

Prática forense

www.zkeditora.com/pratica

ano III

junho/2019

nº 30



Famílias simultâneas: um fenômeno social

Know How

Justiça: substantivo feminino abstrato

Sergio Ricardo do
Amaral Gurgel

Planejamento Financeiro

Previdência privada: a importante
decisão entre o regime progressivo
e o regime regressivo

Carlos Heitor Campani e
Fábio Garrido Leal Martins

Casos Práticos

Achado não é roubado.
Será?

Adriana Filizzola D'Urso

ASSINE conceito jurídico

*À frente dos grandes
temas jurídicos*



APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

LEITURA INDISPENSÁVEL
PARA QUEM QUER ESTAR
EM SINTONIA COM AS
TENDÊNCIAS DO
MUNDO JURÍDICO

prática
forense

EDITORIA E DIRETORA RESPONSÁVEL: Adriana Zakarewicz

Conselho Editorial: Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, Esdras Dantas de Souza, Habib Tamer Badião, José Augusto Delgado, José Janguiê Bezerra Diniz, Kiyoshi Harada, Luiz Flávio Borges D'Urso, Luiz Otávio de O. Amaral, Otávio Brito Lopes, Palhares Moreira Reis, Sérgio Habib, Wáltero Marques da Silva

Diretores para Assuntos Internacionais: Edmundo Oliveira e Johannes Gerrit Cornelis van Aggelen

Colaboradores: Alexandre de Moraes, Álvaro Lazzarini, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnaldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamin Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Décio de Oliveira Santos Júnior, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrichi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Georgenor de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gina Copola, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Theodoro Jr., Inocêncio Mártires Coelho, Ivan Barbosa Rigolin, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, Jessé Torres Pereira Júnior, J. E. Carreira Alvim, João Batista Brito Pereira, João Oreste Dalazen, Joaquim de Campos Martins, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José Alberto Couto Maciel, José Carlos Arouca, José Carlos Barbosa Moreira, José Luciano de Castilho Pereira, José Manuel de Arruda Alvim Neto, Lincoln Magalhães da Rocha, Luiz Flávio Gomes, Marco Aurélio Mello, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Mário Antonio Lobato de Paiva, Marli Aparecida da Silva Siqueira, Nélson Nery Jr., Reis Friede, René Ariel Dotti, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Tereza Alvim, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Youssef S. Cahali.

Diretor Geral: André Luis Marques Viana

Revisão: ZK Editora

Arte e Diagramação: Charles Design

Marketing: Diego Zakarewicz

CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE

Tel. (61) 3263-1362

Home-page: www.zkeditora.com/pratica

Redação e Correspondência

artigos@zkeditora.com.br

Revista Conceito Jurídico é uma publicação da Zakarewicz Editora. As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade dos seus autores e não refletem, necessariamente, a posição desta Revista.

ANÚNCIOS

publicidade@zkeditora.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.

zf
zakarewicz
editora



ARQUIVO PESSOAL

POR NIVALDO CESAR RESTIVO

“A privatização dos presídios é uma saída para a crise carcerária?”

“Aqueles que insistem em afirmar ser mais caro manter um preso custodiado pelo particular, sugiro uma detida análise sobre todos os itens e valores que compõem o cálculo. O resultado vai surpreender.”

As dificuldades enfrentadas nos sistemas prisionais exigem uma solução complexa e multidirecional. As concessões de unidades prisionais à iniciativa privada na modelagem de Parceria Público-Privada (PPP) ou no formato de cogestão despontam como uma alternativa bastante interessante e eficaz para o sistema penitenciário paulista. Trata-se de uma possibilidade real para o alcance de uma das metas definidas para o setor, pelo Governador João Doria, qual seja, a expansão e a modernização do sistema penitenciário paulista.

São várias as garantias de um incremento na prestação do serviço de custódia. Haverá desoneração dos cofres públicos, já que o estado não fará aporte de recursos na construção do presídio permitindo ao governo a destinação desses valores ao atendimento de outras necessidades da população. O investimento caberá ao concessionário e, por consequência, teremos construções mais rápidas, com mais vagas disponíveis em menor espaço de tempo.

Ao particular recairá a responsabilidade por todos os atendimentos remetidos aos presos. Desta forma, será possível dar celeridade, por exemplo, nas intervenções de saúde com médicos, dentistas e psicólogos disponíveis para atendimento rápido, ininterrupto e com especialidades, melhorando a qualidade do resultado o que se revelará importante medida para a população local, uma vez que os encaminhamentos de presos doentes às unidades de saúde externas diminuirão. Além disso, a ressocialização será impulsionada por meio do binômio trabalho-educação com a ampliação da oferta de postos destinados ao exercício de uma profissão, à capacitação profissional, à educação formal e à educação profissionalizante.

Àqueles que insistem em afirmar ser mais caro manter um preso custodiado pelo particular, sugiro uma detida análise sobre todos os itens e valores que compõem o cálculo. O resultado vai surpreender.

Ressalte-se que, em quaisquer dos modelos de concessão, o estado manterá completo domínio do estabelecimento prisional, posto que a Direção Geral e a Direção de Segurança e Disciplina serão ocupadas por funcionários da Secretaria da Administração Penitenciária (SAP), assim como eventuais intervenções para restabelecimento da ordem interna serão levadas a efeito por agentes públicos. Da mesma forma, a vigilância e a escolta em deslocamentos externos serão realizadas por nossos profissionais. Essas são missões indelegáveis e, portanto, continuarão sob responsabilidade do ente público.

Ademais, estabeleceremos indicadores que medirão a qualidade do desempenho do concessionário, com o objetivo permanente de exigir sempre a melhor prestação de serviço.

Com todas essas circunstâncias protegemos, na plenitude, as conquistas profissionais e o exercício das competências dos funcionários que integram as valorosas carreiras da SAP e que, indubitavelmente, têm grande responsabilidade na manutenção da segurança e tranquilidade do sistema prisional paulista.

Temos exemplos de gestão privada em unidades prisionais pelo Brasil. Conheci algumas delas e constatei que o modelo funciona. Queremos, ao mesmo tempo, com a concessão das unidades, que os detentos tenham, cada vez mais oportunidade de trabalho e gerar renda nos presídios.

Aqui em São Paulo, temos um governo caracterizado pela descentralização, participação, eficiência, transparência e inovação. Essas são as diretrizes.

Dizer que não funciona é a maneira mais cômoda de encerrar uma discussão, optando pela manutenção do que já temos. Significa continuar buscando “uma saída para a crise carcerária”. ■

NIVALDO CESAR RESTIVO é Secretário da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, foi Chefe de Gabinete da Secretaria de Segurança Pública e Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Crianças e Adolescentes Vítimas de Violência Familiar

**Tatiana de Freitas Giovanini Mochi
Valéria Silva Galdino Cardin**



R\$ 58,00
Frete incluso



Tel.: (61) 3263-1362
comercial@zkeditora.com.br

"A obra que ora apresenta-se ao público versa de forma profunda e original sobre as distintas formas de violência que atingem crianças e adolescentes, seja ela física, psíquica, sexual ou moral, desvelando paulatinamente como as mesmas se desenham no íntimo da convivência familiar, com particular destaque para o abandono afetivo e a alienação parental, que lesionam gravemente a integridade psíquica e moral dos menores de dezoito anos, e que lhes são muitas vezes impostas pelos seus próprios genitores."

Gisele Mendes de Carvalho

SUMÁRIO

3

Primeira Página

“A privatização dos presídios é uma saída para a crise carcerária?”

Nivaldo Cesar Restivo

8

Especial



Famílias simultâneas: um fenômeno social

Emanuela Pompa Lapa

26

Destaque

Lei do *bullying* para a proteção dos professores

Ana Paula Siqueira Lazzareschi de Mesquita

27

Processos e Procedimentos



A lei das estatais contribui para simplificar e elevar a segurança jurídica de licitações e contratos?

Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti

44

Questões de Direito



Cobrança de quotas condominiais em atraso

Átila Melo Silva

46

Direito Ambiental



A legal proteção ambiental, social e econômica das cidades

Luciana Bristot de Bem

49

Gestão de Escritório



Atendimento: o cartão de visitas da empresa

Tairine André de Souza Borges

50

Vade Mecum Forense



Negócios jurídicos processuais: pelos planos de existência, validade e eficácia

Dalilia de Carvalho Gomes

56

Know How



Justiça: substantivo feminino abstrato

Sergio Ricardo do Amaral Gurgel

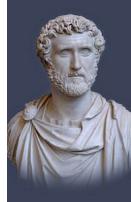
61

Saiba Mais



Novas regras para progressão de regime nos crimes hediondos de acordo com a Lei nº 13.769/18

Eduardo Luiz Santos Cabette

66**Painel Universitário****Direito e Justiça***Adriana Cecilio Marco dos Santos e Danielle Stephanie Gomes Treider***72****Expressões Latinas*****Ad adjuvandum [tantum]*
Para ajudar [somente]***Vicente de Paulo Saraiva***76****Prática Jurídica****Medidas protetivas em favor do homem na Lei Maria da Penha***Eudes Quintino de Oliveira Júnior***80****Fichário Jurídico****Ética e aviltamento de honorários: Os Desafios da Advocacia correspondente***Agenor Alexsander de Carvalho Costa***91****Espaço Aberto****Ilegalidade das mudanças na política de armas no Brasil***Eduardo Reale***70****Planejamento Financeiro****Previdência privada: a importante decisão entre o regime progressivo e o regime regressivo***Carlos Heitor Campani e Fábio Garrido Leal Martins***74****Enfoque****Tema 500 do STF: Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA***Carlos Eduardo Rios do Amaral***78****Casos Práticos****Achado não é roubado. Será?***Adriana Filizzola D'Urso***89****Prática de Processo****Extraterritorialidade da Lei Penal e o caso Neymar***Ronair Ferreira de Lima*

Famílias simultâneas: um fenômeno social

POR EMANUELA POMPA LAPA

“Os atuais paradigmas familiares necessitam, irremediavelmente, de mecanismos de concretização e efetivação, resultando em uma nova concepção normativa para trazer segurança, eficácia social e dignidade para todos os envolvidos nessas relações, atribuindo-lhe efeitos jurídicos e reconhecimento social.”



Afamília tem passado por um período de acentuada evolução, com diversos modos de constituir-se, longe dos paradigmas antigos marcados pelo patriarcalismo e pela exclusividade do casamento como forma de sua constituição.

Essas transformações na e da família na contemporaneidade tem convocado várias áreas do saber a refletirem sobre as interações que emergem dos novos arranjos familiares. A complexidade dessas interações tem sido largamente debatida na literatura especializada, incrementando a perspectiva da interpretação da construção sócio-histórica das configurações familiares.

Os novos modos de viver o amor, a sexualidade e o vínculo familiar se modificaram a partir dos anos 1960 (SINGLY, 2012). *Grosso modo* a História e as Ciências Sociais têm se preocupado com o sentimento do amor enquanto construção social, a Sociologia com a transformações da intimidade ligadas aos modelos socioeconômicos e o Direito com as responsabilidades e comprometimentos inerentes à afetividade das relações familiares.

Nesse contexto de consciência social, com o respeito e consideração à pluralidade de formas distintas e diversas de entidade familiar, surge e vem ganhando simpatizantes na doutrina aqueles que defendem em atribuir às famílias simultâneas a chancela jurídica de entidade familiar. Família como sociedade de afeto é a visão atual que vigora na maioria dos Tribunais Brasileiros, bem como é defendida pelos doutrinadores. A família, assim, decorre da relação entre pessoas que se unem pelo aspecto emocional. Esse novo conceito contraria a idéia de que a família seria decorrente de um casamento e da relação de ascendência e descendência entre os indivíduos.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, reescreve a história normativa do Brasil em vários aspectos, porém, em especial, no que concerne ao Direito Civil e, no seu particular, ao Direito das Famílias, com aceitação de novos arranjos familiares, ao superar a tradicional concepção ligada ao casamento, privilegiando os laços decorrentes da afetividade e do projeto de vida em comum.

Contudo, a legislação não acompanhou integralmente essas modificações, surgindo situações fáticas carentes de normatização, como, por exemplo, a simultaneidade familiar.

Mesmo sendo uma prática comum em todo o Brasil, há, ainda, dificuldade de o Poder Judiciário lidar com a existência de uniões estáveis paralelas ao casamento, ou seja, aquelas uniões extraconjugais que formam famílias e que, por esse motivo, devem gerar efeitos patrimoniais e sucessórios. Devido a razões de ordem moral ou diante da existência do princípio da monogamia, tais uniões são, na maioria das vezes, invisíveis aos olhos da Justiça. A doutrina e a jurisprudência estão divididas sobre este tema.

Por outro lado, resta reservado, portanto, àqueles que estudam a função jurídico-promover a inserção de uma discussão paradigmática acerca das novas questões apresentadas pela sociedade, pois se o Direito não mais servir para resolver conflitos de interesses (como hoje se dá no Judiciário brasileiro incapaz de decidir, formalmente sequer, os conflitos de interesses que lhe são disponibilizados para solucionar) para que mais há de se prestar o Direito, os juristas, os advogados, os juízes, os promotores e tantos outros tradutores sociais do Direito?

Diante deste contexto, mais do que nunca se torna necessária a análise dos conflitos particulares sob a ótica dos direitos fundamentais e a interpretação sistemática com base nos princípios constitucionais.

Dentro desta nova concepção, cresceu no Brasil a escola moderna do Direito de família representada especialmente através do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) em particular a Doutora Desembargadora do Estado do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias. Esta nova escola do direito de família amplia os conceitos lançados na Carta Magna, criando a tese de que a família em verdade deva ser compreendida como uma sociedade de afeto.

Portanto, este artigo tem por escopo contextualizar esse arranjo familiar na forma como ele se manifesta faticamente na sociedade, afastando-se qualquer tipo de preconceito e partindo dos pressupostos de sua configuração para a verificação de como ocorre sua apreensão pelo Direito, através do posicionamento doutrinário e jurisprudencial.

OS DIFERENTES POSICIONAMENTOS PELA DOUTRINA E PELA JURISPRUDÊNCIA ADOTADOS ACERCA DA EFICÁCIA JURÍDICA DECORRENTE DAS SITUAÇÕES DE SIMULTANEIDADE FAMILIAR

Há três correntes doutrinárias principais sobre o tema: uma mais liberal, outra mais moderada e uma terceira conservadora, que serão identificadas através do exame das premissas utilizadas para negar e conceder proteção jurídica pelos Tribunais pátrios, incluindo os mais recentes julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

POSICIONAMENTO MAIS LIBERAL E MINORITÁRIO QUE ADMITE EFEITO JURÍDICO ÀS UNIÕES PARALELAS COM BASE NO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A primeira corrente analisada é aquela considerada como a mais liberal, vanguardista, pois defende a possibilidade de enfrentamento em relação aos casos de uniões paralelas levados à tutela do Poder Judiciário, reconhecendo a família paralela como uma relação de afeto, nascida do mais genuíno afeto, e muito embora sejam consideradas uniões adulterinas, devem gerar efeitos jurídicos, diante das correspondências geradas por um envolvimento familiar real.

Esta posição é liderada por Maria Berenice Dias (2013), seguida por outros doutrinadores, como Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (2005, 2006), Fernanda Colavitti (2007) e Pablo Stolze e Pamplona Filho (2012), que admite como entidades familiares quaisquer uniões paralelas, independentemente da boa-fé, deixando de considerar o dever de fidelidade como requisito essencial à caracterização da união estável. Sob esse enfoque, é reconhecida a família paralela como uma relação de afeto, nascida do mais genuíno afeto, e muito embora sejam consideradas uniões adulterinas, devem gerar efeitos jurídicos, diante das correspondências geradas por um envolvimento familiar real.

Inexistindo regra, o Estado, através do Poder Judiciário, tem o dever de apreciar a simultaneidade familiar à luz dos casos concretos, não podendo simplesmente dar as costas a uma situação de fato, conforme ensina Carlos Eduardo Pianovski Ruzy (2005).

Sem dúvida, esta corrente é a mais liberal ao admitir, inclusive, a constituição de núcleos familiares concomitantes no âmbito da conjugalidade de poliamor, fenômeno que vem se expandido no Brasil, após a enorme quantidade de adeptos nos Estados Unidos, Reino Unido e Alemanha.

Para Maria Berenice Dias (2013, p. 47):

Presentes os requisitos legais, a justiça não pode deixar de reconhecer que configuram como união estável, sob pena de dar uma resposta que afronta a ética, chancelando o enriquecimento injustificado. Depois de anos de convívio, descabido que o varão deixe a relação sem qualquer responsabilidade pelo fato de ele – e não ela – ter sido infiel. Ou seja, a repulsa aos vínculos afetivos concomitantes não os faz desaparecer, e a inviabilidade a que são condenados só privilegia o “bígamo”: concede ao infiel verdadeira carta de alforria, pois tudo pode fazer e nada pode lhe ser exigido.

No contexto dos que defendem a possibilidade de atribuir reconhecimento jurídico, a simultaneidade e o paralelismo que aqui se trata são as relações conjugais concomitantes, tendo, entretanto, um membro em comum. Não se trata evidentemente de relações extraconjogais passageiras e esporádicas – simples adultério. Se tratará de efetiva simultaneidade conjugal, seja matrimonializada ou faticamente exercida – união estável.

Note-se que o sistema jurídico, partindo-se de diretrizes e valores constitucionais gerais – como a dignidade humana, a socialidade, a liberdade, a igualdade, a eticidade (boa-fé) e o afeto – deve espelhar uma determinada unidade e coerência lógica. É de se reconhecer, então, que princípios e preceitos constitucionais de conteúdo geral são fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, devendo, outrossim, alicerçar a interpretação e aplicação complexidade das normas jurídicas e, mais, suprir eventuais lacunas deixadas diante de uma realidade fática que se impõe perante a sociedade.

Evidente que os pressupostos caracterizadores de um núcleo familiar devem estar presentes, em especial, o afeto.

Como já de esperado, seguindo a tradição, as primeiras decisões favoráveis ao reconhecimento da simultaneidade familiar, atribuindo-lhe efeitos jurídicos com base, principalmente, no afeto, deu-se no Sul do país, destacando, dentre outros, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, com os julgados que seguem:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL PARALELA A OUTRA UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. O anterior reconhecimento judicial de união estável entre o falecido e outra companheira, não impede o reconhecimento da união estável entre ele e autora, paralela àquela, porque o Direito de Família moderno não pode negar a existência de uma relação de afeto que também se revestiu do mesmo caráter de entidade familiar. Preenchidos os requisitos elencados no art. 1.723 do CC, procede a ação, deferindo-se à autora o direito de perceber 50% dos valores recebido a título de pensão por morte pela outra companheira.

2)RESSARCIMENTO DE DANOS MATERIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS. Descabe a cumulação de ação declaratória com ação indenizatória, mormente considerando-se que o alegado conluio, lesão e má-fé dos réus na outra ação de união estável já julgada deve ser deduzido em sede própria. Apelação parcialmente provida.¹

APELAÇÃO. UNIÃO DÚPLICE. UNIÃO ESTÁVEL. PROVA. MEAÇÃO. “TRIACÃO”. SUCESSÃO. PROVA DO PERÍODO DE UNIÃO E UNIÃO DÚPLICE A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o *de cuius* em período concomitante a outra união estável também vivida pelo *de cuius*. Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. MEAÇÃO (TRIACÃO) Os bens adquiridos na constância da união

dúplice são partilhados entre as companheiras e o *de cuius*. Meação que se transmuda em “triação”, pela duplicidade de uniões. DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. POR MAIORIA.²

UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. DUPLICIDADE DE CÉLULAS FAMILIARES. O Judiciário não pode se esquivar de tutelar as relações baseadas no afeto, inobstante as formalidades muitas vezes impingidas pela sociedade para que uma união seja “digna” de reconhecimento judicial. Dessa forma, havendo duplicidade de uniões estáveis, cabível a partição do patrimônio amealhado na concomitância das duas relações. Negado provimento ao apelo.³

APELAÇÃO. UNIÃO DÚPLICE. AGRAVO RETIDO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CURADOR ESPECIAL. EFEITOS. Agravo Retido. A apresentação de rol de testemunhas fora do prazo legal é superado quando em discussão ação de estado. Agravo retido que se nega provimento. Preliminar. Caso em que a alegação de impossibilidade jurídica do pedido se confunde com o mérito. Inocorrente afronta ao devido processo legal por rejeição dos embargos declaratórios que visavam rediscutir a prova produzida nos autos. Matéria de apelação. Os “interesses patrimoniais” da mãe e da criança apresentam, em tese, colidência, na medida em que o direito sucessório disputado pela mãe reflete de alguma maneira no direito sucessório da filha. Assim, correta a atuação do curador especial que repele a pretensão da autora, ainda que o “interesse familiar” entre mãe e filha seja convergente. A curadoria especial não é *munus* exclusivo da Defensoria Pública. E, ainda que fosse, não veio prova de que a comarca é atendida pela instituição. Mérito. Reconhecimento de união dúplice. Precedentes da Corte. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o *de cuius*. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o *de cuius*. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. PRELIMINARES REJEITADAS. DERAM PARCIAL PROVIMENTO.⁴

UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. CASAMENTO DE PAPEL UNIÃO DÚPLICE. Caso em que se reconhece a união estável da autora-apelada com o *de cuius* apesar de até o falecimento o casamento dela com o apelante estar registrado no registro civil. NEGARAM PROVIMENTO, POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR.⁵

APELAÇÃO. CASAMENTO E CONCUBINATO. UNIÃO DÚPLICE. EFEITOS. Notório estado de união estável do *de cuius* com a apelada, enquanto casado com a apelante. De se reconhecer o pretendido direito ao pensionamento junto ao IPERGS. NEGARAM PROVIMENTO. POR MAIORIA.⁶

A Desembargadora Maria Berenice Dias, quando atuou na relatoria do julgamento da Apelação nº 70010787398, não deixou de ressaltar:

[...] O poder judiciário não pode se esquivar de tutelar as relações baseadas no afeto, inobstante as formalidades muitas vezes impingidas pela sociedade para que uma união seja “digna” de reconhecimento judicial. Dessa forma, havendo duplicidade de uniões estáveis, cabível a partição do patrimônio amealhado na concomitância das duas relações [...].⁷

Parece também muito mais próximo da realidade mais um precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim ementado:

EMBARGOS INFRINGENTES. UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÕES SIMULTÂNEAS. De regra, não é viável o reconhecimento de duas entidades familiares simultâneas, dado que em sistema jurídico é regido pelo princípio da monogamia. No entanto, em Direito de Família não se deve permanecer no apego rígido à dogmática, o que tornaria o julgador cego

à riqueza com que a vida real se apresenta. No caso, está escancarado que o “de cuius” tinha a notável capacidade de conviver simultaneamente com duas mulheres, com elas estabelecendo relacionamento com todas as características de entidades familiares. Por isso, fazendo ceder a dogmática à realidade, impera reconhecer como co-existentes duas entidades familiares simultâneas. DESACOLHERAM OS EMBARGOS, POR MAIORIA. (SEGREDO DE JUSTIÇA).⁸

Com efeito, diante de tais julgados, confirmam a existência de decisões que reconhecem uniões estáveis díplices que também podem ser chamadas de paralelas ou concomitantes.

Recentemente, inclusive, um juiz substituto da Vara Cível, Família, Órfãos e Sucessões do Núcleo Bandeirante, Wellington da Silva Medeiros, da Justiça do Distrito Federal, em sua decisão reconheceu a existência de duas uniões estáveis para um homem que manteve, concomitantemente, relacionamento com duas companheiras. Na decisão, o magistrado defendeu que a existência da união anterior não impede o reconhecimento simultâneo da segunda relação, que foi devidamente comprovada nos autos. Ele registrou ainda que, por um longo período, elas ocorreram paralelamente. O número do processo não foi divulgado por estar em segredo de justiça.

O fato é que essa realidade existe, e deve-se pensar no caso concreto, nas peculiaridades de cada caso, analisando-se os diversos elementos de cada uma destas relações familiares simultâneas.

Portanto, presentes os requisitos legais, em especial o afeto, a família simultânea deve ser tratada pelo Direito das Famílias, deixando de considerar como pressuposto a exclusividade ou a fidelidade para a formação da união estável.

