamentadoras, em alguns casos mais densas e organizadas, em outros estabelecidas de formas mais esparsas. Normas essas que podem encontrar posituação legal, estatutária ou decorrer de simples atos de regulação de conselhos profissionais. Embora possuam relevância penal, não são deveres especiais, os quais, em respeito ao princípio da legalidade, decorrem da norma penal,

---

5. ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 107.

necessariamente prevista em Lei Federal, mais especificamente decorrentes da combinação dos tipos penais ao artigo 13 do Código Penal, que prevê a responsabilidade por omissão imprópria <sup>[6]</sup>. Nesse sentido, normas extrapenais que regulamentam a atividade econômica e empresarial funcionam como um indício de uma posição de garantidor e possuem relevante papel na determinação do conteúdo e limites do dever especial, na medida em que revelam as possibilidades jurídicas de agir detidas por um agente, mas não são, no entanto, suficientes para a configuração de um dever especial.

Nesse sentido, não se deve confundir com deveres especiais as normas positivadas na Lei n. 9.613/98, que buscam estabelecer um sistema de prevenção e identificação de crimes de lavagem de dinheiro. Assim, embora as instituições financeiras, consideradas *gatekeepers*, tenham o dever de manutenção de registros e comunicação de operações financeiras a órgãos regulamentadores ou ao COAF, o descumprimento dessas normas não importa automaticamente na comissão por omissão do crime de lavagem de dinheiro, mas sim, *a priori*, constituem apenas uma violação administrativa.

Além disso, pode-se mencionar o artigo 158 da Lei n. 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas) <sup>[7]</sup>, que determina uma série de responsabilidades societárias aos administradores de empresas, dentre elas a responsabilidade

---

6. ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 84.

7. "Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto.

§1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembleia-geral.

§ 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.

§ 3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres.

§4º O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3º, deixar de comunicar o fato a assembleia-geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável.

§ 5º Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto".

pelos atos ilícitos de outros administradores, “se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática”. Trata-se de uma disposição delimitando a responsabilidade civil de dirigentes, no qual discute-se mesmo a responsabilidade solidária destes, donde se depreende que mesmo o emprego da expressão “ilícito” não indica a prática de injustos penais, mas abarca uma realidade muito mais ampla de ilícitos civis. Por essa mesma razão, basta que o administrador consigne sua divergência em ata de reunião para que se exima de responsabilidade. Assim, referida norma não pode ser pura e simplesmente transposta para o âmbito penal como se um dever de garante fosse.

Nas palavras de Heloisa Estellita, o “papel da regulamentação extrapenal é o de delimitar o âmbito e o conteúdo dos deveres jurídico-penais no caso concreto”.<sup>[8]</sup> Afinal, são regras extrapenais que determinam a constituição das empresas, de seus órgãos de controle, dos específicos deveres e poderes exercidos por seus administradores etc. Mas para além desse papel, é preciso que se verifique a posição de garantidor de forma material, com a assunção fática dessas funções, bem como a concreta possibilidade de agir para evitar o resultado. Essa é uma questão particularmente sensível em organizações caracterizadas pela departamentalização e divisão de funções de forma horizontal e vertical, exigindo um olhar mais demorado e preciso em função de sua maior complexidade.

Tomemos por exemplo uma Sociedade Anônima, que tenha optado pela adoção de um modelo dual de administração, em que a Diretoria exerce os atos de gestão e representação da companhia e o Conselho de Administração (C.A.) exerce atividades de supervisão e tomada de

---

8. ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 166.

decisões estratégicas. Embora a administração da empresa seja o resultado da atuação conjunta de ambos os órgãos, o que se percebe é uma função de vigilância atribuída ao C.A. de forma extremamente limitada.

É comum que os C.A. não possuam poderes de gestão. Embora seus membros cumpram função de vigilância sobre atos da Diretoria, em geral, não possuam poderes para decidir contrariamente a ela.<sup>[9]</sup> Dessa forma, os conselheiros não se encontrarão sequer em posição de garantidores, não obstante ocuparem cadeiras na cúpula da empresa. Como visto anteriormente, a posição de garantidor tem por fundamento justamente a liberdade de organização e gestão. Ausente esse espaço de atuação, não se conforma a correspondente responsabilidade que lhe caracteriza. Não há, no exemplo dado, portanto, uma relação juridicamente fundada de poder sobre a fonte de perigo, de forma tal que eventual resultado delitivo não poderá ser atribuído aos membros do C.A.

Entretanto, é possível atribuir estatutariamente aos C.A., poder para a aprovação de determinados negócios da empresa, bem como poderes de nomeação e destituição de diretores.<sup>[10]</sup> Assim, nos casos em que, na estruturação da empresa, lhes forem atribuídas tais competências, haverá possibilidade de configuração de posição de garante de conselheiros, ainda que materialmente limitada aos poderes que lhes confere o estatuto. Sobre esse espaço de liberdade, ou seja, sobre essa esfera de responsabilidade, poderá o conselheiro ser responsabilizado a título de omissão imprópria. Observe-se que, mesmo nos casos em que se encontrarem os conselheiros em posição de garantidores, sua eventual responsabilidade penal deverá observar os contornos dos limitados poderes que possuem.

---

9. ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 3, v. 28, pp. 403-439, 2018. p. 422.

10. ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 3, v. 28, pp. 403-439, 2018. p. 430.

O que se percebe do exemplo é que a atribuição de responsabilidade penal em ambientes corporativos exige a análise da estrutura concreta da empresa estabelecida, nos limites de sua autorregulação. Uma vez que as normas societárias – extrapenais – conferem à empresa espaço para se autorregularem, o estatuto assume um papel central no estabelecimento de competências a cada um de seus estratos. É a partir da análise dessas normas que se poderá identificar as atribuições conferidas a cada um desses órgãos e a seus membros, quais funções, poderes e deveres cada um destes possui. Em outras palavras, embora não sejam deveres especiais, essas normas possuem relevância penal e um papel importante na individualização de responsabilidades. Ademais, a individualização de responsabilidades penal de seus dirigentes exige que se indique, para cada conselheiro e diretor, qual o dever de agir para evitar o resultado descumprido, haja vista a possibilidade jurídica de agir limitada pelos poderes que de fato lhe competem. E, claro, essas determinações devem ser confirmadas faticamente, como anteriormente apontado.

### **Estratégias de responsabilização no direito empresarial: responsabilidade vicarial às avessas**

Compreendida a omissão imprópria, passamos à análise das estratégias de responsabilidade no direito penal empresarial, as quais apontam como identificar o responsável por determinado resultado delitivo. Ocorrendo um resultado delitivo, decorrente das atividades de uma sociedade empresarial, de que forma identificar os criminalmente responsáveis?

Uma estratégia de responsabilização penal atenta à legalidade e à lesividade penal, especialmente em um quadro de divisão de tarefas organizado hierarquicamente, deveria se orientar à identificação dos

responsáveis em uma abordagem denominada pela moderna doutrina como “*bottom-up*”, ou seja, de baixo para cima. Nesse sentido:

(...) em caso de pluralidade de intervenientes em estruturas hierárquicas, propõe que se parta sempre da pessoa mais próxima à causa direta do resultado, para então, ascender percorrendo os diversos extratos da hierarquia, ou seja, de “baixo para cima”<sup>[11]</sup>.

Essa estratégia privilegia a identificação de comportamentos e condutas, a partir de sua relação direta com o resultado, respeitando o princípio *nullum crimen sine conducta*. Trata-se de garantia jurídica elementar, a qual permite que o cidadão tenha a segurança de que somente será punido em razão de uma conduta pessoal que venha a praticar. Bem articuladas são as ponderações de Raul Eugênio Zaffaroni ao analisar a importância da conduta como requisito indispensável à configuração do fato incriminável. Se fosse eliminada,

o delito poderia ser qualquer coisa, abarcando a possibilidade de penalizar o pensamento, a forma de ser, as características pessoais, etc. (...) Quem quiser defender a vigência de um direito penal que reconheça um mínimo de respeito à dignidade da pessoa humana não pode deixar de reafirmar que a base do delito – como iniludível caráter genérico – é a conduta, identificada em sua estrutura ontológica. Se esta estrutura é desconhecida, corre-se o risco de salvar a forma mas evitar o conteúdo, porque no lugar de uma conduta humana se colocará outra coisa<sup>[12]</sup>.

Assim, segundo a abordagem “*bottom-up*”, deve-se partir do interveniente mais próximo ao fato, ou seja, aquele encarregado da vigilância direta da fonte de perigo para, então, seguir na cadeia causal “investigando a eventual contribuição de outras pessoas nos mesmos níveis de hierarquia e em níveis superiores”<sup>[13]</sup>. Dessa forma, individualizam-se

---

11. ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.52.

12. ZAFFARONI, Raul Eugenio. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 411.

13. ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.52.



as condutas a partir de seu contexto fático, seguindo-se a cadeia causal de acontecimentos e identificando-se as possibilidades de intervenção que eventuais dirigentes poderiam diante de si.

Entretanto, à revelia do sustentado acima, observa-se uma mudança paradigmática da estratégia de imputação utilizada pelos tribunais nacionais. Como apontado anteriormente, a complexificação da atividade econômica na sociedade contemporânea potencializa resultados em grande escala, decorrentes de atividades de pessoas jurídicas, estruturadas verticalmente, cuja imagem é representada por seus dirigentes. Nesse contexto, tem-se observado a tendência a se imputar precipitadamente a responsabilidade aos membros da cúpula da empresa, observando-se apenas sua posição ou competência como “presidente”, “sócio” ou “diretor”.

Adota-se uma estratégia que parte da figura jurídica autônoma da sociedade empresarial como um primeiro passo para a imputação. Assim, descrevem-se condutas como se executadas pela pessoa jurídica, atribuída então aos seus dirigentes, em uma espécie de responsabilidade vicarial às avessas. O modelo vicarial de responsabilidade é uma construção elaborada para a responsabilidade penal de pessoas jurídicas<sup>[14]</sup> – no Brasil, admitida apenas para crimes ambientais –, segundo o qual atribui-se à empresa a responsabilidade pelas condutas de seus agentes<sup>[15]</sup>. Assim, a culpabilidade da pessoa jurídica seria uma medida da culpabilidade do agente, pessoa natural. Nos casos em que não é permitida a responsabilidade penal da pessoa jurídica, importa-se o raciocínio de heterorresponsabilidade para o plano da culpabilidade de pessoas naturais, invertendo a sua lógica, de

---

14. Assim: “Há dois modelos de responsabilidade penal da pessoa jurídica: um chamado de heterorresponsabilidade, ou de imputação, atribuição ou transferência, no qual a pessoa jurídica sofre consequências penais pelos crimes praticados por seus representantes ou empregados; e um outro, denominado modelo de autorresponsabilidade, no âmbito do qual responderia também por injustos praticados por seus representantes ou empregados (membros, em sentido lato), mas que só lhe poderiam ser imputados com base em uma falha sua, decorrente de um defeito de organização – ou seja, é preciso haver um injusto próprio da pessoa jurídica”. (ESTELLITA, Heloisa. Levando a sério os pressupostos da responsabilidade penal de pessoas jurídicas no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, n. 75, v. 18, pp. 59-79, 2019. p. 63.). No mesmo sentido: SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa**. São Paulo: LiberArs, 2016.

15. PINTO, Felipe Martins; BRENER, Paula. A inclusão da parte civil no processo penal e a responsabilidade penal ad pessoa jurídica: estudo do caso FC Barcelona. In: AMARAL, Augusto Jobim; *et. al* (orgs). **Anais do 8º Congresso Internacional de Ciências Criminais: criminologia global**. V.4. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. pp. 175-190.

modo a transferir a responsabilidade pelo resultado da empresa para os seus dirigentes, por ocuparem o cargo de administração da sociedade.

Exemplo marcante se verifica na decisão constante da ação penal de n.º 5083258-29.2014.4.04.7000/PR, julgada pela Seção Judiciária do Paraná, no âmbito da Operação Lava Jato. Identificou-se o envolvimento de diversos diretores de uma companhia do ramo da construção civil em esquemas de corrupção. Entretanto, a responsabilização foi estendida a um dos diretores, que então era Presidente do Conselho de Administração da empresa. O dirigente foi condenado a nove anos e seis meses de reclusão pelo então Juiz Federal Sérgio Moro pela prática dos crimes de organização criminosa e corrupção ativa por omissão imprópria, a título de autoria, fundamentada na falha de organização, sem que ele houvesse contribuído de forma relevante – seja de forma ativa ou omissiva – ou realizado qualquer aporte para os fatos descritos. O fundamento apresentado para a condenação foi a ausência de investigação interna e tomada de providências de sua parte, mesmo após “o surgimento das primeiras notícias públicas do envolvimento” da empresa nos delitos. Interessante destacar os seguintes trechos da sentença condenatória, os quais apresentam de forma clara a relevância da realização de investigações internas e da adoção de medidas corretivas por parte de gestores:

Outra prova de corroboração consiste na *ausência de qualquer providência efetiva da parte de J.R.A., Presidente do Conselho de Administração da Camargo Correa a partir de 2011*, para apurar os fatos após a prisão cautelar de Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa em março de 2014 e o surgimento das primeiras notícias públicas do envolvimento da Camargo Correa. (...) Embora em seu depoimento, J.R.A. afirme que teriam sido tomadas providências para apurar os fatos, com a convocação ao Conselho de Dalton Avancini e a realização de auditoria, houve apenas confirmação nos autos - e pelo próprio Dalton Avancini - da aludida convocação dele perante o Conselho, o que é manifestamente insuficiente. (...) **Não há qualquer prova documental nos autos de que tenha sido**

**realizada qualquer apuração interna efetiva sobre os fatos**, até porque, se tivesse sido realizada, inevitavelmente seria detectado o pagamento de propinas da ordem de quase cem milhões de reais para a Diretoria de Abastecimento e para a Diretoria de Serviços nos aludidos contratos da REPAR e da RNEST. <sup>[16]</sup>

O caso apontado é considerado um divisor de águas no Direito Penal Empresarial brasileiro, expondo a expansão dos riscos para a atividade corporativa. Isso porque tem sido comum a responsabilização de gestores pela sua simples posição de garantidores em face de falhas de organização, verdadeiro desvio da imputação objetiva que deveria se basear em critérios de efetiva assunção de responsabilidades, conhecimento anterior dos fatos, dentre outros fatores. Dessa forma, o Direito Penal passa a funcionar para compelir a empresa a utilizar seus próprios recursos no sentido de implementar práticas para a prevenção de delitos e infrações em seu âmbito <sup>[17]</sup> e isso sem que sejam determinados os *standards* mínimos de conformidade desses procedimentos ao ideal de cooperação do Estado.

A partir de uma inferência genérica acerca da culpa da pessoa jurídica sobre o resultado lesivo, presume-se a responsabilidade de pessoas físicas que ocupem posição no topo da estrutura societária. Conforma-se, assim, um “drible hermenêutico” para burlar a impossibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica pelos fatos em apuração. Há até mesmo casos em que as instancias oficiais fazem uso da prosopopeia, figura de linguagem que enriquece o texto literário, mas esvazia a segurança jurídica se utilizada para a elaboração de peças acusatórias. Assim, personifica-se a empresa, emprestando-lhe capacidades e qualidades próprias do ser humano – afirmando que “a empresa fez”, “a empresa construiu”,

---

16. BRASIL. Seção judiciária do Paraná, 13ª Vara Federal de Curitiba. Ação penal nº 5083258-29.2014.4.04.7000/PR. Juiz federal Sérgio Fernando Moro. Curitiba, 20 de julho de 2015.

17. FELDENS, Luciano; DIETRICH, Eduardo Dalla Rosa. A privatização da função investigatória nos delitos empresariais. In: FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloisa; WUNDERLICH, Alexandre. **Direito penal econômico e empresarial**: estudos dos grupos de pesquisa em direito penal econômico e empresarial da PUCRS e da FGV Direito SP. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 46.

“a empresa extraiu”, “a empresa permitiu” –, para que, então, em um segundo momento, se atribua o resultado aos dirigentes da sociedade, enquanto seus representantes, sem descrever suas próprias condutas, mas presumindo-as a partir de um raciocínio reverso de responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Essa forma ilegítima de abordagem de cima para baixo (*top-down*), renuncia à identificação de uma conduta humana, seja ela comissiva ou omissiva, a qual é imprescindível para a responsabilização penal. É a contribuição individual que determina a responsabilidade de cada indivíduo, em respeito à natureza personalíssima da culpabilidade penal<sup>[18]</sup>. Trata-se, portanto, de uma estratégia incompatível com o modelo de responsabilidade individual e pessoal adotado pelo Código Penal Brasileiro, em seus artigos 13, *caput*, e 29, a qual aproxima-se de uma responsabilização objetiva, amparada apenas na posição ocupada pelos agentes, sem que se identifiquem os deveres e poderes que eles realmente detinham, se possuíam conhecimento específico sobre os fatos, as suas possibilidades de agir para impedir um resultado, eventuais medidas adotadas etc. Desconsidera-se a assunção fática de funções e competências na empresa, deixando de lado eventuais discrepâncias entre o organograma da instituição e a sua organização fática.

## **Técnicas de ampliação da responsabilização no plano da tipicidade subjetiva**

Às técnicas anteriores de ampliação da responsabilização penal pela imputação ao tipo objetivo, soma-se um grave cenário de esvaziamento do dolo. Apresentaremos aqui duas das principais construções que ganharam destaque recentemente no Brasil: inicialmente, as tendências à normativização do dolo, com destaque para a teoria cognitiva do dolo e às

---

18. GRECO, Luís. *As razões do direito penal*: quatro estudos. Trad. par. Eduardo Viana, Lucas Montenegro, Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 82.

distorções realizadas por sua incompreensão, na sequência, analisaremos o problemático transplante legal da teoria da cegueira deliberada para o Brasil.

## Dolo sem vontade: tendências à normatização do dolo

Tradicionalmente, a doutrina e a jurisprudência brasileiras somente reconheciam a punibilidade por crimes dolosos do agente quando verificado o conhecimento e a vontade de realização do tipo objetivo, adotando-se uma concepção volitiva de dolo<sup>[19]</sup>. Assim, prevalecia o entendimento de que o dolo se conformava por um elemento cognitivo e por um elemento volitivo<sup>[20]</sup>, sendo a vontade entendida como um conceito psicológico-descritivo, ou seja, compreendida como uma tomada de posição do autor diante de seu conhecimento<sup>[21]</sup>, “reconhecidamente passando para o lado do injusto”<sup>[22]</sup>, aceitando ou consentindo<sup>[23]</sup> para a produção do resultado.

Recentemente, entretanto, com o avanço no debate entre as teorias volitivas e cognitivas do dolo, ganhou relevância o posicionamento que privilegia o conhecimento sobre a vontade<sup>[24]</sup>, em alguns casos, chegando-se a posições em favor do dolo sem vontade<sup>[25]</sup>. A bem da verdade, há uma

19. REALE JR., Miguel. **Instituições de Direito Penal**: Parte Geral. 2ª ed. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2004. pp. 2018 et. seq.; MESTIERI, João. **Teoria elementar do direito criminal**: parte geral. Rio de Janeiro: J. Mestieri, 1990. p. 173; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: parte geral. 3ª ed. Tio de Janeiro: Forense, 1993. pp. 171, et. seq.; NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977. pp. 143 et. seq..

20. MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II. Trad. par. José Arturo Rodriguez Muñoz. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949. pp. 95-96.

21. Em suas palavras: “Exatamente na participação, porém, pode-se ver o desvalor da ação socialmente intolerável, no fato de o participante, por meio de sua contribuição intencional, demonstrar solidariedade com a injustiça intencional alheia, se identificar com o ato de terceiro”. Tradução livre do excerto original: “Gerade bei der Teilnahme aber wird man den sozial unerträglichen Handlungsunwert darin sehen können, daß der Teilnehmer sich durch seinen vorsätzlichen Beitrag mit fremdem vorsätzlichem Unrecht solidarisiert, sich mit der fremden Tat gemein macht.” SCHUMANN, Heribert. **Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen**. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1986. p.51.

22. Assim: “(...) porém pressupõe, além disso, que ele se solidarize com a ação do outro, reconhecidamente passando para o lado do injusto”. Tradução livre do excerto original: “ (...) sondern darüberhinaus voraussetzt, daß er sich dadurch mit der Tat des anderen solidarisiert, erkennbar auf die Seite des Unrechts tritt.” SCHUMANN, Heribert. **Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen**. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1986. p.57.

23. MESTIERI, João. **Teoria elementar do direito criminal**: parte geral. Rio de Janeiro: J. Mestieri, 1990. p. 175.

24. A título de exemplo: LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**: o uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

25. GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: D’ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (orgs.). **Líber amicorum de José de Souza Brito em comemoração do 70.º aniversário**: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009. pp.885-903. No mesmo sentido, PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. par. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004; e GOMES, Eneias Xavier. **Dolo sem vontade psicológica**: perspectivas de aplicação no Brasil. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017.

ambiguidade sobre o que se entende por vontade, a qual pode ser entendida tanto como um conceito psicológico-descritivo quanto como um conceito atributivo-normativo. Partindo dessa abertura oferecida pela norma, tem crescido o número de autores que defendem a segunda concepção, conformando-se uma teoria cognitiva do dolo. Note-se que há autores que vão ainda mais longe, normatizando inteiramente o dolo, inclusive em seu aspecto cognitivo. Assim, criticando a dogmática tradicional considerada naturalista e apegada aos fatos psíquicos, Jakobs compreende o dolo a partir de seu sentido social, como uma expressão de indiferença à norma ou de não reconhecimento da norma<sup>[26]</sup>. Trabalhemos aqui com a teoria intermediária, como proposta por Luís Greco.

Analisando sistema penal brasileiro, Greco aponta para um tratamento mais intenso conferido ao dolo do que à culpa – tanto em extensão (haja vista o princípio da excepcionalidade dos crimes culposos), quanto em intensidade (o que se percebe pela mais elevada pena atribuída aos crimes dolosos em relação aos culposos). Para o autor, a razão que justifica esse tratamento diferenciado está no fato de que apenas pelo conhecimento, enquanto elemento subjetivo central, é que se pode afirmar que o autor se comportou com domínio ou controle sobre o que realizou. Em suas palavras, “conhecimento significa domínio”<sup>[27]</sup>.

Em suma, para que se configure o dolo, é necessário que o autor se comporte com “conhecimento tal que lhe confira o domínio sobre aquilo que está realizando”<sup>[28]</sup>, dado este que fundamenta a punibilidade a título de dolo. Assim compreendido, o conhecimento é o elemento psicológico

---

26. JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Trad. par: Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijóo Sánchez. Madri: Civitas, 1996. pp. 55-58.

27. GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (orgs.). **Líber amicorum de José de Souza Brito em comemoração do 70.º aniversário: estudos de direito e filosofia**. Coimbra: Almedina, 2009, pp.885-903. p. 891.

28. GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (orgs.). **Líber amicorum de José de Souza Brito em comemoração do 70.º aniversário: estudos de direito e filosofia**. Coimbra: Almedina, 2009, pp.885-903. p. 902.

imprescindível para a conformação do dolo<sup>[29]</sup>, tornando-se a vontade, em um sentido psicológico, irrelevante para a imputação. A vontade seria um elemento desnecessário, uma vez que o conhecimento já seria determinante do domínio, bem como do especial desvalor do comportamento doloso. Em outros termos, a vontade, enquanto dado interno, não contribui para intensificar o perigo de um comportamento realizado com conhecimento e domínio. De tal sorte, em lugar de uma preocupação dirigida ao agente, suas características internas e motivações, a proposta cognitiva se concentra no injusto, de modo que a atribuição da responsabilidade penal, do ponto de vista subjetivo, decorre então da “intensidade e clareza do risco que o agente define conscientemente”<sup>[30]</sup>.

A melhor compreensão do problema na adoção de um conceito volitivo de dolo é usualmente explorada doutrinariamente por meio do caso<sup>[31]</sup> dos fazendeiros que apostam suas propriedades afirmando sua capacidade de acertar ao chapéu de uma jovem que se encontra alguns metros à frente deles. Já na primeira rodada, o primeiro fazendeiro acaba por acertar à jovem que falece na sequência. O caso é utilizado pela doutrina justamente para demonstrar a dupla ausência de vontade no autor do injusto, o qual não apenas não possuía um desejo de matar à jovem, tampouco desejava perder a aposta e, com isso a sua propriedade. Entretanto, possuía conhecimento da elevada probabilidade do resultado, tendo domínio sobre os acontecimentos decorrentes de sua decisão.