POSICIONAMENTO MODERADO QUE ADMITE EFEITO JURÍDICO ÀS UNIÕES PARALELAS DESDE QUE PRESENTE TODOS PRESSUPOSTOS, DESTACANDO A BOA-FÉ

Nesta segunda corrente, reconhecida por sua posição moderada, pode ser definida como sendo aquela que, apesar de entenderem que as uniões estáveis putativas estão excluídas do Direito das Famílias, mas se presentes os pressupostos necessários, em especial, a boa-fé, por exemplo, é possível atribuir efeitos jurídicos a essas uniões conjugais.

É adotada pela grande maioria dos doutrinadores – entre os quais, Álvaro Villaça de Azevedo (2011, 2012), Rodrigo da Cunha Pereira (1999, 2004, 2006), Flávio Taruce e José Fernando Simão (2007), Letícia Ferrarini (2010), Francisco José Cahali (2011), Zeno Veloso (2003, 2005), Euclides de Oliveira (2001, 2003), Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2008, 2010), pauta-se no princípio da boa-fé e no emprego da analogia concernente ao casamento putativo, no sentido de que se um dos parceiros estiver convicto de que integra uma entidade familiar conforme os ditames legais, sem o conhecimento de que o outro é casado ou mantém união diversa, devem subsistir, para o companheiro de boa-fé, os efeitos assegurados por lei à caracterização da união estável.

As uniões estáveis putativas, nessa conjuntura, merecem ser tratadas pelo Direito de Família, enquanto as uniões paralelas, pelo Direito Obrigacional, a fim de evitar o enriquecimento ilícito, tratando-a como uma sociedade de fato

e no caso de dissolução, realizada a partilha do patrimônio a ser adquirido em conjunto.⁹

A partir dessa sistemática, as uniões paralelas estariam vedadas, uma vez que ferem o sistema monogâmico, de forma a comprometer a estabilidade da sociedade, contudo, agindo um dos parceiros de boa-fé, a relação poderia ser equiparada à união estável.¹⁰

Para ilustrar a visão acima explanada, foi realizado um estudo sobre a Apelação Cível de número 70049106578, também julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹¹.

Neste processo, tem-se a situação de companheiro que agiu de má-fé em um relacionamento por mais de doze anos, escondendo seu estado civil de casado e, sob o pretexto de viagens a trabalho para São Paulo, manteve relações paralelas durante todo aquele período de tempo.

Diante de tal cenário, busca a ex-convivente o reconhecimento de união estável paralela ao casamento, com a consequente fixação de alimentos em seu favor e determinação de partilha dos bens amealhados na constância da relação. O julgador, considerando as provas colhidas, chegou à conclusão de que, aproveitando-se da rotina de constantes viagens exigidas por seu trabalho, o demandado de fato manteve duas famílias de forma concomitante.

Assim, como exceção à regra, julgou cabível o reconhecimento de existência da denominada “união estável putativa”, porque evidenciada a boa-fé da companheira. Ademais, restou constatado, através das provas produzidas, que a relação adulterina revestiu-se de tamanha seriedade e comprometimento a ponto de torná-la um verdadeiro núcleo familiar, nos moldes do artigo 1.723 da legislação civil vigente. “Evidentemente, não pode o varão albergar-se na mera infidelidade para com a esposa, pois isso seria beneficiar-se da própria torpeza.”¹²

Há, para esta corrente, uma discussão jurídica importante sobre fidelidade e lealdade. Em qualquer caso, é fundamental que as partes respeitem os deveres da fidelidade e lealdade e que seja analisada a existência ou não da boa fé entre elas.

Além disso, essa corrente doutrinária também pretende evitar o enriquecimento sem causa do companheiro de má-fé, o qual ocultou de sua companheira a existência de relação prévia e estável com outra ou outras pessoas.

Conforme explica Álvaro Villaça Azevedo (2002, 2011), considerado a maior autoridade no Brasil sobre a união estável e o autor do anteprojeto que resultou na elaboração da Lei nº 9.278, de 1996, embora ilícita a relação concubinária adulterina, mas, ao concubino de boa-fé, deve-se atribuir-lhe analogamente, com o casamento putativo para se evitar locupletamento ilícito.

Nessa mesma linha de pensamento, Zeno Veloso (2003, p. 126): “Entendo que, naquele caso, referido, deve ser reconhecida ao convivente de boa-fé, que ignorava a infidelidade ou a deslealdade do outro, uma união estável putativa, com os respectivos efeitos para este parceiro inocente”.

No caso, autores como Rodrigo da Cunha Pereira (2004), referem que, se no casamento putativo são conferidos ao cônjuge de boa-fé os mesmos efeitos que um casamento formalmente perfeito os interesses da companheira que desconhecia a existência de outra união também deveriam ser protegidos. Para tanto, seria o caso de igualar a uma união estável, que perante o direito nunca existiu, os efeitos inerentes a uma união estável válida, assegurando proteção ao companheiro de boa-fé.



“A dignidade da pessoa humana colocada no ápice do ordenamento jurídico resulta na ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar proteção especial e efetiva à família, independentemente da sua espécie.”

Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2007) defendem que se uma das pessoas da relação não souber que o outro possui impedimentos matrimoniais, ou sabe, e está sendo induzida a erros, enganada, ou seja, estiver sob a boa-fé subjetiva, os efeitos jurídicos familiares decorrem para o companheiro inocente, efeitos estes reconhecidos sempre por meio de ato judicial, sendo esta a posição mais justa dentro dos limites do princípio da eticidade.

Segundo Letícia Ferrarini (2010) as famílias simultâneas merecem ser reconhecidas como entendida familiar quando ocorre o atendimento recíproco, entre todos os componentes, dos deveres impostos pela boa fé objetiva.

Seguindo esta posição, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2010, p. 456) entendem que “quando existe a boa-fé por parte da ‘outra’ mulher, ou seja, ela é induzida ao erro, pode-se requerer ao juiz o reconhecimento da putatividade, obtendo-se os efeitos concretos do casamento ou união estável”. Segundo os mesmos autores (2010), uma vez presente a boa-fé, é possível emprestar efeitos de Direito de Família às uniões extramatrimoniais.

POSICIONAMENTO CONSERVADOR E PREDOMINANTE QUE NEGA QUALQUER EFEITO JURÍDICO ÀS UNIÕES PARALELAS COMO ENTIDADE FAMILIAR

A terceira e última corrente é, sem dúvida, a mais conservadora e a que predomina nos nossos Tribunais até a presente data, incluindo o Supremo Tribunal

Federal e o Superior Tribunal de Justiça. É, pois, aquela que nega efeito jurídico às uniões paralelas.

Nessa perspectiva, nenhum tipo de relação paralela deve ser reconhecida como entidade familiar, sob a ótica do Direito de Família, mas passível de efeitos tão somente na esfera do Direito Obrigacional.

Esta corrente doutrinária é capitaneada por Maria Helena Diniz (2006), que nega, peremptoriamente, o reconhecimento de qualquer dos relacionamentos simultâneos, não sendo, portanto, possível atribuir quaisquer direitos à essa “família” paralela, com fundamento nos deveres de fidelidade ou de lealdade, bem como no princípio da monogamia.

Na mesma linha de pensamento, Regina Beatriz Tavares da Silva, atual presidente da ADFAS – Associação de Direito de Família e das Sucessões e Washington de Barros Monteiro (2012, p.63/64) defendem: “a união estável tem natureza monogâmica, sendo incabível o reconhecimento de duas uniões concomitantes como relações de família, desse modo, a relação que concorre com o casamento em que os cônjuges mantêm vida em comum chama-se concubinato, nos termos do artigo 1.727 do Código Civil, e não recebe a proteção do direito de família”.

O Tribunal de Justiça da Bahia também vem adotando essa postura mais conservadora, negando o reconhecimento de efeito jurídico para as famílias simultâneas. Em 27/01/2014, ao proferir o julgamento da Apelação nº 0092662-19.2010.8.05.0001, tendo como Relator o Desembargador Augusto de Lima Bispo, assim decidiu:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO ORDINÁRIA DE PENSÃO POR MORTE. EX-COMPANHEIRA. SEPARAÇÃO DE FATO. CONFISSÃO DA PARTE AUTORA. AUSÊNCIA DE PROVAS DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA – INTELIGÊNCIA DO ART. 333, INCISO I DO CPC. PRELIMINAR DE PREScriÇÃO DO FUNDO DE DIREITO, REJEITADA. PRECEDENTES DO COLEDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA EGRÉGIA CORTE. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS.¹³

O Relator do julgado supra fundamentou seu voto assim:

No caso em tela, restou comprovado que o falecido servidor estava casado com Leonor Freitas dos Santos (fl. 83) e separado de fato da autora, há mais de dez (10) anos, à data do óbito, fato confessado inclusive pela própria autora, conforme se extrai de seu depoimento pessoal, colhido pela assistente social às fls. 65/67.

Assim, mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, que conferiu status de entidade familiar à união estável, revela-se descabido conferir guarda legal a duas relações concomitantes, da mesma forma que é impossível contrair-se dois matrimônios, de forma simultânea, conduta que é, inclusive, tipificada em nosso Código Penal.¹⁴

Ainda no cenário baiano, destaca-se o acórdão a seguir:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. HOMEM CASADO. NÃO COMPROVAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE FATO. RECURSO IMPROVIDO.”¹⁵

Neste julgamento, acordaram os Desembargadores componentes da Quinta Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de sua Turma Julgadora, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto do seu Relator, que assim fundamentou o seu voto:

É sabido que, para o reconhecimento da união estável, devem estar presentes os requisitos do art. 1.723 do Código Civil (art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.).

Também é certo que, dentre esses requisitos, se casado um dos conviventes, também se inclui o da comprovação de sua separação de fato. É que, se isso não ocorre, a não dissolução do casamento civil de um dos conviventes impede o reconhecimento da união estável, isto, em atendimento ao princípio da monogamia, que rege o casamento civil.

É que a relação concubinária simultânea com casamento, em que permanece efetivamente a vida comum entre marido e mulher, impede o reconhecimento de uma união estável de um dos cônjuges em relação a terceira pessoa, por incompatibilidade.

[...]

Assim sendo, nos termos do art. 333, I, do CPC, na ação de reconhecimento de união estável em que um dos conviventes é casado, incumbe ao autor provar, não só uma “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” com o réu, mas, em especial, que este esteja separado de fato do seu cônjuge.

No caso sob exame, como se confere pelo exame minucioso de toda prova colhida na instrução do feito, a autora não comprovou encontrar-se o réu – casado que é – separado de fato de sua mulher, como muito bem observado na sentença de piso.¹⁶

Observa-se, assim, a linha adotada por esses Tribunais, qual seja, de negar o reconhecimento de família simultânea, podendo, quando muito, atribuir efeitos somente se houver comprovação nos autos de que uma das partes esteja separado de fato.

O Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, sufragou a tese de descaber o reconhecimento jurídico de concubinato paralelo ao casamento, mesmo quando esteja demonstrado o vínculo não eventual entre os concubinos.

Nesse contexto, destaca-se, por exemplo, ao precedente firmado por ocasião do julgamento do RE n. 397.762-8/BA, relator Ministro Marco Aurélio, no qual se pretendia, como que por peça do destino, o reconhecimento de união estável entre o Sr. “Valdemar do Amor Divino” e a Sr. “Joana da Paixão Luz”, com quem o varão teve nove filhos, embora houvesse mantido, em paralelo, casamento válido com sua esposa, e com quem tivera outros onze rebentos.

Com efeito, o STF, a despeito do reconhecimento da publicidade, estabilidade e continuidade do vínculo mantido entre o falecido e a pleiteante, do qual originou o nascimento de nove filhos, no decorrer de longos trinta e sete anos em que a relação perdurou, não reconheceu como união estável o relacionamento então existente, mas mero concubinato.

A Ementa do acórdão é a seguinte:

COMPANHEIRA E CONCUBINA – DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL – PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO – SERVIDOR PÚBLICO – MULHER – CONCUBINA – DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina.¹⁷

O ex Ministro do STJ Carlos Alberto Menezes Direito também dispôs em sentido contrário ao reconhecimento da simultaneidade familiar.

Ora, com o maior respeito à interpretação acolhida no acórdão, não enxergo possível admitir a prova de múltipla convivência com a mesma natureza de união estável, isto é, “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. O objetivo do reconhecimento da união estável e o reconhecimento de que essa união é entidade familiar, na minha concepção, não autoriza que se identifiquem várias uniões estáveis sob a capa de que haveria também uma união estável putativa. Seria, na verdade, reconhecer o impossível, ou seja, a existência de várias convivências com o objetivo de constituir família. Isso levaria, necessariamente, à possibilidade absurda de se reconhecer entidades familiares múltiplas e concomitantes.¹⁸

Esta decisão revela o entendimento de alguns operadores do direito pátrio, que é a completa exclusão do sistema jurídico das questões relativas às famílias simultâneas.

Esse entendimento conservador e bastante cauteloso vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça em diversos precedentes, como no REsp nº 1.185.653/PE, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 07/12/2010; REsp nº 1.104.316/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 28/04/2009.

Percebe-se, por meio do exposto, que ainda é grande a resistência no mundo jurídico em se admitir que as famílias simultâneas sejam protegidas pelo Direito, mesmo diante da exclusão da sociedade moralizada.

Vale trazer aqui o julgado datado de 2014, com a Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma, onde, mais uma vez, a tese de impossibilidade de reconhecimento de famílias simultâneas prevaleceu, atribuindo efeito jurídico com base na sociedade de fato, vejamos:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO CONCOMITANTE. DEVER DE FIDELIDADE. INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. AUSÊNCIA. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1º e 2º da Lei nº 9.278/96

1. Ação de reconhecimento de união estável, ajuizada em 20.03.2009.

Recurso especial concluso ao Gabinete em 25.04.2012.

2. Discussão relativa ao reconhecimento de união estável quando não observado o dever de fidelidade pelo *de cuius*, que mantinha outro relacionamento estável com terceira.

3. Embora não seja expressamente referida na legislação pertinente, como requisito para configuração da união estável, a fidelidade está ínsita ao próprio dever de respeito e lealdade entre os companheiros.

4. A análise dos requisitos para configuração da união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, e também a fidelidade.

5. Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade.

6. Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade.

7. Na hipótese, a recorrente não logrou êxito em demonstrar, nos termos da legislação vigente, a existência da união estável com o recorrido, podendo, no entanto, pleitear, em processo próprio, o reconhecimento de uma eventual uma sociedade de fato entre eles.

8. Recurso especial desprovido" (STJ – REsp 1348458/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2014, DJe 25/06/2014).

Com efeito, as citações acima servem para evidenciar as razões fáticas e jurídicas utilizadas por aqueles que defendem a impossibilidade do reconhecimento e atribuição de eficácia jurídica para a família paralela ao casamento.

O entendimento prevalecente é que, ainda que seja provada a existência de relação não eventual, com vínculo afetivo e duradouro, e com o intuito de constituir laços familiares, essa situação não é protegida pelo ordenamento jurídico se concomitante a ela existir um casamento não desfeito.

Até a presente data, é bem verdade que tanto a Suprema Corte, como o Superior Tribunal de Justiça, apresenta-se totalmente resistente à ideia de que as famílias simultâneas devem ser protegidas pelo Direito, mantendo-se fiel ao dever de lealdade, fidelidade e monogamia na formação da família.

Por outro lado, não se pode negar uma tendência desses Tribunais no sentido de reconhecer o direito em nível de sociedade de fato, diante da Súmula 380¹⁹ do STF, desde que haja provação de contribuição, mas não se observa, ainda, a perspectiva do reconhecimento jurídico de famílias simultâneas. Precedentes: AgRg no ARESp 60985/SP, Rel. Ministro Raul Araujo, quarta turma, julgado em 28/04/2015, DJe 19/05/2015; AgRg no ARESp 395983/MS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, 4^a Turma, julgado em 23/10/2014, DJe 07/11/2014; REsp 1348458/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3^a Turma, julgado em 08/05/2014, DJe 25/06/2014.²⁰

Cabe ressaltar que esta discussão está na ordem do dia, pois foi afetado ao Plenário do Supremo Tribunal Federal o recurso especial nº 883.168, da relatoria do Ministro Luiz Fux, admitido com repercussão geral no Tema 526 e também o ARE nº 656.298, da relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, admitido com repercussão geral no Tema 529, ambos tendo como objeto o julgamento da questão da simultaneidade familiar e esta decisão constituirá precedente obrigatório a ser seguido por todos os tribunais do país.

CONCLUSÃO

O tema, pela sua vastidão, obviamente, não comporta tratamento exaustivo, mesmo porque será inconcebível o esgotamento da matéria em um estudo preliminar sobre o assunto.

O que se pretendeu, em verdade, foi trazer apenas uma visão de que a sociedade está em constante evolução, as coisas mudam com o passar do tempo e a família se modifica, adaptando-se aos novos costumes. O costume, inclusive, como fonte de direito que é, influência, diretamente, na construção de normas jurídicas aplicadas para a resolução de conflitos, em razão, sobretudo, de uma inversão do

papel desempenhado pela lei e da força, cada vez maior, dos princípios gerais do Direito e da jurisprudência.

Assim, e longe de ser um assunto nada pacífico, tanto na Doutrina, como nos Tribunais, sobre a viabilidade da existência de famílias simultâneas conjugais, é hoje uma realidade que não pode ficar excluída do manto do Direito e da Justiça.

Não se discute que o princípio da monogamia, da fidelidade, do respeito e do afeto devem ser basilares nas relações familiares. Essa deve ser a regra.

No entanto, quando ocorrem situações adversas daquelas previstas e aceitas pela lei, não pode o Direito se eximir de resolver tais demandas, correndo o risco de ser omissos e falhar na sua maior finalidade que é a Justiça.

Vale dizer, a dignidade da pessoa humana colocada no ápice do ordenamento jurídico resulta na ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar proteção especial e efetiva à família, independentemente da sua espécie.

Com efeito, a repersonalização resulta, concretamente, na primazia do afeto e de certos elementos a ele atrelados, como a união, a solidariedade, o respeito, a confiança e a boa fé.

É certo que, numa sociedade plural e democrática, há de existir lugar para todos. A liberdade de ser e de se fazer é indispensável à felicidade, como realização da pessoa humana. Logo, a felicidade desafia uma revolução jurídica no mundo do Direito das Famílias. O Estado regulador deve ser, o quanto possível, afastado para abrir campo à liberdade nas situações subjetivas co-existenciais. Sua presença só tem sentido para o resguardo e tutela dos que se encontram em situação de vulnerabilidade nas relações familiares.

Ao final deste artigo, fica evidente que os atuais paradigmas familiares necessitam, irremediavelmente, de mecanismos de concretização e efetivação, resultando em uma nova concepção normativa para trazer segurança, eficácia social e dignidade para todos os envolvidos nessas relações, atribuindo-lhe efeitos jurídicos e reconhecimento social.

Nessa linha de conclusão, é fácil detectar a importância do vínculo afetivo para a identificação, construção e condução das relações familiares. O afeto, a assistência, a liberdade de escolha, a boa fé, a confiança e o respeito, traduzidos em condutas, devem, por conseguintes, permear as legislações e as decisões judiciais, garantindo, dessa forma, a eficácia dos princípios constitucionais aliados aos novos valores da contemporaneidade.

É preciso ser receptivo para as mudanças sociais e, mais, é preciso coragem para promovê-las nos seios normativo e judicial. 

NOTAS

- 1 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70012696068. Relator: Des. José Ataídes Siqueira Trindade. 8. Câmara Cível. Porto Alegre, 6 out. 2005. *Diário de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 17 nov. 2005d. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2005&codigo=822234>. Acesso em: 5 dezembro 2018.
- 2 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70011258605. Relator: Des. Alfredo Guilherme Englert. Redator para acórdão: Des. Rui Portanova. 8. Câmara Cível. Porto Alegre, 28 ago. 2005. *Diário de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 4 nov. 2005c. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2005&codigo=704108>. Acesso em: 5 dezembro 2018.

- 3 Id. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70010787398. Relatora: Desª. Maria Berenice Dias. 7. Câmara Cível. Porto Alegre, 27 abr. 2005. *Diário de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 3 maio 2005b. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2005&codigo=234881>. Acesso em: 5 dezembro 2018.
- 4 Id. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70009786419. Relator: Des. Rui Portanova. 8. Câmara Cível. Porto Alegre, 3 mar. 2005. *Diário de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 20 abr. 2005a. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2005&codigo=156105>. Acesso em: 5 dezembro 2018.
- 5 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70006046122. Relator: Des. Rui Portanova. 8. Câmara Cível. Porto Alegre, 23 out. 2003. *Diário de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 9 dez. 2003a. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2003&codigo=427764>. Acesso em: 5 dezembro 2018.
- 6 Id. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70006936900. Relator: Des. Rui Portanova. 8. Câmara Cível. Porto Alegre, 13 nov. 2003. *Diário de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 15 dez. 2003b. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2003&codigo=205129>. Acesso em: 5 dezembro 2018.
- 7 Id. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70010787398. Relatora: Desª. Maria Berenice Dias. 7. Câmara Cível. Porto Alegre, 27 abr. 2005. *Diário de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 3 maio 2005b. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2005&codigo=234881>. Acesso em: 5 dezembro 2018.
- 8 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes nº 70013876867. Relator: Des. Luiz Ari Azambuja Ramos. Redator para acórdão: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. 4. Grupo de Câmaras Cíveis. Porto Alegre, 10 mar. 2006. *Diário de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 12 abr. 2006. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2006&codigo=198561>. Acesso em: 5 dezembro 2018.
- 9 GOECKS, Renata Miranda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. A possibilidade do reconhecimento da união estável putativa e paralela como entidade familiar, frente aos princípios constitucionais aplicáveis. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (Coord.). *Atualidades do direito de família e sucessões*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008, p. 400.
- 10 Ibid., p. 398.
- 11 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70049106578. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. 8. Câmara Cível. Porto Alegre, 13 set. 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Porto Alegre, 17 set. 2012. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2012&codigo=1703569>. Acesso em: 5 dezembro 2018.
- 12 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70049106578. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. 8. Câmara Cível. Porto Alegre, 13 set. 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Porto Alegre, 17 set. 2012. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2012&codigo=1703569>. Acesso em: 5 dezembro 2018.
- 13 BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação Cível nº 0092662-19.2010.8.05.0001. Relator: Des. Augusto de Lima Bispo. 1. Câmara Cível. Salvador, 27 jan. 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, Salvador, 6 fev. 2014. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=117650>>. Acesso em: 5 dezembro 2018.
- 14 Ibid.
- 15 Id. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação Cível nº 0000178-87.2010.8.05.0064. Relator: Des. Renato Ribeiro Marques da Costa. 5. Câmara Cível. Salvador, 15 out. 2013. *Diário da*

- Justiça Eletrônico*, Salvador, 22 out. 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=95944>>. Acesso em: 5 dezembro 2018.
- 16 BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação Cível nº 0000178-87.2010.8.05.0064. Relator: Des. Renato Ribeiro Marques da Costa. 5. Câmara Cível. Salvador, 15 out. 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, Salvador, 22 out. 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=95944>>. Acesso em: 5 dezembro 2018.
- 17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 397.762/BA. Relator: Min. Marco Aurélio. 1. Turma. Brasília, 3 jun. 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 13 jun. 2008a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547259>>. Acesso em: 5 dezembro 2018.
- 18 Id. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 789.293/RJ. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. 3. Turma. Brasília, 16 fev. 2006. *Diário da Justiça*, Brasília, 20 mar. 2006b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=607260&num_registro=200501653798&data=20060320&formato=PDF>. Acesso em: 5 dezembro 2018.
- 19 “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.” Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. *Diário da Justiça*, Brasília, 8 maio 1964. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Sumula_do_STF_1_a_736.pdf>. Acesso em: 5 dezembro 2018.
- 20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270464%27>. Acesso em: 5 dezembro 2018.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed., rev. e aum. de acordo com o novo Código Civil e leis posteriores. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de Fato*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família: com comentários à Lei nº 8.009/90*. 6. ed., rev., ampl. e atual. com o atual código civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012.
- BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação Cível nº 0000178-87.2010.8.05.0064. Relator: Des. Renato Ribeiro Marques da Costa. 5. Câmara Cível. Salvador, 15 out. 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, Salvador, 22 out. 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=95944>>. Acesso em: 05 dezembro 2018.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação Cível nº 0092662-19.2010.8.05.0001. Relator: Des. Augusto de Lima Bispo. 1. Câmara Cível. Salvador, 27 jan. 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, Salvador, 6 fev. 2014. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=117650>>. Acesso em: 05 dezembro 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/compilado.htm>. Acesso em: 05 dezembro 2018.
- _____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 dezembro 2018.
- _____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 05 dezembro 2018.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.096.539/RS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 4. Turma. Brasília, 27 mar. 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 25 abr. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=607260&num_registro=200501653798&data=20060320&formato=PDF>. Acesso em: 05 dezembro 2018.