---

29. GRECO, Luís. Dolo sem vontade. *In*: D’ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (orgs.). **Líber amicorum de José de Souza Brito em comemoração do 70.º aniversário: estudos de direito e filosofia**. Coimbra: Almedina, 2009, pp.885-903. p. 893 *et. seq.*

30. PUPPE, Ingeborg. **Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal**. Trad. *par.* Luis Greco, Beatriz Correa Camargo, Wagner Marteleto Filho, Luiz Henrique Carvalheiro Rossetto. São Paulo: Marcial Pons, 2019. pp. 65-66.

31. A elaboração original do caso é atribuída a Lacmann, tendo sido reproduzido por ambos Puppe (PUPPE, Ingeborg. **Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal**. Trad. *par.* Luis Greco, Beatriz Correa Camargo, Wagner Marteleto Filho, Luiz Henrique Carvalheiro Rossetto. São Paulo: Marcial Pons, 2019. P. 73 *et. seq.*) e Luís Greco (GRECO, Luís. Dolo sem vontade. *In*: D’ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (orgs.). **Líber amicorum de José de Souza Brito em comemoração do 70.º aniversário: estudos de direito e filosofia**. Coimbra: Almedina, 2009, pp.885-903. p. 887). Adota-se aqui, com alguma simplificação, a formulação de Greco.

Tomemos como hipótese um caso hipotético no qual o resultado delitivo é o rompimento de uma barragem de rejeitos minerários, atribuído a um dirigente empresarial a título de dolo eventual em uma eventual condenação. Independentemente da capacidade do juiz de comprovar o dolo do agente, a questão que se coloca é ainda mais problemática. Isso porque, ainda que fosse possível acessar os pensamentos do autor, dificilmente o juiz encontraria o que procura: a vontade dirigida ao resultado. Isso por que, conforme o raciocínio desenvolvido por Ingeborg Puppe, ainda que consciente do perigo em seu comportamento, a relevante probabilidade de ocorrência do resultado, dificilmente haverá uma aprovação ou um querer psicológico em seu interior.

Essa vontade apenas poderá ser atribuída ao agente, desde que conformadas determinadas condições. Assim, conforme Puppe, “quem, sob estas e aquelas condições, atua conscientemente, resigna-se com o resultado, põe-se de acordo com a sua ocorrência, decide-se pela possível ocorrência de tal resultado etc.”<sup>[32]</sup>. A identificação da vontade no caso concreto decorre, então, de um juízo atributivo, de interpretação do comportamento, o qual deve se fundamentar em razões de natureza fática amplamente aceitas, as quais são independentes da psique do agente.<sup>[33]</sup> A determinação do conteúdo desse elemento subjetivo é objeto de diferentes propostas, como a teoria da probabilidade<sup>[34]</sup>, que determina ser o dolo o conhecimento de que a ocorrência do resultado é algo provável.

Conforme Guilherme Lucchesi, a disposição do artigo 18, I, do Código Penal não pressupõe uma vontade ontológica por parte do agente,

---

32. PUPPE, Ingeborg. **Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal**. Trad. par. Luis Greco, Beatriz Correa Camargo, Wagner Marteleto Filho, Luiz Henrique Carvalheiro Rossetto. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 70.

33. PUPPE, Ingeborg. **Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal**. Trad. par. Luis Greco, Beatriz Correa Camargo, Wagner Marteleto Filho, Luiz Henrique Carvalheiro Rossetto. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 65; e GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: D’ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (orgs.). **Liber amicorum de José de Souza Brito em comemoração do 70.º aniversário: estudos de direito e filosofia**. Coimbra: Almedina, 2009, pp.885-903. p. 887.

34. PUPPE, Ingeborg. **Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal**. Trad. par. Luis Greco, Beatriz Correa Camargo, Wagner Marteleto Filho, Luiz Henrique Carvalheiro Rossetto. São Paulo: Marcial Pons, 2019. pp. 60 *et. seq.*.



não obstante o emprego da redação “quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Tanto o querer, quanto o assumir o risco, não exigiriam a demonstração de atitudes internas do agente, tais como aceitação ou indiferença, mas podem ser compreendidos por um juízo de atribuição a partir do conhecimento possuído pelo agente em determinadas circunstâncias. Assim, as circunstâncias do fato conferem ao agente certo compromisso com o resultado, um compromisso cognitivo<sup>[35]</sup>.

Buscando evitar incompreensões, Greco aponta que a compreensão do dolo sem vontade em um sentido psicológico se deve a uma discussão sobre o fundamento de punibilidade diferenciado entre os elementos subjetivos, nada tendo a ver com o conceito de dolo ou com a sua prova. Não obstante a ressalva apontada, identifica-se na doutrina – e também na jurisprudência – uma inadmissível distorção dos debates em torno do dolo.

Um primeiro problema está na utilização de argumentos normativos como forma de afastar a necessidade de se provar o dolo. Observações sobre a “magnitude” e a “dimensão” dos fatos tornam-se argumentos para que se possa inferir o conhecimento, atribuindo-o ao agente a partir das provas referentes ao tipo objetivo do injusto. Esse raciocínio sequer se mantém no plano da vontade, mas estende-se também ao conhecimento, que passa a ser presumido a partir da gravidade dos fatos. Nesse sentido, afirma-se que, “da prova do elemento objetivo se poderá inferir o elemento subjetivo, ou seja, a intenção criminosa”<sup>[36]</sup> e que “as circunstancias objetivas autorizam o juízo de que o desconhecimento do agente era uma impossibilidade”<sup>[37]</sup>.

Feitas essas considerações, em continuação aos apontamentos trazidos, apresenta-se no tópico a seguir a teoria da cegueira deliberada, cujo transplante legal para o ordenamento jurídico brasileiro parece ter

---

35. LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**: o uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 147.

36. MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71.

37. MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71.

por (inadmissível) finalidade suplantar supostas dificuldades probatórias encontradas na prática, bem como proporcionar uma ampliação dos limites do dolo, para que se permita a punição de casos onde se encontra ausente esse elemento.

## Transplante legal da teoria da cegueira deliberada

A cegueira deliberada, com raízes no direito penal norte-americano, é uma regra, resultado de uma construção prática estabelecida jurisprudencialmente conforme a tradição de precedentes do *common law*, a qual permite “a satisfação do requisito mental dos crimes que exigem *knowledge* mesmo quando o conhecimento de fato não está presente”.<sup>[38]</sup> Enquanto regra de equivalência, permite que, em tais crimes, esse elemento subjetivo seja identificado em uma cegueira deliberada quando o desconhecimento decorra de uma decisão anterior do agente por se manter ignorante, ou seja, de uma decisão voluntária de não se informar sobre uma situação para evitar a posterior responsabilização. Para tanto, exige-se que tenha o agente ciência de uma elevada probabilidade de existência de uma circunstância elementar do delito, e que não acredite em sua inexistência.

A cegueira deliberada vem sendo incorporada pela jurisprudência brasileira, como mais uma das técnicas para ampliação da punibilidade em contextos empresariais, a partir de um problemático transplante legal da regra exposta. Antes do mais, vale apontar que o uso do Direito Comparado pode ser extremamente profícuo desde que seu uso seja realizado de forma cautelosa e em atenção às suas inúmeras dimensões. Conforme a crítica de Geoffrey Samuel<sup>[39]</sup>, é comum observar o comparatista cair em erro por

---

38. LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**: o uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 129.

39. SAMUEL, Geoffrey. **An Introduction to Comparative Law Theory and Method**. Oxford: Hart, 2014.

empreender uma análise meramente funcional de um outro direito voltada para objetivos específicos. Essa forma de fazer direito comparado, em geral, leva à ilusão de que um transplante legal, ou seja, a introdução ou recepção de normas de outro sistema jurídico pelo sistema pátrio é simples e plenamente compatível. No entanto, observando-se os sistemas jurídicos também sob o prisma dos métodos estruturalista e hermenêutico, percebe-se diversas incompatibilidades dessa abordagem. A análise sistêmica dos direitos permite verificar essa falha e afastar a má aplicação dos transplantes normativos. Afinal,

cada direito constitui de fato um sistema. Emprega um certo vocabulário, corresponde a certos conceitos, agrupa as regras em certas categorias, comporta o uso de certas técnicas para formular regras e certos métodos para interpretar; está ligada a uma dada concepção da ordem social, que determina o modo da aplicação e a própria função do direito<sup>[40]</sup>.

No entanto, o transplante legal da regra da cegueira deliberada para o Brasil tem ocorrido em desconsideração às profundas diferenças entre as tradições jurídicas envolvidas. Aponta-se até mesmo para erros na tradução dos requisitos exigidos no sistema norte americano quando da aplicação da regra no Brasil<sup>[41]</sup>. Além disso, para que possa a regra ser

---

40. DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Trad. par. CARVALHO, Hermínio A.. 4ª ed, Editora Martins Fontes, São Paulo, 2002. p.20.

41. Lucchesi aponta para a errônea tradução por Moro de julgados norte-americanos (LUCCHESI, *Guilherme Brenner*. Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 155), o qual teria inserido em seus trabalhos elemento inexistente em referidos julgados, a indiferença (MORO, *Sergio Fernando*. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71). Esse problema de tradução acabaria por se manifestar em grande número de julgados no Brasil, reproduzindo o entendimento do autor. Assim, por exemplo, a definição da teoria apresentada pelo no julgamento da ação penal 470 no Supremo Tribunal Federal: "Para configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, (i) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crime, (ii) o atuar de forma *indiferente* do agente a esse conhecimento, e (iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa". (BRASIL. STF. Embargos infringentes na AP 470. Lavagem de dinheiro. Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 13/03/2014, Tribunal Pleno. Ementa: "1. Lavagem de valores oriundos de corrupção passiva praticada pelo próprio agente: 1.1. O recebimento de propina constitui o marco consumativo do delito de corrupção passiva, na forma objetiva receber, sendo indiferente que seja praticada com elemento de dissimulação. 1.2. A autolavagem pressupõe a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente (já consumado), não verificados na hipótese. 1.3. Absolvição por atipicidade da conduta. 2. Lavagem de dinheiro oriundo de crimes contra a Administração Pública e o Sistema Financeiro Nacional. 2.1. A condenação pelo delito de lavagem de dinheiro depende da comprovação de que o acusado tinha ciência da origem ilícita dos valores. 2.2. Absolvição por falta de provas 3. Embargos acolhidos para absolver o embargante da imputação de lavagem de dinheiro).

aplicada de *lege lata* pelos tribunais, argumenta-se que esta estaria abarcada ou corresponderia ao dolo eventual, enquanto, na verdade, os elementos subjetivos construídos no modelo norte-americano são muito diversos, não havendo correspondência entre os institutos.

Em que pese as especificidades que cada sistema jurídico apresenta, eventual transplante legal seria compreensível desde que, respeitadas as normas brasileiras, houvesse alguma lacuna jurídica a ser colmatada. Ou seja, se o transplante pudesse contribuir para a solução de um problema. Entretanto, o que se percebe é a ausência de qualquer lacuna, de modo que a cegueira deliberada acaba por não apresentar qualquer contribuição para problemas de responsabilidade penal, os quais já não encontrassem solução no país. Em alguns casos, sua aplicação coincide com hipóteses de dolo eventual, de modo que não se faz necessária a sua aplicação. Nos demais casos, ausentes os requisitos do dolo eventual, mas tão somente da culpa, inexistindo a tipificação do delito em sua forma culposa, resta impunível o comportamento. Ausente uma lacuna que possa ser solucionada pela cegueira deliberada, porque transplantar uma teoria tão complexa para o Brasil?

Guilherme Lucchesi identifica duas funções latentes da aplicação da cegueira deliberada pela jurisprudência brasileira. Inicialmente, usa-se a cegueira deliberada para punir casos em que o acervo probatório se mostra insuficiente. Ainda que se adote uma teoria normativa do dolo, conforme discutido anteriormente, não se afasta o conhecimento, o qual jamais pode ser presumido. Assim, “[i]mbuído do espírito do “clamor social”, busca o judiciário, apropriando-se erroneamente da doutrina da cegueira deliberada, acabar com a impunidade (...)”<sup>[42]</sup>.

---

42. CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzeti. A cegueira deliberada da common law à civil law e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 133, v. 25, pp. 17-35, 2017. p. 19.

A segunda função latente para o transplante legal teria por finalidade expandir os limites do dolo eventual, de forma tal que se possa punir condutas meramente culposas quando ausente a específica tipificação legal. Em outros termos, busca-se transformar a ausência de conhecimento em dolo. Com efeito, a cegueira deliberada, em sua concepção original nos Estados Unidos, tem por função manifesta justamente permitir a punição de pessoas que a teoria do dolo não consegue alcançar. Essa função não é aceita de forma pacífica e unanime da doutrina norte-americana, sendo objeto de críticas em função do risco que proporciona em ampliar a punibilidade para além dos requisitos subjetivos estabelecidos legalmente<sup>[43]</sup>.

Isso, de forma alguma, pode ser admitido no Brasil. As possibilidades de construção jurisprudencial e com base em precedentes no sistema *common law* não é semelhante às do direito penal brasileiro, no qual a forma é imprescindível e a definição da lei é o primeiro parâmetro para a imputação penal. Balizado pelo princípio liberal da legalidade (artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República de 1988<sup>[44]</sup>), consagrado no brocardo *nullum crime sine lege*, o direito penal somente se faz valer por meio da legalidade e apenas dentro dos seus limites.

Uma teoria diretamente extraída do sistema de *common law* norte americano para aplicação no Brasil deve atentar-se, primeiramente, aos problemas referentes à codificação, bem como aos princípios que limitam o poder punitivo do Estado. Não se pode olvidar, ainda que há uma definição expressa sobre o que se entende por dolo no Brasil, conforme o

---

43. Destaca-se em nota: “*The willful blindness doctrine, while providing courts with a useful tool for bringing culpable individuals to justice, also carries with it the dangerous potential to convict those whose mental state does not reach the requisite level of culpability. The criteria for guilt should be specified carefully, particularly when there is variance from a literal statutory reading. As criminal punishment becomes increasingly harsh, it is ever more important for courts to carefully consider whether the defendant’s state of mind was that which the statute is meant to punish. By dispensing with the motive element, the Heredia court blurred the distinction between knowledge and recklessness and, for some defendants, the distinction between just and unjust punishment*”. HARVARD LAW REVIEW. Recent cases. United States v. Heredia: Ninth Circuit Holds that Motive Is Not an Element of Willful Blindness. **Harvard Law Review**, v. 121, n. 04, pp. 1245-1252, fev. 2008. p. 1252.

44. Assim dispõe o artigo 5º da Constituição da República de 1988: “XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”

artigo 18 do Código Penal. Além disso, o artigo 20 do Código, o qual prevê o erro de tipo, determina a inadmissibilidade da punição em um quadro de completo desconhecimento. Diante de tal cenário legal posto, não se faz possível estender os limites do dolo eventual para promover a punição do agente, como se dotado de conhecimento. Sua aplicação, portanto, buscando a realização de tais funções latentes, representa violação à legalidade, funcionando como ilegítima forma de expansão do direito penal.

## Conclusões

Em síntese conclusiva, tem sido comum a responsabilização de dirigentes empresariais presumindo-se a sua função de garantidores a partir da posição ocupada na Administração da empresa, confundindo-se o que se entende por deveres especiais com deveres objetivos de cuidado e normas extrapenais. A esse cenário se soma uma manifesta incompreensão – talvez intencional distorção – da teoria cognitiva do dolo, apropriada de forma imprópria como fundamento de uma presunção do elemento subjetivo. De forma similar, a *cegueira deliberada* vem sendo aplicada pelos tribunais brasileiros como forma de ampliação dos limites do dolo para hipóteses incabíveis, bem como para fundamentar a punição de agentes diante de quadros de ausência de provas.

Entretanto, não obstante as distorções apresentadas, deve-se observar que a responsabilidade omissiva imprópria por meio de uma estratégia *bottom up*, que respeite a individualização de comportamentos, é perfeitamente legítima. Também as construções cognitivas do dolo têm sido trabalhadas na dogmática de modo a conformarem-se ao sistema penal brasileiro, aprimorando-se a compreensão do tipo subjetivo. É sobre as distorções e desvios que se dirige à crítica doutrinária. Em outros, desde

que atento aos limites da legalidade, o paradigma da responsabilidade penal empresarial é legítima e veio para ficar.

Nesse cenário, é imprescindível uma adaptação, com a implementação de programas de *compliance* criminais que formalizem protocolos de integridade e determinem investigações internas eficazes, que possam identificar e coibir a criminalidade no âmbito corporativo. Tais cuidados propiciam o adequado diagnóstico de riscos, permitindo a individualização de responsabilidades por ilícitos, bem como uma reação mais eficiente da empresa na correção de suas falhas organizacionais. Com essas medidas, minimiza-se o risco de uma atribuição de uma indevida responsabilidade penal *top down*. Os sistemas de *compliance*, embora sejam apenas um instrumento voluntário de autorregulação das empresas, devem, cada dia mais, ser percebidos como um imperativo à garantia do funcionamento íntegro das atividades econômicas da empresa, bem como à segurança jurídica de seus gestores e colaboradores.

Antes de tudo, no entanto, a adaptação a esse novo cenário na praxe corporativa e forense depende da compreensão dos novos paradigmas de responsabilização, identificando suas especificidades e aspectos críticos, para que seja possível oferecer respostas concretas ao enfrentamento de acusações penais infundadas, baseadas nessas teorias. Essa foi, dentro do seu limitado recorte, a pretensão deste trabalho.

## Referência

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. São Paulo: Marcial Pons, 2018. BRASIL. Seção judiciária do Paraná, 13ª Vara Federal de Curitiba. Ação penal nº 5083258-29.2014.4.04.7000/PR. Juiz federal Sérgio Fernando Moro. Curitiba, 20 de julho de 2015.

BRASIL. STF. Tribunal Pleno. Embargos infringentes na AP 470. Lavagem de dinheiro. Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 13/03/2014.

BRASIL. STJ. Quinta turma. AgRg no AREsp 1097076/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 20/02/2018, DJe 28/02/2018.

CHARLOW, Robin. Wilful Ignorance and Criminal Culpability. *Texas Law Review*, n. 70, pp. 1352-1429, 1992.

DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Trad. *par.* CARVALHO, Hermínio A.. 4ª ed, Editora Martins Fontes, São Paulo, 2002

ESTELLITA, Heloisa. Levando a sério os pressupostos da responsabilidade penal de pessoas jurídicas no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, n. 75, v. 18, pp. 59-79, 2019.

ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal por omissão dos membros de conselhos de administração de sociedades anônimas. *Revista de Estudos Criminais*, n. 72, v. 18, pp. 53-82, 2019.

ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 3, v. 28, pp. 403-439, 2018.

FELDENS, Luciano; DIETRICH, Eduardo Dalla Rosa. A privatização da função investigatória nos delitos empresariais. *In: FELDENS, Luciano; et. alia..* Direito penal econômico e empresarial: estudos dos grupos de pesquisa em direito penal econômico e empresarial da PUCRS e da FGV Direito SP. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: parte geral. 3ª ed. Rio de Janeiro; Forense, 1993.

GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica: perspectivas de aplicação no Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GRECO, Luís. As razões do direito penal: quatro estudos. Trad. *par.* Eduardo Viana, Lucas Montenegro, Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. *In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (orgs.).* Líber amicorum de José de Souza Brito em comemoração do 70.º aniversário: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009, pp.885-903.



HARVARD LAW REVIEW. Recent cases. United States v. Heredia: Ninth Circuit Holds that Motive Is Not an Element of Willful Blindness. Harvard Law Review, v. 121, n. 04, pp. 1245-1252, fev. 2008.

JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Trad. *par.* Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijóo Sánchez. Madri: Civitas, 1996

LEITE, Alaor. Domínio do fato ou domínio da posição? Autoria e participação no direito penal brasileiro. Curitiba: Centro de Estudos Professor Dotti, 2016.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt. Lições fundamentais de direito penal: parte geral. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MESTIERI, João. Teoria elementar do direito criminal: parte geral. Rio de Janeiro: J. Mestieri, 1990.

PINTO, Felipe Martins; BRENER, Paula. A inclusão da parte civil no processo penal e a responsabilidade penal ad pessoa jurídica: estudo do caso FC Barcelona. In: AMARAL, Augusto Jobim; *et. al* (orgs). Anais do 8º Congresso Internacional de Ciências Criminais: criminologia global. V.4. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 175-190.

PINTO, Felipe Martins; BRENER, Paula. Responsabilidade corporativa e compliance: novas estratégias de prevenção à criminalidade econômica. In: FORTINI, Cristiana. (Org.). Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 339-353.

PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa. Trad. *par.* Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

PUPPE, Ingeborg. Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal. Trad. *par.* Luis Greco, Beatriz Correa Camargo, Wagner Marteleto Filho, Luiz Henrique Carvalheiro Rossetto. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

RASSI, João Daniel. Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal. São Paulo: LiberArs, 2014.

REALE JR., Miguel. Instituições de Direito Penal: Parte Geral. 2ª ed. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RIOS, Rodrigo Sánchez; CASTRO, Rafael Guedes de. A responsabilização criminal individual em estruturas empresariais complexas: uma análise aplicada. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, n. 69, v. 12, pp. 70-100, 2016.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2007.

ROXIN. Claus. *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*. Trad. Alflen da Silva. *Revista Panóptica*, ano 3, volume 17, pp.69-94, 2009.

SAMUEL, Geoffrey. *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*. Oxford: Hart, 2014.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 48, Fasc/Mes 1, pp. 187-264, 1995.

SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016.

SCHUMANN, Heribert. *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1986.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. Trad. *par.* Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. *par.* Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 122, v. 24, pp. 255-280, 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

WUNDERLICH, Alexandre. *A responsabilidade penal por danos ambientais: do cenário atual à avaliação crítica ao modelo de imputação de entes coletivos e individuais trazidos pela Lei 9.608/95 no Brasil*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 114, v. 23, pp. 203-221, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do direito penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

# Sobre as Estrelas e o Mar <sup>[1]</sup>

EDUARDO LYCURGO LEITE

## Introdução

Em seu leito de morte, Fernando Pessoa escreveu *“I know not what tomorrow will bring”* (“Eu não sei o que o amanhã trará”). Antes, o poeta lusitano, em seu livro *Mensagem* (1934), havia declamado em versos o Mar Português:

“Ó mar salgado, quanto do teu sal  
São lágrimas de Portugal!  
...  
Quem quer passar além do Bojador  
Tem que passar além da dor.  
Deus ao mar o perigo e o abismo deu,  
Mas nele é que espelhou o céu.”

Em Portugal, o Cabo do Bojador, citado no poema de Fernando Pessoa, tem o significado do último limite do homem e do seu mundo, é o limite que separa o conhecido do desconhecido.

O futuro é o desconhecido e dele não podemos conhecer senão quando ele se torna o presente. O futuro é recheado de incertezas e não há caminho certo a ser seguido.

---

1. O presente artigo é dedicado a meu pai – Lycurgo Leite Neto –, advogado de alma simples, “fazedor de amigos” que muito honrou a advocacia com seu jeito “mineiro-muzambinhense” de ser e que, em julho de 2020, cruzou para o outro lado do rio inevitável, deixando, por aqui dentre nós, sempre um leve sorriso no rosto produzido pelas lembranças que dele temos.

A vida é como um rio, cujas águas caminham sempre em uma direção, percorrendo caminho quase sempre sinuoso, passando por cidades, vilas, vales, cachoeiras e montanhas. As suas águas sempre correm para frente e jamais voltam. Carregam sedimentos como marcas dos lugares pelas quais passaram, até que, um dia, encontram o mar.

O que parece ser o fim do rio, é só um novo recomeço. Não é o mar que toma o rio ou que o absorve, mas sim, é o rio que se transforma em mar, se unindo às águas do oceano para fazer parte da imensidão azul.

A jornada que todo ser humano enfrenta durante a sua existência, ao que chamamos vida, não é diferente, pois, nela, aos poucos, sentimentos, memórias, experiências, sabedoria, conhecimentos vão se acumulando, de modo que quando se olha para trás, constata-se a história “escrita”, trilhada e vivida, e para a qual não é possível voltar na existência.

Ao longo da vida, todos conhecemos pessoas, experimentaremos fatos, adquiriremos conhecimentos que nos terão impactado para o resto de nossa jornada, queiramos isso ou não. Ao fugir de nossa solidão interior, buscaremos experiências humanas, mesmo que olhemos para o mundo com desconfiança. Isso faz parte da natureza humana.

Na jornada da vida, que se inicia como criança, não se pode voltar pelos caminhos já percorridos ou refazer os atos já praticados. Os fatos e caminhos do passado que constituem a história de cada um, são imutáveis.

Podemos nos arrepender do que fizemos, mas as indelévels marcas de nossas decisões para sempre estarão conosco e atreladas à nossa história.

Não podemos negar que a jornada que todos atravessamos e atravessaremos desde que nascemos e até o momento em que teremos que cruzar para o “outro lado do rio inevitável” <sup>[2]</sup>, é marcada por milhares,

---

2. A expressão “outro lado do rio inevitável” (“*other side of the inevitable river*”), foi usada pelo Juiz Eve, da Chancery Court (Inglaterra) durante o julgamento do caso *Cummins v. Bond* (Geraldine Dorothy Cummins e Frederick Blight Bond) (1 Ch. 167 [1927]) (p. 175), para se referir ao “mundo dos espíritos”, *in verbis*: “*The conclusion which the defendant invites me to come to in this submission involves the expression of an opinion I am not prepared to make, that the authorship and copyright rest with some one already domiciled on the other side of the inevitable river. That is a matter I must leave for solution by others more competente to decide it than I am. I can only look upon the matter as a terrestrial one, of the earth earthly, and I propose to deal with it on that footing.*”

senão milhões de escolhas que fazemos, por mudanças e por uma certa imprevisibilidade quanto a eventos futuros.

Tomamos decisões baseadas naquilo que conhecemos e no pensamento de que elas produzirão um efeito no futuro, ainda que este, seja um futuro bem próximo.

Fazemos planos futuros, mas isso não quer dizer que eles serão efetivamente concretizados ou se serão concretizados da exata forma como os pensamos.

A cada instante de nossas vidas, opções são postas na nossa frente e lidamos com elas, fazendo escolhas, quase que inconscientemente.

Essas escolhas, em sequência, nos conduzem no tempo e geram reflexos em nossas vidas.

Ocorre que, a cada escolha que fazemos, renunciamos à todas as outras opções que tínhamos e que se colocavam à nossa disposição naquele instante passado.

As nossas vidas são marcadas por idas e vindas, por trágicas escolhas que ocorrem quase a todo o momento de nossas vidas, mas que não são, necessariamente, escolhas trágicas, e por mutações que, por vezes, nos fazem pensar e repensar nossas opções (escolhas).

Quando falamos em trágicas escolhas, não estamos a falar do resultado que as nossas escolhas produzem, mas sim, do fato de que, a partir de um determinado momento em nossas vidas, a todo instante temos que escolher entre diversas opções que se colocam diante de nós e que ao escolhermos uma, renunciamos às outras.

Ainda que, mais adiante possamos rever a nossa escolha, não poderemos jamais voltar ao passado, para aquele instante exato em que

escolhemos A, renunciando à B, C, D, ..., e alterar o curso da história passada. Podemos, se a escolha de A, não tiver produzido o efeito desejado, optar por B, C, D, ..., mas isso representará uma nova escolha, aonde o caminho a seguir implicará em uma nova renúncia de opções, e assim, sucessivamente.

Ainda que possamos, no presente ou no futuro, desistir do caminho que escolhemos seguir no passado, para optar por qualquer outra daquelas hipóteses/alternativas que se apresentaram no passado, é certo que não podemos voltar ao passado ou voltar no tempo; então, o que teremos será um novo grupo de opções, com novas escolhas e novas renúncias.

No momento em que optamos por algo e renunciamos a todas as demais alternativas, podemos dizer que fizemos uma trágica escolha

Os acontecimentos do presente são resultado das trágicas escolhas que fizemos no passado.

Ocorre que nossas escolhas são baseadas naquilo que conhecemos, ou seja, nas experiências vividas, e na perspectiva de elas produzam um resultado futuro que é incerto, como se fosse possível ao céu tocar o mar.

## **As Estrelas**

Estrelas são o reflexo do passado, a ilusão do presente; algo que nossos olhos vêem no presente nos levando a acreditar que existe apenas porque podemos enxergar, mas que pode nem sequer mais estar lá ou existir.

O que vemos quando olhamos para o céu claro de uma bela noite é o passado.

Quando olhamos para um céu estrelado para observar as estrelas o

que vemos é o passado, nada mais do que o passado, seja ele recente ou milenar.

Ao vermos o brilho de uma estrela no céu, podemos estar vendo algo que sequer existe; que existiu, mas não existe mais.

Até a visão da lua ou do sol, representa, efetivamente, o passado.

A luz das estrelas viaja por anos através do espaço até chegar a nós. Se assim o é, então o hoje, nada mais, é do que o ontem; a luz da estrela que vemos agora, é a luz que dela saiu no passado.

A luz do sol que chega até nós, não é aquela que o sol está a emitir no momento em que a sentimos, mas sim, aquela que o sol emitiu momentos antes e que viajou no espaço por um determinado tempo até ser sentida por nós.

A luz, tal como conhecemos, não é instantânea. Ela viaja no espaço e leva algum tempo para chegar do ponto A para o B. Ainda que para os nossos olhos e percepção, as imagens se formem instantaneamente ao olharmos para algo, há um tempo – que pode ser uma fração de segundos ou milissegundos – para que a luz saia do ponto de partida e chegue aos nossos olhos, sendo captada de modo a visão se formar. A velocidade da luz no vácuo é de velocidade da luz no vácuo, que é 299792,458 km/s. Isso nos parece incrivelmente rápido, mas quando, consideramos distâncias gigantescas, veremos que a luz/imagem que chega aos nossos olhos no presente é, na realidade, a representação do passado.

Consideremos que o Sol está há aproximadamente 150 milhões de quilômetros da Terra, ou 150.000.000 km de distância dos nossos olhos. Se considerarmos que a luz viaja no espaço à velocidade de 299792,458 km/s, teremos que algo que aconteça no sol somente será visto na Terra após 500

segundos depois do ocorrido. Ou seja, quando vemos na Terra algo que aconteceu no Sol, até a própria luz emanada pelo astro-rei, podemos dizer que isso ocorreu há cerca de 8 ou 9 minutos atrás.

Agora, se falamos em uma estrela que está há centenas de anos-luz (ou seja, a distância, em anos, percorrendo o espaço na velocidade da luz) da Terra, como a estrela Polar (434 anos-luz), teremos que concluir que a luz que vemos no céu estrelado dessa estrela (que compõe a constelação de Ursa Menor), é a luz que ela emanou há 434 anos, ou seja, temos a visão de algo que se passou muito tempo atrás, mas que, só agora, chega aos nossos sentidos.

O mesmo podemos dizer quando observamos uma galáxia que está há milhões de anos-luz da Terra. A luz que vemos na Terra hoje é aquela que partiu da galáxia há milhões de anos atrás.

Podemos estar vendo no céu estrelado, algo que pode não mais existir. Olhar para uma estrela no céu é ver o passado com nossos olhos. Certamente percebemos o passado diante do nosso presente.

Tudo aquilo que ouvimos ou vemos são coisas que já ocorreram no passado distante ou recente. É a percepção da relação tempo-distância, que nos faz interpretá-las como presente ou passado.

Quando olhamos um avião voando no céu a quilômetros de nós, por certo, no momento em que a imagem for captada por nossos olhos, a posição em que o referido avião vai estar, será diferente daquela que percebemos. Ou seja, vemos o avião na posição em que ele estava no passado, ainda que por milímetros, o que nos faz imaginar que nossa visão é a do presente. Ou seja, no momento em que a nossa visão capta a imagem do avião ele já não está mais na exata posição em que estava quando a imagem foi enviada. Em razão do ínfimo tempo que a luz (imagem) do avião leva para percorrer a distância até os nossos olhos, temos a percepção de que o que vemos está a acontecer no momento presente, quando, na realidade, aconteceu num



passado imperceptivelmente próximo, que nos dá a sensação de presente.

Ao olharmos para uma estrela no céu, o que vemos e percebemos é o passado diante dos nossos olhos, no presente. Vemos o passado que de tão distante, nossos braços não alcançam. Um passado de sonhos não sonhados nem imaginados. Podemos ver algo que talvez não exista mais; e cujo, desaparecimento somente perceberemos no futuro.

Ao olharmos para um estrela brilhante no céu, o que vemos é uma luz navegante, viajante errante no tempo, que, por onde passa, ecoa a visão do que se foi e existiu. Uma luz que, aos olhos de quem a vê, reproduz o passado no presente inconsciente.

Quem diz que nunca presenciou o passado, é porque nunca olhou para uma estrela no céu.

Não se quer dizer com isso que, seja possível alterar o passado, pois, assim como as águas dos rios não fazem o percurso inverso, voltar é impossível na existência.

O que é possível fazer é olhar para o passado para compreender o presente. A luz das estrelas é como a morte. Ela inevitavelmente chegará até nós, não importa o que façamos; não adianta fechar os olhos, correr ou se esconder. Só que uma é o passado que chega e se concretiza diante de nossos olhos; a outra é a única certeza que temos acerca do que irá ocorrer no futuro.

Em tudo há um início, meio e fim.

Nada do que façamos, nem os ventos de qualquer mudança, evitará que tenhamos que cruzar para o outro lado do rio inevitável.

Até que esse dia chegue, deveremos navegar e manter a jornada empurrados pelas sombras e reflexos do passado e com as lições que dele

podemos extrair.

O nosso conhecimento advém daquilo que observamos, vivenciamos e experimentamos, ou seja, da análise e observação dos fatos passados.

## O Mar

Em Eclesiastes 1:7 (Bíblia; Antigo Testamento) está escrito que *“Todos os rios correm para o mar; contudo, o mar nunca se enche; ainda que sempre se dirijam para o mar, para lá voltam a correr.”*

Embora a ciência moderna nos revele que nem todos os rios tem por ponto final o mar ou o oceano, vez que alguns, desaguam em lagos, lençóis freáticos ou outros rios (como nos encontros das águas dos rios Tefé e Solimões, ou dos rios Negro e Solimões, ou Tapajós e Amazonas), é certo que a maior parte dos rios do planeta tem como destino o mar e o oceano.

O mar é o futuro para aonde o rio corre e o horizonte aonde ele encontra o céu, é a limitação do nosso horizonte; é a visão do nosso futuro.

Quando da praia olhamos para o mar, nossa visão alcança apenas o horizonte, nada além disso, de modo que o que podemos fazer é contemplar o horizonte, sabendo que para alcançá-lo teremos que navegar pelas incertezas do futuro.

Quando nos lançamos nas águas do mar em direção ao horizonte, ao ponto em que ele encontra o céu, não sabemos o que nos esperará em nossa jornada.

Será que em nossa jornada encontraremos mares calmos, águas turvas ou cristalinas, tempestades, navios, peixes, ...?

Podemos ler cartas náuticas, previsões de tempo, estudar correntezas,

etc..., mas isso apenas nos dará informações acerca de fatos já ocorridos no passado e que podem ou não se reproduzir na nossa jornada rumo ao futuro.

A medida em que navegamos rumo ao horizonte, percebemos que o futuro que outrora víamos da praia, se transforma em presente. Não da forma como o víamos, mas de uma forma própria, a nos propor desafios, descobertas e realizações. E, mais, percebemos que a cada parte que avançamos rumo ao horizonte, o horizonte se transforma, de forma que a medida em que o futuro passa a ser o presente, um novo futuro surge a nos desafiar.

O limite do nosso conhecimento é exatamente o horizonte; que é infinito, mutável e jamais deixará de existir não importa o quanto navegemos pelos oceanos. Da mesma forma, o futuro quando chega nos faz ver que ele ainda está lá.

A nossa imaginação vê os nossos sonhos e crenças que vão além do horizonte. Mas isso é só a nossa imaginação. Somente saberemos ao certo o que está além do horizonte quando avançarmos em direção a ele, recolhendo, pelo caminho, novas experiências, memórias, descobertas.

Se entrarmos no mar ou caminharmos em direção ao horizonte podemos apenas imaginar o que nos espera, mas, jamais saberemos ao certo o que irá acontecer até que chegemos mais adiante em nossa jornada e o futuro se transforme em presente.

Ao chegarmos mais à frente, sempre veremos novamente o horizonte a nos espreitar, esperar e instigar. Nesse momento, poderemos olhar para trás e ver as histórias que nos levaram até aquele ponto, sem poder saber ao certo o que virá na nova jornada ou no continuar da jornada.

O horizonte que se põe sobre o mar é o futuro que nos espera; é aquilo que, no presente, apenas podemos contemplar na imensidão de desejos e

pensamentos<sup>[3]</sup>.

## O Tempo

O tempo é o reflexo do nosso inconsciente sobre fatos; é a percepção que temos das coisas. A percepção do tempo é diferente para cada ser humano a cada momento ou situação específica.

Às vezes o tempo parece passar mais rapidamente ou mais lentamente.

Se estamos fazendo uma tarefa ou temos mais tempo livre, mas, podemos fazer o que quisermos, aparentemente, o tempo parece se esvaír mais rapidamente. Se estamos confinados sem ter o que fazer, o tempo parece caminhar bem lentamente.

Um avião voando ao longe a uma certa velocidade, parece avançar devagar e podemos acompanhar a sua movimentação no espaço sem perde-lo de vista. Porém, se fosse possível que ele passasse a poucos metros de distância de nossos olhos com a mesma velocidade com que voa, possivelmente, não o veríamos ou acompanhariamos a sua movimentação.

Por outro lado, quando enxergamos um avião ao longe, se deslocando no céu, não o vemos em sua posição real, mas na posição em que ele estava instantes antes (ainda que em bilionésimos de segundo).

Quando nossos olhos captam a visão do avião, ele já terá se deslocado milímetros, centímetros ou metros e, na realidade, estará em outra posição.

---

3. “Se há algo bonito que o encarnado pode fazer, é contentar-se com a limitação do nosso horizonte.” (Haroldo Dutra, in Entre Dois Mundos, FEB TV, 13/11/2016)

Esse “delay” é causado pela velocidade com que a luz viaja até chegar aos nossos olhos. Então, o que enxergamos é o avião numa posição que ele se encontrava antes; ou seja, no passado.

Só que dado o ínfimo tempo de viagem da luz para percorrer distância tão pequena, aquela visão nos parecerá tão real e atual, que pensaremos que ela está no presente.

O que vemos é um reflexo do passado, ainda que, de tão recente, nos soe como presente.

Ação + tempo = visão

Reação = visão + tempo

Sejamos, um pouco mais práticos.

Experimente movimentar o seu braço de forma a passar a sua mão à toda velocidade perto de seus olhos. O que você verá? Você não verá a sua mão com nitidez. Apenas verá um vulto ou um traço e terá dificuldades em acompanhar o movimento em si.

Agora, peça para uma pessoa ficar distante de você alguns metros e faça o mesmo movimento com a mesma velocidade e, em seguida, pergunte à essa pessoa se ela pode acompanhar o movimento da sua mão. Ela provavelmente dirá que pode acompanhar a sua mão e talvez dirá que o movimento não foi tão rápido quanto o que lhe pareceu.

Isso porque a percepção do tempo é diferente para cada um de nós.

Quanto mais velhos ficamos, percebemos que a nossa história aumenta na mesma proporção que o nosso futuro diminui.

Quanto mais velho ficamos parece que o tempo passa mais depressa. À medida em que os anos avançam, percebemos que, inevitavelmente

chegará um momento em que haveremos de ter mais passado do que futuro, ao mesmo tempo em que as experiências se acumularão, deixando-nos mais propensos a resolver novos velhos problemas.

Em “O Hiato”, escrevi:

“Não se volta ao passado  
e nem se conserta o que já se fez  
Da mesma forma, não se pode parar o tempo  
para, no presente, evitar um erro  
O tempo se move para o futuro  
mas é contado regressivamente  
Entre o nascer e o morrer há um hiato  
Há uma jornada pré-programada  
fixada num determinado número de  
segundos, minutos, horas e dias  
A cada segundo avançado no futuro,  
é um segundo deixado no passado  
Não somos eternos  
mas podemos fazer coisas que façam,  
no futuro, a nossa presença ser lembrada  
mesmo depois de cruzarmos  
para o outro lado do rio inevitável  
Não me preocupo com o fim da jornada,  
Ele inevitavelmente ocorrerá  
Preocupo-me apenas como farei a jornada  
Posso me arrepender do que já fiz,  
mas não posso me arrepender do que irei fazer  
As trágicas escolhas do passado,  
ficam no passado.  
Não posso alterá-las.  
Os segundos devem ser vividos intensamente  
buscando a felicidade  
Os segundos já vividos  
que não tiverem sido felizes,  
ficarão assim eternamente

O que importa é apenas  
o presente e o futuro  
É neles que devemos  
tentar ser felizes  
Nessa jornada,  
hei de reconhecer que  
houveram e haverão  
momentos de tristeza  
Mas o que é a tristeza  
senão o hiato que separa  
dois momentos de felicidade.  
O que é a saudade senão aquilo  
que nos separa do reencontro.  
O que é a vida, senão o hiato  
que representa a nossa jornada  
entre o nascer e o morrer.  
Morrer não dói  
É só a passagem para a eternidade.”

Na nau que vai em direção ao futuro, vivemos o presente com aquilo que adquirimos no passado: amores, dissabores, conhecimentos, ... As divergências do presente são consequências do passado.

## **O Homem, Suas Leis e o Judiciário**

O ser humano é reativo.

Reagimos às coisas do passado.

As leis são o reflexo das situações do passado e, portanto, daquilo que o ser humano conhece e que deseja projetar para o futuro incerto.

O legislador elabora leis para regular aquilo que ele conhece por experiências passadas e que imagina possa se repetir no futuro. Ele não sabe o que virá no futuro; não sabe e nem poderá saber, pois o futuro é

imprevisível. O futuro é o desconhecido.

As leis são elaboradas com base na experiência do passado e para resolver questões do passado que, presume-se, voltarão a ocorrer no futuro.

A lei é reativa e não ativa; pois reflete a reação àquilo que se sabe diante de situações do passado que foram propostas e que tentou-se resolver mediante a codificação e que se imagina irão se reproduzir no futuro.

Não se busca regular situações futuras desconhecidas e incertas, nem se poderia fazer isso, pois, de outra forma, lidar-se-ia com o desconhecido. O legislador é incapaz de pensar em todas as hipóteses fáticas que ocorrerão no futuro ou, mesmo, como a sociedade se comportará num tempo diferente do presente. É impossível para o legislador prever todas as situações e legislar sobre elas. Ele somente consegue conceber normas sobre aquilo que conhece por sua experiência.

De certa forma, ao criar leis, o legislador busca entender o passado refletido no presente para regular situações previsíveis no futuro. Ocorre que tal normatização é feita no presente, à luz dos conhecimentos e princípios que regem a sociedade presente e não a futura.

Não há como se imaginar a criação de uma norma ou de um instituto jurídico apenas com base no achismo daquilo que será o futuro.

Seria inimaginável criar um “marco civil para a internet” sem que existisse a internet; ou criar normas relativas ao transporte aéreo sem que existissem aeronaves; ou criar uma vacina sem que exista o vírus que ela irá combater, só por acreditar que ele poderá um dia vir a existir.

As leis representam, por assim dizer, a vontade do ser humano em alcançar aquele lugar em que o céu toca o mar.

Com isso, podemos dizer que a probabilidade de que uma norma



alcance os objetivos pretendidos aumenta quando ela está calcada no entendimento do fenômeno que irá regular.<sup>[4]</sup>

Normas eficientes são aquelas que consideram fatos e situações passadas, imaginando que eles podem se repetir no tempo presente e futuro, resolvendo-as com base na experiência já vivida, assim como que extraem princípios que podem vigor e serem aplicados por muito tempo além do tempo em que foram estabelecidos.

Da mesma forma que podemos dizer que no momento em que optamos por algo e renunciamos a todas as demais alternativas, findamos por fazer uma trágica escolha, podemos também dizer que as normas também se inserem nessa ideia de tragédia, pois, elas revelam um caminho que o legislador optou por seguir diante de fatos e opções que ele conhecia e tinha.

As leis representam as escolhas feitas pelos legisladores diante das diferentes opções que possuíam e que renunciaram durante o processo decisório.

Em nosso mundo contemporâneo, a lei e o Direito estão presentes em todos os lugares e em todos os momentos, assim como, metaforicamente, o faz a névoa na “Casa Desolada” de Charles Dickens<sup>[5]</sup>, que penetra silenciosamente em cada canto e brecha das nossas vidas, enquanto gradualmente regula o comportamento e as relações sociais. Nada está desassociado da lei, da norma<sup>[6]</sup>, ou, ao menos em tese, escapa aos olhos do Direito.

Mesmo quando a lei apenas reivindica estar observando ou regulando a natureza humana ou física como algo distinto, objetivo, está construindo a natureza do fato. Mesmo a ação mais simplória, íntima e espontânea é

---

4. **Samuelson**, Pamela. *The Digital Content Symposium*. Berkeley Technology Law Journal, Vol. 12: Issue 1, Spring 1997. <http://server.berkeley.edu/BTLJ/articles/12-1/samuelso.html>, acessado em 14/01/98.

5. **DICKENS**, Charles. *Bleak House*. 150ª edição. Nova Iorque: Signet Classics, 2003.

6. **BLACK**, Donald. *The Behavior of Law*. San Diego: Academic Press, 1980, pp. 123-124.

regida e governada por pelo menos uma norma, ainda que seja aquela regra que protege a privacidade ou a autonomia do ser, impedindo a intromissão de outras regras<sup>[7]</sup>.

Só que as leis são como um barco que é construído para navegar em direção ao horizonte. O legislador, baseado nas suas experiências, no seu conhecimento e nas necessidades que busca satisfazer, constrói as normas para que elas possam servir de elemento de paz e harmonia social enquanto a sociedade está navegando para o futuro.

Assim como o ser humano, o Poder Judiciário também é reativo.

Ele só olha para o passado e se debruça sobre situações passadas ou que ocorreram no passado e se projetam para o presente. Diz-se que não se julga hipoteticamente, mas apenas o caso concreto.

Ele não só é incapaz de atuar no futuro, como também não pode, nem deve fazê-lo.

Cada processo levado ao Poder Judiciário contém em si uma história passada que precisa ser analisada. Cada processo contém amarguras, amores, dissabores, frustrações, insucessos, alegrias, conquistas ou memórias.

Processos são discussões presentes sobre fatos ocorridos e normas produzidas no passado. Eventualmente, produzem efeitos para o futuro (v.g. os casos de ações de alimento), mas, essencialmente, são baseados em acontecimentos passados.

O magistrado não conhece nem decide situações futuras, mas apenas, casos passados que, no máximo, se prolongam até o presente.

---

7. SCHUCK, Peter H.. *The Limits of Law: essays on democratic governance*. Boulder, CO: Westview Press, 2000, p. 419.

Não se julga sobre algo que ainda não existe ou ainda não ocorreu.

O magistrado é como o navegador que conduz a nau da sociedade por mares revoltos em direção ao horizonte. Para buscar a calma, resolvendo os conflitos que a ele são levados, o magistrado precisa olhar para as estrelas e fazer suas opções, afinal de contas, a hermenêutica jurídica se faz com base naquilo que se conhece do passado, pois a arte de interpretar e aplicar com acerto o Direito, enquadrando adequadamente o fato à uma norma, o que impõe ao intérprete compreender o preceito de modo a bem determinar o seu conteúdo e o seu alcance.

## Navegar é Preciso

No Século I a.C., Pompeu (general romano), afirmava aos seus comandados *“Navigare necesse, vivere non est necesse”*, frase essa que o poeta italiano Petrarca, em meados do século XIV transformou na expressão *“Navegar é preciso, viver não é preciso.”*

Viver e navegar são formas de viagem.

Navega-se por mares, céus e, até, pelo espaço, entre as estrelas.

A vida é uma viagem imprecisa feita por opções, medos, memórias, experiências, incertezas, medos, alegrias, tristezas, amores, dissabores, persistências, transições, ...

A vida em sociedade é cheia de dilemas e conflitos que demandam que os indivíduos, grupos e a coletividade façam escolhas diuturnas. Todos os serem humanos, quer vivam em sociedade ou não, são, a todo momento, confrontados e desafiados a fazerem escolhas ou opções nos mais diferentes níveis e formas. Diariamente aceitamos ou rejeitamos opiniões, opções, alternativas, princípios e aprendemos pelas escolhas feitas por outros.<sup>[8]</sup>

---

8. **TRIBE**, Laurence H. *Constitutional Choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. vii.

Boethius escreveu que “cada julgamento feito é um ato da pessoa que julga, e, por isso, cada homem deve agir de acordo com a sua própria capacidade e não pela de outrem.”<sup>[9]</sup>

O Direito lida com dilemas da sociedade na busca pela harmonia. Os seus institutos são calcados nas experiências passadas e são ferramentas de navegação para o futuro.

Com isso, podemos dizer que na ciência do Direito e na aplicação deste olhamos para o passado o tempo todo.

O estudo do Direito deve passar, obrigatoriamente, pela análise histórica e pela observação de elementos e fases principais compreendidos sempre dentro da época e sob quais circunstâncias o direito fora positivado<sup>[10]</sup>, denotando a estreita relação entre os fenômenos sociais e o surgimento ou alteração dos institutos jurídicos e das normas.