- TA&sequencial=1134663&num_registro=200802170387&data=20120425&formato=PDF>. Acesso em: 05 dezembro 2018.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.157.273/RN. Relatora: Minª. Nancy Andrichi. 3. Turma. Brasília, 18 maio 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 20 mar. 2006a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=973541&num_registro=200901892230&data=20100607&formato=PDF>. Acesso em: 05 dezembro 2018.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 789.293/RJ. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. 3. Turma. Brasília, 16 fev. 2006. *Diário da Justiça*, Brasília, 20 mar. 2006b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=607260&num_registro=200501653798&data=20060320&formato=PDF>. Acesso em: 05 dezembro 2018.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 931.155/RS. Relatora: Minª. Nancy Andrichi. 3. Turma. Brasília, 7 ago. 2007. *Diário da Justiça*, Brasília, 20 ago. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=709134&num_registro=200700467356&data=20070820&formato=PDF>. Acesso em: 05 dezembro 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 397.762/BA. Relator: Min. Marco Aurélio. 1. Turma. Brasília, 3 jun. 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 13 jun. 2008a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547259>>. Acesso em: 05 dezembro 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. *Diário da Justiça*, Brasília, 8 maio 1964. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Sumula_do_STF_1_a_736.pdf>. Acesso em: 05 dezembro 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de 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. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 17 jun. 2008b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_1_a_29_e_31_a_33.pdf>. Acesso em: 05 dezembro 2018.
- _____. Tribunal Regional Federal (2. Região). Apelação em Reexame Necessário nº 200351100017732. Relator: Des. Fed. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. 6. Turma Especializada. Rio de Janeiro, 9 maio 2011. *Diário Eletrônico da Justiça Federal da 2. Região*, Rio de Janeiro, 16 maio 2011. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0108610/1/135/348408.rtf>>. Acesso em: 05 dezembro 2018.
- CAHALI, Francisco José. Família e sucessões: entidades familiares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. II.
- CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade*. 2. ed., atual. Curitiba: Juruá, 2012.
- COLAVITTI, Fernanda. O fim da monogamia? Revista Galileu, São Paulo: Globo, n. 195, p. 43, out. 2007.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 5.
- FACCENDA, Guilherme Augusto. Uniões Estáveis Paralelas, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias: de acordo com a lei nº 11.340/06, lei Maria da Penha e com a lei nº 11.441/07, separação, divórcio e inventário extra-judiciais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. *Direito das famílias*. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

- FERRARINI, Letícia. Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos. *Livraria do Advogado*, [Porto Alegre], 26 nov. 2010a. Disponível em: <<http://www.livrariadoadvogado.blog.br/sem-categoria/familias-simultaneas-e-seus-efeitos-juridicos>>. Acesso em: 6 dezembro 2018.
- _____. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2010b.
- _____. *Famílias simultâneas: sua tutela judicial a partir da doutrina dos deveres de proteção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp145700.pdf>>. Acesso em: 06 dezembro 2018.
- FONTANELLA, Patrícia. Famílias simultâneas e união estável putativa. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). *Grandes temas da atualidade: união estável : aspectos polêmicos e controvertidos*. São Paulo: Forense, 2009. v. 8, p. 327-349.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 6.
- GAGLIANO, Pablo Stolze e Rodrigo Pamplona Filho. *Novo Curso de Direito Civil, v. 6: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional* 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0111.04.000875-2/002. Relator: Des. Cláudio Costa. 5. Câmara Cível. Belo Horizonte, 17 maio 2007. *Diário do Judiciário do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 24 maio 2007. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/relatorioEspelhoAcordao.do?inteiroTeor=true&ano=4&ttriCodigo=1&codigoOrigem=111&numero=875&sequencial=2&sequencialAcordao=0>>. Acesso em: 5 dezembro 2018.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0384.05.039349-3/002. Relator: Des. Moreira Diniz. 4. Câmara Cível. Belo Horizonte, 21 fev. 2008. *Diário do Judiciário do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 13 mar. 2008. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/relatorioEspelhoAcordao.do?inteiroTeor=true&ano=5&ttriCodigo=1&codigoOrigem=384&numero=39349&sequencial=2&sequencialAcordao=0>>. Acesso em: 5 dezembro 2018.
- MONTEIRO, Washington de Barros e TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Curso de Direito Civil*, vol. 2: direito de família. 42. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 63/64, 68 e 71
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito, amor e sexualidade. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2., 1999, Belo Horizonte. *A família na travessia do novo milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, 1999.
- _____. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. 2004. 157 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.
- _____. Uma principiologia para o direito de família. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. *Família e dignidade humana: anais...* Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, 2006.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70006046122. Relator: Des. Rui Portanova. 8. Câmara Cível. Porto Alegre, 23 out. 2003. *Diário de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 9 dez. 2003a. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2003&codigo=427764>. Acesso em: 5 dezembro 2018.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70006936900. Relator: Des. Rui Portanova. 8. Câmara Cível. Porto Alegre, 13 nov. 2003. *Diário de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 15 dez. 2003b. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br>

- br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2003&codigo=205129>. Acesso em: 5 dezembro 2018.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70009786419. Relator: Des. Rui Portanova. 8. Câmara Cível. Porto Alegre, 3 mar. 2005. *Diário de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 20 abr. 2005a. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2005&codigo=156105>. Acesso em: 5 dezembro 2018.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70010787398. Relatora: Des.ª Maria Berenice Dias. 7. Câmara Cível. Porto Alegre, 27 abr. 2005. *Diário de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 3 maio 2005b. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2005&codigo=234881>. Acesso em: 5 dezembro 2018.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70011258605. Relator: Des. Alfredo Guilherme Englert. Redator para acórdão: Des. Rui Portanova. 8. Câmara Cível. Porto Alegre, 28 ago. 2005. *Diário de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 4 nov. 2005c. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2005&codigo=704108>. Acesso em: 5 dezembro 2018.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70012696068. Relator: Des. José Ataídes Siqueira Trindade. 8. Câmara Cível. Porto Alegre, 6 out. 2005. *Diário de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 17 nov. 2005d. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2005&codigo=822234>. Acesso em: 5 dezembro 2018.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes nº 70013876867. Relator: Des. Luiz Ari Azambuja Ramos. Redator para acórdão: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. 4. Grupo de Câmaras Cíveis. Porto Alegre, 10 mar. 2006. *Diário de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 12 abr. 2006. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2006&codigo=198561>. Acesso em: 5 dezembro 2018.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70049106578. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. 8. Câmara Cível. Porto Alegre, 13 set. 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Porto Alegre, 17 set. 2012. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2012&codigo=1703569>. Acesso em: 5 dezembro 2018.
- PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Famílias simultâneas e monogamia. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e dignidade humana: congresso brasileiro de direito de família. São Paulo: IOB Thomson, 2006.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28. ed., rev. e atual. por Francisco Cahali; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.
- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____. Famílias simultâneas e monogamia. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. *Família e dignidade humana: anais...* Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, 2006.
- SINGLY, Francois de. *Sociologia da Família Contemporânea*. São Paulo: Texto Gráfia, 2012
- TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*. 2. ed., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007. v. 5.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas. 2005. v. 6.



EMANUELA POMPA LAPA é Mestranda em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador. Especialista em Direito Civil e Direito do Consumidor pelo JusPODIVM. Integrante do IBDFAM. Advogada especialista na área de Família e Sucessões. Sócia do Lapa Góes e Góes Advogados.

Lei do *bullying* para a proteção dos professores

POR ANA PAULA SIQUEIRA LAZZARESCHI DE MESQUITA

No dia 31 de maio de 2019, discentes da Escola Estadual Maria de Lourdes Teixeira em Carapicuíba, na Grande São Paulo, arremessaram livros em uma professora, jogaram carteiras, vandalizaram a sala de aula e gravaram as imagens com um celular, conforme consta da notícia publicada aqui.

O número de agressões a professores de São Paulo cresceu 73% em 2018 se comparado ao ano anterior, segundo levantamento feito pela GloboNews via Lei de Acesso à Informação, sendo certo que os professores estão totalmente desamparados e desprotegidos. Os professores de escolas públicas constantemente relatam casos de agressões, verbais e físicas de diversas modalidades.

O delito de lesão corporal está previsto no Código Penal Brasileiro (art. 129) e resulta da ação de uma pessoa contra outra e que prejudique a integridade corporal ou a saúde da vítima.

Isso pode ocorre por meio de uma agressão física que gera na vítima alterações temporárias, permanentes e até mesmo levem à morte. Podem ser, por exemplo: fraturas, hematomas, cortes ou escoriações. Os atos psicológicos (ameaças ou chantagem) que causam desequilíbrio funcional no professor, como vômitos, desmaios ou choque nervoso, também são classificados como lesão corporal. Por ser subjetiva e de difícil identificação, a violência psicológica, na maioria dos casos, é negligenciada até por quem sofre – por não conseguir perceber que ela vem mascarada pelo medo, controle, humilhações, ironias e ofensas (especialmente na esfera virtual).

Poucos sabem que a Lei do Bullying nº 13.185/15 não faz limitação de idade, motivo pelo qual professores também podem ser vítimas de violência sistemática e *cyberbullying*.

O aumento no índice de *cyberbullying* sofrido pelos docentes está relacionado justamente ao maior envolvimento dos pais nesses abusos. A maior parte dos abusos são cometidos por pais e alunos da educação secundária – que compreende alunos do segundo segmento do ensino fundamental e do ensino médio – principalmente nas redes sociais como o Facebook, Snapchat, Instagram e aplicativos como o WhatsApp.

A escola pública e privada precisa ser reconhecida pelos alunos e seus familiares como um ambiente social seguro, por isso, é importantíssimo que as instituições de ensino mantenham os canais de comunicação sempre abertos com os discentes e suas famílias. A parceria família-escola ajuda na construção de um vínculo de confiança entre todos os envolvidos no processo de aprendizagem e integração social, exigência da Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

As autoridades públicas precisam implementar programas de combate a violência sistemática efetivos e definitivos, nos termos da Lei nº 13.185/15 e os incisos IX e X da LDB – a sociedade não mais suportará chacinas e espancamento de professores com a permissividade e negligência aos profissionais que constroem os valores humanos do nosso país. #



ANA PAULA SIQUEIRA LAZZARESCHI DE MESQUITA é advogada, sócia fundadora de SLM Advogados, professora Mestre pela PUC/SP e especialista em Direito e Educação Digital.



A lei das estatais contribui para simplificar e elevar a segurança jurídica de licitações e contratos?

POR JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR E MARINÉS RESTELATTO DOTTI

“A proposta de simplificar estruturas, regras, procedimentos administrativos e processos de trabalho, com o fim de “otimizar” a relação custo-benefício (eficiência) e contribuir para a obtenção de resultados (eficácia), assim satisfazendo aos compromissos do estado com a sociedade civil, tem sido desenvolvida na gestão pública de vários estados democráticos de direito, sejam os de cultura jurídica romano-germânica ou os filiados à tradição anglo-saxã.”

Aedificação do estado democrático de direito pressupõe uma administração ágil, eficiente e eficaz na produção de resultados que respondam aos direitos individuais e sociais prometidos na Constituição da República. Se tais resultados não se contabilizam, durante décadas, em ritmo e volume correspondentes às expectativas da cidadania, nem ao perfil que a sociedade espera do estado e de seus agentes, ou, pior, mascaram desvios de recursos para o atendimento a interesses ilegítimos, é necessário sindicar sobre as causas do emperramento ou dos desvios, em busca de soluções que os previnam e superem, a custos suportáveis.

Ordens jurídicas nacionais, justificadamente inconformadas com a ineficiência estatal – que é universal, nada obstante em graus e dimensões variáveis –, estão a propor, desde fins do século passado, a simplificação de estruturas e práticas administrativas como meio de alcançarem-se os resultados de interesse público planejados, uma vez colhidos consensos que traduzam as escolhas e prioridades da cidadania exercitada. Essa estratégia – que se vem identificando como “princípio da simplificação” – é a que se esperava, com ganho de eficiência e eficácia, do modelo de contratações a ser adotado pelas empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias, incumbidas que são, nas economias contemporâneas, de relevante parcela do desenvolvimento.

Uma das mais notáveis características do estado democrático de direito é a de que o direito não se esgota no conjunto de normas formalmente positivadas. Por mais amplas e minudentes que possam ser, as leis e seus regulamentos não logram prever e resolver os muitos matizes com que se apresentam ou se modificam as relações interpessoais e coletivas, políticas, econômicas e sociais, nas sociedades contemporâneas, que se distinguem pelo ritmo estonteantemente acelerado de propostas e mudanças de paradigmas culturais.

O direito se concretiza, a cada passo, por sua conformação à ordem jurídica e esta não se constitui tão-só de regras legais, mas, também, de princípios que às leis precedem, dando norte ao sistema pela prevalência dos valores éticos que consagram, tornando o sistema consistente. É o que se tem convencionado chamar de segurança jurídica, ou seja, não são as regras que asseguram relativa estabilidade às relações, mas, sobretudo, os princípios e valores com que as regras são interpretadas e aplicadas. Segurança jurídica pressupõe uma ordem jurídica e esta não se traduz apenas em regras, se não que em regras sujeitas a princípios, valores e normas que dão integridade e consistência ao sistema fundado na Constituição e nas leis.

Dezoito anos após a publicação da EC nº 19/98 sobreveio a Lei nº 13.303/16 por aquela prometida, dispondo sobre o estatuto jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, no âmbito da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, lei nova impulsionada pelos escândalos de corrupção envolvendo licitações e contratações realizadas por algumas dessas entidades.

O Título II da Lei nº 13.303/16 dispõe sobre as licitações e contratações das empresas estatais, o mais destacado instrumento jurídico por meio do qual se move a circulação de bens e serviços. Mas não concebe um sistema inovador, que se pudesse sobretudo identificar com simplicidade e segurança jurídica. Ao contrário, a chamada Lei das Estatais incorpora procedimentos previstos na Lei nº 12.462/11, a qual dispõe sobre o regime diferenciado de contratações públicas – RDC, na Lei nº 10.520/02, instituidora da modalidade de licitação denominada pregão, e na Lei nº 8.666/93, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratações administrativas. O novo estatuto das estatais reúne, pois, ordens normativas cuja prática mostra pontos positivos e negativos, por isto que se aguardava que a Lei das Estatais viesse aperfeiçoar os pontos positivos e erradicar os negativos, a par de remeter numerosos pontos para futura regulamentação. Sumaria-los entre o passado vintenário e o futuro previsível é o objetivo deste texto, a partir da observação lançada pelo Ministro Vital do Rego¹, do Tribunal de Contas da União:

No campo das licitações e contratos, a Lei das estatais buscou consolidar, num único diploma legal, dispositivos da Lei nº 8.666/1993, da Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002) e do RDC (Lei nº 12.462/2011), extraindo-se a essência dessas três normas.

Entre as inovações trazidas pela Lei nº 13.303/2016 no universo da atividade administrativa do Estado, merece destaque a “atualização” dos limites para a hipótese de dispensa de licitação em razão do valor. Os limites deveras defasados que, na Lei nº 8.666/1993, cingem-se a quinze mil reais, para obras e serviços de engenharia, e oito mil para outros serviços e compras, foram majorados para cem mil e cinquenta mil reais, respectivamente.

Restou frustrada, no entanto, a expectativa daqueles que esperavam ver na Lei 13.303/2016 a positivação de procedimentos de contratação ainda mais céleres e eficientes que propiciassem às estatais exploradoras de atividade econômica a possibilidade de competir, em efectiva igualdade de condições, com empresas que atuam exclusivamente no mercado privado.

AUTO APPLICABILIDADE DO REGIME DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO DA LEI Nº 13.303/16

Estabelece o art. 71 do Decreto nº 8.945/16, o qual regulamenta, no âmbito da União, a Lei nº 13.303/16, que o regime de licitação e contratação instituído por esse diploma é autoaplicável, exceto quanto a:

- (a) procedimentos auxiliares das licitações, de que tratam os artigos 63 a 67 da Lei nº 13.303/16;
- (b) procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos, de que trata o § 4º, do art. 31, da Lei nº 13.303/16;
- (c) etapa exclusivamente eletrônica de lances, de que trata o § 4º, da art. 32, da Lei nº 13.303/16;
- (d) preparação das licitações com matriz de riscos, de que trata o inciso X, do *caput* do art. 42, da Lei nº 13.303/16;
- (e) observância da política, a ser elaborada, de transações com partes relacionadas, de que trata o inciso V, do *caput* do art. 32, da Lei nº 13.303/16; e
- (f) disponibilização na internet do conteúdo informacional requerido nos artigos 32, § 3º, 39, 40 e 48 da Lei nº 13.303/16.

Salvo as hipóteses retro citadas, as normas sobre licitações e contratações da Lei nº 13.303/16, no âmbito da União, têm eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral, desde a entrada em vigor da lei, aptas, portanto, a produzir efeitos independentemente de norma regulamentar.

Já as exceções elencadas no art. 71 do Decreto nº 8.945/16 são normas não auto-aplicáveis, ou seja, dependem de regulamento para complementar-lhes o sentido. A elaboração de tal regulamento é atribuição da entidade estatal respectivamente competente. O processamento da licitação para a formação do registro de preços também é dependente de regulamentação pelo poder executivo competente, segundo dispõe o art. 66, *caput*, da Lei nº 13.303/16.

REVOGAÇÃO DO DECRETO Nº 2.745/98 (REGULAMENTO DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES DA PETROBRÁS)

Dispunha o revogado art. 67 da Lei nº 9.478/97 que os contratos celebrados pela Petrobrás, para aquisição de bens e serviços, seriam precedidos de procedimento licitatório simplificado, definido por meio de Decreto do Presidente da República. Em cumprimento ao dispositivo legal foi publicado o Decreto nº 2.745/98, já na vigência da EC nº 19/1998.

O regime jurídico de licitação e contratação instituído pela Lei nº 13.303/16 diferencia-se do revogado Decreto nº 2.745/98 ao consagrar os princípios da celeridade processual – que já emoldurava a legislação regente da modalidade do pregão, editada a partir de 2002, em vista de a apresentação de lances ou propostas e a verificação de sua efetividade antecederem a fase de habilitação, de o exame de documentos de habilitação ser feito apenas do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, e da existência de recurso administrativo único –, da ampla competitividade – pela adoção preferencial do formato eletrônico – e da economicidade – alicerçado pela disputa que se realiza por meio de etapa de lances.

O novel estatuto privilegia nas licitações das empresas estatais, portanto, o rito do pregão, conforme se depreende de seu art. 51, decerto que levando em conta os resultados por até aqui mensurados — redução do tempo de processamento, simplificação do procedimento e obtenção de propostas mais vantajosas. Tão auspiciosos soam os ganhos de eficiência e eficácia do pregão que a diretriz do art. 32, IV, da Lei nº 13.303/16 estabelece a adoção preferencial dessa modalidade nas aquisições de bens e serviços comuns. Equivale a dizer que sua preterição sem motivo que a justifique cabalmente será considerada ilegal, dado que resultaria afastada a preferência legal expressa em favor do pregão.

A REGÊNCIA DAS LICITAÇÕES REALIZADAS POR EMPRESAS PÚBLICAS, SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E SUAS SUBSIDIÁRIAS QUE EXPLOREM ATIVIDADE ECONÔMICA DE PRODUÇÃO OU COMERCIALIZAÇÃO DE BENS OU DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

As empresas públicas e sociedades de economia mista são espécies do gênero empresas estatais e representam mecanismos de intervenção direta do Estado no domínio econômico, nos casos em que se verificam imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, tal como dispõe o art. 173 da Constituição Federal.

É possível que essas empresas sejam prestadoras de serviço público, como é o caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, que, em regime de privilégio (monopólio), presta, com exclusividade, o serviço postal.

Quando as empresas estatais exploram atividade econômica, devem observar o comando constitucional previsto no art. 173, §1º, III, da Carta Fundamental, segundo o qual a lei que definir o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, disporá sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

De acordo com a Lei nº 13.303/16, aplicam-se os dispositivos atinentes às licitações e contratações às empresas públicas, às sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou constitua prestação de serviços públicos. Segundo o art. 1º, § 2º, do referido diploma, as disposições sobre licitações e contratações, previstas nos Capítulos I e II do Título II, aplicam-se inclusive à empresa pública dependente², definida nos termos do inciso III, do art. 2º, da Lei Complementar nº 101/00 (lei de responsabilidade fiscal), a que explora atividade econômica, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou configure prestação de serviços públicos. Segue-se que

não distingue as empresas sujeitas ao novo estatuto segundo o tipo de atividade exercida ou suas características.

A licitação é a regra, mesmo para as empresas estatais submetidas a regime jurídico próprio das empresas privadas (art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal). Somente será possível de exclusão em situações nas quais for demonstrada a existência de obstáculos negociais (art. 28, § 3º, I e II, da Lei nº 13.303/16) que oponham efetivo prejuízo às atividades da estatal, devidamente demonstrados, de modo a impossibilitar a licitação, seja porque materialmente inviável a competição (art. 30 da Lei nº 13.303/16), seja porque desta poderia resultar prejuízo ao interesse público presente nas finalidades institucionais da estatal (dispensabilidade da licitação).

A função da licitação é a de viabilizar, por meio da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a busca da proposta mais vantajosa para a entidade.

A adoção de um procedimento para a contratação de bens, obras e serviços de interesse para as estatais e, ainda, para a alienação de seus bens, móveis e imóveis, visa conferir previsibilidade, segurança, acesso igualitário à disputa, além de permitir aos órgãos de controle, interno e externo, sindicar os atos administrativos praticados no processo, amparados pelas normas de regência.

A previsibilidade decorre da existência de um regramento prévio, materializado no ato convocatório, mercê do qual são divulgadas as regras para a participação no certame e para a escolha da melhor proposta. Tal regramento, balizado pela legislação de regência, antecipa as condições necessárias à participação na licitação, conferindo segurança jurídica à entidade e também aos interessados na contratação.

COMERCIALIZAÇÃO, PRESTAÇÃO OU EXECUÇÃO, DE FORMA DIRETA, DE PRODUTOS, SERVIÇOS OU OBRAS ESPECIFICAMENTE RELACIONADOS AOS OBJETOS SOCIAIS DAS EMPRESAS ESTATAIS

A Lei nº 13.303/16, sem distinção, impôs a regra geral da licitação às empresas estatais que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita a regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos. Contudo, o mesmo diploma conferiu a essas entidades (prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividades econômicas) a prerrogativa de não se submeterem a regime licitatório quando do exercício de suas atividades finalísticas, procedimento que, caso fosse adotado, inviabilizaria a sua coexistência em relação às empresas privadas – suas concorrentes no mercado de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços – em face da dissociação do procedimento formal das licitações em relação às medidas céleres praticadas pelo setor privado.

As empresas estatais que exploram atividades econômicas, embora integrantes da administração pública indireta, desempenham operações peculiares, de nítido caráter econômico, vinculadas aos seus próprios objetivos. Tais operações são denominadas de atividades-fim ou atividades finalísticas. A Lei nº 13.303/16 estabeleceu a inaplicabilidade do regime licitatório às contratações relacionadas às atividades finalísticas das empresas estatais que, na forma do inciso I, do § 3º, do art. 28, forem associadas a atividades especificamente relacionadas aos objetos sociais dessas entidades, ou seja, aqueles inscritos na lei que lhes autorizou a criação e nos seus respectivos atos constitutivos (CF/88, art. 37, XIX).