O conjunto composto por fatores sociais, culturais e econômicos é o elo perdido na relação entre as mudanças sociais e as mudanças legais.

A compreensão desse elo perdido é que nos permite continuar a navegar em direção ao futuro.

A percepção do justo somente se faz possível quando olhamos para o passado como forma de compreender e aprender a lidar com as mazelas do presente e as incertezas do futuro, afinal de contas, *I know not what tomorrow will bring.*

A advocacia é a arte de olhar para as estrelas, interpretando-as, de modo a navegar por entre mares nem sempre calmos.

---

9. **BOETHIUS**, Ancius. *Consolation of Philosophy*. Londres: Penguin, 2002.

10. **POUILLET**, Eugène. *Traité Théorique et Pratique de La Propriété Littéraire et Artistique et du Droit de Représentation*. 3ª Edição. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1908, p. 1-2. Diz Pouillet, *in verbis*: “En traçant l’historique de la propriété littéraire, nous n’avons en aucune manière l’intention d’entrer dans tous les détails qui s’y rapportent. ... Nous avons tenu à ne nous attacher qu’aux phases principales, désireux avant tout de faire comprendre à quelle époque, dans quelles circonstances, le droit des auteurs est, non pas né, – il a existé de tout temps, – mais est entré dans la législation positive.”

# Importância do *compliance* e LGPD no Setor de Transporte Marítimo e Portos

*Importance of compliance and LGPD in the maritime transport and ports's sector*

SABINE MARA MÜLLER SOUTO  
OSVALDO AGRIPINO DE CASTRO JÚNIOR

## Resumo

O artigo, dividido em três capítulos, objetiva analisar a importância da aplicação do *compliance* com fundamento na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/18) no setor de transporte marítimo e portos, no sentido de se observar o atendimento às normas brasileiras e internacionais pertinentes as questões sobre ética e transparência, assim como a proteção de dados. Para tanto, o artigo, no Capítulo 1 faz uma breve introdução sobre *compliance* e LGPD e no Capítulo 2 discorre sobre a adequação do *compliance* no setor de transporte marítimo. No Capítulo 3 trata da aplicação do referido instituto no setor portuário. Ao final, é feita uma conclusão.

## Palavras-chave

*Compliance. Proteção de Dados. Transporte marítimo e portos.*

## Abstract

*The article, divided into three chapters, aims to analyze the importance of applying compliance based on the General Data Protection Law (Law No. 13,709 / 18) in the maritime transport and ports sector, in order to observe compliance with the standards relevant Brazilian and international issues on ethics and transparency, as well as data protection. For this purpose, the article, in Chapter 1, briefly introduces compliance and LGPD and in Chapter 2 it discusses the adequacy of compliance in the maritime transport sector. Chapter 3 deals with the application of the institute in the port sector. At the end, a conclusion is made.*

## Keywords

*Compliance. Data Protection. Maritime transport and ports.*

**Sumário:** *Introdução. 1. Breve introdução sobre compliance e LGPD. 2. Adequação do compliance e LGPD no setor de transporte marítimo. 3. Aplicação do compliance e LGPD para portos. Conclusão. Referências.*

## Introdução

Os temas ética e transparência nas relações entre particulares, empresas, organizações públicas e sociedade em geral, merecem atenção e reflexão, pois para que as mudanças do bem ocorram é necessário a imposição de normas e estabelecimento de padrões de ética, conduta e transparência.

No âmbito da legislação brasileira, pode-se dizer que o *compliance* teve início com a Lei das Sociedades Anônimas, Lei n. 6.404/76<sup>[1]</sup>, que foi a primeira lei a contemplar normas voltadas à governança corporativa, ainda que não empregando esse termo, quando estabelece competências do Conselho de Administração. A partir da Lei das S/A, foram publicadas diferentes normas que fazem interface com a atual Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013)<sup>[2]</sup>. Ainda temos a Lei de Licitações Públicas (Lei n. 8.666/93)<sup>[3]</sup> que estabelece sanções àqueles que cometem atos ilícitos contra a administração pública no sentido de frustrar a licitação. Em de 2016 foi publicada a Lei n. 13.303/16<sup>[4]</sup>, que estabelece as regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno, e também prevê requisitos de transparência nas divulgações das informações.

Para o bom emprego do *compliance* no setor marítimo e portuário deve ser analisado o atendimento às normas brasileiras e internacionais,

---

1. Lei. 6.404/76. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm)>. Acesso em: 28 nov. 2020.

2. Lei n. 12.846/13. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm)>. Acesso em: 28 Nov. 2020.

3. Lei n. 8.666/93. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)>. Acesso em: 28 nov. 2020.

4. Lei n. 13.303/16. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm)>. Acesso em: 28 nov. 2020.

sobretudo sob as regras da *Sarbaney-Oxley* ou *SOx*<sup>[5]</sup>, considerando que grande parte das organizações internacionais operam no setor portuário brasileiro.

Ademais, grande parte dos transportadores marítimos possui registro de seus navios em países que adotam bandeira de conveniência, com menor rigor de *compliance* tributário, trabalhista e ambiental, a exigir maior cautela das atividades dessas empresas em países como o Brasil.

A obrigatoriedade de análise das leis, dos regulamentos, das normas de governança corporativa e de *compliance* e das normas internacionais e LGPD, objetiva alcançar a integral transparência entre os atores envolvidos no negócio, impedindo que existam fragilidades que possam afetar a garantia jurídica do contrato acarretando a diminuição do seu valor e possível vazamento de dados, o que, certamente pode gerar vultosas indenizações e multas. A chegada da LGPD, Lei n. 13.709/18<sup>[6]</sup> entrou em vigor no Brasil em agosto/2020, e causa relevante impacto no modo de armazenamento de dados, razão pela qual é imprescindível a prevenção que se deve ter, bem como a necessidade de consentimento das pessoas físicas e jurídicas para seu armazenamento e uso adequados.

O mote é de suma importância, pois diante da difusão rápida de informações, dados pessoais se materializam como sendo de elevado valor comercial, considerando a probabilidade de transações secundárias destes dados entre empresas, às vezes obtidos de maneira ilegal.

---

5. A Lei Sarbanes-Oxley (Sarbanes-Oxley Act, normalmente abreviada em SOX ou Sarbox) é uma lei dos Estados Unidos criada em 30 de julho de 2002 por iniciativa do senador Paul Sarbanes (Democrata) e do deputado Michael Oxley (Republicano). Segundo a maioria dos analistas, esta lei representa a maior reforma do mercado de capitais americano desde a introdução de sua regulamentação, logo após a crise financeira de 1929. Disponível em: <<https://portaldeauditoria.com.br/introducao-lei-sarbanes-oxley-sox/>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

6. Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018)>. Acesso em: 29 nov. 2020.

Sua interface nas negociações em nível internacional, confere que as empresas do ramo perquiram se ajustar para atentarem às requisições do próprio negócio e às delimitações legais e regulatórias que permeiam a atividade portuária, razão pela qual é necessário estudar neste artigo, que utiliza o método indutivo<sup>[7]</sup>, quanto à metodologia empregada. Para atingir o seu objetivo geral, o Capítulo 1 trata de uma breve introdução ao *compliance* e LGPD, o Capítulo 2 discorre sobre a adequação do *compliance* e da LGPD no setor de transporte marítimo e o Capítulo 3 aborda a aplicação do *compliance* e LGPD nos portos. Por fim, é feita a conclusão.

## **Capítulo 1. Breve introdução sobre compliance e LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados)**

Nos últimos anos podemos verificar significativas mudanças de padrão no ambiente corporativo no Brasil e em todo mundo, por meio de estruturas de cooperação regulatória, que criam mecanismos para erradicar, ou ao menos reduzir, a corrupção sistêmica que envolve grande parte da iniciativa privada e pública em que se encontra o Brasil. Exemplo disso são os programas de *compliance* e o advento da LGPD (Lei Geral de proteção de Dados).

As empresas buscam cada vez mais promover a sua seguridade, seja em relação aos seus processos internos, ou no cumprimento das leis. Para isso, muitas instituições adotam os procedimentos de *compliance*, que visam o cumprimento de normas e regulamentações e também permitem o conhecimento e a interface de todos os setores da organização.

É de extrema relevância que as empresas estejam cientes e cumpram todas as leis e regulamentações do seu setor. As instituições financeiras, por

---

7. PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. Florianópolis: Conceito, 2008, p. 114.



exemplo, são mais vulneráveis à lavagem de dinheiro e fraude, razão pela qual, são cogentes medidas que inibem a ocorrência desse tipo de crime.

Segundo Assi <sup>[8]</sup>, *compliance* exprime estar em conformidade com leis e regulamentos externos e internos. Assim, entende-se por atender aos normativos dos órgãos reguladores como conservar a empresa em conformidade com estes. Quando despontou a atividade de *compliance*, mormente nas instituições financeiras, grande parte direcionou para o setor jurídico, em razão de se tratar de implementação de normativos, porém, com o passar do tempo e as necessidades que surgiam, evidenciaram que *compliance* vai além de normas e políticas. O profissional de *compliance* tem uma série de atribuições, além de elaborar e publicar normativos e procedimentos, direcionando as responsabilidades aos gestores das áreas.

De acordo com Coimbra e Manzi <sup>[9]</sup>, as responsabilidades do *compliance* são assegurar, em conjunto com as demais áreas, a adequação, o fortalecimento e o funcionamento do sistema de controles internos, procurando mitigar riscos de acordo com a complexidade de seus negócios, assim como disseminar a cultura de controles para garantir o cumprimento das leis e regulamentos existentes. Também, verifica e monitora as adulterações no ambiente regulatório, tais como normas do órgão regulador, autorregulação.

Veríssimo <sup>[10]</sup> esclarece que,

Para que um programa de *compliance* possa contribuir para a conformidade com as leis e repercutir favoravelmente na responsabilização da pessoa jurídica e das pessoas físicas, ele deve ser efetivo. Numa ótica de autorregulação regulada, não

---

8. ASSI, Marcos. **Gestão de riscos com controles internos: ferramentas, certificações e métodos para garantir a eficiência dos negócios**. São Paulo: Saint Paul, 2012, p. 37.

9. COIMBRA, Marcelo de A.; MANZI, Vanessa A., organizadores. **Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 24.

10. VERÍSSIMO, Carla. **Compliance incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 272.

cabe determinação minudente por parte do Estado sobre como deve ser esses programas. Isso, além de não ser possível, não seria igualmente recomendável.

Complementa a autora <sup>[11]</sup> que, em suma, o mais adequado é que o programa seja desenvolvido pela própria empresa, levando em consideração fatores específicos que as diferencie das demais como, por exemplo, tamanho, porte de operação, área de atuação, riscos, entre outros.

Tomaz <sup>[12]</sup> esclarece que o *compliance* passou a identificar as ações, atitudes tomadas pela corporação, que são realizadas de acordo com as regras, éticas, legais e procedimentais, estabelecidas para regulação de suas atividades, tornando-se, portanto, sinônimo de postura correta na condução de seus negócios. Para ele, o programa de *compliance*, ao ser criando e instituído, tem por objetivo, “além de fazer cumprir todas as normas legais e os procedimentos destinados à área de atuação da cooperação, igualmente promover o padrão comportamental adotado na condução de suas atividades e valores”.

Em 30 de julho de 2002, foi sancionada nos Estados Unidos, pelo então presidente George W. Bush, a lei *Sarbanes-Oxley* <sup>[13]</sup>, conhecida também como *SOx* ou *Sabox*. A regulamentação foi uma iniciativa dos congressistas Paul Sarbanes e Michael Oxley para contestar às contínuas fraudes financeiras cometidas por grandes organizações estadunidenses, sendo considerada a maior reforma do mercado de capitais norte-americano desde os princípios de sua regulação, após a crise de 1929.

Dessa forma, a *Sarbox* <sup>[14]</sup> foi criada com objetivo de tornar mais

---

11. VERÍSSIMO, Carla. **Compliance incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 273.

12. TOMAZ, Roberto Epifanio (org.). **Descomplicando o Compliance**. 1 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 27. Disponível em: <<https://issuu.com/tirantloblanch/docs/f1b105401ab096412af54e37e6a1c76f>>. Acesso em 02, Dez. 2020.

13. Lei Sarbanes-Oxley Guia para melhorar a governança corporativa através de eficazes controles internos. Disponível em: <[https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/sarbanes\\_oxley\\_portugues\\_delloite.pdf](https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/sarbanes_oxley_portugues_delloite.pdf)>. Acesso em: 29 nov. 2020.

14. Disponível em: <https://blog.idwall.co/saiba-tudo-sobre-a-lei-sarbanes-oxley/>. Acesso em 29, Nov. 2020.

transparentes os procedimentos de prestação de contas e instituir novos parâmetros de *compliance* coibindo assim os escândalos protagonizados por empresas como a Enron, de Houston – considerada uma das maiores companhias dos EUA antes de ir à falência, a texana se aproveitou da falta de regulação do mercado de petróleo e gás para agir de forma fraudulenta.

Entre as intenções da *SOx*, estão a implementação de boas práticas de governança corporativa e uma prestação de contas transparente por parte das empresas, resultando na correta divulgação de informações como receitas, balanço patrimonial e despesas. Esta lei serviu de inspiração para a normatização regulatória em outros países, inclusive no Brasil.

Dividida em 11 capítulos e 69 artigos <sup>[15]</sup>, a lei tem algumas particularidades motes a serem destacados. Uma deles é a seção que determina a criação e o papel da *Public Company Accounting Oversight Board* (PCAOB), órgão responsável por supervisionar e desenvolver as normas para os processos de auditoria das empresas. O **artigo 102**, *v.g.*, explicita as obrigações do PCAOB, enquanto o **103** define as regras para os processos de auditoria, a independência dos auditores e o controle de qualidade.

A citada lei ainda enfatiza as responsabilidades da empresa, sendo que o **artigo 302** trata das funções dos diretores, a quem é imputada a responsabilidade de atestar a veracidade de todas as informações, além de declarar todos os pontos fracos nos processos de prevenção à fraude da organização. O **artigo 307** atribui setor jurídico, mais propriamente aos advogados a obrigatoriedade de relatar qualquer evidência de violação da empresa para a qual trabalham, devendo reportar aos diretores e ao comitê de auditoria <sup>[16]</sup>.

---

15. Lei Sarbanes-Oxley Guia para melhorar a governança corporativa através de eficazes controles internos. Disponível em: [https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/sarbanes\\_oxley\\_portugues\\_delloite.pdf](https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/sarbanes_oxley_portugues_delloite.pdf). Acesso em 29, Nov. 2020.

16. Disponível em: <https://blog.idwall.co/saiba-tudo-sobre-a-lei-sarbanes-oxley/>. Acesso em 29, Nov. 2020.

Veríssimo<sup>[17]</sup> explica que a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - composta por países-membros e conta com a participação de parceiros estratégicos como o Brasil), elaborou um guia para empresas multinacionais, que contém recomendações dos governos para as empresas estabelecidas em mais de um país e que tenham atuação de maneira coordenada.

Tendo em vista compromissos assumidos pelo Brasil, no âmbito de um sistema internacional de combate à corrupção, perante a Organização das Nações Unidas (ONU), Organizações dos Estados Americanos (OEA) e Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), foi publicada, em 1º de Agosto de 2013, a Lei 12.846/2013<sup>[18]</sup>, conhecida como Lei Anticorrupção. Essa norma, conforme sua ementa, “dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências”, regulamentada pelo Decreto 8.420/2015<sup>[19]</sup>.

Em 2018 foi promulgada a LGPD no Brasil, que entrou em vigor no dia 14/08/2020, colocando dessa vez em destaque a necessária discussão sobre a proteção de dados da pessoa natural, lei esta que também deve ser considerada pelas empresas e organizações. Essas entidades devem se adequar às suas diretrizes, especialmente por levar em conta o considerável crescimento dos bancos de dados pessoais, além do aumento de transações secundárias realizadas diariamente entre as empresas e pessoas jurídicas em geral, sem a autorização da pessoa.

O novo instrumento normativo objetiva tutelar a liberdade de expressão, informação, comunicação e opinião, cuidar também da

---

17. VERÍSSIMO, Carla. **Compliance incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 275.

18. Lei n. 12.846/13. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm)>. Acesso em 28, Nov. 2020.

19. Decreto 8.420/2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm)>. Acesso em 29, Nov. 2020.

inviolabilidade da intimidade, honra e da imagem da pessoa, prezar pelo desenvolvimento econômico, tecnológico e inovação, normatizar a livre iniciativa, livre concorrência e a defesa do consumidor, prezando pelo resguardo à privacidade, defesa dos humanos, livre desenvolvimento da personalidade, dignidade e exercício da cidadania<sup>[20]</sup>.

São inúmeros os princípios referenciados na lei, porém, importa registrar um princípio que é atrelado ao comércio. Trata-se do princípio da vulnerabilidade do consumidor. Para Rizzato Nunes<sup>[21]</sup> temos relação jurídica de consumo sempre que se identificar num dos polos da relação o consumidor, no outro, o fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços. E quando se fala em ambientes de produção, estamos falando sobretudo em um elemento fundamental da decisão, pois é o fornecedor que escolhe quando e como produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido, razão pela qual ele é classificado como vulnerável. No meio virtual, essa vulnerabilidade é agravada devido aos diversos problemas e riscos aos quais os consumidores estão submetidos, afirma Marques e Novaes<sup>[22]</sup>.

A norma definiu em seu art. 7º<sup>[23]</sup> as bases legais para o tratamento de dados como, por exemplo, a obrigatoriedade de haver consentimento do titular, a utilização para implementação e execução de políticas públicas, para estudos de órgãos de pesquisa, execução de contratos, proteção da vida ou integridade física, proteção do crédito, entre outras bases previstas na Lei.

Após essa breve introdução sobre a relevância do *compliance* e a origem da LGPD, bem como seus principais aspectos, passamos a tratar do tema no transporte marítimo.

---

20. Art. 2º, Lei 13.709/2018. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>> Acesso 19 Nov. 2020.

21. NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 175.

22. Marques e Novais. Disponível em: <<https://marquesnovaes.jusbrasil.com.br/artigos/418476350/a-vulnerabilidade-do-consumidor-no-e-commerce>> Acesso em 20 Nov. 2020.

23. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm)> Acesso 20 Nov. 2020.

## Capítulo 2. Adequação do *compliance* e LGPD no setor de transporte marítimo

Os riscos do setor de transportes exigem a criação e manutenção de programas de *compliance* vinculados à nova Lei Anticorrupção, além da adoção de uma cultura corporativa de integridade, envolvendo o compromisso com a segurança de colaboradores e de terceiros.

Apenas a ciência das regras que regulam o setor não é suficiente para afastar os riscos que alcançam não apenas colaboradores, mas o patrimônio, a reputação e a liberdade dos sócios e gestores. Trata-se da edificação de uma cultura corporativa que enxergue riscos criminais com antecedência e que pratique políticas para impedir esses riscos. Portanto, adequar o *compliance* no setor de transporte marítimo, significa incorporar a observância das regras inerentes ao negócio e organizar-se de modo permanente para evitar comportamentos lesivos.

Emmanouilidis e Leal<sup>[24]</sup> explicam que a corrupção não pode ser atrelada somente à índole do indivíduo, mas como uma prática criada pela sociedade que a tolera. E outros que a acolhem e a fortalecem alimentando o sistema corruptivo está atrelada ao desenvolvimento das sociedades organizadas. Também, que a corrupção não se desenvolveu apenas do abuso do poder público aliado ao sistema político, é necessária para ela se intensifique e se fortaleça toda a conformação da economia, da cultura e das legislações.

De acordo com o conteúdo extraído do Blog Praxio<sup>[25]</sup>, para facilitar a jornada dentro das empresas, o *compliance* é implantado como ferramenta

---

24. EMMANOULIDIS, Bruna. LEAL, Rogério Gesta. **O acesso à informação como medida de combate à corrupção prevista na convenção interamericana contra a corrupção**, 2019, p. 3/4. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.> Acesso em 01, Dez. 2020.

25. Disponível em: <<https://blog.praxio.com.br/compliance-no-transporte-rodoviario-por-que-implantar/>> Acesso em 30, Nov. 2020.

que colabora para a melhoria de processos, trazendo maior segurança técnica e jurídica, seja nas relações comerciais, bem como institucionais.

Nesse caminho, sabe-se que segundo a Pesquisa Maturidade do *Compliance* no Brasil 2017/2018 <sup>[26]</sup>, 27% das corporações não têm estruturas dedicadas a temática, feitas com autonomia e independência. Fator que pode prejudicar, e muito, o desenvolvimento das empresas. Prossegue,

Mudanças regulatórias, risco de danos à reputação, multas vultosas aplicadas por órgãos de fiscalização, pressão dos acionistas e *stakeholders*. Todos esses fatores fizeram com que os executivos passassem a enxergar o *compliance* como um investimento e não como um custo. Contribuíram também para que sua definição, antes restrita às questões regulatórias e legais, ganhasse contorno mais flexível e passasse a englobar ética, sustentabilidade, cultura corporativa, risco cibernético, gerenciamento de dados e informações de clientes, cadeia de suprimentos, entre outros diversos riscos emergentes.

Para a Pesquisa Maturidade do *Compliance* no Brasil 2017/2018 <sup>[27]</sup> governança e cultura são as bases de um Programa de Ética e *Compliance* efetivo. A governança em regra concerne a uma estrutura de *Compliance* em toda a empresa, enquanto a cultura de *Compliance* é uma combinação de costumes e crenças sobre *Compliance* na empresa. Congregar a cultura, ou mudá-la, requer um esforço abissal, razão pela qual é tão importante contar com o apoio da liderança.

Os diretores de *Compliance* ou *Compliance Officers* (CCO) encaram numerosos desafios em suas jornadas, os quais têm sido impulsionados pelo rápido ritmo das mudanças regulatórias no Brasil e diversos requisitos

---

26. Pesquisa Maturidade do compliance no Brasil. 3ª. Edição, 2017/2018. Disponível em: <<https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/br/pdf/2018/06/br-pesquisa-maturidade-do-compliance-3ed-2018.pdf>> Acesso em 30, Nov. 2020, p. 7.

27. Pesquisa Maturidade do compliance no Brasil. 3ª. Edição, 2017/2018. Disponível em: <<https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/br/pdf/2018/06/br-pesquisa-maturidade-do-compliance-3ed-2018.pdf>> Acesso em 30, Nov. 2020, p. 10.

e expectativas regulamentares globais que também estão em constantes transformações, reforçando, assim, a importância da adoção de novas tecnologias e análises de dados para monitorar a efetividade do Programa de Ética e *Compliance*.

Além disso, convivem com uma pressão contínua para amortizar custos e melhorar a eficiência em um momento em que as atribuições e as responsabilidades dos diretores de *Compliance* estão majorando para ir além do cumprimento regulamentar e legal e incluir uma maior gama de preocupações, tais como padrões éticos e sustentabilidade.

Segundo a Endeavor<sup>[28]</sup>, menos de 20% das empresas chegam aos seus 10 anos. Em síntese, isso acontece por falta de controles internos, falhas de gestão, respeito às normas e regulamentação impostas no Brasil. Por esta razão é tão importante entender o papel do *compliance* no transporte no Brasil, inclusive o marítimo. E isso pode ser um desafio e tanto para os gestores das empresas.

Para facilitar o entendimento, a Praxio<sup>[29]</sup> faz algumas explicações que mostram as vantagens na implantação do *compliance* no setor de transporte de cargas ou passageiros, podendo ser incluído também para o transporte marítimo, e esclarece que é necessário conhecer a etimologia da palavra para entender o significado dela. Dessa forma, *compliance* que vem do inglês, em que *Comply* significa “agir em sintonia com as regras”.

Ou seja, *Compliance* quer dizer: seguir as normas, regras, controles internos e externos, políticas e diretrizes estabelecidas para o seu negócio. De tal modo, ele se refere à presteza de garantir o cumprimento à risca os órgãos de regulamentação, seguindo as normas e os padrões exigidos de

---

28. Endeavor. Disponível em: <<https://www.ignicaodigital.com.br/o-que-e-endeavor/>>. Acesso em 30, Nov. 2020.

29. Disponível em: <<https://blog.praxio.com.br/compliance-no-transporte-rodoviario-por-que-implantar/>>. Acesso em 30, Nov. 2020.



seu segmento no transporte. Isso é aplicado em todas as esferas, a saber, tais como trabalhista, fiscal, contábil, financeira, entre outras.

Praxio explica ainda <sup>[30]</sup> que, quando surgiu, em meados de 1990, o termo se referia basicamente aos princípios jurídicos, todavia, os gestores notaram que era impossível implementar tais conformidades sem ter total conhecimento aprofundado em todos os processos internos da empresa. Assim, a empresa de transporte marítimo que quer se consolidar no setor de sua atuação precisa alinhar sua função de *compliance* aos objetivos estratégicos, missão e visão da companhia.

A Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) <sup>[31]</sup>, organização que integra a Administração Pública Federal indireta e atua no modal aquaviário, foi criada pela Lei nº 10.233 de 2001 e está vinculada ao Ministério da Infraestrutura – Minfra. É uma autarquia em regime especial caracterizada pela independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, além de autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira, estas últimas ressaltadas pela publicação da Lei nº 13.848, de 2019. Opera nas esferas de regulação, supervisão e fiscalização de atividades relacionadas à prestação de serviços de transporte aquaviário e de exploração da infraestrutura aquaviária e portuária. Abrange os subsetores portuário, de navegação marítima e de apoio e de navegação interior.

Sendo uma agência reguladora, segundo Mário Povia, diretor então, conforme Relatório da Gestão 2019 <sup>[32]</sup> a Antaq tem por propósito implementar as políticas públicas formuladas pelo ministério supervisor, o

---

30. Disponível em: <<https://blog.praxio.com.br/compliance-no-transporte-rodoviario-por-que-implantar/>. Acesso em 30, Nov. 2020.

31. Relatório Gestão 2019. Disponível em: <<http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2020/02/Relat%C3%B3rio-de-Gest%C3%A3o-2019-site.pdf>. Acesso em: 30, Nov. 2020.

32. Relatório Gestão 2019. Disponível em: <<http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2020/02/Relat%C3%B3rio-de-Gest%C3%A3o-2019-site.pdf>> Acesso em: 30, Nov. 2020.

Ministério da Infraestrutura. Nesse viés, implementa políticas associadas ao fornecimento de serviços regulatórios e fiscalizatórios do setor aquaviário, em linha com os princípios e diretrizes estabelecidos na legislação brasileira. Quanto à gestão riscos e controles internos, inerentes ao *compliance* para o setor de transportes marítimos:

De forma geral, o Gerenciamento de Riscos é um instrumento de apoio gerencial por meio do qual se identificam eventos com potencial impacto negativo sob as atividades ou processos críticos de uma organização e que, portanto, possam ser tratados de forma apropriada e tempestiva, de modo a não prejudicar o atingimento dos objetivos ou metas institucionais. Além disso, a gestão de riscos busca subsidiar o processo decisório a ser adotado pela alta administração. Na esfera federal, o marco regulatório que orienta os órgãos e as entidades públicas para institucionalizarem mecanismos de controles internos, gestão de riscos e governança é a Instrução Normativa Conjunta MP/CGU nº 01/2016, apoiada pela Política de Governança da Administração Pública Federal, nos termos do Decreto nº 9.023/2017. Já no âmbito da Antaq, a estruturação desses instrumentos ocorreu, inicialmente, por meio da aprovação da Política de Gestão de Riscos e Integridade, Portaria nº 71/2018-DG/Antaq. Em 2019, a política proposta tomou forma a partir da elaboração e aprovação da Metodologia de Gestão de Riscos e Integridade da Antaq, por meio da Portaria nº 446/2019-DG/Antaq, que tem como objetivo estruturar as etapas necessárias para a operacionalização da Gestão de Riscos, alinhado às diretrizes dispostas na Política de Gestão de Riscos, e com base no modelo COSO/ERM e na norma ISO 31000:2018.<sup>[33]</sup>

Sobre a navegação marítima, consta no relatório<sup>[34]</sup> que foi efetivamente implementado o projeto referente ao envio de informações ao Sistema de Desempenho da Navegação (SDN) por parte das empresas de navegação de apoio portuário. Destaque-se que, como resultado da implementação da Resolução Normativa nº 18-Antaq, de 2017, foram apontadas denúncias de

---

33. Relatório Gestão 2019. Disponível em: <<http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2020/02/Relat%C3%B3rio-de-Gest%C3%A3o-2019-site.pdf>> Acesso em: 30, Nov. 2020.

34. Relatório Gestão 2019. Disponível em: <<http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2020/02/Relat%C3%B3rio-de-Gest%C3%A3o-2019-site.pdf>> Acesso em: 30, Nov. 2020, p. 44.

representantes dos usuários com cobrança abusiva de taxas por parte das empresas de navegação, *v.g.*, taxa emergencial de bunker, taxa de logística de exportação, taxa de emissão de BL, *overbooking* e cancelamento de escalas. Além disso, é relevante observar as regras de defesa da concorrência e dos crimes da Lei Antitruste, especialmente quando há atuação no mercado de transporte de contêineres, que é concentrado e verticalizado.

Verifica-se aí, a necessidade de aplicação dos métodos de *compliance* no setor, eis que se trata de políticas referentes às normas que fazem interface com a Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013)<sup>[35]</sup>. Pela Antaq<sup>[36]</sup>, a partir da análise, foi elaborada proposta de regulamentação visando pacificar o entendimento sobre as referidas cobranças, além de estabelecer premissas para a análise ou criação de taxa/sobretaxa, as quais devem expressar claramente fato gerador, serviço a que se refere, base de cálculo e período de incidência.

Também a LGPD vai de encontro com as normas reguladoras do *compliance* no setor do transporte marítimo, porquanto, a divulgação de informações para assegurar o direito de acesso à informação é a regra, todavia as restrições à divulgação aplicam-se para os dados de segurança nacional, segredo de justiça e outros<sup>[37]</sup>. No que se refere ao direito de acesso à informação, é garantido a qualquer pessoa, por ser um direito fundamental, o acesso aos dados informativos, dessa forma, é dispensada a justificativa pela procura das informações. Além disso, como são informações de caráter coletivo e público, sua disseminação pela sociedade é também assegurada pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos,

---

35. Lei n. 12.846/13. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm).> Acesso em 28, Nov. 2020.

36. Relatório Gestão 2019. Disponível em: <<http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2020/02/Relat%C3%B3rio-de-Gest%C3%A3o-2019-site.pdf>.> Acesso em: 30, Nov. 2020, p. 44

37. EMMANOUILIDIS, Bruna. LEAL, Rogério Gesta. **O acesso à informação como medida de combate à corrupção prevista na convenção interamericana contra a corrupção**, 2019, p. 7. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.> Acesso em 01, Dez. 2020.

sob condição de não interferir nos direitos de outrem.<sup>[38]</sup>

A Lei 13.709/18, (LGPD), entrou em vigor no dia 14 de agosto de 2020 e é de suma importância no âmbito o transporte marítimo, pois dispõe sobre regras de acesso à *internet* e causa considerável impacto no modo de armazenamento de dados das empresas, a indispensável cautela que se deve ter com estes dados, bem como a necessidade de autorização das pessoas para seu armazenamento e utilização.

Na época da difusão célere de informações, dados pessoais se concretizam com sendo de alto valor comercial, considerando a probabilidade de transações secundárias destes dados entre as empresas (empresas ou pessoas jurídicas vendem dados), não se sabendo ao certo qual o *start* da transferência dos dados. Surgem, então, os imagináveis desdobramentos, causando danos e perigo às pessoas, podendo a empresa que realiza o transporte marítimo, em uma dessas hipóteses, sofrer vultuosas multas e indenizações caso ocorra.

Para o Comitê Central de Governança de Dados do Governo Brasileiro<sup>[39]</sup>, a LGPD foi promulgada para proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e a livre formação da personalidade de cada indivíduo. Essa Lei versa sobre o tratamento de dados pessoais, dispostos em meio físico ou digital, feito por pessoa física ou jurídica de direito público ou privado e engloba um amplo conjunto de operações efetuadas em meios manuais ou digitais. [...]. Considera-se “tratamento de dados” qualquer atividade que utilize um dado pessoal na execução da sua operação, como, por exemplo: coleta, produção, recepção, classificação,

---

38. Comissão Interamericana De Direitos Humanos. **Relatoria Especial para Liberdade de Expressão. O direito de acesso à informação no marco jurídico interamericano.** 2011. Disponível em <<http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaci>> Acesso em 01, Dez. 2020.

39. Guia de Boas Práticas Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). **Comitê Central de Governança de Dados Advocacia Geral da União**, 23.03.2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/governanca-de-dados/guia-lgpd.pdf>> Acesso em 01, Dez. 2020.

utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

### Capítulo 3. Aplicação do *compliance* e LGPD para portos

O presente capítulo objetiva refletir sobre as questões relevantes envolvendo *compliance* e LGPD aplicadas ao setor portuário como forma de proporcionar garantia jurídica nas relações comerciais, evidenciado um panorama legal, regulatório e dos controles internos.

As questões sobre ética e transparência entre relações de uma empresa, de um governo e da sociedade em geral, conforme já mencionado, avançam em todos os níveis de relacionamento, ganhando força nas negociações entre entes públicos e particulares bem como em assuntos transnacionais. Ocorre que, para que essas transformações aconteçam, é imprescindível a determinação de normas e estabelecimento de padrões de ética, conduta e transparência nas relações negociais entre particulares e organizações públicas, além do bom emprego da lei geral de proteção de dados, a fim de se evitar aplicações de multas e indenizações.

O sistema de *compliance*, segundo Salvador<sup>[40]</sup> transcende as leis, normas e os regulamentos externos que devem ser naturalmente satisfeitos, o sistema deve se solidarizar em conceitos de identidade organizacional, o qual compõe uma combinação entre propósito, missão, visão, valores e princípio conjecturando na forma de tomada de decisões. Aliás, o *compliance* surgiu para mitigar as falhas internas nas tomadas de decisões.

A gestão das ameaças, vulnerabilidades e riscos na cadeia de

---

40. SALVADOR, Tania Cristina. **A aplicação do compliance no setor portuário como garantia jurídica nas relações comerciais.** Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/315418/a-aplicacao-do-compliance-no-setor-portuario-como-garantia-juridica-nas-relacoes-comerciais>> Acesso em 01, Dez. 2020.

suprimentos nacional e internacional, do ponto de vista empresarial, leva em consideração a capacidade da empresa de fazer frente aos inúmeros desafios impostos pelo ambiente em que opera. Esses desafios se materializam em diversas formas como, por exemplo a necessidade da empresa em atender os seus consumidores com maior competência do que os seus concorrentes.

As empresas fazem parte de um sistema complexo denominado de Cadeia de Suprimentos, ou *Supply Chain*, resultado da interação de diversos agentes e que possui macroprocessos que estão diretamente conectados, no qual suas ações refletem em cada um dos agentes. Por conta disso, as empresas precisam gerir ameaças, vulnerabilidades e riscos cada vez mais complexos<sup>[41]</sup>.

Porém, a segurança não se limita somente às empresas, adverte Arturi<sup>[42]</sup>. Outro ator que tem importância fundamental é o porto. Esse ator se faz presente na Cadeia Logística Marítima como um importante elo do comércio internacional. Na legislação brasileira mais recente, existe a definição de “Porto Organizado”, como bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária.

Pela legislação brasileira, é indispensável que o porto assuma um caráter de organização, devido aos inúmeros serviços que são prestados nesse mesmo local e que, para colocar toda a complexa infraestrutura em operação, sem dúvida é preciso um gerenciamento eficiente.

---

41. CHOPRA, Sunil; MEINDL, Peter. **Gestão da Cadeia de Suprimentos**. Estratégia, Planejamento e Operações. 4a Edição. São Paulo: Editora Pearson Prentice Hall, 2011, p. 33.

42. ARTURI, Carlos Schmidt. **Políticas de defesa, inteligência e segurança**. Porto Alegre: UFRGS Editora, 2014, p. 101.

Para Castro Junior <sup>[43]</sup>, a formação de um ambiente institucional que apresente condições apropriadas para negócios e investimentos da infraestrutura, especialmente portos, é um dos requisitos mais relevantes para o desenvolvimento da logística que o Brasil demanda.

Para Santos Neto e Ventilare <sup>[44]</sup>, para se entender a importância dos portos no Brasil basta dizer que os mesmos são utilizados por 95% do comércio exterior nacional, sendo, portanto, um setor vital para nossa vida econômica. “Assim, as instalações de um porto geram grandes transformações sociais, econômicas e culturais” <sup>[45]</sup>.

De acordo com Salvador <sup>[46]</sup>, no ano de 1998 com a promulgação da Resolução CMN 2.554/98 <sup>[47]</sup>, que dispõe sobre a implantação e implementação de sistema de controles internos, direcionou as instituições financeiras para a necessidade da criação do Sistema de *Compliance*; ainda nesse mesmo ano foi sancionada a Lei 9.613/98 <sup>[48]</sup> que trata sobre os crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens.

No ano de 2001 a falha nos sistemas de controles internos e fraudes contábeis levam a ENRON a falência e a dissolução da Arthur Andersen, que era classificada uma empresa entre as “Big Five” no mundo que fazem auditoria financeira, explica a autora. Nesse mesmo ano ocorrem os ataques as Torres Gêmeas e a questão da segurança portuária é levada, no mesmo ano, para a Assembleia da IMO (*Internacional Maritime Organization*), <sup>[49]</sup>

---

43. CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (Coord). **Direito Regulação e Logística**. Belo Horizonte: Fórum 2013, p. 75.

44. SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. VENTILARI, Paulo Sérgio Xavier. **O trabalho portuário e a modernização dos portos**. São Paulo: Juruá, 2004, p. 19.

45. GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **O direito portuário no orçamento jurídico brasileiro**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Univali, Itajai, v. 3, n. 2, 2º quadrimestre de 2008. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.>

46. SALVADOR, Tania Cristina. **A aplicação do compliance no setor portuário como garantia jurídica nas relações comerciais**. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/315418/a-aplicacao-do-compliance-no-setor-portuario-como-garantia-juridica-nas-relacoes-comerciais>.> Acesso em 01, Dez. 2020.

47. Disponível em: <[https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1998/pdf/res\\_2554\\_v3\\_P.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1998/pdf/res_2554_v3_P.pdf).> Acesso em 01. Dez. 2020.

48. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm)>. Acesso em 01, Dez. 2020.

49. IMO - a Organização Marítima Internacional - é a agência especializada das Nações Unidas responsável pela segurança e proteção dos navios e pela prevenção da poluição marinha e atmosférica por navios. O trabalho da IMO apoia os objetivos de desenvolvimento sustentável da ONU. Disponível em: <<https://www.imo.org/>> Acesso em 01, Dez. 2020.

e em dezembro de 2002 o ISPS-CODE - *International Ship and Port Facility Security Code*, é incorporado a no capítulo XI-1 da SOLAS/74 - Convenção Internacional para a Salvaguarda da Vida Humana no Mar.

Considerando que é o *compliance* que causa o respeito às normas, regulamentos, políticas e a mitigação de riscos, como imagem, dano à reputação, preservação de receitas, confiança dos clientes e investidores, segurança jurídica e entre outros, explica Salvador <sup>[50]</sup>, é indispensável observar as normas que são utilizadas nas negociações contratuais do setor portuário e que fazem interface com a lei anticorrupção, lei 12.846/13.

Quanto à lei das estatais - Lei 13.303/16 <sup>[51]</sup>, *v.g.* se refere às exigências de que as estatais observem em seus estatutos, especialmente o artigo 6º, regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, no seu artigo 8º há os requisitos de transparência na divulgação das informações, pequeno interregno para observar que, quanto à divulgação das informações devem ser observadas o regramento da Lei 12.527/11 <sup>[52]</sup>, que dispõe sobre o acesso à informação.

Por fim, no artigo 9º são estabelecidas regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno. O controle interno é de amplo valor para as empresas, considerando ser através dele que se mitiga os riscos, aparta as fraudes e garante a alta administração que as diretrizes estão sendo satisfeitas, sendo viável a criação do departamento de auditoria interna em conjunto com o departamento de *compliance*, ambos reunidos a uma potente estrutura de governança corporativa.

---

50. SALVADOR, Tania Cristina. **A aplicação do compliance no setor portuário como garantia jurídica nas relações comerciais.** Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/315418/a-aplicacao-do-compliance-no-setor-portuario-como-garantia-juridica-nas-relacoes-comerciais>>. Acesso em 01, Dez. 2020.

Disponível em: <[https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1998/pdf/res\\_2554\\_v3\\_P.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1998/pdf/res_2554_v3_P.pdf)> Acesso em 01. Dez. 2020.

51. Lei das Estatais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm)> Acesso em 01, Dez. 2020.

52. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm)> Acesso em 01, Nov. 2020.



Para aplicação do *compliance* ao setor portuário nota-se no artigo 46, inciso III da lei 12.815/13<sup>[53]</sup> como infração a utilização de terrenos, área, equipamentos e instalações portuárias com desvio de finalidade ou com desrespeito à lei ou os regulamentos, podendo nos casos mais graves ocorrer o cancelamento de credenciamento do operador portuário, e aplicando subsidiariamente as penalidades previstas na Lei. 10.233/01<sup>[54]</sup>.

Quanto à questão da Lei Geral de Proteção de Dados, Kincaid<sup>[55]</sup> esclarece que os portos criam comitês e firmam parcerias buscando o atendimento à nova política de segurança de dados. Prevista para ser votada pelo Congresso Nacional no primeiro semestre de 2021, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) já vem movimentando os portos brasileiros, considerando que tanto organizações públicas quanto privadas estarão sujeitas à nova lei, que estabelece penalidades rigorosas em caso de violação de dados de terceiros. Para tanto, as Autoridades Portuárias estão se dedicando designadamente a este aspecto, instituindo comitês próprios de adequação à LGPD e até mesmo firmando parcerias de inovação na área de segurança e tecnologia.

O Comitê consagrado à LGPD criado pelo Porto de Suape, por exemplo, vem trabalhando nos processos de tratamento de dados em consonância com as exigências da nova Lei. Segundo o Porto, o grupo é formado por profissionais das mais diversas áreas da empresa, como negócios, *compliance*, auditoria, jurídico, recursos humanos e tecnologia da informação e comunicação, sendo que segue as determinações do Decreto

---

53. Art. 46. Constitui infração toda ação ou omissão, voluntária ou involuntária, que importe em: III - utilização de terrenos, área, equipamentos e instalações portuárias, dentro ou fora do porto organizado, com desvio de finalidade ou com desrespeito à lei ou aos regulamentos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112815.htm). > Acesso em 01, Dez. 2020.

54. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LEIS\\_2001/L10233.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10233.htm). Acesso em 01, Dez. 2020.>

55. Kinkaid Mendes Vianna. Portos Brasileiros se adequam a LGPD. Disponível em: <<https://www.kincaid.com.br/portos-brasileiros-se-adequam-a-lgpd/>. > Acesso em 01, Nov. 2020.

do Governo do Estado de Pernambuco nº 49.265, de 6 de agosto de 2020<sup>[56]</sup>, que trata do assunto e tem um amplo planejamento. A ideia é aparelhar de todos os colaboradores, sistemas e processos da Suape para lidar com as exigências da lei.<sup>[57]</sup>

Outro aspecto relevante, é observar as regras de defesa da concorrência e dos crimes da Lei Antitruste, especialmente quando há atuação no serviço portuário de contêineres, que é concentrado e verticalizado.

## Conclusão

Analisando as reflexões constantes nos capítulos do artigo, podemos fazer breves considerações a respeito do *compliance* no setor portuário como garantia jurídica das relações comerciais, levando em conta que o perfil das empresas em todos os setores vem se modificando no decorrer dos anos e as exigências do comércio bradam para que as empresas tenham atitudes éticas e transparentes.

A Lei 12.846/13, ao estabelecer planos de integridade tem como desígnio evitar condutas ilícitas e estimular as empresas a adotarem condutas mais éticas e transparentes, no sentido de se adequarem à sua própria regulação. Importante considerar que ao se tratar de recursos públicos prevenir é mais eficiente do que aplicar sanções e corrigir irregularidades.

Outra questão relevante é que programa de *Compliance* sozinho não atende à extensão de todas as áreas de um porto, logo é indispensável que ele seja monitorada pela auditoria interna presando acima de tudo o atendimento à legislação, normas, regulamentos internos e externos alinhados as boas práticas contábeis bem como ao alcance dos controles internos.

---

56. Decreto do Governo do Estado de Pernambuco nº 49.265/ 20. Disponível em: <<https://legis.policiacivil.pe.gov.br/L2/resources/docs/3dca01e3b7c6c033c39d11fd7b3019aa.pdf>> Acesso em 02, Dez. 2020.

57. Kincaid Mendes Vianna. Portos Brasileiros se adequam a LGPD. Disponível em: <<https://www.kincaid.com.br/portos-brasileiros-se-adequam-a-lgpd/>> Acesso em 01, Nov. 2020.

Importante também enfatizar que, ao se relacionar com autoridades ou entidades governamentais, é imprescindível a implantação de um programa de *compliance* e investimento em tecnologia para LGPD, devendo ser eficiente apropriado para mitigar riscos reputacionais e assegurar a conformidade com leis e regulamentos, especialmente das regras de defesa da concorrência e dos crimes da Lei Antitruste, quando há atuação no serviço portuário de contêineres, que é concentrado e verticalizado.

Por fim, considerando a extensão dos contratos no setor portuário entende-se pela obrigação de observância das leis, dos regulamentos, das normas de governança corporativa e de *compliance* e ainda, as normas internacionais e aquelas relacionadas à Lei Geral de Proteção de Dados, que tem a pretensão de alcançar a totalidade de transparência e segurança entre as partes envolvidas na transação, impedindo que existam fragilidades que possam afetar a segurança jurídica do contrato, acarretando a diminuição do seu valor, ou qualquer outro prejuízo para ambas as partes.

## Referências

ARTURI, Carlos Schmidt. **Políticas de defesa, inteligência e segurança**. Porto Alegre: UFRGS Editora, 2014.

ASSI, Marcos. **Gestão de riscos com controles internos: ferramentas, certificações e métodos para garantir a eficiência dos negócios**. São Paulo: Saint Paul, 2012.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (Coord). **Direito Regulação e Logística**. Belo Horizonte: Fórum 2013, p. 75.

CHOPRA, Sunil; MEINDL, Peter. **Gestão da Cadeia de Suprimentos**. Estratégia, Planejamento e Operações. 4a Edição. São Paulo: Editora Pearson Prentice Hall, 2011.

COIMBRA, Marcelo; MANZI, Vanessa. **Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Atlas, 2010.

Comissão Interamericana De Direitos Humanos. **Relatoria Especial para Liberdade de Expressão. O direito de acesso à informação no marco jurídico interamericano.** 2011. Disponível em <<http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaci.>> Acesso em 01, Dez. 2020.

EMMANOUILIDIS, Bruna; LEAL, Rogério Gesta. **O acesso à informação como medida de combate à corrupção prevista na convenção interamericana contra a corrupção,** 2019. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791. >Acesso em 01, Dez. 2020.

Endeavor. Disponível em: <[https://www.ignicaodigital.com.br/o-que-e-endeavor/.](https://www.ignicaodigital.com.br/o-que-e-endeavor/)>Acesso em 30, Nov. 2020.

Decreto do Governo do Estado de Pernambuco nº 49.265/ 20. Disponível em: <[https://legis.policiacivil.pe.gov.br/L2/resources/docs/3dca01e3b7c6c033c39d11fd7b3019aa.pdf.](https://legis.policiacivil.pe.gov.br/L2/resources/docs/3dca01e3b7c6c033c39d11fd7b3019aa.pdf)>Acesso em 02, Dez. 2020.

GARCIA. Denise Schmitt Siqueira. **O direito portuário no orçamento jurídico brasileiro.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 3, n. 2, 2º quadrimestre de 2008. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.>

Guia de Boas Práticas Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). **Comitê Central de Governança de Dados Advocacia Geral da União,** 23.03.2020. Disponível em: <[https://www.gov.br/governodigital/pt-br/governanca-de-dados/guia-lgpd.pdf.](https://www.gov.br/governodigital/pt-br/governanca-de-dados/guia-lgpd.pdf)> Acesso em 01, Dez. 2020.

IMO - Organização Marítima Internacional. Disponível em: <[https://www.imo.org/.](https://www.imo.org/)> Acesso em 01, Dez. 2020.

Kinkaid Mendes Vianna. **Portos Brasileiros se adequam a LGPD.** Disponível em: <[https://www.kincaid.com.br/portos-brasileiros-se-adequam-a-lgpd/.](https://www.kincaid.com.br/portos-brasileiros-se-adequam-a-lgpd/)> Acesso em 01, Nov. 2020.

Lei. 6.404/76. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6404consol.htm.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm)> Acesso em 28, Nov. 2020.

Lei n. 12.846/13. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm)>Acesso em 28, Nov. 2020.

Lei n. 8.666/93. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)> Acesso em 28, Nov. 2020.

Lei n. 13.303/16. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm)>Acesso em 28, Nov. 2020.

Lei n. 12.527/11. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm)> Acesso em 28, Nov. 2020.