PROCESSOS E PROCEDIMENTOS

Veja-se que na Lei nº 8.666/93, notadamente no seu art. 17, inciso II, alínea “e”, há previsão acerca do afastamento do regime licitatório na venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da administração pública, em virtude de suas finalidades, ou seja, à vista de seu objeto social. O afastamento do regime licitatório também encontra previsão na própria Lei nº 13.303/16, notadamente em seu art. 29, inciso XVIII, segundo o qual é dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de “bens que produzam ou comercializem”.

Ditas entidades, como regra, não podem esquivar-se da regra da licitação, salvo no exercício de atos tipicamente ligados ao desempenho imediato de atividade industrial ou comercial que, por lei, lhes incumbe desenvolver como objeto das finalidades para que foram criadas.

Assim, a compra e venda de material básico e insumos necessários à produção de bens e serviços por empresa estatal que explore atividade econômica, assim como a comercialização desses bens e serviços, não se sujeitam à regra da licitação. Impor-lhe as mesmas regras de contratação aplicáveis a órgãos públicos no exercício de suas atividades finalísticas vulneraria a garantia de flexibilidade na atuação de suas atividades negociais, em vista de disputarem fatias de mercado com empresas privadas, desembaraçadas das formalidades do regime licitatório, inibindo o desempenho expedito e com prejuízo da obtenção do negócio mais vantajoso.

Vale ainda lembrar que as empresas estatais, especialmente as constituídas sob a forma de sociedade anônima, estão presas a um dever de eficiência, segundo dispõe a Lei nº 6.404/76, a lei das sociedades anônimas. Assim:

Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

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.

[...]

Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.

As atividades finalísticas das empresas estatais regem-se pelo direito privado e não estão sujeitas ao dever de licitar. Esta obrigação, no entanto, é exigível nas contratações necessárias ao exercício das atividades-meio. Não raro, determinada atividade-fim pode confundir-se com atividade-meio. A diferença entre ambas as atividades está na vinculação do contrato com o objeto cujo desenvolvimento constitui a razão de ser da empresa estatal, tal como enunciado na lei de sua criação e em seus estatutos constitutivos. A atividade-fim é aquela para a qual está vocacionada a entidade. As demais são atividades-meio e, portanto, sujeitam-se à regra da licitação.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, o Acórdão nº 624/2003 – Plenário enfrentou a questão:

Em primeiro lugar, relembrando a legislação pertinente às estatais no tocante aos procedimentos licitatórios, tinha-se o então vigente Decreto-Lei nº 2.300/1986, que, ao estabelecer

a submissão a seus ditames pela administração centralizada e autárquica, deixou expresso que as empresas estatais poderiam editar regulamentos próprios, desde que respeitados os princípios básicos da licitação (art. 86).

A flexibilidade ali permitida foi alterada, no entanto, quando do advento da Constituição de 1988, que, em seu art. 37 (redação original) e inciso XXI, impôs de forma genérica às entidades da administração indireta observância às normas legais sobre licitação. Ao mesmo tempo, sujeitou a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime jurídico próprio das empresas privadas (art. 173, § 1º, na redação original).

Com a edição da Lei nº 8.666/1993, definiu-se que as disposições ali contidas alcançariam as empresas estatais e, nessa conformidade, seus regulamentos deveriam estar, portanto, compatíveis com o texto legal (arts. 118 e 119).

Posteriormente, mediante a Emenda Constitucional nº 19/1998, o § 1º do art. 173 passou a ter a seguinte redação:

Art. 173.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

.....
III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

Nesse mesmo ano de 1998, o Tribunal, após considerar aspectos referentes principalmente à necessidade de se conferir maior flexibilidade gerencial às estatais, dado o regime de competição que lhes é imposto, decidiu excluir a obrigatoriedade de a Petrobrás Distribuidora-BR realizar processo licitatório para as contratações de transportes que sejam atividade-fim da empresa, como a de transporte de produtos, permanecendo esta obrigatoriedade para as atividades-meio (Acórdão nº 121/1998-Plenário, Ata nº 35).

Em assentada mais recente, o Plenário, ao acolher as razões expostas pelo Ministro Ubiratan Aguiar no tocante à constitucionalidade do Decreto nº 2.745/1998 e do art. 67 da Lei nº 9.478/1997, determinou à Petrobrás a observância da Lei nº 8.666/1993 e de seu regulamento próprio até a edição da lei de que trata o § 1º do art. 173 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional 19/1998 (Decisão nº 663/2002-Plenário, Ata nº 21). No voto condutor da mencionada deliberação, veio à baila o *decisum* anterior, acima referido, tendo sido confirmado o entendimento no sentido de que a Petrobrás não deveria se utilizar, de forma irrestrita, da integralidade dos comandos inseridos na Lei nº 8.666/93 para toda e qualquer situação. Na sequência, foi repetida a orientação de que a empresa poderia valer-se da inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços que constituam sua atividade-fim.

Sendo esse o pensamento do Tribunal a respeito da matéria, e retornando à espécie dos autos, é de se perquirir se as operações de crédito rural levadas a efeito pelo Banco do Brasil estão incluídas ou não em sua atividade-fim.

Consultando o Estatuto do Banco, verifica-se que o objeto social da instituição comprehende a prática de todas as operações bancárias ativas, passivas e acessórias, a prestação de serviços bancários, de intermediação e suprimento financeiro sob suas múltiplas formas e o exercício de quaisquer atividades facultadas às instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional (art. 2º).

Nesse contexto, não há dúvida de que o financiamento rural disponibilizado pelo Banco do Brasil representa uma operação bancária típica e que a contratação do seguro que lhe é afeta caracteriza-se como uma operação bancária acessória, operações estas diretamente vinculadas à atividade-fim. Além disso, não seria demais ressaltar que a responsabilidade

PROCESSOS E PROCEDIMENTOS

pelo pagamento do prêmio do seguro é exclusiva do mutuário, não se constituindo assim uma despesa a cargo da instituição bancária.

Note-se ainda que o Banco do Brasil, ao lidar com tais financiamentos, encontra-se em igualdade de condição com as outras instituições integrantes do sistema de crédito rural, e nessa conformidade necessita de agilidade e flexibilidade para bem desincumbir-se dessa atividade e de outras tantas ligadas à execução do seu objeto social.

Não obstante o Banco do Brasil constituir-se o principal agente financeiro, responsável por 47% do saldo total de financiamentos rurais e agroindustriais aplicados pelas instituições, conforme mencionado no Relatório da Administração do Banco, referente ao exercício de 2002, isso não representa sua supremacia nessa faixa do mercado de seguro até porque, como visto, mais da metade das operações está nas mãos de outras entidades bancárias.

De outra parte, cumpre destacar que as empresas estatais, notadamente aquelas constituídas sob a forma de sociedade anônima, estão submetidas ao dever de eficiência, consoante disposições contidas na Lei nº 6.404/1976, entre essas:

Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo o homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

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.

Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.

Note-se que o controle, seja interno, seja externo, a ser exercido sobre as atividades desenvolvidas pelo Banco do Brasil se dará sob o enfoque dos resultados por ele obtidos, e, nesse particular, sob o prisma da eficiência, haja vista o modelo gerencial introduzido na administração pública pela reforma administrativa (EC nº 19/1998).

Assim, entendo que exigir do Banco do Brasil – nas condições postas de estar atuando em um mercado concorrencial, sob o jugo do princípio da eficiência – a realização de licitação para contratar seguro de penhor rural nas operações de financiamento rural iria de encontro às próprias deliberações desta Corte em que foram excepcionadas da incidência da Lei nº 8.666/1993 aquelas operações incluídas nas atividades finalísticas das empresas. Nos termos já decididos, até que seja editada a norma legal de que trata o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, as estatais deverão observar os ditames da Lei nº 8.666/1993 e de seu próprio regulamento, podendo utilizar-se da situação de inexigibilidade quando da contratação de serviços que constituam sua atividade-fim. (Rel. Min. Guilherme Palmeira, Processo nº 000.214/1997-3).

Em outro Acórdão, a Corte de Contas federal assentou:

7. De fato, a questão básica tratada no pedido de reexame versa a respeito da necessidade de a PETROBRÁS Distribuidora S/A – BR, no desempenho das atividades finais e em função das quais ela foi constituída, licitar o transporte de combustíveis líquidos, pois dela decorrerão todos os demais efeitos pretendidos pelos recorrentes.

8. Sobre a legislação pertinente, vale ressaltar inicialmente que o então Decreto-lei nº 2.300, de 21-11-86, ao dispor sobre licitações, estabelecia que a exigibilidade das normas nele contidas era aplicada apenas à administração centralizada e autárquica, havendo nesse sentido disposição expressa de que as empresas estatais deveriam editar regulamentos próprios, adaptados as suas peculiaridades, com procedimentos seletivos simplificados e

observância dos princípios básicos da licitação. Predominava, à época, a orientação de que as empresas estatais dispunham de ampla margem de liberdade para licitar, podendo, em seus regulamentos próprios, estabelecer os casos de dispensa e as faixas de valores dentro das quais desenvolveriam determinados procedimentos, de maior ou menor amplitude.

9. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, essa situação sofreu alteração. A exigibilidade de observância das normas sobre licitações às empresas estatais, de maneira genérica, pode se inferir inicialmente da junção do disposto em seu Artigo 37 (redação original), e o conteúdo do Inciso XXI, desse mesmo dispositivo constitucional: "Art. 37 – A administração pública, direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e também, ao seguinte:

.....

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

10. Cabe contudo observar outro preceito constitucional, dispondo sobre empresas estatais, que, por suas implicações, não pode ser desprezado no exame da presente questão. Trata-se do Artigo 173, § 1º, da CF/88 (redação original), *verbis*:

"Art. 173 – Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias".

11. Posteriormente, com a edição da Lei nº 8.666/93, ficou estabelecido expressamente que as normas nela contida se aplicariam também às empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta e indiretamente pela União. Em consequência, os regulamentos próprios dessas entidades, antes de qualquer consideração, tiveram de ser ajustados. As mencionadas empresas podiam editar seus próprios manuais, desde que compatíveis com as normas legais, acrescidos apenas de detalhamentos e particularidades (conforme Artigos 118, 119 e Parágrafo único).

12. Essa mudança de tratamento, no sentido de se estabelecer normas de operatividade mais rígidas para essas entidades (paraestatais), que atuam em regime de direito privado, conforme reconhece a própria Constituição Federal de 1988, pode e deve agora, ao ver deste Relator, receber nova atribuição de finalidade, para se adotar um posicionamento de maior flexibilidade gerencial para tais entidades.

13. Como evidencia a doutrina, nenhum dispositivo legal, muito menos de nível constitucional, pode ser interpretado isoladamente, desvinculado do contexto no qual está inserido. Embora o texto legal se apresente frequentemente revestido de evidente clareza, mesmo assim implica um trabalho de conhecimento, de assimilação e de complementação daquilo que o legislador pretendeu exprimir, trabalho esse que poderá ser mais ou menos complexo, mas que não pode deixar de ser considerado, para que as normas sejam aplicadas sem qualquer dúvida.

14. Abordando esse tema, afirma o eminentíssimo CARLOS MAXIMILIANO (in Hermenêutica e Aplicação do Direito, Editora Forense, 1984, págs. 128 e 129): "O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma

PROCESSOS E PROCEDIMENTOS

no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos. Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço. Confronta-se a prescrição positiva com outra de que proveio, ou que da mesma dimanaram; verifica-se que o nexo entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular, e deste modo se obtém esclarecimentos preciosos. O preceito, assim submetido a exame, longe de perder a própria individualidade, adquire realce maior, talvez inesperado. Com esse trabalho de síntese é melhor compreendido. O hermeneuta eleva o olhar, dos casos especiais para os princípios dirigentes a que eles se acham submetidos; indaga se, obedecendo a uma, não viola outra; inquiri das consequências possíveis de cada exegese isolada. Assim, contemplados do alto os fenômenos jurídicos, melhor se verifica o sentido de cada vocabulário, bem como se um dispositivo deve ser tomado na acepção ampla, ou na estrita, como preceito comum, ou especial. Já se não admitia em Roma que o juiz decidisse tendo em mira apenas uma parte da lei; cumpria examinar a norma em conjunto: *In civile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere* – “é contra Direito julgar ou emitir parecer, tendo diante dos olhos, ao invés da lei em conjunto, só uma parte da mesma”.

15. Ainda sobre a questão, convém registrar parte do parecer da 10ª SECEX, que eviencia “... ser apenas aparente a antinomia existente entre os arts. 37, XXI, e 173, § 1º, da CF, pois cada um desses dispositivos protege um bem jurídico próprio. Resguarda-se dessa forma a boa hermenêutica, como ensinou o mestre Carlos Maximiliano (in Hermenêutica e Aplicação do Direito. Editora Forense: 1998, pág. 356):

3.20.1. Contradições absolutas não se presumem. É dever do aplicador comparar e procurar conciliar as disposições várias sobre o mesmo objeto, e do conjunto, assim harmonizado, deduzir o sentido e o alcance de cada uma.”

16. Dessa forma, podemos inferir que uma das finalidades ou propriedades da interpretação sistemática está, exatamente, na superação de aparentes conflitos de normas, como coloca JUAREZ FREITAS, um dos mais brilhantes publicistas da atualidade (in A Interpretação Sistemática do Direito, Malheiros Editores, 1995, pág. 54):

“Destarte, assumindo uma ótica ampliativa e mais bem equipada, a interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teológica, tendo em vista solucionar os casos concretos”.

17. Como acima enunciado, a Constituição Federal de 1988 (original), em seu Art. 37, inciso XXI, estabelece uma regra geral, aplicável inicialmente a todas as empresas estatais. Por outro lado, o art. 173 separa uma espécie de empresa estatal, a que explora atividade econômica. Desta vez, para dizer que apenas esta pode e deve reger-se pelas mesmas normas aplicáveis às empresas privadas. Cria uma exceção à regra geral, de forma que as exceções devem ter interpretação restrita, no sentido de que somente podem ser havidas como excepcionais as situações que se enquadrem perfeitamente na norma excepcionadora, sem extensões ou ampliações.

18. Vale ainda lembrar que as empresas estatais, especialmente as constituídas sob a forma de sociedade anônima, estão presas a um dever de eficiência, segundo dispõe a Lei das Sociedades Anônimas n.º 6.404/76:

“Art. 153 – O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

.....

"Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação".

19. Nesse particular, a Unidade competente pondera inicialmente que a BR, no desempenho de suas atividades finais, assume um papel social, na medida em que ela está presente em localidades que não despertam o interesse de outras empresas distribuidoras, aceitando inclusive evidentes prejuízos financeiros. Por essas razões, alerta que a empresa deve ter mobilidade para rapidamente alterar seus preços e compensar tais perdas com os ganhos de outros pontos do país, com a necessidade de negociação caso a caso com as empresas transportadoras. Faz referência à natureza comercial e estratégica dos contratos de transporte celebrados pela entidade, ressaltando que os mesmos assumem características peculiares e próprias do ramo econômico a que pertence a distribuidora, o que inviabiliza a realização do prévio certame licitatório para sua contratação, uma vez que esses contratos estão ligados à essência da atividade econômica por ela exercida.

20. Ademais, conforme também já abordado pela 10ª SECEX, "a atividade de distribuir assume nesse caso uma acepção que a torna sinônimo da atividade de transportar, que é a sua materialização física, podendo se dar por intermédio de caminhões, barcos ou outros meios, com o faz a estatal. Assim, conclui-se que o transporte de combustíveis é de fato uma das atividades-fim da BR", o que independe de sua execução ser ou não terceirizada.

21. Prossegue ainda Unidade Técnica, cujos aspectos ora são acolhidos, a destacar que: "Ressalta-se que o frete é integrante do custo direto da BR, sendo dessa forma indissociável da atividade comercial da empresa, assim como o é a matéria-prima que transporta, devendo ambas serem objetos de contratos comerciais. A inclusão do seu impacto nas notas fiscais, como parte do preço é apenas uma flagrante decorrência dessa constatação."

22. Esta constatação tornou-se mais clara com o advento da Lei nº 9.478/97, que consolidou o acirramento da concorrência no setor em que a BR atua, constituindo fato novo a corroborar a necessidade da empresa atuar com agilidade e competitividade no mercado, como forma de preservar o patrimônio que a constitui.

23. Neste sentido cumpre destacar que por força do "caput" e parágrafos do artigo 61 da lei que instituiu a ANP – Agência Nacional do Petróleo, a Petrobras e suas subsidiárias, dentre elas a BR, quando desenvolverem atividade econômica relativa à pesquisa, à lavra, à refinação, ao processamento, ao comércio e ao transporte de petróleo e de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como de quaisquer outras atividades correlatas ou afins, devem atuar em caráter de livre competição com outras empresas, em função de condições de mercado.

24. É de ressaltar também que o Sr. Representante do Ministério Público junto a este Tribunal, Dr. Walton Alencar Rodrigues, reconhece que "... à luz do novo ordenamento jurídico, instaurado pela Emenda Constitucional nº 19/98, os normativos internos não merecem reparos, devendo ser reformada a decisão recorrida.", de modo que acompanha parcialmente o parecer da 10ª SECEX.

25. Por isto, viável a contratação direta de bens, serviços e produtos atinentes à atividade-fim da BR, ou seja, aqueles decorrentes de procedimentos usuais do mercado em que atua e indispensáveis ao desenvolvimento de sua atividade normal, dentre eles, o transporte dos produtos por ela distribuídos.

26. De se notar ainda as novas justificativas apresentadas pelos Srs. Membros da Diretoria Executiva, sobre a atividade econômica da Entidade, acompanhadas do estudo realizado pelo eminent Prof. Adilson Abreu Dallari, do qual extraio excerto que a seguir transcrevo: ... "As coisas estavam nesse estágio de desenvolvimento quando o Tribunal de Contas da União proferiu a Decisão nº 414/94, determinando à Petrobrás Distribuidora S/A – BR que: a) adaptasse seu

PROCESSOS E PROCEDIMENTOS

Manual Geral de Contratações às normas da Lei nº 8.666/93; e, também, b) realizasse procedimento licitatório formal para a contratação de serviços de transporte de seus produtos. Esta última providência se revelou inviável, incompatível com as finalidades em função das quais essa subsidiária da PETROBRÁS havia sido criada. Com efeito, cabia e cabe a ela assegurar a regular distribuição de derivados de petróleo em todo o território nacional, especialmente nos lugares mais longínquos, de difícil acesso, onde essa atividade não desperta o interesse dos concorrentes, exatamente por ser anti-econômica. Para compensar os 'deficits' assim gerados, a empresa precisava e precisa ser eficiente, comercialmente agressiva, para ganhar mercado nas áreas urbanas mais densamente povoadas, onde a concorrência é exacerbada. Para ter preços competitivos (lembrando-se que os produtos derivados de petróleo não mais são tabelados) a empresa tinha e tem que diminuir custos, sendo que o transporte é um relevante item da composição de custos. Ou seja, para poder concorrer, em igualdade de condições com as outras empresas privadas distribuidoras de derivados de petróleo (atividade não monopolizada), a Petrobrás Distribuidora S/A – BR precisa ter liberdade de contratação, para bem negociar os contratos de transporte. Sem isso, ela não tem como manter-se. Isso tudo foi entendido pelo Tribunal de Contas da União ao reexaminar o assunto, mas no Acórdão nº 240/97, foi tomado apenas como atenuante da conduta dos dirigentes da empresa, mantendo-se o entendimento de que a contratação direta dos serviços de transporte de derivados de petróleo configura uma ilicitude. Este é o ponto nodal da questão em exame. Não se discute e não se contesta a necessidade fática; afirma-se, apenas, a ilegalidade dessa conduta. Todavia, a indigitada conduta havida como ilícita tinha e tem amparo constitucional. Isso é o que deflui da interpretação sistemática da Constituição Federal.

O art. 37 efetivamente estabelece uma obrigatoriedade geral de licitar, para todas as entidades da administração indireta ou descentralizada, sem exceção. Lido isoladamente, fora de seu contexto, essa é a interpretação dele decorrente.

Mas nenhuma disposição normativa tem vida fora do contexto em que está necessariamente inserida. O universo normativo não é um amontoado caótico de prescrições, mas, sim, um sistema, organizado, articulado e hierarquizado, no qual as contratações são apenas aparentes.

Interpretado sistematicamente, em conjunto com o disposto no art. 173 (em sua redação original) o art. 37 apenas estabelece uma regra geral, que, entretanto, não é absoluta, pois encontra exceção exatamente na disciplina jurídica constitucionalmente estabelecida para as empresas estatais exploradoras da atividade econômica, as quais devem atuar em regime de competição, ao lado dos particulares, em relação aos quais não pode ter nem privilégios nem desvantagens, salvo aqueles decorrentes dos fins sociais que determinam sua criação.

No caso em exame, a Petrobrás Distribuidora S/A – BR deve arcar com os ônus decorrentes de sua obrigação de distribuir seus produtos mesmo onde isso é anti-econômico, mas não pode ser compelida a competir com os 85 concorrentes particulares em desvantagem, onde essa atividade for lucrativa.

Portanto, a liberdade de contratação de serviços de transporte, como parte essencial da atividade de distribuição, que é a atividade-fim por excelência dessa empresa, nunca foi ilícita. Aliás, o direito nunca foi incompatível com o simples bom-senso.

Atualmente, a licitude dessa conduta ficou ainda mais acentuada. Com efeito, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 19 (Reforma Administrativa), que introduziu na Administração Pública um modelo gerencial, no qual o controle dos processos administrativos passa a ser substituído pelo controle de resultados, a liberdade de contratação pelas empresas estatais exploradoras de atividade econômica foi ainda mais acentuada.

O § 1º, do art. 173, afirma, textualmente, que essas empresas devem reger-se, em seus direitos e obrigações comerciais, pelas mesmas normas aplicáveis às empresas privadas

e, no tocante aos procedimentos licitatórios, permite a edição de regulamentos próprios, sempre com observância dos princípios da administração pública.

Essa liberdade foi compensada por mecanismos mais adequados de controle, como é o caso da criação das agências reguladoras. No caso específico, a Agência Nacional do Petróleo – ANP.

Em síntese, atualmente, em face da redação atual do texto constitucional, a PETROBRÁS Distribuidora S/A – BR pode ter seu próprio Manual Geral de Contratações, desde que as específicas disposições desse regulamento sejam compatíveis com os princípios da Administração Pública.

Pode, também, contratar diretamente, sem licitação, os serviços de transporte de seus produtos, desde que possa justificar cada escolha e que, ao fazê-lo, não contrarie ou ofenda aqueles mesmos princípios, seja por privilegiar ou prejudicar especialmente alguém, seja por pagar preços exorbitantes, seja por remunerar serviços desnecessários ou não prestados, etc.” (Acórdão nº 121/1998 – Plenário, Rel. Min. Iram Saraiva, Processo nº 010.124/1995-0).

A Constituição Federal, em seu art. 37, *caput* e inciso XXI, estabeleceu a regra geral da licitação nas contratações de obras, serviços, compras e nas alienações de bens, móveis e imóveis, da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, ou seja, estendeu o dever de licitar também às empresas públicas e sociedades de economia mista, entidades integrantes da administração pública indireta. Em seu art. 173, §1º, incumbiu à lei estabelecer o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, inclusive dispondo sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

Da interpretação sistemática desses dispositivos constitucionais extrai-se que: (a) se impõe às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias o dever de licitar obras, serviços, compras e, ainda, as alienações de seus bens; (b) cabe à lei, excluindo-se, por conseguinte, normas de hierarquia inferior, tais como decretos, regulamentos ou instruções normativas, fixar as diretrizes gerais aplicáveis a essas licitações.

Contudo, quando as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias atuam no mercado de produção ou comercialização de bens e serviços, sujeitam-se a regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários (art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal).

A Lei nº 13.303/16, em cumprimento às diretrizes constitucionais, estabeleceu a regra geral da licitação às atividades contratuais das empresas estatais que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita a regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos. Mas a ressalvou no art. 28, § 3º, I, quando da comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais enunciados em seus estatutos.