Lei Sarbanes-Oxley. Disponível em: <<https://portaldeauditoria.com.br/introducao-lei-sarbanes-oxley-sox/>> Acesso em 28. Nov. 2020.

Marques e Novais. Disponível em <<https://marquesnovaes.jusbrasil.com.br/artigos/418476350/a-vulnerabilidade-do-consumidor-no-e-commerce>> Acesso em 20 Nov. 2020.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2019.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. Florianópolis: Conceito, 2008.

Pesquisa Maturidade do compliance no Brasil. 3ª. Edição, 2017/2018. Disponível em: <<https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/br/pdf/2018/06/br-pesquisa-maturidade-do-compliance-3ed-2018.pdf>> Acesso em 30, Nov. 2020, p. 7.

Praxio. Disponível em: <<https://blog.praxio.com.br/compliance-no-transporte-rodoviario-por-que-implantar/>> Acesso em 30, Nov. 2020.

Relatório Gestão 2019. Disponível em: <<http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2020/02/Relat%C3%B3rio-de-Gest%C3%A3o-2019-site.pdf>> Acesso em: 30, Nov. 2020.

SALVADOR, Tania Cristina. **A aplicação do compliance no setor portuário como garantia jurídica nas relações comerciais**. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/315418/a-aplicacao-do-compliance-no-setor-portuario-como-garantia-juridica-nas-relacoes-comerciais>> Acesso em 01, Dez. 2020.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. VENTILARI, Paulo Sérgio Xavier. **O trabalho portuário e a modernização dos portos**. São Paulo: Juruá, 2004.

TOMAZ, Roberto Epifanio (org.). **Descomplicando o Compliance**. 1 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. Disponível em: <<https://issuu.com/tirantloblanch/docs/f1b105401ab096412af54e37e6a1c76f>> Acesso em 02, Dez. 2020.

VERÍSSIMO, Carla. **Compliance incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017.

# LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados, dispositivo legal que alterou a forma de tratamento dos dados pessoais pelas empresas no Brasil

*LGPD - General Data Protection Law, the legal provision that changed the way in which personal data are treated by companies in Brazil*

SABINE MARA MÜLLER SOUTO  
ALEXANDRE MORAIS DA ROSA

## Resumo

O artigo tem por objetivo discorrer sobre a Lei 13.709/18, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD, que entrou em vigor no dia 14 de agosto de 2020, e alterou artigos do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), os quais dispõem sobre regras de acesso à internet. Trata-se de tema essencial para o desenvolvimento tecnológico do país e conhecimento de todos, pois o Brasil passou a fazer parte do grupo de países que possuem legislação específica para proteger os dados e a privacidade dos usuários de internet. O artigo usa o método indutivo e possui três capítulos. O Capítulo 1 trata dos Aspectos Gerais da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil, sua vigência e sobre as alterações ocorridas na Lei 12.965/2014. O Capítulo 2 discorre sobre o Regulamento (UE) do Parlamento Europeu - Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) – *General Data Protection Regulation (GDPR)*, lei que serviu de inspiração para a lei brasileira. O Capítulo 3 aborda sobre as consequências da vigência da lei no âmbito das decisões judiciais e traz como exemplo abordagens a respeito da primeira sentença ocorrida no Brasil com base na LGPD - Lei 13.709/18. No final é feita a conclusão.

## Palavras-chave

Lei Geral de Proteção de dados no Brasil; Regulamento (UE) do Parlamento Europeu; Decisões judiciais.

## ABSTRACT

*The article aims to discuss Law 13.709 / 18, known as the General Law for the Protection of Personal Data - LGPD, which came into force on August 14, 2020, and amended articles of the Civil Marco de Internet (Law 12.965 / 2014 ), which provide for internet access rules. This is an essential theme for the country's technological development and everyone's knowledge, as Brazil has become part of the group of countries that have specific legislation to protect the data and privacy of internet users. The article uses the inductive method and has three chapters. Chapter 1 deals with the General Aspects of the General Data Protection Law in Brazil, its validity and the changes that occurred in the Law. 12,965 / 2014. Chapter 2 discusses the European Parliament's Regulation (EU) - General Data Protection Regulation (GDPR) - General Data Protection Regulation (GDPR), a law that served as inspiration for Brazilian law. Chapter 3 discusses the consequences of enforcing the law in the context of judicial decisions and presents as an example approaches regarding the first sentence that occurred in Brazil based on the LGPD - Law 13.709 / 18. In the end the conclusion is made.*

## Keywords

*General Data Protection Law in Brazil; European Parliament Regulation (EU); Judicial decisions.*

**Sumário:** *Introdução. 1. Aspectos Gerais da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil, vigência e alterações na Lei. 12.965/2014. 2. Regulamento (UE) do Parlamento Europeu - Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) – General Data Protection Regulation (GDPR). 3. Consequências da vigência da lei no âmbito das decisões judiciais com abordagem a respeito da primeira sentença ocorrida no Brasil com base na LGPD - Lei 13.709/18. Conclusão. Referências.*

## Introdução

Considerando que vivemos na era da informação eletrônica e *gadgets* é importante pensar neste momento e dentro do atual contexto social, na grande probabilidade de os registros de nossos dados pessoais que fornecemos nos atos da vida habitual, ao menos de quem vive conectado e se utiliza do comércio eletrônico, *v.g.*, estarem sendo armazenados e

utilizados por alguém, por uma empresa ou indústria, ou até mesmo por uma organização.

Também precisamos considerar que as influências futuras geradas pelos ditos armazenamentos de dados, ainda são uma incógnita para a humanidade de todo o planeta, sendo esta, certamente, a razão que originou a necessidade de se proteger estes dados e informações sobre a pessoa, e isso se deu através do surgimento da LGPD no Brasil, que vem obrigando as empresas e prestadores de serviço em geral, a se adequarem conforme o novo regulamento, por isso a importância da reflexão através do presente artigo, que utiliza o método indutivo<sup>[1]</sup>, quanto a metodologia empregada, para entender o novel normativo, suas peculiaridades e possíveis consequências no âmbito jurídico.

O tema sobre a Lei 13.709/18, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, entrou em vigor no dia 14 de agosto de 2020 e é de suma importância, pois dispõem sobre regras de acesso à internet e causa considerável impacto no modo de armazenamento de dados das empresas, a indispensável cautela que se deve ter com estes dados, bem como a necessidade de autorização das pessoas para seu armazenamento e utilização.

O assunto é relevante, pois na época da difusão célere de informações, dados pessoais se concretizam com sendo de alto valor comercial, considerando a possibilidade de transações secundárias destes dados entre as empresas (empresas ou pessoas jurídicas vendem dados), às vezes obtidos de maneira legal ou ilegal, não se sabendo ao certo qual o *start* da transferência dos dados, surgindo então os possíveis desdobramentos, causando danos e perigos às pessoas.

---

1. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. Florianópolis: Conceito, 2008, p.



Quanto à questão do protocolo europeu, *General Data Protection Regulation* (GDPR), importante mencionar que serviu de inspiração para a norma brasileira, inclusive pela sua precedência, mas que em diversos aspectos ambas são bastante similares, muito embora na primeira, já se discutia a respeito da proteção de dados dos indivíduos desde o final da década de 1990 e início de 2000 através de outra norma, sendo que no Brasil passou a ser discutido algum tempo depois.

Por fim, considerando que no mês de agosto/2020, a Lei 13.709/18<sup>[2]</sup> entrou em vigor no Brasil, a qual dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, entende-se de grande importância trazer o registro, bem como em razão da necessária reflexão, sobre a primeira decisão sucedida no Brasil, que utilizou-a como fundamento para julgar procedente os pedidos autorais de uma parte e condenar a outra a se abster de repassar ou conceder a terceiros dados sobre sua pessoa, sob pena de pagamento de multa diária, bem como ao pagamento de indenização de danos morais<sup>[3]</sup>.

## **CAPÍTULO 1. ASPECTOS GERAIS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL (LEI 13.709/18), VIGÊNCIA E ALTERAÇÕES DO MARCO CIVIL DA INTERNET, LEI. 12.965/2014.**

Em 2018 foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil, que, conforme já dito, entrou em vigor no dia 14 de agosto de

---

2. Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Disponível em: < [www.planalto.gov.br > ccivil\\_03 > \\_ato2015-2018 > lei > . Acesso em 02 nov. 2020.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/lei/)

3. Disponível em: [https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=250013T8I0000&processo.foro=100&processo.numero=1080233-94.2019.8.26.0100&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_c64a434153db431dbc28da52eac825cb](https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=250013T8I0000&processo.foro=100&processo.numero=1080233-94.2019.8.26.0100&uuidCaptcha=sajcaptcha_c64a434153db431dbc28da52eac825cb). Acesso em 02 Nov. 2020.

2020, colocando em evidência a necessária discussão sobre a proteção de dados da pessoa natural, levando em conta o considerável crescimento dos bancos de dados pessoais, além do aumento de transações secundárias realizados diariamente entre as empresas e pessoas jurídicas em geral, sem o consentimento ou autorização da pessoa.

O novo instrumento normativo apresenta como objetivos tutelar a liberdade de expressão, informação, comunicação e opinião, cuidar também da inviolabilidade da intimidade, honra e da imagem da pessoa, prezar pelo desenvolvimento econômico, tecnológico e inovação, normatizar a livre iniciativa, livre concorrência e a defesa do consumidor, prezando pelo resguardo à privacidade, defesa dos humanos, livre desenvolvimento da personalidade, dignidade e exercício da cidadania<sup>[4]</sup>.

Para o Comitê Central de Governança de Dados do Governo Brasileiro<sup>[5]</sup>,

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD – Lei nº 13.709/2018) foi promulgada para proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e a livre formação da personalidade de cada indivíduo. Essa Lei versa sobre o tratamento de dados pessoais, dispostos em meio físico ou digital, feito por pessoa física ou jurídica de direito público ou privado e engloba um amplo conjunto de operações efetuadas em meios manuais ou digitais. [...]. Considera-se “tratamento de dados” qualquer atividade que utilize um dado pessoal na execução da sua operação, como, por exemplo: coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

---

4. Art. 2º, Lei 13.709/2018. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em 02 Nov. 2020.

5. Guia de Boas Práticas Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). **Comitê Central de Governança de Dados Advocacia Geral da União**, 23.03.2020. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/governanca-de-dados/guia-lgpd.pdf>. Acesso em 09 Nov. 2020.

O art. 6º, da Lei 13.709/2018 dispõe sobre as atividades de tratamento de dados pessoais e o que deverá ser observado quanto a boa-fé e princípios<sup>[6]</sup>

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integridade de seus dados pessoais; V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento; VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Além dos princípios referenciados na própria lei em análise, importante falar sobre outro princípio, o qual está atrelado a questão do consumo na *internet* e com o considerável crescimento. Trata-se do princípio da vulnerabilidade do consumidor.

---

6. Art. 6º, Lei 13.709/2018. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso 02 Nov. 2020.

Para Rizzato Nunes<sup>[7]</sup> “haverá relação jurídica de consumo sempre que se puder identificar num dos polos da relação o consumidor, no outro, o fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços”. Prossegue o autor<sup>[8]</sup>

E quando se fala em meios de produção não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação e distribuição de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o quê, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido.

Desse modo, as escolhas dos consumidores parecem reduzidas, razão pela qual ele é classificado como vulnerável. Isso sem mencionar que o fator econômico também demonstra a vulnerabilidade, considerando que em geral o fornecedor do produto ou serviço possui mais condições financeiras, logo possui mais poder, afirma o autor<sup>[9]</sup> complementando a fala.

No meio virtual, essa vulnerabilidade é agravada devido aos diversos problemas e riscos aos quais os consumidores estão submetidos, afirma Marques e Novaes<sup>[10]</sup>.

Além de vulnerável, o consumidor que contrata em ambiente virtual também pode ser considerado hipossuficiente por forças das adversidades e peculiaridades do meio tecnológico. Devido às barreiras para avaliação de um produto e ainda mais a boa-fé de um fornecedor, que pode estar em outro hemisfério, a vulnerabilidade do CDC é crescente o número de fraudes sofridas pelo consumidor por meio da *internet*.

No *e-commerce*, ou comércio eletrônico, por exemplo, a vulnerabilidade estava ainda mais evidente antes do advento da LGPD, bem como em razão

---

7. NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 175.

8. NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 175.

9. NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 177.

10. Marques e Novais. Disponível em <https://marquesnovaes.jusbrasil.com.br/artigos/418476350/a-vulnerabilidade-do-consumidor-no-e-commerce>. Acesso em 02 Nov. 2020.

de inúmeros fatores que deixam o consumidor em posição de fragilidade para com o vendedor ou fornecedor. Nesse sentido, prossegue o autor<sup>[11]</sup> que

Esse novo conceito de vulnerabilidade eletrônica visa reequilibrar essa balança das relações de consumo via comércio eletrônico que atualmente pende para o lado dos fornecedores, trazendo uma reinterpretação do modelo tradicional, de modo a suprir de forma mais abrangente as necessidades do consumidor virtual.

Verifica-se, portanto, que é no *e-commerce* que ocorrem grande parte das violações de direitos dos consumidores, já que o consumidor raramente se atenta em conhecer as condições do ofertante, a qualidade dos produtos, etc.

Assim, realiza a transação eletrônica, por exemplo, sem se preocupar com os perigos que pode estar submetido, sobretudo quando informa seus dados pessoais como, CPF, RG, endereço, e-mail, telefone, entre outros, para finalizar a transação.

Os dados pessoais são a identidade do indivíduo. Segundo Doneda<sup>[12]</sup> “os dados pessoais chegam a fazer às vezes da própria pessoa em uma série de circunstâncias nas quais a sua presença física seria outrora indispensável”. É a partir de suas análises que um banco determina quanto de crédito liberar para um cliente por exemplo, complementa o autor. Explica também, que esses dados pessoais são coletados na medida em que se efetua um cadastro em *site* específico, ou ainda nas próprias redes sociais, ou através de *cookies* de navegação. Estes dados ou informações ficam armazenados em um banco de dados, contendo assim dados importantíssimos sobre a vida das pessoas.

Alves<sup>[13]</sup>, em um artigo publicado em 2017, sob o título “*Big data: O segredo por trás da Eleição de Trump*” para a página eletrônica *Showmetech*,

---

11. Marques e Novais. Disponível em <https://marquesnovaes.jusbrasil.com.br/artigos/418476350/a-vulnerabilidade-do-consumidor-no-e-commerce>. Acesso em 02 Nov. 2020.

12. DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], v. 12, n. 2, p. 91-108. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 02 Nov. 2020.

13. ALVES, Paulo. **BIG DATA: o segredo por trás da eleição de Trump**. 2017. *Site Showmetech*. Disponível em: <<https://www.showmetech.com.br/big-data-trump/>>. Acesso em 02 Nov. 2020.

faz menção sobre o método de perfilização criado pelo pesquisador Michal Kosinski,

Kosinski provou que, com base em uma média de 68 *likes* do *Facebook* por usuário, era possível prever sua cor da pele (95% de precisão), sua orientação sexual (88%) e sua filiação aos partidos Democrata ou Republicano (85%). Mas, ele não parou por aí. Inteligência, afiliação religiosa, bem como uso de álcool, cigarro e drogas, tudo poderia ser determinado. Com esses dados era até possível deduzir se os pais de alguém eram divorciados. A capacidade de prever a resposta de alguém era a principal demonstração de força do modelo. Kosinski continuou a trabalhar (...) seu mecanismo já era melhor do que psicólogos para avaliar pessoas apenas com base em 10 curtidas de *Facebook*. 70 curtidas eram suficientes para saber mais até do que os amigos de alguém, 150 mais do que os pais. Para conhecer uma pessoa mais do que o seu parceiro, bastavam 300 curtidas. Com mais *likes* do que isso era possível conhecer mais até do que a própria pessoa sabia sobre si.

Portanto, com meramente algumas “curtidas” em redes sociais, o controlador pode adquirir a ficha completa da pessoa humana, sendo que é por meio das redes sociais que atualmente se propaga o *e-commerce*.

De acordo com Bruno Feigelson, Daniel Beker e Geovani Ravagnani<sup>[14]</sup>, “Para se ter uma ideia do arsenal de informação das grandes empresas, já em 2009, grandes varejistas detinham 200 *terabytes* de dados sobre seus consumidores”.

O inciso I, do art. 5º, da Lei Geral de Proteção de Dados<sup>[15]</sup> dispõe sobre o que seriam esses dados pessoais, como sendo, a informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável.

---

14. FEIGELSON, Bruno; BECKER, Daniel; RAVAGNANI, Giovanni. **O Advogado do amanhã: estudos em homenagem ao professor Susskind**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 120.

15. Art. 5º, Lei 13.709/18. Art. 5º - Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em 02 Nov. 2020.

Para Nandi <sup>[16]</sup>, podemos citar como exemplos de dados pessoais o nome, endereço, números de documentos que são únicos (RG, CPF, CNH), o monitoramento de dados de consumo, informações de exames laboratoriais, entre muitos outros. Reiterando que o titular dos dados pessoais é toda pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento.

Os direitos do titular estão previstos no art. 18 do dispositivo legal <sup>[17]</sup>, sendo eles: o direito de confirmar a existência de tratamento de seus dados pessoais, acessar seus dados pessoais, de corrigir os dados pessoais; de anonimizar, bloquear ou eliminar dados pessoais, realizar a portabilidade de dados pessoais, obter informações sobre o compartilhamento de dados pessoais, revogar o consentimento dado.

Segundo Nandi <sup>[18]</sup>, outro conceito importante quando se interage com a LGPD é o de “tratamento de dados”, que podem ser definidos como sendo

---

16. NANDI, Juliana Simone. **LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados. Conheça um pouco sobre esse dispositivo legal que alterou a forma de tratamento dos dados pessoais pelas empresas**, 08.10.2020. Disponível em: <https://mulleradvocacia.com.br/lgpd-lei-geral-de-protecao-de-dados/>. Acesso em 02 Nov. 2020.

17. Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: I - confirmação da existência de tratamento; II - acesso aos dados; III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei; V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial; VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei; VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa; IX - revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei. § 1º O titular dos dados pessoais tem o direito de petição em relação aos seus dados contra o controlador perante a autoridade nacional. § 2º O titular pode opor-se a tratamento realizado com fundamento em uma das hipóteses de dispensa de consentimento, em caso de descumprimento ao disposto nesta Lei. § 3º Os direitos previstos neste artigo serão exercidos mediante requerimento expresso do titular ou de representante legalmente constituído, a agente de tratamento. § 4º Em caso de impossibilidade de adoção imediata da providência de que trata o § 3º deste artigo, o controlador enviará ao titular resposta em que poderá: I - comunicar que não é agente de tratamento dos dados e indicar, sempre que possível, o agente; ou II - indicar as razões de fato ou de direito que impedem a adoção imediata da providência. § 5º O requerimento referido no § 3º deste artigo será atendido sem custos para o titular, nos prazos e nos termos previstos em regulamento.

§ 6º O responsável deverá informar, de maneira imediata, aos agentes de tratamento com os quais tenha realizado uso compartilhado de dados a correção, a eliminação, a anonimização ou o bloqueio dos dados, para que repitam idêntico procedimento, exceto nos casos em que esta comunicação seja comprovadamente impossível ou implique esforço desproporcional. § 7º A portabilidade dos dados pessoais a que se refere o inciso V do caput deste artigo não inclui dados que já tenham sido anonimizados pelo controlador.

§ 8º O direito a que se refere o § 1º deste artigo também poderá ser exercido perante os organismos de defesa do consumidor. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso 03 Nov. 2020.

18. NANDI, Juliana Simone. **LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados. Conheça um pouco sobre esse dispositivo legal que alterou a forma de tratamento dos dados pessoais pelas empresas**, 08.10.2020. Disponível em: <https://mulleradvocacia.com.br/lgpd-lei-geral-de-protecao-de-dados/>. Acesso em 02 Nov. 2020.

[...] toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

No art. 5º, II<sup>[19]</sup>, tem-se o termo “dados sensíveis”, que conforme texto original, é definido como:

“Dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”.

Para Pinheiro<sup>[20]</sup>, são dados que estejam relacionados a características da personalidade do indivíduo e suas escolhas pessoais, tais como origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou a vida sexual, dado genético ou isométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

Entende Maciel<sup>[21]</sup> que referidos dados podem gerar significativos riscos para os direitos e liberdades fundamentais a depender do contexto da sua utilização, por esta razão, são submetidos a um regime especial e mais rigoroso de tratamento.

Bruno Ricardo Bioi<sup>[22]</sup> enfatiza que os dados sensíveis são uma espécie

---

19. Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso 03 Nov. 2020.

20. PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de Dados Pessoais Comentários à Lei n. 13.709/2018 LGPD**. Saraiva Educação. Edição do Kindle. Posição 286.

21. MACIEL, Rafael. **Manual prático sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Atualizado com a Medida Provisória no 869/18**. RM Digital Education. Edição do Kindle. Posição 594.

22. BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2019, p. 85.



de dados pessoais que compreendem uma tipologia diferente em razão de seu conteúdo oferecer uma espécie de vulnerabilidade: discriminação.

A norma definiu em seu art. 7º<sup>[23]</sup> as bases legais para o tratamento de dados, como por exemplo, a obrigatoriedade de haver consentimento do titular, a utilização para implementação e execução de políticas públicas, para estudos de órgãos de pesquisa, execução de contratos, proteção da vida ou integridade física, proteção do crédito, entre outras bases previstas na Lei.

Nos moldes do art. 17 da LGPD<sup>[24]</sup>, toda pessoa natural tem assegurado a titularidade de seus dados pessoais, concomitantemente, tendo garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade.

O art. 8º, também é considerado uma das principais bases normatizadoras de autodeterminação informativa, pois trata do fornecimento do consentimento, hipótese em que é autorizado o tratamento de dados da pessoa natural<sup>[25]</sup>.

Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular. § 1º Caso o consentimento seja fornecido por escrito, esse deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais. § 2º Cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade

---

23. Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei; IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso 03 Nov. 2020.

24. Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso 03 Nov. 2020.

25. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso 03 Nov. 2020.

com o disposto nesta Lei. § 3º É vedado o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento. § 4º O consentimento deverá referir-se a finalidades determinadas, e as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas. § 5º O consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 desta Lei. § 6º Em caso de alteração de informação referida nos incisos I, II, III ou V do art. 9º desta Lei, o controlador deverá informar ao titular, com destaque de forma específica do teor das alterações, podendo o titular, nos casos em que o seu consentimento é exigido, revogá-lo caso discorde da alteração.

Para Nandi <sup>[26]</sup>, pelo dispositivo, as empresas devem documentar procedimentos entre o controlador e o operador, no sentido de facilitar a demonstração dos procedimentos à Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD <sup>[27]</sup>. Devem ainda, promover ações educativas e treinamentos aos seus membros e colaboradores visando à mitigação de riscos e a devida informação aos titulares de dados, dessa forma, estarão seguindo as diretrizes do ordenamento e cumprindo com sua função social, além de estarem se resguardando quanto a possíveis conflitos que possam ocorrer no futuro.

## **CAPÍTULO 2. REGULAMENTO (UE) DO PARLAMENTO EUROPEU - REGULAMENTO GERAL SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS (RGPD) *GENERAL DATA PROTECTION REGULATION (GDPR)*.**

O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) – *General Data Protection Regulation (GDPR)*, entrou em vigor na União Europeia no dia 25 de maio de 2018, tendo sido utilizado como inspiração para a Lei

---

26. NANDI, Juliana Simone. **LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados. Conheça um pouco sobre esse dispositivo legal que alterou a forma de tratamento dos dados pessoais pelas empresas**, 08.10.2020. Disponível em: <https://mulleradvocacia.com.br/lgpd-lei-geral-de-protacao-de-dados/>. Acesso em 02 Nov. 2020.

27. Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD <https://www.gov.br/secretariageral/pt-br/noticias/2020/agosto/governo-federal-publica-a-estrutura-regimental-da-autoridade-nacional-de-protacao-de-dados>

Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil e foi avaliado como sendo o maior conjunto de normas de proteção à privacidade *online* existente desde o princípio da *internet*, causando impacto não somente na Europa, mas em todo o mundo, considerando o caráter global da rede, bem como porque regulamenta também a exportação de dados pessoais para fora da União Europeia.

Segundo *site* oficial <sup>[28]</sup>, o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, é datado de 27 de abril de 2016, e é relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, bem como, faz menção sobre a revogação da antecessora Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

A disciplina da proteção de dados pessoais emerge no âmbito da sociedade de informação, como uma possibilidade de tutelar a personalidade do indivíduo, contra potenciais riscos a serem causados pelo tratamento de dados pessoais. A sua função não é a de proteger os dados necessariamente, mas a pessoa que é titular desses dados <sup>[29]</sup>.