Tal exceção à regra geral da licitação visa atender à disciplina jurídica constitucionalmente estabelecida para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica, as quais devem atuar com eficácia e eficiência na busca dos

melhores resultados, por isso que atuam em regime de equiparação com empresas privadas, em relação às quais não podem assumir privilégios, nem suportar desvantagens. A propósito, estabelece o § 2º do art. 8º da Lei nº 13.303/16 que quaisquer obrigações e responsabilidades que a empresa pública e a sociedade de economia mista que explorem atividade econômica assumam em condições distintas às de qualquer outra empresa do setor privado em que atuam deverão estar claramente definidas em lei ou regulamento, bem como previstas em contrato, convênio ou ajuste celebrado com o ente público competente para estabelecê-las, observada a ampla publicidade desses instrumentos e, ainda, ter seu custo e suas receitas discriminados e divulgados de forma transparente, inclusive no plano contábil.

CONCLUSÃO

A Lei nº 13.303/16 exige o procedimento licitatório prévio na contratação de terceiros, destinada à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens.

A regra da prévia licitação, contudo, é afastada nas contratações necessárias ao desempenho negocial das empresas estatais, tais como as relacionadas à comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais, bem como nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a características particulares e vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, desde que demonstrada a inviabilidade do procedimento competitivo.

Considera-se oportunidade de negócio, segundo a lei, a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais, e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo órgão competente.

Impõe-se, pois, a regra geral da licitação nas contratações das empresas estatais, salvo nas contratações em que for especificamente demonstrada a existência de obstáculos negociais ao desempenho de suas atividades finalísticas. Ilustra-se com a realização de prévia licitação, por instituição financeira pública, para selecionar pessoas físicas ou jurídicas que almejam a concessão de empréstimos. A licitação, nessa hipótese, além de retardar a realização dos negócios pela empresa estatal, conflita com as regras disciplinadoras dessas operações por instituições financeiras privadas, colocando a empresa estatal em posição de desvantagem em relação à agilidade de que dispõem estas últimas.

Ademais, as empresas estatais que exercem atividade econômica não gozam de privilégios fiscais não extensivos ao setor privado, submetendo-se aos mesmos regimes jurídicos das empresas privadas atuantes na área, conferindo-lhes, por conseguinte, competitividade no mercado de produção de bens e serviços. Se, para o desempenho de suas atividades negociais ou atividades finalísticas, fosse exigida a prévia licitação, essas entidades resultariam comprometidas na eficiente exploração de sua atividade econômica, prejudicando não só o regime de livre

concorrência, mas, também, a igualdade que a Constituição Federal lhes assegura com entidades empresárias privadas.

Embora as empresas estatais estejam dispensadas de licitar a prestação de serviços relacionados com seus respectivos objetos sociais (art. 28, § 3º, inciso I, da Lei nº 13.303/16), devem conferir lisura e transparência a essas contratações, em atenção aos princípios que regem a atuação da administração pública, selecionando seus parceiros por meio de processo competitivo, isonômico, impensoal e transparente, consoante assentado pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 2.033/2017 – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, Processo nº 016.197/2017-8.

A proposta de simplificar estruturas, regras, procedimentos administrativos e processos de trabalho, com o fim de “otimizar” a relação custo-benefício (eficiência) e contribuir para a obtenção de resultados (eficácia), assim satisfazendo aos compromissos do estado com a sociedade civil, tem sido desenvolvida na gestão pública de vários estados democráticos de direito, sejam os de cultura jurídica romano-germânica ou os filiados à tradição anglo-saxã. Tanto que, no Reino Unido, é reiteradamente recitada a pauta dos dez mandamentos da simplificação dos serviços públicos, prestável tanto para aconselhar os gestores da administração estatal direta quanto os que dirigem as empresas ditas estatais, dotadas de personalidade própria, distinta da do estado, e providas de autonomia patrimonial e financeira. E mais se acentuam seus préstimos à Lei das Estatais brasileiras porque esta deliberou fazer-se dependente a sua aplicação de regulamentos a serem editadas no âmbito de cada empresa. Em livre tradução do manual britânico de gestão pública:

1 – Comece com o usuário.

A simplificação do serviço começa com a identificação do usuário, do seu ambiente sócio familiar, seus anseios, sua rotina, suas reclamações, suas necessidades, explícitas e implícitas. Se você não sabe quem é o seu usuário e do que ele precisa, você não vai construir a coisa certa. Faça pesquisas, analise dados, fale com os usuários, levante da cadeira e vá para a rua! Não faça suposições, coloque-se no lugar do usuário, experimente você o serviço, tenha empatia e lembre-se de que o que eles pedem nem sempre é o que eles precisam.

2 – Decida com dados.

Na maioria dos casos, podemos aprender com o comportamento do mundo real, observando como os serviços existentes são usados. Deixe os dados colhidos na prestação do serviço (tempo e custos da prestação para o usuário, nível de satisfação, entre outros) direcionar a tomada de decisões, ao invés de intuições ou conjecturas. Continue fazendo isso depois de ter seu serviço disponível e sempre que tiver novos protótipos e testes com os usuários.

3 – Sempre poderá ser mais simples.

É muito simples fazer algo complexo, mas é muito complexo fazer algo simples. Fazer algo simples de usar é muito mais difícil, especialmente quando os sistemas subjacentes são complexos. O usuário necessita de foco, ele precisa ser direcionado por um serviço simples, claro e intuitivo, e não se perder na complexidade. Não tome “sempre foi assim” como resposta. Menos é mais, procure retirar funcionalidades, formulários, opções, campos, cores etc. Por fim, sempre use a regra KISS (*Keep it Simple, Servant*).

4 – Dê pequenos e constantes passos, itere.

A única maneira de resolver um grande desafio é dividi-lo em pequenas ações. A melhor maneira de construir bons serviços é começar pequeno e iterar constantemente.

PROCESSOS E PROCEDIMENTOS

Libere o Serviço Mínimo Viável (SMV) com antecedência, teste-o com usuários reais, passe de Alpha para Beta para “Go Live” adicionando recursos, excluindo coisas que não funcionam e fazendo refinamentos com base em *feedback*. A iteração reduz o risco. Torna as grandes falhas improváveis e transforma pequenas falhas em lições. Se um protótipo não estiver funcionando, não tenha medo de descartá-lo e recomeçar.

5 – Simplicidade é acessibilidade.

Tudo o que construímos deve ser o mais inclusivo possível. Estamos construindo para as necessidades, não para o público. Estamos projetando para todos, não apenas para aqueles que são a maioria, como nós. As pessoas que mais precisam de nossos serviços são muitas vezes as pessoas que o consideram mais difícil de usar. Vamos pensar sobre essas pessoas desde o início.

6 – Entenda o presente e projete o futuro.

Não estamos projetando para uma tela de computador ou *smartphone*. Estamos projetando para as pessoas que acompanham tendências. Precisamos pensar muito sobre o contexto em que estão usando nossos serviços. Pergunte-se: eles estão em uma biblioteca? Eles estão em um telefone? Eles só estão realmente familiarizados com o facebook? Eles usaram a web antes? Onde estarão daqui a 3, 5 ou 10 anos?

7 – Crie serviços digitais, não websites.

Um serviço é algo que ajuda as pessoas a fazer alguma coisa. Nossa trabalho é descobrir as necessidades dos usuários e construir o serviço que atenda a essas necessidades, que seja 100% digital, que possa ser consumido em uma caminhada no parque, no tempo de uma parada no semáforo vermelho. Claro que muito do que são os serviços estará em páginas na web, mas não estamos aqui para construir canais de informação unidirecional. O mundo digital tem de se conectar ao mundo real, por isso temos de pensar sobre todos os aspectos de um serviço, e certifique-se de que eles somam algo que atenda às necessidades do usuário.

8 – Seja consistente, não uniforme.

Devemos usar a mesma linguagem e os mesmos padrões de design sempre que possível. Isso ajuda as pessoas a se familiarizarem com nossos serviços, mas quando isso não é possível, devemos nos certificar de que nossa abordagem é consistente.

Esta não é uma camisa de força ou um livro de regras. Cada circunstância é diferente. Quando encontramos padrões que funcionam, devemos compartilhá-los e falar sobre o motivo pelo qual os usamos. Mas isso não deve impedir-nos de melhorá-los ou mudá-los no futuro, quando encontrarmos melhores maneiras de fazer as coisas ou as necessidades dos usuários mudarem.

9 – Crie em parceria e compartilhe.

Devemos compartilhar o que estamos fazendo sempre que pudermos. Com colegas, com usuários, com o mundo. Compartilhar códigos, compartilhar projetos, compartilhar ideias, compartilhar intenções, compartilhar falhas. Quanto mais olhos houver em um serviço, melhor ele fica.

Se você conhece uma maneira de fazer algo que funciona e é eficiente, deve torná-la reutilizável e compartilhável, em vez de reinventar a roda o tempo todo. Isso significa construir plataformas e registros que outros órgãos possam utilizar, fornecendo recursos que sejam facilmente utilizáveis e escaláveis para outros contextos e trabalhos.

10 – E funciona?

Por fim e mais importante, caso nenhum destes mandamentos tenha ajudado, faça-se simplesmente a seguinte pergunta: “Esta solução melhora a vida do usuário?” Se não transformar claramente a experiência do usuário do serviço para melhor, simplesmente abandone-a e comece novamente do mandamento número 1. 

NOTAS

- 1 Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A-255C278EE0155CC342CF70C5B&inline=1>. Acesso em: outubro de 2016.
- 2 Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como: [...] III – empresa estatal dependente: empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária;

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Gustavo Amorim. *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei nº 13.303/16 comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa. *O estatuto das estatais (Lei nº 13.303/2016) e a inaplicabilidade do regime licitatório nas atividades-fim desempenhadas pelas empresas estatais que exploram atividade econômica*. Revista Síntese Direito Administrativo. São Paulo: IOB, 2006, v. 12, nº 134.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais. O regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Processo nº 010.124/1995-0. Acórdão nº 121/1998 – Plenário, Rel. Min. Iram Saraiva.
- BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Processo nº 000.214/1997-3. Acórdão nº 624/2003 – Plenário, Rel. Min. Guilherme Palmeira.
- BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Processo nº 016.197/2017-8. Acórdão nº 2.033/2017 – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler.
- COÊLHO, Carolina Reis Jatobá. *Inaplicabilidade do Capítulo I da Lei nº 13.303/2016 à exploração direta de atividade finalística e à contratação de terceiros para estabelecimento de parcerias visando oportunidade de negócios*. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, jan./jun. 2017.
- FERREIRA, Cláudio Fernandes; MORAES, Anderson Júnio Leal. *Considerações acerca do novo regime de licitações e contratos das estatais instituído pela Lei nº 13.303/16*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 15, n. 179, nov. 2016.
- GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MATUQUE, Juliana Medina. *Primeiras diretrizes sobre o regime licitatório e de contratação da Lei nº 13.303/2016*. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 6, n. 10, set./fev. 2017.
- NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). *Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *A improbidade administrativa e a função econômica endorregulatória do estatuto das empresas do estado*. Revista Síntese Direito Administrativo. São Paulo: IOB, 2006, v. 12, nº 134.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Mil perguntas e respostas necessárias sobre licitação e contrato administrativo na ordem jurídica brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Processo licitatório das empresas estatais: finalidades, princípios e disposições gerais*. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016 – Lei das Estatais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. *Considerações sobre um ano de vigência do Sistema de Contratação na Lei de Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016)*. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, mar./ago. 2017.



JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor e coordenador dos cursos de pós-graduação em Direito Administrativo da Escola da Magistratura e da Escola de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor convidado de cursos de especialização em Direito Público da Escola de Direito, RJ Rio, da Fundação Getúlio Vargas.



MARINÊS RESTELATTO DOTTI é Advogada da União. Especialista em Direito do Estado e em Direito e Economia (UFRGS). Professora no curso de especialização em Direito Público com ênfase em Direito Administrativo da UniRitter – Laureate International Universities, em Porto Alegre, RS.



Cobrança de quotas condominiais em atraso

POR ÁTILA MELO SILVA

“O Poder Judiciário tem autorizado a penhora de imóveis financiados, mesmo que gravados com alienação fiduciária, permitindo assim que seja realizado o leilão da unidade, de modo a que seja pago o débito condominial.”

Um dos maiores problemas enfrentados nos condomínios residenciais é a inadimplência, ou seja, quando parte dos condôminos não pagam a respectiva quota condominial cobrada para suprir as despesas da massa condominial.

Não paga a contribuição condominial, inicia-se o processo de cobrança, com notificação administrativa do devedor para pagar o débito e caso não seja atendida, com o ajuizamento de execução para exigir os débitos em juízo, sob pena de penhora ou constrição de bens para saldar a dívida.

Contudo, muitas vezes, o único bem que o devedor possui é o próprio imóvel, que por sua vez está financiado e por força da alienação fiduciária ou hipoteca, que transfere a propriedade para a instituição financeira, inviabiliza a constrição do bem imóvel, impedindo assim o condomínio de levar o bem a leilão para venda forçada.

Desta forma, se torna inviável a alienação da unidade devedora e dificulta excessivamente a satisfação do crédito, prejudicando sobremaneira o condomínio, que se vê obrigado a suportar o peso da inadimplência, por muito tempo, colocando em risco inclusive o pagamento das despesas para manutenção das áreas comuns.

Este cenário, felizmente, tem mudado graças a mudança de entendimento dos Tribunais. Sensibilizados pelo problema, o Poder Judiciário tem autorizado a penhora de imóveis financiados, mesmo que gravados com alienação fiduciária, permitindo assim que seja realizado o leilão da unidade, de modo que seja pago o débito condominial.

Isso porque as decisões judiciais favoráveis partem da premissa já consolidada de que os débitos de condomínio têm natureza “propter rem”, ou seja, as obrigações originadas do próprio imóvel recaem sobre ele, onerando a própria coisa, pouco importa quem seja o titular do domínio, nem a vinculação entre a pessoa e o bem, pois em qualquer caso a coisa (imóvel) responde pela dívida.

Logo, mesmo que a titularidade do bem esteja nas mãos da instituição financeira (credor fiduciário), e ainda que a dívida seja proveniente do inadimplemento de obrigação assumida pelos fiduciários (condôminos/moradores), será sempre o imóvel a responder pela obrigação. A ressalva que se faz é que a instituição financeira proprietária do bem seja previamente intimada sobre a realização da constrição e do leilão.

Além disso, os precedentes analisados firmam entendimento de que os interesses da coletividade condominial prevalecem sobre os interesses da instituição financeira, dada a necessidade de manutenção do seu equilíbrio econômico e da copropriedade.

A mudança jurisprudencial mencionada neste artigo, pode ser conferida nos seguintes julgados: STJ: REsp 1363168; TJSP: 2066395-13.2018.8.26.0000; 2212361-41.2017.8.26.0000; e 2167565-62.2017.8.26.0000.

Espera-se assim maior agilidade e efetividade das execuções movidas por condomínios para cobrança de quotas condominiais em atraso, pois os devedores poderão ter suas unidades levadas a leilão, mesmo que gravadas com cláusula de alienação fiduciária, tudo para satisfazer o crédito perante o condomínio. #



ARQUIVO PESSOAL

ÁTILA MELO SILVA é Sócio do Manna, Melo & Brito Advogados.

A legal proteção ambiental, social e econômica das cidades –

Aplicação do Código Florestal ante o novo entendimento do STJ ou o respeito à CF; Lei de Uso e Parcelamento do Solo Urbano e Estatuto das Cidades?

POR LUCIANA BRISTOT DE BEM

“A instabilidade jurídica está criada pelo desrespeito ao dispositivo constitucional federal e a “mudança postural” do STJ pretendendo fazer prevalecer o seu entendimento com a aplicação do Código Florestal, Lei nº 12.651/12, para áreas urbanas.”

A instabilidade jurídica criada pelo desrespeito ao dispositivo constitucional federal art. 30, que confere aos Municípios a competência e liberalidade de legislar sobre assuntos de “interesse local”, conforme a Lei nº 6.766/79 - Uso e Parcelamento do Solo Urbano, que atribui a capacidade de regular em nível municipal o espaço urbano, conflitam com a mudança do entendimento do SRJ, em suas decisões, fazendo prevalecer a aplicação de outro dispositivo legal, também de origem federal, o Código Florestal (Lei nº 12.651/12), para áreas urbanas.

No dia 30 de abril do corrente ano o STJ admitiu como tema 1010 de recurso repetitivo, o seguinte:



“Extensão da faixa não edificável a partir das margens de cursos d’água naturais em trechos caracterizados como área urbana consolidada: se corresponde à área de preservação permanente prevista no art. 4º, I, da Lei nº 12.651/2012 (equivalente ao art. 2º, alínea ‘a’, da revogada Lei nº 4.771/1965), cuja largura varia de 30 (trinta) a 500 (quinhetos) metros, ou ao recuo de 15 (quinze) metros determinado no art. 4º, *caput*, III, da Lei nº 6.766/1979”

Historicamente as cidades desenvolveram-se ao longo das margens dos cursos d’água existentes nos Municípios e, com a CF de 1988 foi conferido aos Municípios a faculdade de legislar sobre o “interesse local”, e, por via de consequência, sobre o parcelamento de seu solo urbano, conforme consta do art. 30, incisos I e VIII, da CF/88.

No entanto, desconsiderando o contido na CF, determinadas Turmas do STJ entendem que o Código Florestal deve prevalecer sobre a Lei de Parcelamento do Solo Urbano, sendo duas leis federais, infraconstitucionais, que não deveriam se sobrepor uma à outra.

O próprio denominado nas referidas leis, já sugerem onde cada uma delas deve ser aplicada ao caso concreto, ou seja, o Código Florestal se aplica as florestas enquanto que a lei de parcelamento do solo urbano se aplica às cidades.

No entanto, e contrariando inúmeras decisões recorrentes do próprio Superior Tribunal de Justiça e de Tribunais Pátrios, inclusive o TJSC, o STJ suspendeu todos os processos que tem como tema a referida controvérsia, qual seja, se em área urbana consolidada se aplicará o Código Florestal ou a Lei de Parcelamento do Solo Urbano, desconsiderando o fato da previsão constitucional de liberalidade do Município legislar em assuntos de interesse local, dentre eles, “quando” se faria necessário recuo protetor para “bens naturais” e “como” e “para onde” as edificações existentes nas cidades se estenderiam, com base, ainda, no Estatuto da Cidade, que também é uma lei infraconstitucional.

A controvérsia reside no fato do Código Florestal exigir um recuo de 30 metros para águas correntes e dormentes com largura de 10m a 50m; de 50 metros para águas com largura maior de 50m a 200m e distância mínima de 100 metros para aquelas com mais de 200m de largura.

Enquanto isso, a Lei de Parcelamento do Solo Urbano exige a distância de 15 metros de área não edificável a partir das margens de cursos d’água, lei que até então vinha sendo aplicada em áreas urbanas, por tratar especificamente de perímetros urbanos consolidados, entendidos como áreas onde existe infra estrutura tais como distribuição de água e energia, coleta de lixo urbano, esgotamento sanitário e outros previstos no Estatuto da Cidades.

O risco criado pelo STJ ao entender que descabe a aplicação da Lei 6766/79 em áreas urbanas consolidadas reflete não só nos empreendimentos em análise na Justiça com mesmo tema, mas em toda a estrutura física já existente em quase todas as cidades do país.

E diz-se isso, pelo fato das cidades, em sua esmagadora maioria, ter se desenvolvido a partir das margens de águas correntes e/ou dormentes, muitos desses já descaracterizados há muitas décadas, sendo o mais comum em canais de drenagem pluviais e esgotamentos domésticos, pois perderam toda sua natureza de “bens naturais” e sequer se prestam para reconstituição de qualquer bioma em suas margens, não havendo que se falar, assim, sobre o princípio *in dubio pro natura* trazido com o Código Florestal, pois não restam dúvidas acerca da inexistência no estado natural tal qual décadas atrás e a inviabilidade de retornar ao *status quo*.

Aplicar-se o Código Florestal ao invés da Lei de Uso e Parcelamento do Solo Urbano, além de ferir a autonomia e competência dos Municípios para projetar desenvolvimento e expansão geográfica de suas cidades, ainda traz sérios riscos imensuráveis para empreendimentos existentes há décadas, e construções históricas até de relevante interesse arquitetônico sumirem com base na aplicação do Código Florestal em áreas urbanas consolidadas.

Se a Justiça brasileira passar a adotar a área não edificante limitado ao seu entendimento, qual seja, aquela constante do Código Florestal, pode se descharacterizar uma cidade inteira pois, muitas delas como por exemplo no estado de Santa Catarina, como em tantas outras cidades da nossa República, possuem edificações, inclusive históricas localizadas às margens de suas águas.

Tomando-se como exemplo no estado de Santa Catarina, cidades como Joinville, Blumenau, Rio do Sul, Caçador, Joaçaba, Itajaí, Florianópolis, Tubarão, Criciúma, Araranguá entre tantas outras que possuem construções, inclusive históricas ali existentes há décadas!

A instabilidade jurídica está criada pelo desrespeito ao dispositivo constitucional federal e a “mudança postural” do STJ pretendendo fazer prevalecer o seu entendimento com a aplicação do Código Florestal, Lei nº 12.651/12, para áreas urbanas.

Imagine-se agora, tais edificações sendo demolidas, certamente se espalharia um prejuízo patrimonial e financeiro de monta, tanto para os proprietários das edificações, moradores que não teriam como recuperar e até para onde se deslocar, pontos comerciais com perda de geração de emprego e renda, além do fato da obrigação do Poder Público realocar as comunidades e seus cidadãos que residem às margens dos cursos d’água!

Inúmeros edifícios residenciais e comerciais, além de construções históricas até mesmo tombadas pelo “Patrimônio Histórico” como na cidade de Laguna no estado de Santa Catarina, ou Paraty no estado do Rio de Janeiro.

Além da legislação aqui citada, não se pode deixar de mencionar, ainda, os Planos Diretores que conferem ao Município ordenar o crescimento de suas cidades, ratificando o dispositivo constitucional que autoriza a municipalidade a legislar sobre assuntos locais. E, o que seria mais local do que estabelecer o zoneamento urbano, estabelecer os critérios de parcelamento do seu solo urbano e se as áreas urbanas possuem ainda condições de manter qualquer bioma intacto ou retornar o *status quo* que é o que parece pretender o STJ.

Fica a indagação de qual o real objetivo de não se aplicar a Lei nº 6766/79 em áreas urbanas se referida lei foi criada justamente para que se desse a igualdade entre os desiguais, pois não há que se dar o mesmo tratamento às áreas urbanas e às áreas rurais, já que se tratam de distintos ambientes e funções, além de ser evidente os diferentes usos e tradições de ocupação em ambas as áreas.

Não se quer admitir a inobservância de dispositivo constitucional (art. 30, CF) sob a justificativa de proteção a um meio ambiente inexistente ou bem natural descharacterizado, hoje, nas áreas urbanas consolidadas. O que se pretende sobrepondo o Código Florestal à Lei de Parcelamento do Solo Urbano nos dias atuais? Só vejo um resultado, insegurança jurídica na aplicação das normas e maior prejuízo ao meio ambiente, aos bens naturais além da instabilidade, inclusive econômica/financeira em tempos de crise nacional instalada. #



ARQUIVO PESSOAL

LUCIANA BRISTOT DE BEM é Advogada, colaboradora do Escritório Giovani Duarte Oliveira Advogados Associados.

Atendimento: o cartão de visitas da empresa

POR TAIRINE ANDRÉ DE SOUZA BORGES

Nos dias atuais, ter a direção específica no atendimento é essencial. Investir em atendimento ao cliente significa investir em você, na sua empresa ou escritório, seus clientes devem ser poupadados de longas explicações e pedidos de desculpas, ou longos períodos de espera para ser atendido.

O prestador do serviço deve, sobretudo, ser capaz de identificar as principais dificuldades e expectativas do cliente e estar pronto para prestar-lhe informações que realmente o ajude. Todo esse processo deve ser rápido e, dentro dos valores da sua empresa, gerando no cliente a satisfação de que todos os esforços possíveis foram reunidos para que o problema fosse resolvido.

O escritório que possui o protocolo de atendimento faz a diferença, pois todos os clientes atendidos em reuniões agendadas, contratando ou não os serviços, recebem ligação no dia posterior para avaliar como foi o atendimento, e qual seu grau de satisfação dado pelo nosso escritório. Com isso é gerado uma expectativa positiva ao cliente e, ao escritório uma satisfação por usar apenas uma ferramenta, qual seja: O BOM ATENDIMENTO. Essa etapa contribui para a fidelização dos clientes aumentando a credibilidade no escritório.