Destaca Bruno Ricardo Bioni <sup>[30]</sup> que o direito comunitário Europeu revela bem a travessia do consentimento no percurso geracional das leis de proteção de dados pessoais, cuja linha evolutiva continua em curso até agora, a começar pela influência das *guidelines* (orientações) da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) que provocou as primeiras normatizações sobre o tema no direito comunitário Europeu.

A Convenção 108 <sup>[31]</sup> *v.g.*, da década de 1980, de Strasbourg, do

---

28. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>. Acesso 03 Nov. 2020.

29. MENDES, Laura Schertel - **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 262

30. BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais**: A função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2019, p. 122.

31. Convenção para a proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de caráter pessoal. CNPD. Disponível em <<https://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/Convencao108.htm>>. Acesso em: 13 Nov. 2020.

Conselho da Europa, é decorrência do movimento promovido pela OCDE para facilitar a harmonização das legislações de proteção de dados pessoais.

Duas décadas depois despontou a Diretiva Europeia de Proteção de Dados Pessoais (Diretiva 95/46/CE), que garantia aos indivíduos o controle sobre as suas informações pessoais.

Dita diretiva, não impunha exclusivamente o direito de o titular dos dados pessoais controlá-los, mas, simetricamente, deveres aos *data controllers* (quem processa os dados pessoais), no sentido de aperfeiçoar tal estratégia regulatória<sup>[32]</sup>.

Na sequência, apareceu também a Diretiva Europeia 2002/58<sup>[33]</sup>, que se refere ao tratamento de dados e da proteção da privacidade nas comunidades eletrônicas.

Considerando o sucinto histórico apresentado alhures, o que se compreende é que a União Europeia há décadas já intuiu a necessidade de proteger os dados das pessoas e a privacidade.

Igualmente, com a evolução global da transmissão de dados e informações, tornou-se mais do que forçoso a evolução da legislação, sobretudo porque tais legislações protegiam os dados, mas eram omissas quanto aos pontos fundamentais.

De acordo com a Autoridade de Controle – Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd)<sup>[34]</sup>, violação de dados pessoais para o RGPD,

introduz em todas as organizações o dever de reportar certos tipos de violação de dados à entidade supervisora de cada país e aos

---

32. BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2019, p. 123.

33. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas. Disponível em <<https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=964154>>. Acesso em: 13 Nov. 2020

34. Autoridade de Controle – **Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd)** Disponível em: <https://mydataprivacy.eu/o-que-e-uma-violacao-de-dados-pessoais-para-o-rgpd/#:~:text=Uma%20viola%C3%A7%C3%A3o%20de%20dados%20consiste,ou%20acesso%20a%20dados%20pessoais.&text=Quando%20a%20viola%C3%A7%C3%A3o%20resultar%20num,ter%C3%A3o%20de%20ser%20notificados%20diretamente>. Acesso 03 Nov. 2020.

indivíduos afetados consoantes determinadas condições. Uma violação de dados consiste numa falha de segurança que pode levar à destruição, perda, alteração, divulgação não autorizada, ou acesso a dados pessoais. Isto significa que uma violação de dados pessoais é mais do que perder apenas dados pessoais.

Segundo a comissão, a autoridade supervisora só haverá de ser notificada de uma violação de dados pessoais, se essa falha apresentar riscos para os direitos e liberdades dos indivíduos. Nomeadamente, provocar efeitos de detrimento como discriminação, ameaça à reputação, perda financeira, perda de confidencialidade ou qualquer outra desvantagem social ou económica significativa.

De acordo com a Autoridade de Controle<sup>[35]</sup>, “este processo tem de ser tratado caso a caso”, e prossegue trazendo como exemplo, que “a entidade supervisora terá de ser notificada de perda de dados de clientes quando essa perda colocar indivíduos sob risco de roubo de identidade”. Em contrapartida, faz menção de que a perda ou alteração não apropriada de uma lista de telefones de empregados, *v.g.*, não será normalmente motivo para notificação.

Todavia, prossegue a CNDP, que quando a violação derivar num elevado risco para os direitos e liberdades dos indivíduos, estes também terão de ser notificados diretamente, bem como, informa que em caso de ‘elevado risco’ quer dizer que o risco para notificar os indivíduos é mais elevado do que para notificar a autoridade supervisora. Consta explicação também sobre o tipo de informação que deve constar numa notificação de violação de dados pessoais, a natureza da violação de dados pessoais, as categorias e número aproximado de indivíduos afetados, se possível, além

---

35. Autoridade de Controle – **Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNDP)** Disponível em: <https://mydataprivacy.eu/o-que-e-uma-violacao-de-dados-pessoais-para-o-rgpd/#:~:text=Uma%20viola%C3%A7%C3%A3o%20de%20dados%20consiste,ou%20acesso%20a%20dados%20pessoais.&text=Quando%20a%20viola%C3%A7%C3%A3o%20resultar%20num,ter%C3%A3o%20de%20ser%20notificados%20diretamente>. Acesso 03 Nov. 2020.

do nome e os detalhes de contato do Encarregado e Proteção de Dados (caso a organização tenha um), ou outros contatos que possam ser utilizados para obter informação.

De acordo com a Autoridade de Controle, no mesmo *site* supracitado, caso uma violação de dados pessoais que tenha de ser notificada, deverá ser reportada à entidade supervisora num prazo de 72 horas após a organização ter tido conhecimento da mesma. Todavia, o RGPD consente que esta informação seja feita em fases, levando em consideração que será muito provavelmente impossível investigar uma violação de dados neste período de tempo. Prossegue no sentido de que na hipótese de a violação de dados seja suficientemente séria para assegurar a sua divulgação pública, a organização responsável deve fazê-lo sem qualquer demora, sendo que “a falha no cumprimento destes procedimentos implica na aplicação das multas que estão regulamentadas”.

Para Hoffman<sup>[36]</sup>, o RGPD é a alteração mais importante nas normas de privacidade em décadas, e que “as empresas estão trabalhando para implementar mudanças abrangentes em seus sistemas e contratos, e aquelas que funcionam em plataformas que respeitam os regulamentos de privacidade estão em vantagem”. Para a autora,

O Regulamento Geral de Proteção de Dados (“RGPD”) é uma nova lei europeia de privacidade e proteção dos dados. Ele exige proteções de privacidade mais granulares nos sistemas de uma organização, acordos de proteção de dados mais detalhados e uma divulgação mais amigável e detalhada para o consumidor sobre as práticas de privacidade e proteção dos dados de uma organização. O RGPD substitui o regime jurídico atual europeu de proteção de dados de 1995 (conhecido como a “Diretriz de Proteção de Dados”). A Diretriz de Proteção de Dados requeria a transposição para a lei nacional de Membros da UE, que causou um cenário legal de proteção de dados

---

36. HOFFMAN, Sára Gabriella. **Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR)**. Disponível em: <https://stripe.com/pt-br-de/guides/general-data-protection-regulation>. Acesso em 04 Nov. 2020.

fragmentado na Europa. O RGPD é um regulamento europeu que tem um efeito jurídico direto em todos os Países-Membros da UE, ou seja, não precisa ser transposto para uma lei nacional dos Países-Membros para se tornar obrigatório. Isso aumentará a consistência e a aplicação harmoniosa da lei na UE.

Prossegue Hoffman, que<sup>[37]</sup>

Ao contrário da Diretriz de Proteção dos Dados, o RGPD é relevante para qualquer empresa que opera globalmente, não apenas aquelas localizadas na EU. Sob o RGPD, as organizações podem entrar no escopo se (i) a organização é sediada na EU ou (ii) a organização não é sediada na EU, mas as atividades de processamento de dados estão relacionadas a indivíduos da EU e à oferta de produtos e serviços a eles, ou ao monitoramento de seu comportamento.

Importante neste momento clarear a respeito da cooperação internacional, pois no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) da União Europeia, aplica-se ao tratamento de dados pessoais, realizado dentro ou fora da União Europeia, conforme dispõe o artigo 3º da RGPD<sup>[38]</sup>, que determina que o regulamento

aplica-se “ao tratamento de dados pessoais no contexto das atividades de um estabelecimento de um controlador ou processador na União Europeia, independentemente de o processamento ocorrer dentro ou fora da União Europeia”.

Zeller, Trakman e Walters<sup>[39]</sup> ponderando sobre a RGPD da União Europeia, enfatizam que há circunstâncias em que as leis de um país estrangeiro podem diferir expressivamente das leis da União Europeia, mas que os dados ainda podem ser transferidos, desde que consideradas

---

37. HOFFMAN, Sára Gabriella. **Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR)**. Disponível em: <https://stripe.com/pt-br-de/guides/general-data-protection-regulation>. Acesso em 04 Nov. 2020.

38. UNIÃO EUROPEIA. **General Data Protection Regulation (GDPR). Art. 3** - Disponível na versão português de Portugal em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN#d1e1554-1-1>>. Acesso em: 13 Nov. 2020.

39. ZELLER, Bruno, TRAKMAN, Leon, WALTERS, Robert. **Data Protection Law – A Comparative analysis of Asia-Pacific And European Approaches**. Ed. Springers, 2019, p. 69.

algumas regras impostas pelos órgãos reguladores da RGPD Europeia.

De acordo com o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Europeu que inspirou a LGPD no Brasil, **dados pessoais** são qualquer informação relacionada a um indivíduo identificado ou identificável.

Para Hoffman <sup>[40]</sup> este é um conceito bastante amplo, pois abrange qualquer informação que poderia ser usada sozinha ou em combinação com outras informações para identificar uma pessoa.

Importante o registro de que dados pessoais não são exclusivamente o nome ou endereço de e-mail do indivíduo, pois eles podem englobar dados como informações financeiras ou, em alguns casos, inclusive um endereço IP (protocolo de *internet*).

No mais, existem determinadas categorias de dados pessoais que é oferecido um nível maior de proteção de dados devido à sua natureza delicada ou sensível, como também faz menção a lei brasileira, conforme analisado no capítulo 1, pois estas categorias de dados, explica a autora <sup>[41]</sup>, são elementos sobre a origem étnica e racial do indivíduo, ou ainda, “opiniões políticas, crenças religiosas e filosóficas, filiação a sindicatos, dados genéticos, dados biométricos, dados de saúde, informações sobre a vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa e informações da ficha criminal”.

Sobre a autorização ou consentimento, o RGPD prevê regras rigorosas em matéria de tratamento de dados com fundamento no consentimento dos titulares, sendo que o objetivo destas regras é assegurar que o titular dos

---

40. HOFFMAN, Sára Gabriella. **Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR)**. Disponível em: <https://stripe.com/pt-br-de/guides/general-data-protection-regulation>. Acesso em 04 Nov. 2020.

41. HOFFMAN, Sára Gabriella. **Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR)**. Disponível em: <https://stripe.com/pt-br-de/guides/general-data-protection-regulation>. Acesso em 04 Nov. 2020.



dados perceba para o que é que está se dando consentimento, conforme sítio *Web* oficial da União Europeia <sup>[42]</sup>

Isto significa que o consentimento deve ser dado de forma livre, específica, informada e inequívoca, por meio de um pedido apresentado numa linguagem simples e clara. O consentimento do titular dos dados deve ser dado através de um ato positivo, por exemplo assinalando uma casa ou assinando um formulário. Sempre que um titular dê consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais, só pode tratar esses dados para as finalidades para as quais o consentimento foi dado. O titular tem de ter possibilidade de retirar o consentimento.

De acordo com as regras da EU, em matéria de proteção de dados, deve se tratar os dados de uma forma lícita e equitativa, para fins específicos e legítimos e apenas na medida em que tal for necessário para esses fins. Segundo consta no sítio *Web* oficial da União Europeia, para poder tratar sobre dados pessoais, deve certificar-se de que preenche as seguintes condições <sup>[43]</sup>:

Obteve o **consentimento** do titular dos dados; o tratamento é necessário para executar um **contrato** no qual o titular dos dados é parte; o tratamento é necessário para cumprir uma **obrigação legal**; o tratamento é necessário para defender os **interesses vitais** do titular ou de outra pessoa; o tratamento é necessário para **exercer funções de interesse público**; o tratamento é necessário no **interesse legítimo** da sua empresa, desde que os direitos e liberdades fundamentais dos titulares dos mesmos não sejam afetados de forma significativa. Se os direitos dos titulares prevalecerem sobre os interesses da sua empresa, então não pode tratar os dados pessoais.

O RGDP também regra sobre o acesso e direito à portabilidade dos

---

42. Sítio *Web* oficial da União Europeia. Disponível em: [https://europa.eu/youreurope/business/dealing-with-customers/data-protection/data-protection-gdpr/index\\_pt.htm#shortcut-0](https://europa.eu/youreurope/business/dealing-with-customers/data-protection/data-protection-gdpr/index_pt.htm#shortcut-0). Acesso em 05 Nov. 2020.

43. Sítio *Web* oficial da União Europeia. Disponível em: [https://europa.eu/youreurope/business/dealing-with-customers/data-protection/data-protection-gdpr/index\\_pt.htm#shortcut-0](https://europa.eu/youreurope/business/dealing-with-customers/data-protection/data-protection-gdpr/index_pt.htm#shortcut-0). Acesso em 05 Nov. 2020.

danos e o direito de corrigir estes dados, bem como o direito de oposição<sup>[44]</sup>

Os titulares dos dados têm **direito a aceder aos respetivos dados pessoais** de forma gratuita. Se um titular lhe pedir para aceder aos seus próprios dados pessoais, deve: informá-lo de se os dados pessoais em questão estão a ser tratados; dar-lhe informações sobre o tratamento (finalidade do tratamento, categorias de dados pessoais tratados, destinatários dos dados, etc.); fornecer-lhe uma cópia dos dados pessoais que estão a ser tratados (num formato acessível).

Prossegue o *sítio Web* oficial<sup>[45]</sup>, que sempre que o tratamento tiver por fundamento o consentimento ou um contrato, o titular pode igualmente solicitar que lhe devolva os seus dados pessoais ou os transmita a outra empresa. “Trata-se do direito à portabilidade dos dados”, sendo que “os dados devem ser apresentados num formato de uso corrente que permita a leitura automática”. Ainda, se o titular dos dados avaliar que os seus dados pessoais estão incorretos, não completos ou impróprios, tem o direito de os retificar ou completar.

Deste modo, pode-se afirmar que a transferência de dados através das fronteiras internacionais é possível pelo protocolo na União Europeia. Para ajudar a facilitar esse processo, a RGPD, através do artigo 44, estabelece que<sup>[46]</sup>:

Qualquer transferência de dados pessoais que sejam ou venham a ser objeto de tratamento após transferência para um país terceiro ou uma organização internacional só é realizada se, sem prejuízo das outras disposições do presente regulamento, as condições estabelecidas no presente capítulo forem respeitadas pelo responsável pelo tratamento e pelo subcontratante, inclusivamente no que diz respeito às transferências ulteriores de dados pessoais

---

44. *Sítio Web* oficial da União Europeia. Disponível em: [https://europa.eu/youreurope/business/dealing-with-customers/data-protection/data-protection-gdpr/index\\_pt.htm#shortcut-0](https://europa.eu/youreurope/business/dealing-with-customers/data-protection/data-protection-gdpr/index_pt.htm#shortcut-0). Acesso em 05 Nov. 2020.

45. *Sítio Web* oficial da União Europeia. Disponível em: [https://europa.eu/youreurope/business/dealing-with-customers/data-protection/data-protection-gdpr/index\\_pt.htm#shortcut-0](https://europa.eu/youreurope/business/dealing-with-customers/data-protection/data-protection-gdpr/index_pt.htm#shortcut-0). Acesso em 05 Nov. 2020.

46. UNIÃO EUROPEIA. **General Data Protection Regulation (GDPR). Artigo 44** – Disponível na versão português de Portugal em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN#d1e1554-1-1>>. Acesso em: 13 Nov. 2020. .

do país terceiro ou da organização internacional para outro país terceiro ou outra organização internacional. Todas as disposições do presente capítulo são aplicadas de forma a assegurar que não é comprometido o nível de proteção das pessoas singulares garantido pelo presente regulamento.

O artigo 45 permite que o Comitê Europeu avalie a adequação da proteção à transferência de dados. A transferência para um país fora da União Europeia pode ser realizada desde que sejam aplicadas as garantias de proteção de dados adotadas pela Comissão.

Analisando as reflexões trazidas neste capítulo, podemos verificar que o GDPR entrou em vigor na União Europeia em 25 de maio de 2018 e serviu como inspiração para a promulgação da lei brasileira, na medida em que a falta de uma lei específica no Brasil poderia ocasionar inúmeros prejuízos ao país.

Imaginamos que a carência de legislação nestes moldes poderia, de acordo com o GDPR, até mesmo dificultar a transposição de dados para o Brasil, diante da inconformidade do nosso ambiente regulatório.

A LGPD e o GDPR apresentam muitas similitudes, pois ambos apresentam disposições parecidas com relação ao consentimento dos titulares dos dados pessoais, ônus da comprovação da aquisição do consentimento, direito de conhecimento dos titulares, portabilidade de dados, responsabilidade dos agentes, indicação do encarregado pelo tratamento dos dados e previsão de parâmetros de segurança para o seu tratamento, inclusive a guarda dos dados.

### **CAPÍTULO 3. CONSEQUÊNCIAS DA VIGÊNCIA DA LEI NO ÂMBITO DAS DECISÕES JUDICIAIS COM ABORDAGEM A RESPEITO DA PRIMEIRA SENTENÇA OCORRIDA NO BRASIL COM BASE NA LGPD - LEI 13.709/18.**

Para Piccoli <sup>[47]</sup> “As mudanças em escala exponencial provocadas pelas disfunções tecnológicas vêm transformando nossas vidas em todos os aspectos.” Prossegue o autor, no sentido de que “precisamos adotar uma nova mentalidade para acompanhar as disrupções da sociedade digital, porque novos comportamentos ‘em rede’ refletem em todos os negócios e setores.”

Segundo o autor <sup>[48]</sup>

Atualmente, todas as organizações, principalmente as mais verticalizadas e com a ótica linear, são impactadas pelo uso das tecnologias exponenciais. Alguns sequer sobrevivem ao desafio de se adaptar aos novos concorrentes, que já nascem com base digitais.

Vivemos tempos absolutamente diferentes, tudo muda a uma velocidade espantosa e a tecnologia se encarrega de tornar obsoleto o que ontem era uma grande novidade, e considerando todas estas mudanças instigadas pelas disfunções tecnológicas que causam impactos em tudo e na vida de todos, surgem decisões no âmbito jurídico que devem ser pautadas de acordo com a nova realidade e com fundamento normativo novos, adaptáveis e adequados, ainda que possam gerar grandes impactos na sociedade, nos negócios e em diversos setores.

Por tudo isso e considerando o advento da LGPD no Brasil, bem como sua vigência recente, no presente capítulo a reflexão ficará por conta da primeira sentença que utilizou a Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil (Lei 13.709/18), como base e fundamento de sentença, juntamente com outros dispositivos legais já existentes e adequados ao caso.

Trata-se do processo digital n. 1080233-94.2019.8.26.0100 <sup>[49]</sup> de

---

47. PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário Exponencial**: sete premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação do ecossistema da justiça. São Paulo: Vidaria Livros, 2018, p. 15.

48. PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário Exponencial**: sete premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação do ecossistema da justiça. São Paulo: Vidaria Livros, 2018, p. 24.

49. Processo digital n. 1080233-94.2019.8.26.0100, disponível em: <[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)>. Acesso em 08 Nov. 2020.

Indenização por Dano Moral que tramita na 13ª Vara Cível da Comarca de São Paulo. A juíza TYK, determinou que a ré CBR S.A, não mais repassasse os dados pessoais de clientes a terceiros sem autorização. Ainda, em caso de descumprimento, foi concedida liminar com previsão de multa diária no valor de R\$ 300,00.

De acordo com o processo, a ação foi ajuizada porque o autor FVC vinha sendo assediado por telefone, WhatsApp e e-mail, por diversas empresas que tiveram acesso a seus dados pessoais depois da compra de um imóvel com a construtora ré CBR S.A.

Na inicial, consta explicação da parte autora de que os contatos começaram a partir da compra do imóvel e sempre fizeram referência à compra. Logo, não restou dúvidas do *start* e, que os dados autorais foram originalmente colhidos para vias de identificação do autor como cliente da ré. De acordo com o que se lê da própria defesa da construtora ré, foi para a criação de registro positivo em nome do autor FVC, para a veiculação das informações de adimplementos.

Observa-se pela leitura do processo que os advogados da parte fundamentam que o compartilhamento dos dados incide na Lei do Cadastro Positivo (Lei 12.414/2011), Lei do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), dos princípios da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei. 13.709/18) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

Consta pedido de tutela de urgência para que a ré se abstinhasse de repassar, vazar, vender, alugar, entregar ou doar os dados pessoais, financeiros e/ou sensíveis do autor para terceiros, sem a sua devida autorização, sob pena de multa diária de R\$ 300,00, por contato indevido realizado por terceiros.

Esta a sentença do processo digital n. 1080233-94.2019.8.26.0100<sup>[50]</sup>

Vistos. FVC moveu a presente ação em face de CBR S.A. para, em suma, aduzir que as partes teriam firmado instrumento contratual cujo objeto seria a aquisição de unidade autônoma de empreendimento imobiliário de responsabilidade da ré. Esta, contudo, teria compartilhado dados do autor a empresas estranhas à relação contratual, o que lhe teria causado dano de natureza extrapatrimonial. Assim, requereu a condenação da requerida à obrigação de não fazer, bem como ao pagamento de indenização por dano moral (fls. 01/51). Apresentou documentos às fls. 52/154. A decisão de fl. 155 deferiu a tutela provisória requerida, com a fixação de multa em caso de descumprimento. A ré apresentou contestação para, [...]. Ainda apresentou pretensão reconventional para requerer a condenação do réu ao pagamento de indenização a título de dano moral (fls. 170/202. Apresentou documentos às fls. 203/363. Réplica [...]. Decido. A presente demanda tem por objeto a aduzida ilicitude da conduta da ré em supostamente transmitir dados titularizados pelo autor a empresas estranhas ao objeto do contrato firmado entre as partes. A requerida, por seu turno, apresenta como impeditivos do direito do requerente os seguintes fundamentos: a) ausência de sua responsabilidade; b) falta de prova do fato alegado pelo autor como constitutivo de seu direito; c) inexistência denexo causal; d) não caracterização de dano moral. É incontroverso que o autor celebrou com a ré instrumento contratual por meio do qual forneceu seus dados pessoais, dentre os quais nome, endereço, profissão, estado civil. Acerca do tratamento de tais dados, as cláusulas 2.21.8 apontou a autorização do ora autor em ter seus dados incluídos em cadastro positivo (fl. 88). Não há dúvida que a relação entre as partes é de natureza consumerista como restou assentado na decisão de fls. 627/630 de sorte que um dos direitos fundamentais do consumidor é de acesso à informação adequada acerca dos serviços que lhes são postos à disposição. Especificamente sobre o assunto referente ao tratamento de dados, a Lei no 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados LGPD) prescreve que são fundamentos da disciplina da proteção de dados, dentre outros, o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, a defesa do consumidor, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade (art. 2o). Vê-se,

---

50. Processo digital n. 1080233-94.2019.8.26.0100, disponível em: <[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)>. Acesso em 08 Nov. 2020.