Atender a necessidade do cliente já não é mais suficiente, é preciso superar suas expectativas, seja com o sorriso da recepcionista, o café bem servido, a poltrona confortável ou até mesmo a conversa agradável certamente são fatores que provocam uma sensação de acolhimento, mas nem sempre transmitem integralmente a mensagem necessária para garantir a contratação.

Quem procura solução jurídica para um problema, inconscientemente, busca um profissional que inspire resultados. Assim, é essencial demonstrar organização, objetividade e profissionalismo, partindo-se sempre do cartão de visitas da empresa, o atendimento inicial.

A busca por melhorar o atendimento em escritórios de advocacia é uma tarefa diária, que exige comprometimento de todos os membros da equipe. Por isso, é importante pensar em maneiras de estreitar os laços com o cliente e aplicar estratégias consistentes para melhorar o atendimento.

O Atendimento ao cliente inicia-se pela excelência no atendimento, resumindo-se em: atenção, sorriso, sinceridade, transparência, empatia, e objetividade. ■



ARQUIVO PESSOAL

TAIRINE ANDRÉ DE SOUZA BORGES é colaboradora do escritório Giovani Duarte Oliveira Advogados Associados.

Negócios jurídicos processuais: pelos planos de existência, validade e eficácia

por DALILIA DE CARVALHO GOMES

“O negócio jurídico processual é responsável por uma maior eficácia e autonomia, devido consentir parceria entre as partes e, assim, assegurar uma maior segurança e uma melhor prestação jurisdicional.”

ONegócio Jurídico pretende regular direitos e deveres inerentes de acordo com os interesses dos agentes abrangidos, apresentando um instituto jurídico próprio. Antônio Junqueira de Azevedo (2002). Brilhantemente afirma que o negócio jurídico constitui o principal exercício da autonomia privada da liberdade negocial. Respeitando sempre os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide, ou seja, o negócio jurídico nada mais é, do que uma manifestação de vontade que pretende produzir certo efeito jurídico.



Partindo desse preceito, é importante entender que negócio jurídico não é necessariamente uma simples manifestação de vontade, mas sim, uma ação, um desejo, uma intenção ou demonstração da vontade qualificada, ou seja, é um desejo que é visto socialmente como algo eficaz pronta a produzir efeitos jurídicos.

De forma clara e concisa é notório que o negócio jurídico só existe se houver a intenção ou manifestação da vontade. E diante disso é de fundamental importância estudar a concepção de um negócio jurídico a partir dos planos de existência, validade e eficácia, esses planos são distintos, e é através dos quais que se analisam os atos jurídicos de uma forma geral.

OS TRÊS PLANOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

É conveniente e necessário enfatizar de forma sucinta o que de fato é um Negócio Jurídico e na sequencia explanar sobre a base de sustentação, ou seja, os seus pilares. Marcos Bernardes de Mello diz que:

Negócio jurídico é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico estruturação do conteúdo eficacial das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico. (BERNARDES DE MELLO, Marcos. Teoria do fato jurídico: Plano da existência. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.225).

E, Antônio Junqueira de Azevedo conceitua negócio jurídico nos seguintes termos:

Negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos jurídicos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia. 4 edições. São Paulo: Saraiva, 2013, p.15).

Para a professora Maria Helena Diniz, “apresenta-se, então, o negócio jurídico como uma “norma concreta estabelecida pelas partes”. (DINIZ; 2010, p. 451).

De acordo com Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona depreendem que o negócio jurídico, seria a declaração de vontade, emitida em obediência aos seus pressupostos de existência, validade e eficácia, com o propósito de produzir efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico pretendidos pelo agente. (2010, p. 361), seguiremos destacando o foco principal dentro desse contexto que é a análise dos planos dos negócios jurídicos e nesse caso podemos adentrá-los, analisando os elementos que constituem o negócio jurídico, a partir da teoria criada por Pontes de Miranda, que desenvolve uma estrutura única para explicar tais elementos, a denominada “Escada Ponteana”. Nessa escada o Negócio Jurídico tem três planos:

- Plano da Existência – são os elementos essenciais, os pressupostos de existência;
- Plano da Validade – são os elementos do plano da existência com algumas qualificações;
- Plano da Eficácia – neste plano estão os efeitos gerados pelo negócio em relação às partes e em relação a terceiros. São elementos relacionados com a suspensão e resolução de direitos e deveres.

PLANO DA EXISTÊNCIA

O Negócio Jurídico não se manifesta do nada, para que seja visto como a expressão da vontade das partes, é necessário atender alguns requisitos mínimos, ajustado pelo sistema normativo do Novo Código Civil, ou seja, o Negócio Jurídico só existirá se não tiver a ausência de nenhum dos elementos constitutivos essenciais. De acordo com o próprio artigo 104, do Código Civil sugere quatro elementos necessários para a existência do negócio jurídico, que são:

- **O agente:**

Não haveria negócio jurídico se não houvesse a pessoa para manifestar sua vontade. A participação do sujeito, pessoa natural ou jurídica, é indispensável para a configuração do negócio jurídico.

- **A manifestação de vontade; Negócio Jurídico Existência Validade Eficácia:**

A vontade é pressuposto básico do negócio jurídico e é imprescindível que se exteriorize (GONÇALVES; 2010, p. 348). Assim, a declaração ou manifestação de vontade torna-se fundamental para a celebração do negócio jurídico.

Segundo Marcos Bernardes de Mello (1998, p. 120), “do ponto de vista do direito, somente vontade que se exterioriza é considerada suficiente para compor o suporte fático do ato jurídico.”

- **O objeto:**

Não há que se falar de negócio jurídico sem objeto, pois “todo negócio jurídico pressupõe a existência de um objeto – utilidade física ou ideal – em razão do qual giram os interesses das partes” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 370).

- **A exteriorização da vontade, ou forma:**

Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 126) concebe a forma como sendo “o meio através do qual o agente expressa sua vontade. A forma poderá ser oral, escrita, mímica, consistir no próprio silêncio, ou, ainda, em atos dos quais se deduz a declaração de vontade.”

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2010, p. 371) advertem que, embora guardem íntima conexão, a manifestação de vontade e a forma não podem ser confundidas, pois a forma deve ser entendida simplesmente como o revestimento externo da manifestação volitiva. Tal manifestação, por sua vez, inicia-se internamente, no plano psicológico, com a reflexão do agente, até se revelar como uma declaração exterior.

Contudo, a presença do agente se faz necessária, por quanto é dele que nascerá a manifestação de vontade, exteriorizada por algum meio em direção ao objeto. No Plano da Existência não se avalia a invalidade ou eficácia desse fato jurídico, só se cogita a presença dos fatores existenciais mínimos.

PLANO DA VALIDADE

A validade é segundo plano de um negócio jurídico e está voltado para a verificação de vícios, problemas, falhas ou defeitos. Segundo Antônio Junqueira de Azevedo:

A validade é, pois, a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas (“ser regular”). Validade é, como o

sufixo da palavra indica, qualidade de um negócio existente. "Válido" é adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas.

O plano da validade é próprio do negócio jurídico. É em virtude dele que a categoria "negócio jurídico" encontra plena justificação teórica. O papel maior ou menor da vontade, a causa, os limites da autonomia privada quanto à forma e quanto ao objeto são algumas das questões que se põem, quando se trata de validade do negócio jurídico, e que, sendo peculiares dele, fazem com que ele mereça um tratamento especial, diante dos outros fatos jurídicos. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico existência, validade e eficácia*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 41-42

É interessante analisar mesmo que previamente cada um dos elementos que devem existir para que o negócio seja válido. Vejamos:

I – A declaração da vontade não pode estar impregnada de malícia, deve ser livre e de boa-fé.

II – O agente emissor da vontade deve ser capaz e legitimado para o negócio. Na ausência de capacidade plena para conferir validade ao negócio celebrado, deverá o agente ser devidamente representado ou assistido.

III – Referir-se à licitude do objeto significa dizer que seu conteúdo é lícito, não contrário aos bons costumes, à ordem pública, à boa-fé e à função social ou econômica de um instituto.

IV – A forma é o meio pelo qual a declaração de vontade se exterioriza. Nessa linha de raciocínio não há que se confundir forma como elemento existencial do negócio, com a forma legalmente prescrita – pressuposto de validade do ato negocial. A inobservância deste atinge o plano de validade e não o de existência.

O art. 107 CC consagra o Princípio da Liberdade das formas e como regra a validade da declaração não depende de forma, salvo quando a lei expressamente a exigir.

PLANO DA EFICÁCIA

Terceiro e último plano pelo qual interessa identificar se o Negócio Jurídico repercute e produz eficácia. O plano da eficácia do negócio jurídico está inteiramente ligado à competência que institui o dever de apresentar efeitos correspondentes ao que a norma jurídica lhe confere. Para Pontes de Miranda:

A eficácia jurídica é criação do direito, ainda quando o efeito jurídico coincide ser efeito físico. A pré-história e a história adotaram os mais variados efeitos jurídicos e as causas deles variaram, também, através de toda a história humana. Se são incontáveis os fatos que interessam ao direito, também o são os efeitos que ele cria ou faz jurídicos, ligando-os, como consequência, à incidência das regras jurídicas sobre esses fatos. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. T. 5, p. 33.).

Então, nesse plano iremos analisar os elementos que o compõem ou interferem na eficácia do negócio jurídico. São considerados elementos acidentais: Condição, Termo e Modo ou Encargo.

CONDIÇÃO

É um elemento que deriva obrigatoriamente da vontade das partes e o efeito do Negócio Jurídico está subordinado a evento futuro e incerto, ou seja, é o elemento

accidental do negócio jurídico, que faz o mesmo depender de um evento futuro e incerto (art. 121, do CC).

O Código Civil dispõe que: Art. 121. “Considera-se condição a cláusula que derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”.

O critério classificatório mais difundido da condição é quanto ao seu modo de atuação:

a) Condição Suspensiva – oposta essa cláusula, enquanto a condição não se verificar, não se terá adquirido o direito a que ele visa. Há a subordinação tanto da eficácia jurídica (exigibilidade) quanto dos direitos e obrigações decorrentes do negócio.

b) Condição Resolutiva – nesta modalidade enquanto a condição não se realizar, vigorarão negócio jurídico, sendo exercido desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido. Uma vez verificada a condição, para todos os efeitos o direito a que ela se opõe se extingue.

TERMO

O termo é de certa forma contrário a condição, pois o termo é um evento futuro e certo na qual condiciona o princípio dos efeitos do negócio jurídico. Diante disso sua sondagem se submete ao início ou o fim dos efeitos dos negócios jurídicos. Como primeira classificação há:

a) Termo inicial (*dies a quo*) – quando se tem o início dos efeitos negociais, suspende o exercício, mas não a aquisição do direito e;

b) Termo final (*dies ad quem*) – põe fim às consequências derivadas do negócio, tem eficácia resolutiva.

De acordo com o art. 135 CC ao termo inicial e final aplicam-se, no que couber, as disposições relativas à condição suspensiva e resolutiva, respectivamente. Quanto à sua origem o termo pode ser assim classificado:

a) Termo legal – é o fixado pela norma jurídica;

b) Termo Convencional – estabelecido pelas partes.

Por fim, o termo pode ser ainda:

a) Termo certo ou determinado – sabe-se que o evento ocorrerá e quando ocorrerá;

b) Termo incerto e indeterminado – o evento ocorrerá, mas não se sabe quando.

MODO OU ENCARGO

É uma autolimitação da vontade, típica dos negócios jurídicos. Essa determinação acessória impõe ao beneficiário um ônus a ser cumprido, em prol de uma liberalidade maior. Nessa espécie de determinação acessória nem a aquisição, nem exercício do direito permanecem suspensos, ressalvada a inclusão do encargo como condição suspensiva.

Prevê, ainda, o art. 137 CC que o encargo ilícito ou impossível é considerado não escrito ou inexistente, remanescendo o ato na sua forma pura.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Civil é uma das áreas do direito que é motivo de maior reflexão, visto que, o contato entre as partes sempre foi algo complexo, visto que, uma procura

sempre o interesse próprio, com isso, nem sequer consulta o direito do outro, ou seja, busca sempre olhar para si e o outro é esquecido. No negócio jurídico, tudo o que foi citado está totalmente relacionado e principalmente quando não se tem conhecimento sobre tal. Contudo, o Negócio Jurídico é de suma importância, especialmente quando se conhece a sua base e sua estrutura e de fato deve ser conhecido por todos, ou no mínimo pela maioria e, se preciso for com certeza deve ser estudado com mais teor e aprofundamento. Desta maneira, trazemos para toda a sociedade um maior conhecimento e de certa forma segurança entre as partes.

E finalmente, pode-se afirmar que a análise de um Negócio Jurídico deverá ser feita a partir da asserção de que existem três planos grandiosos a serem atentamente analisados, por meio de conferir a sua perfeição técnica, a saber, a existência, a validade e a eficácia.

É importante destacar que a sequência da análise deve ser precisamente esta, ou seja, em primeiro devem ser vistos os elementos existenciais; em seguida os requisitos subjetivos, objetivos e formais de validade; e, por último, as premissas que podem acometer a sua produção de efeitos, a chamada eficácia. Assim, fica claro que, em um negócio jurídico se houver a ausência de qualquer elemento constitutivo, não será necessária a análise dos demais.

Nesse sentido, conclui-se que o negócio jurídico processual é responsável por uma maior eficácia e autonomia, devido consentir parceria entre as partes e, assim, assegurar uma maior segurança e uma melhor prestação jurisdicional. ■

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico. Existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico – existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2002.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil – Vol. 01*. 21. ed. Lumen Júris, 2011.
- COVELLO, Sérgio Carlos. *A Obrigaçao Natural – Elementos para uma Possível Teoria*, São Paulo: LEUD.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed. RT, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 1. Teoria geral do Direito Civil. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil/Pablo StolzeGagliano, Rodolfo Pamplona Filho – São Paulo: Saraiva, 2005. Pág. 19-20.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Parte Geral. Volume I. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 1. Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da existência*. 8. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. T. 5, p. 33.
- TARTUCE, FLÁVIO. *Direito Civil*. Vol. 01. 7. ed. Método, 2011.



ARQUIVO PESSOAL

DALILIA DE CARVALHO GOMES é Bacharel em Direito pelo Instituto Superior de Educação Raimundo Sá.

Justiça: substantivo feminino abstrato

POR SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL

“Sabemos o que é trabalhar sem receber, plantar sem colher, dar sem ter, adoecer sem saber onde morrer, e morrer sem viver. Injustiça é aqui, onde se faz e não se paga. Justiça, talvez em outro lugar.”

Difícil lembrar das primeiras palavras aprendidas na infância, fase do desenvolvimento humano em que a necessidade de se comunicar é compreendida como condição essencial para a manutenção da vida. Para as famílias que ainda procuram prolongar a tradição de anotar os passos iniciais de seus herdeiros, é costumeiro o registro dos sons improvisados de quem desejou chamar todas as coisas ao redor por intermédio de



murmúrios monossilábicos. Por outro lado, nem mesmo os mais conservadores cuidaram de registrar os momentos em que a palavra “justiça” foi pronunciada prematuramente, e não poderia ser diferente, considerando o fato de não ser a primeira infância o período no qual o indivíduo consegue externar a dor de ser preterido.

Nos primeiros meses de vida, o recém-nascido se entrega com maestria às práticas primitivas da tirania. No uso repentino do choro histérico até fazer oscilar a cor da pele é que se procura desfrutar das vantagens de ser mínimo, principalmente quando se trata do tão esperado primogênito. Nesses primeiros anos da existência, não é a Terra que circunda o Sol, mas todos os astros que giram ao redor da criança. Sendo o senhor dos seus pais, a pequena criatura escraviza qualquer um que se encante ao vê-la repousar em sono sereno, como se fosse a prova incontestável de uma divindade.

Com o passar do tempo, a consciência vem chegando sorrateiramente, e com ela o medo genuíno da vida, germen da violência que em breve será lançada contra tudo e todos. Seja pelo choro do pai desempregado, ou pelo último diagnóstico do avô amigo, o antigo ditador de fraldas começará a compreender o cenário que o cerca. Cada ser encontrará a fonte de sua dor que perdurará pela eternidade. Um amor juvenil não correspondido, por exemplo, perdido para alguém que escarnece daquilo que nos foi sagrado, costuma ser infalível. Outros conhecerão a realidade na escola, onde a podridão que se precipitou na porta de casa por lá vagueia livre como um animal bravio. A experiência do *bullying*, bem como o dissabor das humilhações proferidas por aqueles que se vangloriam de terem nascido com o dom de educar, têm sido muito bem-sucedidos na tarefa de arrancar das estranhas o pronunciamento da palavra injustiça.

Nada mais natural do que o repúdio ao injusto, principalmente quando esse mal repousa sobre a nossa pele ou a dos nossos entes queridos. Entretanto, compreender a sua inversão como o ideal de justiça representa um erro de vida, uma ilusão juvenil. Em uma análise puramente etimológica, a palavra injustiça é formada por derivação, representada como antônimo de justiça, um mero substantivo feminino abstrato, nada mais do que isso. Embora essa explicação faça todo o sentido no campo das letras, não se pode dizer o mesmo em relação à órbita do que tocamos ou sentimos. A noção de justiça se passa apenas na mente do homem delirante. Injusta é a nossa própria existência, e todo o resto que transita dentro e fora da matéria. A sua ausência, ou sua menor influência, não nos permite estabelecer, pela via da interpretação *contrario sensu*, qualquer espécie de contraponto para encontrarmos a definição do que seria justo.

Por se tratar de uma palavra sem qualquer sentido realístico, a humanidade se habituou a utilizá-la de modo aleatório, à margem de qualquer reflexão filosófica. Leis são criadas em nome da justiça, e os promotores, no exercício de suas atribuições, procuram aplicá-las para promover tal utopia dentro das paredes dos tribunais, também chamados de Justiça. Vê-se muitos homens envolvidos na missão de alcançar aquilo que não sabem sequer o significado.

Usando a experiência no âmbito criminal como exemplo, a disposição dos sujeitos processuais em sala de audiência é rica em simbolismo direcionado ao tema. Juízes e promotores, que no mínimo mantém uma relação de colegas de trabalho, sentam-se lado a lado em posição consideravelmente mais alta do que a concedida ao réu, que lança o olhar para os seus inquisidores sempre de baixo

para cima, tornando-se necessário inclinar a cabeça em quarenta e cinco graus quando lhe é dada a palavra. Desse modo, não resta a menor dúvida de que, ao menos no Brasil, o triângulo representativo do Princípio da Isonomia jamais foi equilátero, tendo sido construído com base em um engodo doutrinário, cuja utilidade se presta apenas ao campo acadêmico. Em que pese o texto constitucional ter consagrado o Sistema Acusatório, o que se nota em termos práticos é a luta de dois contra um. E nos casos em que uma tese defensiva se encerra bem-sucedida, ainda assim não nos compete considerar a hipótese como exemplo de justiça. Trata-se apenas de uma injustiça maior não consolidada, o *mitior* ao invés do *gravior*, adotando a linguagem pomposa dos nossos jurisconsultos.

Na mesma linha segue o legislador ordinário ao intensificar as injustiças sob o pretexto de liquidar uma suposta dívida contraída historicamente pela maioria em relação à minoria, ou minoria em relação à maioria (será que alguém sabe dizer a que lado pertence?). Todos se sentem injustiçados e carregam a crença de que o equilíbrio possa ser restaurado a partir da construção de um culpado, escolhido para expiar os pecados universais.

O século XIX foi marcado pelo patriotismo exacerbado, fanático, xenofóbico e beligerante, mediante o qual se distinguia irmãos pela cor da bandeira, além de hinos repletos de mentiras dignas de um quadro grave de psicopatia. Hoje, os mesmos homens que consideram essa ruptura social como evidência do atraso de nossos ancestrais, promovem uma divisão ainda mais perversa, na qual torna-se impossível enxergar o próximo como ser humano, mas como mulher, homem, homossexual, transexual, indígena, negro, branco, idoso, instalando uma luta surreendentemente patética entre gêneros, etnias, faixas etárias etc. É o que se vê em nosso ordenamento jurídico atual, severamente piorado pela interpretação ininteligível dos Tribunais Superiores. O amontoado de leis injustas constantes no acervo do Congresso Nacional não têm outro destino a não ser a conversão em jurisprudência ainda mais reprovável.

Neste exato momento em que as estas letras são registradas na tela do computador, um homem acaba de ser condenado, enquanto os seus personagens orgulhosos começam a desafogar os corredores do Fórum com a sensação de dever cumprido. Independentemente do resultado obtido no processo, é bem provável que em um dos lados haja uma mãe solitária se apoiando na parede para chorar em silêncio. Certamente alguém dirá que a justiça foi feita. Para Anatole France (1844-1924), que preconizava que “a justiça é a sanção das injustiças estabelecidas”, talvez.

Na década de sessenta, em meio a luta de libertação da Argélia do domínio francês, Albert Camus (1913-1960), após receber o Prêmio Nobel, foi interpelado por um estudante enquanto ministrava uma palestra para os alunos de uma universidade de Estocolmo. Instigado por seus colegas, o jovem argelino fazia uma série de perguntas constrangedoras ao escritor sobre a situação política da região, em razão do seu posicionamento conservador a respeito da questão da independência das antigas colônias. Foi então que Camus fez uma de suas colocações mais famosas. Disse ao rapaz: “- Neste momento estão lançando bombas nos bondes em Argel. Minha mãe pode estar em um desses bondes. Se essa é a sua justiça, eu prefiro a minha mãe.”. Ironia do destino para um filósofo que havia escrito sobre o “homem absurdo”. Era hora de conhecer a justiça absurda.

O caráter subjetivo do conceito de justiça fica bem claro na resposta de Camus ao se referir à justiça do outro. Realmente, cada um procura convencionar o que



IMAGEM INTERNET

“Para Anatole France (1844-1924), que preconizava que “a justiça é a sanção das injustiças estabelecidas”, talvez.”

é justo de acordo com o que lhe convém, como algo que possa servir de retribuição a uma ação motivada por um ideal valorado positivamente, um suposto esforço recompensado. Entretanto, é curioso notar jamais ter havido um ditador sanguinário, ou mesmo um revolucionário empertigado, que não invocasse a justiça para justificar assassinatos, estupros, pilhagem, migração forçada, entre outras expressões de violência. É possível que por esta razão D.H. Lawrence (1885-1930) tenha revelado que “o que as pessoas querem é o ódio, o ódio, nada mais do que o ódio, em nome do amor e da justiça, odeiam.”. Difícil encontrar argumentos para contestar as diferentes visões acima apresentadas. Afinal de contas, o que é justiça? Grandes filósofos tentaram nos dizer, e alguns deles só

encontraram injustiça, assim como Sócrates (469 a.C.-399 a.C), julgado por possuir autonomia na arte de pensar.

Na religião é fácil encontrar quem tenha explicação para tudo, inclusive para esta pergunta sem resposta. Aliás, a busca por justiça é o ponto em comum de todas as crenças, independentemente do Deus para o qual se faz reverência. Enquanto os budistas creem na instrumentalidade do *Karma* para que o homem corrija todos os males causados em vidas passadas até alcançar o Nirvana, os cristãos acreditam no julgamento feito por um Cristo ressuscitado no final dos tempos. A justiça não seria concebida no tempo da vida terrena, mas sim em outro mundo, ao lado do Criador. Confiam que “Bem-aventurados os que têm fome e sede de justiça, porque eles serão fartos” (Mateus 5:6). Eis a fé cristã! Deixemos para os especialistas a palavra final, mas tudo indica que o reino onde a sede e a fome de justiça serão saciadas pertença a outro mundo, e não a este dos homens sem santidade. A resposta de Jesus a Pilatos não deixa dúvidas: “– O meu reino não é deste mundo.” (João 18:36). Portanto, justiça neste planeta não há, nunca houve, nem mesmo para o Filho de Deus, incompreendido, traído, caluniado, açoitado, crucificado e vilipendiado. Contudo, mais cedo ou mais tarde todos clamariam a Deus por justiça, aqui e agora, inclusive aqueles que mais promoveram injustiças na face da Terra, onde até Lúcifer se sente injustiçado.

Embora ninguém saiba conceituar justiça, todos saberão dizer com clareza, salvo raras exceções, o que seria injustiça (para variar, alguns mais do que os outros). Difícil crer que um médico de hospital público brasileiro não seja capaz de nos esclarecer sobre o sentido de injustiça ao discorrer a respeito de receber menos de um terço dos vencimentos de um agente de segurança da Câmara dos Deputados, e de dez vezes menos que um promotor (de justiça). Igualmente não faltarão argumentos para o violinista que ouve diariamente nossos ilustres artistas de três acordes, com rimas no infinitivo, serem chamados de gênios pelas emissoras de televisão. Melhor ainda o depoimento dos nossos mestrandos e doutorandos que estão ingressando na Uber para sustentar a família, enquanto os jogadores de futebol de segunda categoria ostentam nas redes sociais helicópteros, iates e mansões. Aliás, não há razão para tanta especialização de fatos ilustrativos. Perguntemos aos pais que perdem seus filhos transfixados por balas de fuzil; às pessoas que morrem lentamente pela falta de tratamento; às famílias que ceiam nas calçadas repartindo o lixo nosso de cada dia; aos inocentes encarcerados; às crianças violentadas; aos cônjuges traídos e usados, lançados à sarjeta apenas com as roupas do corpo; aos filhos trocados por um punhado de drogas; aos trabalhadores com sapatos sem sola.

Com exceção daqueles que nasceram com o corpo e alma virados para a Lua, somos os “vira-latas atropelados”, retratados por João Cabral de Mello Neto em “Morte e Vida Severina”; os “Likvidators” envenenados até os ossos em Chernobyl; a “Escolha de Sofia” das mães miseráveis nos campos da Somália. Sabemos o que é trabalhar sem receber, plantar sem colher, dar sem ter, adoecer sem saber onde morrer, e morrer sem viver. Injustiça é aqui, onde se faz e não se paga. Justiça, talvez em outro lugar. ■



SÉRGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL é advogado; autor da Editora Impetus; professor de Direito Penal e Direito Processual Penal.

Novas regras para progressão de regime nos crimes hediondos de acordo com a Lei nº 13.769/18

POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

“Nenhuma lei deve pois ser concedida senão depois de bem reconhecido que é de verdadeira utilidade social, e esta jamais pode estar em oposição com as condições morais do homem e da sociedade.”

A Lei nº 13.769/18 deu nova redação ao art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), nos seguintes termos:

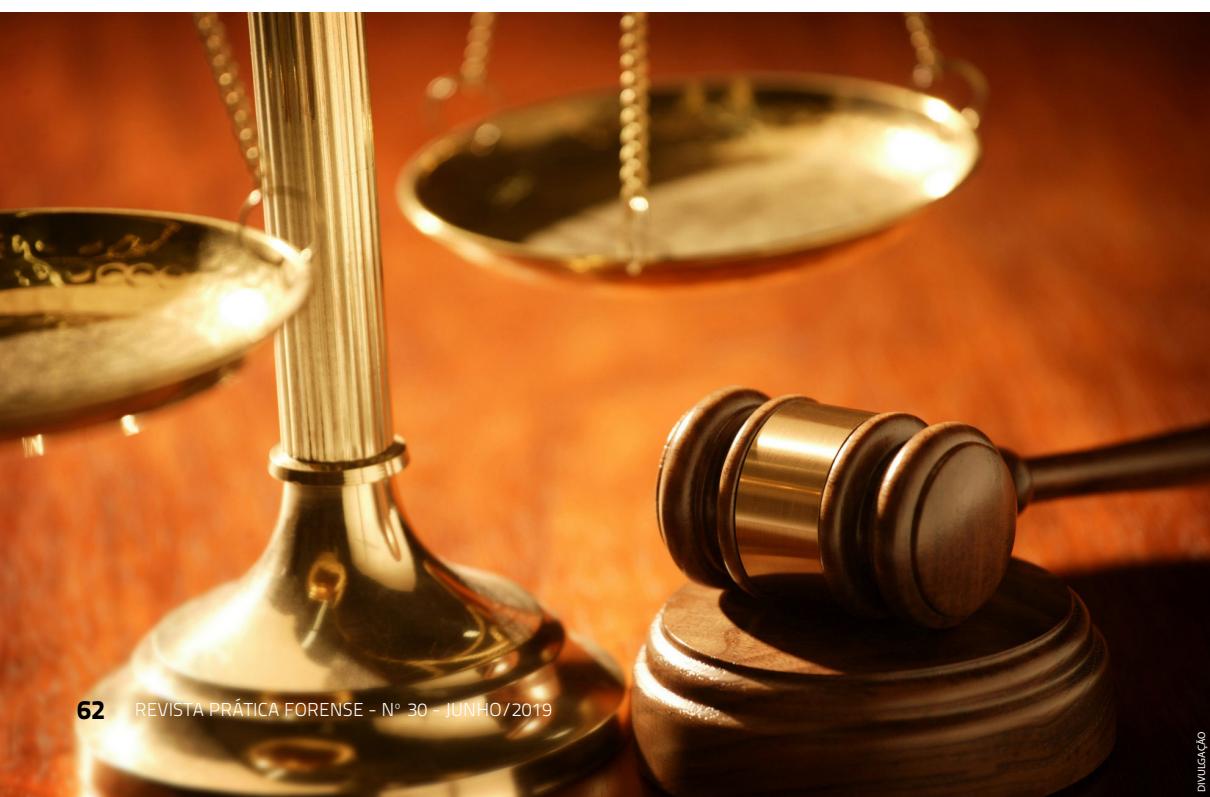
Art. 2º, § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, *observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)* (grifo nosso).



Como se vê, a sobredita legislação altera a redação do art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90. Embora mantendo os requisitos temporais de progressão em 2/5 para primários e 3/5 para reincidentes *em geral*, passa-se a excepcionar certos casos em que a exigência temporal se abranda sobremaneira, passando a ser de apenas 1/8 (um oitavo) da pena. As regras mais duras da Lei nº 8.072/90 passam, com a nova redação a submeter-se ao disposto no art. 112, §§ 3º e 4º, da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

Para fazer jus a essa regra abrandada de progressão mesmo em crimes hediondos ou equiparados, alguns requisitos cumulativos são exigidos, quais sejam:

- a) A autora do crime terá de ser “mulher gestante” ou “mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência”. Percebe-se, desde logo que os homens estão alijados da possibilidade desse tratamento mais benéfico. Certamente surgirá a discussão em torno de transexuais, obviamente não gestantes, mas que sejam “mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência” (sic). Embora se discorde veementemente, entendendo-se que o critério deve ser o biológico – sexual e não aquele informado pela chamada “Ideologia de Gênero”, é fato que o STF em algumas decisões tem equiparado os transexuais masculinos para fins de aplicação, por exemplo, de dispositivos da Lei Maria da Penha e vem inexigindo operação de mudança de sexo para alterar o registro civil (na mesma toada o STJ), sendo a tendência pelo reconhecimento dessa benesse.¹ O conceito de “criança” é dado pelo ECA (art. 2º da Lei 8.069/90), abrangendo pessoas menores de 12 anos. Já o conceito de pessoa com deficiência deve ser buscado no Estatuto da Pessoa com Deficiência (art. 2º, da Lei nº 13.146/15).
- b) Não se tratar de crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ou seja, crimes como, por exemplo, o homicídio qualificado, o latrocínio, a tortura, a extorsão com morte, entre outros, não admitirão o abrandamento das regras e seguirão os critérios normais.
- c) Não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente. Esse requisito nada mais é do que dizer o óbvio, que decorre da regra geral do direito que



diz que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza (“*turpitudinem suam allegans non auditur*”). Pode surgir a dúvida no caso em que, por exemplo, a mãe tenha já cometido crimes contra o próprio filho, mas esteja em execução um crime hediondo ou equiparado que não foi, este, especificamente, cometido contra o filho. Pela leitura do dispositivo, não haveria impedimento para a progressão mais benéfica, já que exige a lei que “o crime”, ou seja, aquele em execução, não tenha sido cometido contra seu filho ou dependente. Exemplo: uma mulher cumpre pena por tráfico de drogas, crime vago, não sendo, portanto, a vítima seu filho. Entretanto, já cumpriu pena antes por crime de estupro praticado contra o próprio filho. Pela letra da lei, seria possível o benefício, mas nos parece algo inaceitável, porque não acompanha o espírito da norma. Nesse caso, a interpretação meramente grammatical deve ceder espaço para a lógica e para a justiça. Outro exemplo controverso seria também quando a mãe estivesse cumprindo pena por tráfico de drogas e tivesse envolvido os próprios filhos no tráfico e consumo. Eles não seriam propriamente vítimas do crime equiparado a hediondo, que é vago, mas ensejando tal circunstância inclusive aumento de pena para o tráfico no caso de menores, não parece lógico ou justo que a genitora seja beneficiada por uma progressão de regime mais branda.

- d) Ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior. Esse é o novo marco temporal benéfico. Esse novo marco de exigência deve retroagir para casos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.769/18, eis que se trata claramente de “*novatio legis in mellius*”. A iniciativa do legislador parece viciada em dois aspectos principais. Primeiro, há uma violação do Princípio da Proporcionalidade,² porque o homem que, obviamente não estará grávido, mas poderá ser pai ou responsável por criança ou pessoa com deficiência, não é beneficiado sem que haja para tal diferenciação de tratamento qualquer fundamentação justa. Aliás, no Código de Processo Penal, ao tratar da Prisão Preventiva substituída pela Prisão Domiciliar, o homem nas mesmas condições da mulher, “*mutatis mutandis*”, recebe o mesmo tratamento, nos termos exatos do art. 318, III e VI, CPP em cotejo com o mesmo artigo incisos III, IV e V.

Entretanto, o que nos parece mais grave não é o tratamento desigual sem justificativa concreta para homens e mulheres. O maior vício ocasionado pela Lei nº 13.769/18, que aponta para sua absoluta inconstitucionalidade, seja ela aplicada a homens, mulheres, transexuais ou seja lá a quem for, é a parcela ínfima de pena a ser cumprida para obter progressão de regime em crimes gravíssimos, considerados hediondos ou equiparados. A verdade é que a Lei nº 8.072/90, que já foi taxada como portadora de diversas inconstitucionalidades por excesso, vai se esvanecendo, seja pelas alterações legais, seja pelos entendimentos jurisprudenciais, que migram para uma “inconstitucionalidade por insuficiência protetiva”. Torna-se a cada dia mais difícil compreender por que um crime deva ser classificado como hediondo se a ele são conferidos, dia a dia, tratamentos tão brandos como ou mesmo mais brandos do que aqueles aplicados a crimes comuns! Nesse caso, por exemplo, uma pessoa que cometa um crime não hediondo ou equiparado terá de cumprir ao menos 1/6 da pena para fazer jus à progressão de regime, enquanto, em certas condições, uma mulher, um transexual masculino ou mesmo um homem (se for aplicada a regra por proporcionalidade),

poderá obter a progressão com apenas 1/8 da pena cumprida. A Lei dos Crimes Hediondos parece que está se desnaturando ou se esvaindo diante dos nossos olhos, perdendo mesmo seu significado de existência por um excessivo laxismo legislativo e jurisprudencial, bem como pelo acatamento acrítico de pleitos de grupos que defendem bandeiras, muitas vezes injustificáveis e até absurdas de “ações afirmativas”, que acabam criando divisões artificiais entre seres humanos e até mesmo afetando a característica de toda lei que é a de ser “geral” e não particularizada milimetricamente.

Vale aqui uma lição antiga de Pimenta Bueno, mas que se faz sempre atual, quando trata o autor da “Restrição Legítima da Liberdade”:

“Nenhuma lei deve ser concebida, dizia, senão porque a utilidade pública a reclame. A lei, ainda mesmo quando vem garantir alguma das relações da liberdade, afeta outras, cria sempre obrigações e penalidades que lhe servem de sanção; consequentemente, sempre que não for ditada por verdadeira utilidade pública, estabelecerá um sacrifício injusto e porventura tiranía.

Nenhuma lei deve pois ser concedida senão depois de bem reconhecido que é de verdadeira utilidade social, e esta jamais pode estar em oposição com as condições morais do homem e da sociedade.

Toda lei, toda restrição da liberdade, que não for ditada pelos princípios da moral, pelo respeito recíproco dos direitos individuais, ou por claro e lícito interesse da comunidade social, será uma injustiça ou um erro lamentável, que a civilização, que a ilustração pública deve desde logo procurar corrigir pelos meios legais que o sistema constitucional facilita”.³

e) Ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento. A primariedade exigida é, obviamente, a técnica. Além disso, a única exigência é o atestado de bom comportamento carcerário do Diretor do Estabelecimento Prisional, não restando muito campo para a argumentação de exigência de exame criminológico.

f) Não ter integrado organização criminosa. A pessoa condenada e cumprindo pena em cujo processo conste ser integrante de organização criminosa não fará jus ao tratamento mais brando trazido pela Lei nº 13.769/18.

Em suma, atualmente a progressão de regime na Lei dos Crimes Hediondos se dá da seguinte maneira:

– Regra geral – cumprimento de 2/5 da pena para primários e 3/5 para reincidentes;

– Mulheres, desde que primárias, nas condições e cumprindo os requisitos do art. 112, § 3º, da Lei de Execução Penal, terão direito à progressão, mediante o cumprimento de ao menos 1/8 da pena estipulada. Ficam em abertas as situações dos transexuais e de homens que cumpram os mesmos requisitos, os primeiros em razão do acatamento acrítico da chamada “Ideologia de Gênero” por nossos Tribunais Superiores e os segundos por aplicação do Princípio da Proporcionalidade.

Finalmente, cabe salientar que o art. 112, § 4º, da Lei nº 7.210/84 prevê que o cometimento de novo crime doloso ou falta grave, gerará a revogação do benefício, ou seja, a princípio, a regressão de regime. Quanto ao cometimento de crime doloso há discussão sobre a necessidade ou não do trânsito em julgado, o que nos parece inviável. Já quanto à falta grave, a detenta deverá ser submetida a procedimento com ampla defesa e contraditório no âmbito do Juízo da Execução Penal para que a regressão seja válida.

Pode surgir na doutrina o seguinte questionamento: quando a lei menciona a “revogação do benefício” estaria se referindo tão somente à regressão de regime, mas continuando a beneficiária com direito a nova progressão com o cumprimento de apenas 1/8 da pena? Ou, além da regressão, perderia realmente, seria revogado o benefício concedido pelo art. 112, § 3º, LEP, criado pela Lei nº 13.769/18, de que novas progressões seguiriam a regra geral do art. 112, LEP (1/6 da pena) ou então as regras mais rigorosas da Lei dos Crimes Hediondos (2/5 e 3/5), conforme o caso?

Rogério Sanches Cunha, com quem se concorda, já se manifestou pela perda total dos benefícios e regressão de regime, passando em novas progressões a serem aplicadas as regras gerais e não mais o tratamento mais benéfico.⁴

NOTAS

- 1 Neste sentido decisão paradigmática do TJDF, mencionando os precedentes do STJ e do STF: Transexual feminina, por se autoidentificar como mulher, goza da proteção conferida pela Lei Maria da Penha, mesmo que não tenha realizado a cirurgia de transgenitalização ou alterado o nome civil. A Turma reformou decisão do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que, em inquérito que apura a prática de lesões corporais e ameaças contra transexual feminina, declinou da competência para uma das varas criminais. O Relator consignou que a ofendida havia declarado sentir-se como mulher, ser socialmente conhecida por nome feminino, ter marcado data para a cirurgia de redesignação sexual e ingressado com ação para alterar o registro civil. Apontou a decisão do STJ que permitiu a modificação do registro de transexual, sem a realização de cirurgia de transgenitalização. Afirmou que, recentemente, o STF e o TSE manifestaram-se no mesmo sentido e decidiram, também, pela dispensa de autorização judicial para a mudança de sexo. O Desembargador salientou, ainda, que a “autodefinição de gênero realizada por cada indivíduo deve ser acompanhada e não tolhida pelos institutos jurídicos”. Basta a transgênero feminina se autoidentificar como mulher, para se tornar titular de direitos da Lei Maria da Penha. Acrescentou que a Lei nº 11.340/06 utiliza o termo “gênero” no sentido construído socialmente, e não naquele pautado pela identificação do sexo ao nascer. Assim, a Turma reconheceu a vulnerabilidade da vítima e, ante a incidência da Lei Maria da Penha ao caso, fixou a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para julgamento do feito. (Acórdão nº 1089057, 20171610076127RSE, Relator Des. GEORGE LOPES LEITE, 1ª Turma Criminal, data de julgamento: 5/4/2018, publicado no DJe: 20/4/2018).
- 2 A referência é feita ao “Princípio da Proporcionalidade” e não ao da “Igualdade ou Isonomia” porque obviamente há diferenças entre as condições de homem e de mulher.
- 3 BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia Villeneuve, 1857, p. 393.
- 4 CUNHA, Rogério Sanches. Breves comentários às Leis nºs 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (Feminicídio) e 13.772/18 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual). Disponível em www.meusitejuridico.com.br, acesso em 05.02.2019.

REFERÊNCIAS

- BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia Villeneuve, 1857.
- CUNHA, Rogério Sanches. Breves comentários às Leis nºs 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (Feminicídio) e 13.772/18 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual). Disponível em www.meusitejuridico.com.br, acesso em 05.02.2019.



EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE é Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós – Graduado em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia, Medicina Legal e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós – graduação do Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.



Direito e Justiça

POR ADRIANA CECILIO MARCO DOS SANTOS E DANIELLE STEPHANIE GOMES TREIDER

“Direito e Justiça não são a mesma coisa, não se confundem, mas podem se fundir a considerar o ponto de vista de quem está avaliando o resultado na prática do processo. É de vital importância para o estudante do curso de direito se dedicar ao estudo das matérias propedêuticas e posteriormente conseguir caminhar profissionalmente de maneira mais acertada.”

O objeto do estudo do Direito é ordenamento jurídico. Ao acadêmico que inicia o curso de Direito são ministradas as disciplinas de História do Direito, Introdução ao Estudo do Direito, lições sobre Ciência Política, Sociologia, Filosofia, Ética Geral, Teoria Geral do Estado – os ensinamentos propedêuticos. Essas matérias atualmente são muito desprezadas por grande parte dos alunos por não haver uma compreensão clara da sua importância. Esse desinteresse inicial traz prejuízos importantes ao longo de todo o curso.

Os discentes mais idealistas, e um tanto apartados da realidade do mundo jurídico, iniciam seus estudos com o firme intento de realizar a justiça. Essa assertiva fácil e aparentemente muito idônea traz consigo um grande dilema que não é resolvido ao longo do curso de Direito, mas que precisa impreterivelmente ser debatido para que deste debate emergam balizas mais reais pelas quais o aluno deverá se guiar ao longo do curso. Direito e justiça são a mesma coisa? Aplicar o direito implica em ser justo?

Para responder essas questões é preciso dar um passo atrás e indagar, afinal o que é a justiça? A compreensão do conceito de justiça, do que

é bom e justo é objeto de estudo da filosofia. Para compreender o caminho filosófico deste complexo conceito é necessário se valer de conteúdos trazidos pelas demais disciplinas ministradas no limiar do curso. Não basta ter o ímpeto de fazer justiça, nem ter presente todas as normas jurídicas, suas formas de interpretação e aplicação, se o aluno não tiver construído o conhecimento sob uma base sólida, compreendendo a complexidade e pluralidade do conceito de justiça e o lugar da justiça dentro do mundo jurídico.

Existem diversas linhas de pensamento filosófico que compreendem uma ampla gama de explicações para o que é “ser justo” ou “agir com justiça”, o que é especificamente a “justiça”. Essa discussão é essencial para que o aluno possa realmente trilhar o curso de forma mais consciente. Então por qual motivo uma disciplina tão relevante como a filosofia não recebe dos alunos a devida importância?

Vivemos em uma sociedade que padece do vício da pressa, da velocidade, do imediatismo. Tudo que não aparenta ser de uso prático e passível de utilização instantânea, perde o valor e o interesse dos membros do corpo social. Em razão disso a relevância das disciplinas supracitadas tem sido mitigada por discentes, e até por coordenadores de cursos jurídicos, que muitas vezes as consideram apenas como “carga horária obrigatória”, mas não reconhecem a sua real importância.

Essa avaliação, de certa maneira utilitarista, leva a uma falsa ideia de que as disciplinas propedêuticas não possuem a relevância que verdadeiramente encerram. Um erro que prejudica muito o discente que se deixa levar por esta interpretação errônea. A filosofia, sobremaneira, tem o condão de despertar o aluno para essa distinção essencial entre direito e justiça.

O direito compreende o estudo do ordenamento jurídico, o conhecimento do sistema de justiça, seus atores, as estruturas, as competências de cada um deles, o Estado e seu funcionamento. O estudante precisa se apropriar dessas informações a fim de, ao final do curso, conseguir manejá-las ferramentas jurídicas necessárias para defender os interesses de seus clientes, exercer sua cidadania e proteger o estado democrático de direito.

É um objetivo técnico. Exercer a profissão jurídica, seja qual for a área de escolha do aluno, da forma mais adequada, coerente, assertiva, produtiva e prudente possível. Bons profissionais compreendem com total clareza e discernimento que ao defender o direito do cliente, lutando para que o devido processo legal seja aplicado a todos de forma isonômica, estão contribuindo para a manutenção da segurança jurídica e do próprio estado democrático de direito.

A ausência de uma compreensão de qual é exatamente a função do profissional da área jurídica pode acarretar dois grandes riscos: o primeiro é a frustração, o segundo é o messianismo. Um profissional que, de maneira equivocada, se sente responsável por realizar a justiça, em pouco tempo se defrontará com profundos questionamentos sobre a eficiência do sistema jurídico. De igual maneira, inegável o perigo de tornar-se demagogo aquele que se coloca como fonte da justiça, que se apresenta como alguém que detém a sabedoria para realizar a justiça, por vezes entendendo que para realiza-la se faz necessário violar o ordenamento jurídico.

Dessa última percepção colhemos, por exemplo, o chamado “ativismo judicial”, decisões judiciais que desbordam o direito positivo atribuindo às normas postas interpretações diversas e muitas vezes distorcidas para através delas decidir da maneira que o julgador considera mais adequada ao fato concreto. Essa atuação

ativista tem se demonstrado muito perniciosa, visto que afeta o princípio basilar do ordenamento, qual seja, a segurança jurídica.

É fundamental compreender que o Estado é um ente fictício, que as regras que o conduzem estão dispostas principalmente no ordenamento jurídico, e toda essa estrutura se sustenta em um contrato social (bem especificado na obra de Thomas Hobbes, *O Leviatã*) que igualmente se trata de um acordo meramente simbólico firmado sob os termos da necessária observância por todas as partes de respeitar e seguir fielmente as regras previamente impostas a todos. Toda a sociedade está erigida sob essas premissas. O contrato social só funciona se o ordenamento jurídico for respeitado e cumprido por todos. Se desviar dessas diretrizes básicas enseja a ruína de toda essa estrutura.

Obviamente não estamos a defender que o profissional da área jurídica deva agir como um ser autômato. O direito é vivo e precisa ser contemporâneo aos dilemas sociais e cabe aos advogados, aos membros do Ministério Público, aos procuradores e defensores criarem teses jurídicas que abarquem soluções para as mazelas da sociedade, se valendo do que dispõe o ordenamento jurídico. Aos magistrados cabe acatar as teses, nos limites previstos pela lei, sem legislar através de suas decisões, posto que não vivemos na república idealizada por Platão sob o reinado de um Rei Filósofo que detém toda a sabedoria para bem conduzir o povo. Vivemos sob o império das leis, normas construídas pelo poder legislativo que representa o povo, com seus acertos e erros. Decisões que ignorem esse axioma possuem um caráter tirânico, sejam elas consideradas boas ou ruins pelos demais.

Assim sendo, a resposta aos questionamentos propostos alhures é: ao primeiro: não, direito e justiça não são a mesma coisa, são conceitos que não se confundem. Espera-se, que se fundam, que se realizem mutuamente. Mas considerando que existem noções diversas do que é a justiça, por vezes para algumas pessoas a solução jurídica apresentada ao caso poderá apresentar algo justo, mas para outras pessoas não. Portanto, o que é ser justo para o profissional da área jurídica é bem realizar o seu trabalho, manejando com destreza todo esse arcabouço de recursos, teses, fundamentações, a fim de alcançar a melhor solução possível para o seu defendido.