portanto, que os referidos diplomas (CDC e LGPD) encontram-se em consonância com os princípios fundamentais da República expressos na Constituição Federal de 1988, especialmente o respeito à dignidade humana (art. 1º, III, CF/88), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF/88) e a promoção do bem de todos sem preconceitos (art. 3º, IV, CF/88). Exsurge de tais valores o vetor que direciona a tutela dos direitos fundamentais como pilar inarredável do Estado Democrático de Direito, em que as garantias e os direitos individuais sequer são passíveis de serem infirmados ou reduzidos pelo Poder Constituinte Derivado (art. 60, § 4º, IV, CF/88). O rol do art. 5º da CF/88 apresenta diversos direitos fundamentais, que devem ser garantidos e protegidos pelo Estado (eficácia vertical), bem como observados pelos particulares em suas relações (eficácia horizontal), o que sequer demanda mediação pela via da legislação ordinária. São direitos fundamentais a honra, o nome, a imagem, a privacidade, a intimidade e a liberdade (art. 5º, caput, V e X, CF/88), o que é complementado pelo tratamento despendido pelas normas infraconstitucionais (v.g. arts. 11 a 21 do Código Civil, 6º do Código de Defesa do Consumidor). Ressalte-se que a própria proteção ao consumidor é um direito fundamental (art. 5º, XXXII, CF/88), sendo um dos fundamentos da ordem econômica (art. 170, V, CF/88). Tendo em vista a característica da historicidade e a inexequibilidade dos direitos fundamentais, outros podem ser construídos e incluídos na proteção dispendida a interesses dotados de relevância jurídica (art. 5º, § 2º, CF/88), especialmente ante a dinamicidade das relações econômicas e sociais do modo de produção/reprodução de vida contemporâneo. É nesse contexto que os dados surgem como bens jurídicos tutelados pela ordem jurídica, porquanto relacionados a diversos outros direitos também fundamentais, conforme o supracitado art. 2º da LGPD. O fornecedor de serviços, portanto, está livre para atuar na exploração do mercado de consumo, contudo, deverá fazê-lo tendo por baliza a função social da propriedade e dos contratos (art. 170, III, CF/88) e a proteção da parte hipossuficiente da relação. Condutas que violem direitos fundamentais e outros assegurados no ordenamento jurídico nacional são ilícitas (arts. 186, 187, 422 e 2.035, parágrafo único, Código Civil) e devem ser reprimidas e reparados os danos daí decorrentes. No caso em comento, resta devidamente comprovado que o autor foi assediado por diversas empresas pelo fato de ter firmado instrumento contratual com a ré para a aquisição de unidade autônoma em empreendimento imobiliário. Os documentos de fls. 107/146 e 1080/1087 confirmam que recebera o contato de instituições financeiras, consórcios,

empresas de arquitetura e de construção e fornecimento de mobiliários planejado pelo fato de ter adquirido imóvel junto à requerida. Tanto que tais documentos apontam que os interlocutores tinham ciência de que o bem adquirido pelo autor era o denominado “THERA IBIRAPUERA” (fls. 107, 109, 110, 112, 132, 136). O próprio autor, em resposta a uma dessas mensagens, pergunta como que o interlocutor teve acesso aos seus dados, e a resposta, que merece ser transcrita, foi a seguinte (fl. 111 verbis): F, Bom dia! Nós trabalhamos com diversas parcerias para oferecermos nossa consultoria em questão a quitação de empreendimentos de algumas construtoras. Não sei ao certo quem passou o seu contato. Patente que “parceiros” obtiveram os dados do autor para que pudessem fornecer a ele serviços estranhos aos prestados pela própria requerida. No entanto, cientes do especificamente do empreendimento em relação ao qual o autor adquiriu uma unidade autônoma. Inclusive com propostas para pagamento do preço do imóvel por financiamento ou consórcio e compra e instalação de móveis planejados para o bem. A prova testemunhal colhida corrobora a prova documental. A testemunha Sr. AEAL apontou que também havia adquirido imóveis de empreendimentos da requerida e que recebera ligações inconvenientes e indesejadas de empresas de móveis e instituições financeiras, as quais se iniciam apenas após a efetivação da aquisição dos bens (fls. 798/801). Patente que os dados independentemente de sensíveis ou pessoais (art. 5º, I e II, LGPD) foram tratados em violação aos fundamentos de sua proteção (art. 2º, LGPD) e à finalidade específica, explícita e informada ao seu titular (art. 6º, I, LGPD). O contrato firmado entre as partes prescreveu apenas a possibilidade de inclusão de dados do requerente para fins de inserção em banco de dados (“Cadastro Positivo”), sem que tenha sido efetivamente informado acerca da utilização dos dados para outros fins que não os relativos à relação jurídica firmada entre as partes. Entretanto, consoante prova documental acima indicada, houve a utilização para finalidade diversa e sem que o autor tivesse informação adequada (art. 6º, II, LGPD). Nesse mesmo sentido intuitivo, o disposto no artigo 6º, III e IV, do Código de Defesa do Consumidor. Isto posto, a responsabilidade da ré é objetiva (arts. 14, caput, CDC e 45, LGPD). Inexiste suporte para a exclusão de responsabilidade (art. 14, § 3º, I a III, CDC), de sorte que caracterizado o ato ilícito relativo a violação a direitos de personalidade do autor, especialmente por permitir e tolerar (conduta omissiva) ou mesmo promover (conduta comissiva) o acesso indevido a dados pessoais do requerente por terceiros. Irrelevante se a ré possui mecanismos eficazes para a



proteção de dados, seja porque se sujeita às normas consumeristas em relação à sua responsabilidade, bem como pelo fato de que houve utilização indevida dos dados do requerente em decorrência do contrato firmado entre as partes. Sendo a responsabilidade objetiva, não há suporte para se inquirir a existência de culpa ou a presença de suas modalidades (imperícia, negligência ou imprudência). Tampouco desnecessário aferir se outras pessoas físicas ou jurídicas participaram da ilicitude (como no caso de corretores de imóveis), porquanto todos que participam da cadeia produtiva respondem de forma solidária pelos danos causados (arts. 7º, parágrafo único, e 25, I, CDC). A própria testemunha da ré, Sr. CECP, afirmou que não seria impossível que corretores compartilhassem dados dos clientes, bem como teria trabalhado como corretor em alguns empreendimentos da ré e que esta não teria treinamento que abordasse sigilo de dados (fls. 798/801). Ressalte-se que a necessária informação adequada e clara dos conteúdos do serviço e a proteção à saúde e segurança (inclusive a integridade psicológica) do consumidor são objeto de prescrição normativa antes mesmos da LGPD, seja pelo regime de direitos fundamentais decorrentes da CF/88, como também pelas normas do Código Civil e CDC. Não por outro motivo, por exemplo, são nulas cláusulas que sejam incompatíveis com a boa-fé (art. 51, IV, CDC e 187 e 422, Código Civil), que ofendam princípios fundamentais do sistema jurídico (art. 51, § 1º, I, CDC) ou que restrinjam direitos fundamentais inerentes à natureza do contrato (art. 51, § 1º, II, CDC). O nexo causal, por seu turno, resta caracterizado. Fora comprovado que após a contratação surgiram os contatos de empresas terceiras, que tiveram acesso a dados do autor por conta da contratação efetivada com a ré. Em realidade, tal expediente se observa costumeiramente no mercado imobiliário, o que não pode deixar de ser apreciado pelo julgador (arts. 374, I, e 375, Código de Processo Civil). O autor se desincumbiu de seu ônus probatório referente à prova do fato constitutivo de seu direito, enquanto não o fez a requerida em relação ao fato impeditivo por si aduzido (art. 373, Código de Processo Civil). Os documentos colacionados pela ré às fls. 828/838 nada provam. Trata-se de meras declarações prestadas por terceiros, e porque o fato de existir a aduzida segurança no tratamento de dados não impediu que esses fossem utilizados de forma indevida. O dano a esfera extrapatrimonial também fora demonstrado. Justamente por conta do ato ilícito relativo ao acesso de dados titularizados pelo autor a terceiros, houve violação a direitos de personalidade (intimidade, privacidade, nome). O dano, nesta hipótese, decorre

do próprio ilícito (*in re ipsa*), e resta corroborado pelos documentos que comprovam que o requerente fora assediado por diversas empresas por conta da conduta ilícita da requerida (fls. 107/146 e 1080/1087). Tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, a gravidade e a natureza do dano, as condições econômico-financeiras das partes e as particularidades do caso concreto, fixo a reparação a título de dano moral no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do artigo 944 do Código Civil. Ante a natureza constitutiva de tal provimento, a correção monetária deverá ser feita pela tabela prática do TJSP desde a data da publicação da sentença e os juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês incidirão a contar da data do trânsito em julgado. Ao revés, a pretensão reconvenicional não merece acolhimento. [...]. Pelo exposto, JULGO IMPROCEDENTE a pretensão reconvenicional e PROCEDENTES os pedidos autorais, com a confirmação da tutela provisória inicialmente deferida, para: a) condenar a ré a se abster de repassar ou conceder a terceiros, a título gratuito ou oneroso, dados pessoais, financeiros ou sensíveis titularizados pelo autor, sob pena de multa de R\$ 300,00 (trezentos reais) por contato indevido; b) condenar a ré ao pagamento de indenização a título de dano moral no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), atualizado pela tabela prática do TJSP desde a data da publicação desta sentença e acrescido de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês a contar da data do trânsito em julgado. Ante a sucumbência, especialmente em decorrência do teor da Súmula no 326 do Superior Tribunal de Justiça, arcará com a ré com a integralidade das custas e das despesas processuais, bem como com os honorários ao advogado do autor no importe de 10% (dez por cento) do valor total da condenação. Pela improcedência da reconvenção, arcará a ré-reconvinte também com honorários ao patrono do reconvindo no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa dado à reconvenção, atualizado pela tabela prática do TJSP desde a data da apresentação da pretensão (20/09/2019). Essa verba honoraria deverá ser acrescida de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês a contar da data do trânsito em julgado.

P.R.I. São Paulo, 29 de setembro de 2020.

Pela leitura da decisão, pode-se conferir que a ré tinha parceiros, sendo que estes tiveram acesso aos dados do autor para que pudessem fornecer a ele serviços ausentes aos prestados pela própria requerida e, que

os ditos parceiros, tinham, inclusive, ciência exata do empreendimento em relação ao qual o autor adquiriu uma unidade autônoma, ou seja, sabiam de dados específicos até mesmo do imóvel adquirido da construtora ré. Observa-se que houve até mesmo propostas para pagamento do preço do imóvel por financiamento ou consórcio e compra e instalação de móveis planejados para o bem, conforme se extrai da sentença.

A magistrada motiva a decisão no sentido de que a violação da ré não foi somente na Lei Geral de Proteção de Dados, mas também infringiu o Código de Defesa do Consumidor e dispositivos da Constituição Federal, entre eles aqueles que se referem ao respeito à dignidade da pessoa humana <sup>[51]</sup>, construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceitos <sup>[52]</sup>.

Fundamenta ainda que o rol constante do art. 5º da Constituição Federal, proporciona vários direitos fundamentais que devem ser assegurados e resguardados pelo Estado, assim como notados pelos particulares em suas relações, o que sequer demandaria mediação pela via da legislação ordinária. Ditos direitos fundamentais são a honra, o nome, a imagem, a privacidade, a intimidade e a liberdade, o que é complementado pelo tratamento despendido pelas normas infraconstitucionais, esclarece a juíza.

Logo, o que se observa é que alguns atores compreendem que os direitos ligados à privacidade e à proteção dos dados, tão-somente passaram a existir com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados e sua entrada em vigor faz cerca de dois meses, entretanto, a verdade é que o novo ordenamento apenas associou uma série de normativas que estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

---

51. **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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 09 Nov. 2020.

52. **Art. 3º** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 09 Nov. 2020.

Para Doneda<sup>[53]</sup>

O tratamento autônomo da proteção de dados pessoais é uma tendência hoje fortemente enraizada em diversos ordenamentos jurídicos e é caso emblemático de uma tendência que, a princípio, parecia apenas destinada a mudar determinado patamar tecnológico e a solicitar previsões pontuais no ordenamento, mas que, em seus desdobramentos, veio a formar as bases para o que vem sendo tratado, hoje, como um direito fundamental à proteção de dados.

Prossegue que,

A aludida “progressão geracional” das leis sobre proteção de dados pessoais faz referência, não por acaso, a uma linguagem própria da informática e exprime a lógica da busca por modelos jurídicos mais ricos e completos. Não obstante essa sua marcada mudança de perfil com os anos, é possível reagrupar materialmente seus objetivos e linhas de atuação principais em torno de alguns princípios comuns, presentes em diversos graus em ordenamentos vários – no que podemos verificar uma forte manifestação da convergência das soluções legislativas quanto à matéria em diversos países, bem como uma tendência sempre mais marcada rumo à consolidação de certos princípios básicos e sua vinculação sempre mais estreita com a proteção da pessoa e com os direitos fundamentais.

Portanto, entende-se que devem ser estabelecidos meios de garantia para o cidadão, no sentido de que não possa haver um sistema de armazenamento de informações pessoais, cuja existência seja conservada em segredo e deve existir um modo pelo qual a pessoa possa descobrir quais informações a seu respeito estão contidas em um registro e de que maneira ela é utilizada.

No panorama do ordenamento brasileiro, o autor<sup>[54]</sup> afirma que,

o reconhecimento da proteção de dados como um direito autônomo e fundamental não deriva de uma dicção explícita e literal, porém

---

53. DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], v. 12, n. 2, p. 96. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 02 Nov. 2020.

54. DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], v. 12, n. 2, p. 102. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 02 Nov. 2020

da consideração dos riscos que o tratamento automatizado traz à proteção da personalidade à luz das garantias constitucionais de igualdade substancial, liberdade e dignidade da pessoa humana, juntamente com a proteção da intimidade e da vida privada.

Então, a proteção de dados pessoais no ordenamento brasileiro, não está construída a partir de um complexo de normas singular, considerando que a CF/88 contempla o problema da informação primeiramente por meio das garantias à liberdade de expressão e do direito à informação, confrontados com a proteção da personalidade e à privacidade.

## Conclusão

Considerando os dados, reflexões e apontamentos apresentados nos 3 capítulos, podemos concluir que o estudo demonstrou que as preocupações com os impactos das novas tecnologias nas esferas menos penetráveis da vida de cada pessoa humana não é uma preocupação apenas nossa, mas sim de todas as pessoas do planeta, sendo que a União Europeia desponta em termos de legislação, pois são diversos ordenamentos jurídicos e avanços na tutela da privacidade dos indivíduos originários dela desde a década de 1990.

Na Europa, múltiplas foram as produções normativas que inquiriram o amparo da privacidade e da intimidade, de maneira especial do direito à proteção de dados, atualmente elevado o patamar de direito autônomo em relação à privacidade, em razão da especialidade de regras e princípios que ordenam o *RGPD*.

Medidas legislativas são sempre bem-vindas e imprescindíveis, ainda mais considerando que o dado pessoal tem sido um dos essenciais componentes da *data driven economy*, que traduzindo significa “economia dirigida por dados”, pois são cada vez mais processados e valorados

economicamente, bem como considerados como sendo uma preciosa ferramenta para tomada de importantes decisões para empresas e organizações nacionais e estrangeiras.

Com a aspiração de se adequar ao cenário mundial na busca da proteção de dados, o Poder Legislativo brasileiro entendeu por bem em editar a Lei nº 13.709/2018, a LGPD, que entrou em vigor em agosto de 2020, passando a ser considerado um grande avanço atrelado ao marco regulatório da proteção de dados no país e com o compromisso de conferir novos paradigmas à tutela normativa da privacidade e da intimidade dos indivíduos, provocando significativos impactos em todas as áreas do direito, com o principal objetivo de resguardar os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, conforme consta no primeiro artigo da lei analisada.

Todavia, não podemos deixar de observar que não foi apenas a proteção à pessoa humana o fundamento para o advento da lei. Certamente houve razões de ordem econômica para o advento da norma, pois o regulamento procura impedir o risco de isolamento das empresas brasileiras do mercado global e transacional, bem como as perdas de competitividade e de investimentos estrangeiros, razão pela qual necessário foi o emparelhamento com a norma vigente na União Europeia.

Quanto a primeira sentença ocorrida no Brasil que utilizou a LGPD como um dos fundamentos para embasar a procedência do pedido da parte autora, podemos verificar que a própria Constituição Federal/88, traz em seu bojo essa proteção estampada (artigo 5º), bem como observa-se que a Lei do Cadastro Positivo faz regramentos detalhados e precisos que se adequam ao caso, além do Marco Civil regulatório da *Internet* (Lei 12.965/2014), que pode ser considerada a legislação vanguardista do Brasil sobre o tema e é reconhecida em todo o mundo.

Logo, muito embora a LGPD venha a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro de forma contributiva e no sentido de obrigar a todos que se deve por respeito, ter cautela, resguardar os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, já haviam leis com previsões que impediam o tratamento de dados de forma inadequada, inclusive algumas ações com base no Código de Defesa do Consumidor, que possui regramentos sobre o vício na prestação de serviços, além da própria Constituição, é claro.

Agora, uma vez dado o pontapé inicial no âmbito jurisdicional com a primeira decisão a utilizar o ordenamento estudado como fundamento, nos resta aguardar as demais decisões, bem como os possíveis recursos que porventura surgirão nos Tribunais Pátrios para se fazer uma posterior análise quanto aos desdobramentos e consequências.

## Referências

ALVES, Paulo. **BIG DATA: o segredo por trás da eleição de Trump**. 2017. Site Showmetech. Disponível em: <<https://www.showmetech.com.br/big-data-trump/>>. Acesso em 02 Nov. 2020.

Autoridade de Controle. **Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd)** <https://mydataprivacy.eu/o-que-e-uma-violacao-de-dados-pessoais-para-o-rgpd/#:~:text=Uma%20viola%C3%A7%C3%A3o%20de%20dados%20consiste,ou%20acesso%20a%20dados%20pessoais.&text=Quando%20a%20viola%C3%A7%C3%A3o%20resultar%20num,ter%C3%A3o%20de%20ser%20notificados%20diretamente>. Acesso 03 Nov. 2020.

Autoridade Nacional de Proteção de Dados. **ANPD** <https://www.gov.br/secretariageral/pt-br/noticias/2020/agosto/governo-federal-publica-a-estrutura-regimental-da-autoridade-nacional-de-protecao-de-dados>.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2019.

**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 09 Nov. 2020.

**Convenção 108 (CNDP)** - Disponível em <<https://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/Convencao108.htm>>. Acesso em: 13 Nov. 2020

DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], v. 12, n. 2. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 02 Nov. 2020.

**Diretiva Europeia 2002/58**. Disponível em <<https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=964154>>. Acesso em: 13 Nov. 2020

FEIGELSON, Bruno; BECKER, Daniel; RAVAGNANI, Giovanni. **O Advogado do amanhã: estudos em homenagem ao professor Susskind**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

Guia de Boas Práticas **Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**. Comitê Central de Governança de Dados Advocacia Geral da União, 23.03.2020. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/governanca-de-dados/guia-lgpd.pdf>. Acesso em 09 Nov. 2020.

HOFFMAN, Sára Gabriella. **Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR)**. Disponível em: <https://stripe.com/pt-br-de/guides/general-data-protection-regulation>. Acesso em 04 Nov. 2020.

Lei 13.709/2018. **Lei Geral de Proteção de Dados**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br > ccivil\\_03 > \\_ato2015-2018](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018)>. Acesso em 02 nov. 2020.

MACIEL, Rafael. **Manual prático sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Atualizado com a Medida Provisória no 869/18**. RM Digital Education. Edição do Kindle. Posição 594.

Marques e Novais. Disponível em: <https://marquesnovaes.jusbrasil.com.br/artigos/418476350/a-vulnerabilidade-do-consumidor-no-e-commerce>. Acesso em 02 Nov. 2020.

MENDES, Laura Schertel - **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental** – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 262

NANDI, Juliana Simone. **LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados. Conheça um pouco sobre esse dispositivo legal que alterou a forma de tratamento dos dados pessoais pelas empresas**, 08.10.2020. Disponível em: <https://mulleradvocacia.com.br/lgpd-lei-geral-de-protecao-de-dados/>. Acesso em 02 Nov. 2020.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2019.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. Florianópolis: Conceito, 2008.



PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário Exponencial**: sete premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação do ecossistema da justiça. São Paulo: Vidaria Livros, 2018.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de Dados Pessoais Comentários à Lei n. 13.709/2018 LGPD**. Saraiva Educação. Edição do Kindle.

**Sítio Web oficial da União Europeia**. Disponível em: [https://europa.eu/youreurope/business/dealing-with-customers/data-protection/data-protection-gdpr/index\\_pt.htm#shortcut-0](https://europa.eu/youreurope/business/dealing-with-customers/data-protection/data-protection-gdpr/index_pt.htm#shortcut-0). Acesso em 05 Nov. 2020.

TJSP - **Processo digital n. 1080233-94.2019.8.26.0100**, disponível em: <[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)>. Acesso em 08 Nov. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **General Data Protection Regulation (GDPR). Art. 3** - Disponível na versão português de Portugal em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN#d1e1554-1-1>>. Acesso em: 13 Nov. 2020.

ZELLER, Bruno, TRAKMAN, Leon, WALTERS, Robert. **Data Protection Law – A Comparative analysis of Asia-Pacific And European Approaches**. Ed. Springers, 2019.

# RELAÇÕES DE INSTITUTOS DE ADVOGADOS QUE COMPÕEM O COLÉGIO DE PRESIDENTES DOS INSTITUTOS DOS ADVOGADOS DO BRASIL

## **Instituto dos Advogados do Amapá**

Presidente: Alessandro de Jesus Uchôa de Brito

Fundado em: 25/11/2010

Endereço: Rua Duque de Caxias , 1190, Macapá – AP – CEP 68900-071

## **Instituto dos Advogados da Bahia**

Presidente: Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins

Fundado em: 15/06/1987

Endereço: Rua Dom Pedro II, Sala 409, Salvador – BA – CEP 40040-900

## **Instituto dos Advogados do Ceará**

Presidente: João Gonçalves de Lemos

Fundado em: 04/07/1931

Endereço: Av. Washington Soares, 800, 1º andar, Fortaleza – CE – CEP 60811-340

## **Instituto dos Advogados do Distrito Federal**

Presidente: Eduardo Lycurgo Leite

Fundado em: 02/07/1970

Endereço: SEPN Q516, bloco b, lote 7, Asa Norte, Brasília – DF – CEP 70770-522

Site: [www.iadf.org.br](http://www.iadf.org.br)

## **Instituto dos Advogados de Goiás**

Presidente: Flávio Buonaduce Borges

Fundado em: 1936

Endereço: Rua 101, 23, Setor Sul, Goiânia – GO – CEP 74080-150

## **Instituto dos Advogados Mato-Grossenses**

Presidente: Fábio Arthur da Rocha Capilé

Fundado em: 31/08/1932

Endereço: Rua Manoel Leopoldino, 358, Cuiabá – MT – CEP 78005-550

Site: [www.iamat.org.br](http://www.iamat.org.br)

**Instituto dos Advogados do Mato-Grosso do Sul**

Presidente: Benedicto Arthur de Figueiredo Neto

Fundado em: 04/04/2010

Endereço: Rua da Paz, 129, cjtos 152 e 153, Campo Grande – MS – CEP 79021-220

**Instituto dos Advogados de Minas Gerais**

Presidente: Felipe Martins Pinto

Fundado em: 07/03/1915

Endereço: Rua Grão Pará, 737, 3º andar, sala 301, Belo Horizonte – MG – CEP 30150-340

Site: [www.iamg.org.br](http://www.iamg.org.br)

**Instituto dos Advogados do Pará**

Presidente: Bruno Menezes Coelho de Souza

Fundado em: 30/05/1925

Endereço: Praça Barão do Rio Branco, 93, Belém – PA – CEP 66015-060

**Instituto dos Advogados do Paraná**

Presidente: Tarcísio Araújo Kroetz

Fundado em: 10/06/1917

Endereço: Rua Cândido Lopes, 128, 10º andar, Curitiba – PR – CEP 80020-060

Site: [www.iappr.org.br](http://www.iappr.org.br)

**Instituto dos Advogados de Pernambuco**

Presidente: Gustavo Ventura

Fundado em: 17/08/1851

Endereço: Rua Imperador Dom Pedro II, 235, 2º andar, Recife – PE – CEP 50010-240

**Instituto dos Advogados Piauienses**

Presidente: Álvaro Fernando da Rocha Mota

Fundado em: 06/07/1931

Endereço: Rua Senador Teodoro Pacheco, 988, salas 905-907, Teresina – PI – CEP 64001-060

**Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul**

Presidente: Sulamita Terezinha Santos Cabral

Fundado em: 26/10/1926

Endereço: Travessa Engenheiro Acelino de Carvalho, 21, 4º andar, Porto Alegre – RS – CEP 90010-200

Site: [www.iargs.com.br](http://www.iargs.com.br)

**Instituto dos Advogados de Santa Catarina**

Presidente: Gilberto Lopes Teixeira

Fundado em: 01/11/1931

Endereço: Rua Saldanha Marinho, 374, sala 401, Florianópolis – SC – CEP 88010-450

Site: [www.iasc.org.br](http://www.iasc.org.br)

**Instituto dos Advogados de São Paulo**

Presidente: Renato de Mello Jorge Silveira

Fundado em: 29/11/1874

Endereço: Rua Libero Badaró, 377, 26º andar, São Paulo – SP – CEP 01009-906

Site: [www.iasp.org.br](http://www.iasp.org.br)

**Instituto dos Advogados Potiguares – IAP**

Presidente: Antonio Mário de Abreu Pinto

Fundado em 14 de fevereiro de 2019

Endereço: Rua Florânia, 1734, sala 08, Lagoa Nova, Natal, Rio Grande do Norte,  
CEP 59.054-810

O DIREITO E A ADVOCACIA:

# *Novos Tempos*



COLÉGIO DE PRESIDENTES  
DOS INSTITUTOS DOS ADVOGADOS  
DO BRASIL

ISBN: 978-65-87082-11-0



9 786587 082110



EDITORA  
IASP