Em relação a aplicar o direito ter uma correlação direta com realizar a justiça, está para o mesmo impasse já descrito. O que uma pessoa entende por justiça pode não ser o mesmo que para outra. Essa assertiva sobre a ausência de unicidade em relação ao conceito de justiça encontra eco no pensamento sofista que defendia a possibilidade de existir interpretações diversas sobre o mesmo tema, cada homem ser a medida de todas as coisas, como disse Protágoras. Esse entendimento se contrapõe ao pensamento Socrático que pugnava pela existência de uma única verdade, ou “a verdade” melhor dizendo.

Segundo o conceito clássico de justiça forjado por Ulpiano: “*justitia est consans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuere*”, esta deriva do latim e significa que “a justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu”, ou seja, não violar o direito de outrem. Então, fazer justiça consiste em respeitar o direito e se abster de ações que possam perturbar o equilíbrio social, pois as leis devem ser respeitadas.

O conceito de Aristóteles, filósofo grego, aborda a justiça como sinônimo de igualdade e possui dois conceitos, sendo “justiça universal” e “justiça distributiva”, a finalidade de ambas incorre na teleologia. Utiliza-se as medidas de desigualdade para se obter a igualdade, são elas “as injustiças sociais” - buscam a correção através

do direito e da lei -, e por meio da “isonomia”, está trata igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, procurando por essas discriminações permitir que todos tenham as mesmas oportunidades.

Ocorre que, realmente existem maneiras diferentes de se interpretar o mesmo fenômeno, não se traduzindo como algo realizável definir um conceito tão amplo e de necessária interpretação com base no contexto histórico e local, como o que é a justiça, de forma unívoca. Assim temos que o pensamento sofista é o que melhor se amolda a realidade da imperfeição e inconstância da essência humana.

Esclarecido esse ponto de extrema relevância retomamos o desenvolvimento do raciocínio no que tange ao que cabe verdadeiramente ao profissional do direito em seu mister. Inviável, e questionável, aqueles que se apresentam como “realizadores” da justiça. O que de fato cabe ao profissional do direito é trabalhar de maneira que o ordenamento jurídico seja aplicado a todos de forma isonômica, pugnando assim para que o sistema seja respeitado, pois é através dele que torna possível impedir a tirania e o arbítrio.

Não se trata de deixar de buscar a justiça como o profissional assim a entender ante o caso concreto, mas de compreender primeiramente para que serve o direito e se reconhecer como parte deste sistema que proporciona a vida em sociedade de maneira minimamente organizada, não como uma carreira que possui traços de inspiração espiritual, que possui o condão de efetivamente realizar o bom, o belo e justo na vida das pessoas. Essa expectativa é irreal e como já dito, invariavelmente ensejará um sentimento de frustração.

O debate sobre o que é especificamente o direito, qual é a sua função e como ele deve melhor se realizar para o bem da sociedade também é algo muito denso e possui pontos de vista teóricos diversos. Tanto quanto o conceito de justiça, até hoje a doutrina não se decidiu por uma definição única. Ao aluno da graduação são ofertados conceitos clássicos como o proposto por Hans Kelsen, passando por autores como Marx, Hart, Dworkin, dentre outros. Cada um deles, dentro do seu inegável brilhantismo definiram sob o seu ponto de vista o que é o direito, para que ele serve, como funciona ou deveria funcionar.

Sem que o aluno possua um cabedal de informações sobre sociologia, história, ética, ciência política e sobremaneira filosofia, é impossível compreender a própria noção do que é o direito. Como realizar na prática algo que você não comprehende o real funcionamento? A razão de existir? É essencial obter essas respostas para poder atuar de forma centrada, tecendo as críticas necessárias ao sistema. Focar em aprender apenas as legislações, sem esses conhecimentos prévios que possibilitam a necessária interpretação do que está sendo estudado, torna o discente carente de uma base que é absolutamente indispensável para a vida acadêmica e profissional.

Por fim, direito e justiça não são a mesma coisa, não se confundem, mas podem se fundir a considerar o ponto de vista de quem está avaliando o resultado na prática do processo. É de vital importância para o estudante do curso de direito se dedicar ao estudo das matérias propedêuticas e posteriormente conseguir caminhar profissionalmente de maneira mais acertada. ■



ADRIANA CECILIO MARCO DOS SANTOS é Mestranda de Direito Constitucional, Especialista em Direito Constitucional, Advogada e Professora de Direito Constitucional. Membra da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Membra da Associação de Constitucionalistas da USP – Instituto Pimenta Bueno.



DANIELLE STEPHANIE GOMES TREIDER é Graduanda do Curso de Direito, 5º semestre. Membra do Grupo de Estudos Profa. Adriana Cecilio.

Previdência privada: a importante decisão entre o regime progressivo e o regime regressivo

por CARLOS HEITOR CAMPANI E FÁBIO GARRIDO LEAL MARTINS

“A opção correta pelo regime tributário (progressivo ou regressivo) não é trivial e pode gerar menos imposto a pagar e, consequentemente, mais renda para o aposentado.”

O sistema público de previdência social (INSS e regimes próprios) gera uma renda ao aposentado brasileiro muitas vezes bastante aquém das suas necessidades. A iminente reforma da previdência tende a aumentar, para muitas pessoas, a diferença entre a renda necessária para o seu bem-estar e a renda de fato recebida. Para complementar a renda na aposentadoria, os planos de previdência privada surgem com fortíssimo apelo principalmente pelos interessantes incentivos fiscais que o Governo oferece. Tais incentivos tornam os planos de previdência conhecidos pelas siglas PGBL (Plano Gerador de Benefício Livre) e VGBL (Vida Gerador de Benefício Livre) extremamente competitivos, quiçá imbatíveis para poupadões de longo prazo.

Ao contratar um plano de previdência complementar, uma decisão muito importante precisa ser tomada naquele momento, e valerá para toda vida daquele plano: o regime de tributação. Há duas opções. No regime progressivo, o imposto de renda a pagar na aposentadoria (ou em eventuais resgates) segue a tabela de IR tradicional, não havendo nenhum imposto no caso de uma renda tributável total até R\$ 1.903,98, mas podendo chegar a alíquotas marginais de 27,5% para a faixa acima de R\$ 4.664,68 (segundo tabela atualmente em vigor). Já no regime regressivo, válido apenas para a previdência complementar, o imposto a pagar é calculado de forma exclusiva na fonte (não gerando imposto a pagar nem a restituir na declaração anual de imposto de renda) e depende do



prazo de investimento: se por um lado, o imposto chega a exorbitantes 35% para prazos menores que 2 anos, tal alíquota pode cair para apenas 10% no longo prazo.

Qual opção levará ao menor imposto a pagar? O grande problema é que, para muitos casos, tal decisão não é fácil e, comumente, regras excessivamente simplistas utilizadas pelas seguradoras acabam por fazer a pessoa pagar mais imposto de renda quando se aposentar ou mesmo ao efetuar um resgate. A regra usualmente sugerida pelo mercado é que, para prazos muito longos, o regime regressivo é melhor, ao passo que para prazos curtos, o regime progressivo seria o indicado. Não apenas determinar precisamente o meio do caminho é difícil, mas também é importantíssimo salientar que tal decisão depende de muitos outros fatores, tais como: idade de aposentadoria, renda estimada no plano, valor total estimado das outras rendas tributáveis, estimativa de valor total das despesas dedutíveis para cálculo do IR e tipo de renda desejada. Fatores macroeconômicos, tais como projeção da inflação, da rentabilidade líquida do plano e da taxa de reajuste médio anual da tabela de IR, impactam igualmente a decisão. Infelizmente, nenhum banco ou instituição de previdência complementar conta com um simulador para ajudar o poupador a tomar a melhor decisão.

Para ilustrar que a decisão não é tão simples, suponhamos que um empresário de 50 anos resolva contribuir com R\$ 100 mil anuais para um VGBL, e se aposente então com uma renda vitalícia projetada de R\$ 9,7 mil mensais aos 65 anos (esta é a sua única renda tributável). O regime regressivo irá consumir, em média, algo próximo a 7% dessa renda, porém com R\$ 20 mil anuais de despesas dedutíveis (saúde, educação, dependentes etc.), a melhor opção teria sido o progressivo com apenas 3% de tributação média. Já se a contribuição anual fosse o dobro, ou seja, R\$ 200 mil, a renda bruta também dobraria para R\$ 19,4 mil mensais, mas, com isso, o regime progressivo passaria a ser desvantajoso, com uma alíquota média próxima de 10%.

Um segundo exemplo enriquece a análise: suponhamos um contribuinte do INSS com salário de R\$ 10 mil por mês que poupa 12% do seu salário para um PGBL a partir dos 35 anos, fazendo jus a uma renda vitalícia bruta de R\$ 3,5 mil aos 65 anos. Considere que ele também se aposente pelo INSS (com R\$ 4,5 mil de renda) e que possua despesas dedutíveis mensais de R\$ 1 mil, o PGBL regressivo gera a alíquota de 10%, enquanto que o progressivo, 13% de alíquota média. Contudo, a tributação pelo regime progressivo poderia cair para 9%, 4%, ou apenas 1% com despesas dedutíveis mensais de R\$ 2 mil, R\$ 3 mil ou R\$ 4 mil, respectivamente. Nesse caso, estariamos diante de um período longo de acumulação (30 anos) onde a opção pelo regime progressivo tornar-se-ia mais interessante, indo contra o senso comum.

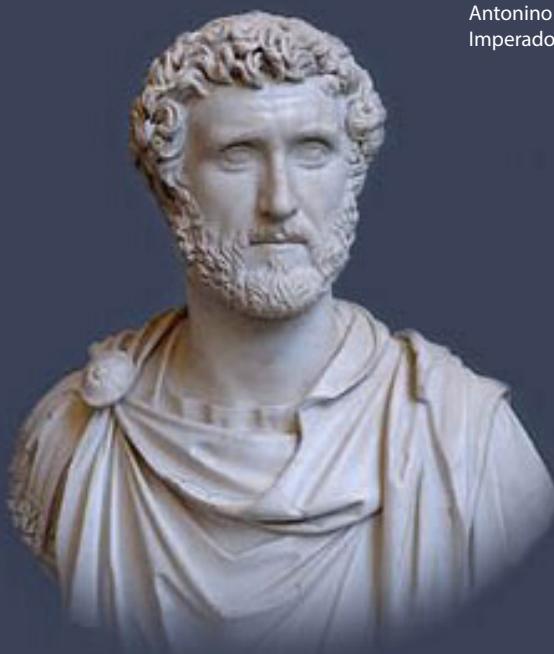
Em conclusão, a opção correta pelo regime tributário (progressivo ou regressivo) não é trivial e pode gerar menos imposto a pagar e, consequentemente, mais renda para o aposentado. Tal opção deve ser tomada já na contratação do plano, muitas vezes décadas antes da aposentadoria. Infelizmente, o mercado brasileiro ainda não oferece uma ferramenta para auxiliar essa decisão e o contribuinte segue a mercê de regras simplistas que podem o levar a decisões equivocadas. ■



CARLOS HEITOR CAMPANI é Professor de Finanças do COPPEAD-UFRJ e especialista em Previdência.



FÁBIO GARRIDO LEAL MARTINS é atuário e especialista em Previdência.



Antônio Pio.
Imperador romano (86-161)

Ad adjuvandum [tantum] Para ajudar [somente]

POR VICENTE DE PAULO SARAIVA

Pode causar estranheza não tenha sido usado o infinitivo presente latino (*adjuvare*), como ocorre com o português e que modo nominal “esquisito” é esse (*adjuvandum*) de que a expressão se utilizou. É que em latim não se admitia o uso do infinitivo a não ser quando exercesse as funções dos chamados “casos retos”, ou seja, de sujeito e seu predicativo (que iam para o nominativo) ou de objeto direto (que ia para o acusativo, sem preposição). Ademais, por força da preposição *ad*, o gerúndio teve de ir para o acusativo (como se fosse um autêntico substantivo) – constituindo a expressão um adjunto adverbial de fim. E para completar esta singela análise morfossintática, anote-se que o vocábulo (*tantum*) foi usado entre colchetes, para significar ser-lhe optativo o emprego – tratando, como se trata, de mera partícula denotativa de exclusão (na denominação da NGB – Nomenclatura Gramatical Brasileira), partícula essa normalmente empregada apenas quando se quer enfatizar estar-se tratando de mera assistência simples a uma das partes.

O instituto da “assistência” tem suas raízes no direito civil romano, surgindo em seu terceiro e último sistema: o da *extraordinária cognitio*

(= a cognição extraordinária – 3^a fase do processo romano) – como se pode deduzir do rescrito de Antonino Pio (D. 49, 1, 14, par. e 49, 1, 5, 2).

É certo não haverem as fontes desenvolvido esse tipo de interveniência processual sistematicamente: bastava, entretanto, que um terceiro se sentisse interessado no sucesso de uma das partes, ou que o direito de uma delas coincidisse com o seu, para justificar-lhe o ingresso na causa. E isto, tanto em primeira instância quanto na segunda. Antes da sentença (p. ex.: D. 3, 3, 69; 49, 1, 14. par.); e na apelação (D. 49, 1, 4, 2/4; 49, 1, 5, par. e 1/3).

Aliás, o terceiro podia apelar, suprindo a omissão do sucumbente, quando aquela lhe fosse prejudicial (D. 17, 1, 8, 8; 49, 1, 4, 2; 49, 4, 2, 1). Podia, ainda, intervir espontaneamente, ou ainda ser chamado à causa mediante uma denominação (= *denuntiatio*) – como quando o comprador devia chamar a juízo o vendedor (sob pena de perder os direitos à repetição), em sendo aquele demandado para fins de evicção.

No direito pátrio, a assistência simples é admitida em nosso Código de Processo Civil paralelamente com a assistência qualificada ou litisconsorcial (arts. 50-55).

O pressuposto para ambos os institutos é o interesse *jurídico* de intervir no processo e não puramente o interesse de fato ou econômico. (Assim, p. ex., a assistência seria inadmissível para o credor de alguém, devedor de outrem e por este acionado, mesmo que preveja não hajam de restar mais recursos ao réu, se este for condenado a pagar a dívida do exequente.) O interesse jurídico do assistente simples consiste em que a sentença (que houver de ser proferida em processo entre partes outras) seja favorável ao assistido, pelo fato de a decisão poder interferir no âmbito do direito dele, assistente (art. 50). Já o interesse jurídico do assistente litisconsorcial se deve a que a sentença haverá de atingir direta ou indiretamente direito seu, influindo “na relação jurídica entre ele e o *adversário* do assistido” (art. 54).

Daí, que o assistente *ad adjuvandum*, sendo mero auxiliar da parte principal (a assistida), tem de subsumir os mesmos poderes e ônus que esta (art. 52), não lhe sendo facultado contraditar a vontade manifesta dela. Vale explicitar: é-lhe dado requerer e produzir provas, arrazoar, recorrer (se o assistido não houver renunciado ao recurso ou dela desistido); pode, inclusive, evitar os efeitos da revelia (se estiver assistindo o réu), respondendo ao *ex adverso* (a parte contrária) dentro do prazo concedido ao omissio (art. 52, par. único).

Já o assistente litisconsorcial tem poderes mais amplos, facultando-se-lhe inclusive agir em desconformidade com a vontade do assistido – recorrendo, provando, excepcionando o juízo a seu bel-prazer; mais: para a renúncia, a transação, a desistência e o reconhecimento do pedido pelo assistido, previstos no art. 53, necessária será a anuência do próprio assistente, a fim de obterem eficácia, sob pena de se quebrantar a unitariedade da decisão judicial.

Para o ingresso de qualquer das duas figuras assistenciais (art. 51, c/c art. 54, par. único), mister se faz requerimento expresso, podendo qualquer das partes impugná-lo, alegando falta de “interesse jurídico para intervir a bem do assistido”. Desse incidente processual proferirá o juiz decisão não terminativa, da qual caberá agravo de instrumento por quem se julgar afrontado. ¶



VICENTE DE PAULO SARAIVA é Subprocurador-Geral da República (aposentado) e autor da obra *Expressões Latinas Jurídicas e Forenses* (Saraiva, 1999, p. 856)

Tema 500 do STF: Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA

POR CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL

“O STF adotou a tese de que como a ANVISA integra a estrutura da Administração Pública Federal não se pode permitir que Estados e Municípios, que não são responsáveis pelo registro de medicamentos, sejam condenados a custear tais prestações de saúde quando eles não têm responsabilidade pela mora da Agência, nem têm a possibilidade de saná-la.”

Finalmente o Supremo Tribunal Federal chegou a um resultado a respeito da questão dos medicamentos de alto custo sem registro na ANVISA, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 657.718/MG, no último dia 22 de Maio (2019).

Quanto aos medicamentos experimentais o STF foi taxativo: “Forne cimento e importação jamais serão justificados”; “O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais”; “não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los”.

Medicamentos experimentais, em suma, são aqueles sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes.



Com relação aos medicamentos com eficácia e segurança comprovadas, mas sem registro na ANVISA, o STF estabeleceu os requisitos para o seu fornecimento pelo Estado mediante decisão judicial.

O primeiro requisito é “mora administrativa”, consistente na irrazoável demora da ANVISA em apreciar o pedido de registro do medicamento, ou seja, que não sejam respeitados os prazos fixados pela Lei nº 13.411/2006 (que vão de 90 a 365 dias, prorrogados por até um terço do prazo original, uma única vez).

Para o STF a inércia da ANVISA nestes casos específicos seria responsável por impedir que os pacientes tenham acesso a medicamentos necessários, frustrando-se indevidamente a fruição de seu direito fundamental à saúde e justificando, assim, a intervenção judicial.

A única exceção para esse primeiro requisito, decidiu o STF, serão os casos dos medicamentos designados “órfãos”, que são aqueles comercializados para doenças raras e ultrarraras, que em razão da falta de viabilidade econômica não há solicitação de registro por parte da indústria farmacêutica.

Nesses casos o requerente deverá demonstrar que a doença é rara conforme os critérios da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da ANVISA nº 205/2017 (enfermidade que atinge até 65 pessoas a cada 100.000) e não há protocolo clínico específico do Ministério da Saúde para tratamento da doença.

O segundo requisito consiste na ausência de substituto terapêutico registrado na ANVISA para tratamento da doença do paciente. Se o paciente tiver outra opção “satisfatória” para o tratamento da doença com o devido registro sanitário, não poderá o Poder Judiciário compelir o Poder Público a importar o fármaco pedido pelo paciente.

O terceiro requisito é que o medicamento pleiteado judicialmente possua registro em renomadas agências reguladoras fora do Brasil.

Quando do julgamento do RE nº 657.718/MG, exemplificou o STF como renomadas agências reguladoras fora do Brasil as seguintes: a Food And Drug Administration – FDA dos Estados Unidos, a European Agency for the Evaluation of Medicinal Products – EMEA da União Européia e a Japanese Ministry of Health & Welfare do Japão.

O quarto e último requisito é a demonstração da hipossuficiência do requerente para custear a aquisição do medicamento. A parte que ingressar com a ação judicial deverá comprovar a impossibilidade de arcar com o pagamento do medicamento solicitado sem prejuízo de sua capacidade de atender a “outras necessidades básicas da vida”.

Tento em vista que o pressuposto básico da obrigação do Estado é a demora da Agência federal, assentou o STF que as ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas somente em face da União, na Justiça Federal.

O STF adotou a tese de que como a ANVISA integra a estrutura da Administração Pública Federal não se pode permitir que Estados e Municípios, que não são responsáveis pelo registro de medicamentos, sejam condenados a custear tais prestações de saúde quando eles não têm responsabilidade pela mora da Agência, nem têm a possibilidade de saná-la. 



ARQUIVO PESSOAL

CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL é Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

Medidas protetivas em favor do homem na Lei Maria da Penha

POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

“Havendo provas suficientes de que a mulher está provocando violência física, psicológica, sexual, patrimonial, moral ou outras contra o homem com quem foi casada ou viveu em união estável, a justiça poderá intervir em favor dele, expedindo em seu favor as medidas protetivas adequadas.”

A Lei Maria da Penha, desde sua edição, em vigor olímpico, vem num crescente interpretativo na sua aplicação, ultrapassando e em muito o seu conteúdo originário. Inicialmente, e para muitos essa era a intenção do legislador, o dispositivo legal teria aplicação somente para proteger a mulher no âmbito da violência doméstica. Atritou-se referida lei com a Lei nº 9.099/95, o que fez com que o Superior Tribunal de Justiça editasse a Súmula 542, vazada nos seguintes termos: “A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública e incondicionada”.

Posteriormente, ainda na evolução jurisprudencial, foi mitigada a aplicação dos princípios da insignificância e da bagatela impró-

pria com referência aos crimes e contravenções praticados contra a mulher, no âmbito das relações domésticas. A última inserção feita na Lei Maria da Penha está relacionada com os casos em que ocorrer risco atual ou iminente à vida ou integridade física da mulher e seus dependentes, cuja competência para determinar o afastamento é exclusiva do juiz, desloca-se para



o delegado de polícia quando município não for sede de comarca e, nesse caso, não havendo delegado, torna-se legitimado o policial encarregado de receber a denúncia. Nessas hipóteses o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 horas e, após manifestação do Ministério Público, decidirá a respeito da manutenção ou revogação da medida aplicada.

É de se indagar, no entanto, com toda evolução interpretativa que vem experimentando a lei: no caso em que a mulher se torna a agressora do homem, há previsão legal para idêntico tratamento?

Não há na lei específica nenhuma orientação para tanto. Porém, ao intérprete cabe realizar a escavação legislativa para encontrar a interpretação que seja mais adequada e proporcional ao caso. Maximiliano, referência da Hermenêutica no Brasil, foi incisivo em afirmar ser o “intérprete o renovador inteligente e cauto, o sociólogo do Direito. O seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita, e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita”.¹

A lei, como se percebe no caso específico, trata exclusivamente da mulher, excluindo o homem do polo protetivo. Porém, em razão do princípio da isonomia legal, no âmbito da convivência doméstica, se uma determinada conduta provocada pela mulher contra o homem causa temor com relação a eventuais agressões, pode sim ele se valer da mesma lei para a solução do conflito.

Hart, com a pena precisa, elucida a questão: “O direito deve referir-se preferencialmente, embora não exclusivamente, a classes de pessoas e a classes de condutas, coisas e circunstâncias; e o êxito de sua atuação sobre vastas áreas da vida social depende de uma capacidade amplamente difusa de reconhecer certos atos, coisas e circunstâncias como manifestações das classificações gerais feitas pelas leis”.²

Havendo provas suficientes de que a mulher está provocando violência física, psicológica, sexual, patrimonial, moral ou outras contra o homem com quem foi casada ou viveu em união estável, a justiça poderá intervir em favor dele, expedindo em seu favor as medidas protetivas adequadas. O não cumprimento por parte da agressora incidirá nas penas do crime tipificado no artigo 24-A, da Lei nº 13.641/2018. O mesmo benefício se estende, como corolário do princípio da isonomia material, às crianças, adolescentes, homens e idosos que se vejam na mesma situação.

Tanto é verdade que várias decisões já foram proferidas no sentido de ampliá-la e, posteriormente, para alcançar o homem, a criança, o idoso, os conviventes homoafetivos quando forem vítimas de violência doméstica e familiar. Nesta ginástica interpretativa, chega-se à conclusão, por analogia e com a aplicação do princípio da isonomia que, em situação não idêntica, porém bem parecida, a lei aplica-se a todos, sem qualquer distinção, desde que a violência ocorra intramuros familiar. 

NOTAS

- 1 Maximiliano, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 10.
- 2 Hart. H.L.A. O conceito de direito. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 161.



ARQUIVO PESSOAL

EUCLIDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR é promotor de justiça aposentado, mestre em direito público, pós-doutorado em ciência da saúde, reitor da Unorp, advogado.



Achado não é roubado. Será?

POR ADRIANA FILIZZOLA D'URSO

“O crime em questão é a apropriação de coisa achada, e não o roubo, o que torna verdadeiro o ditado que diz que ‘achado não é roubado’. Fica a lição: ao encontrar algo, o melhor a se fazer é sempre a devolução!”

Existe um ditado popular, bastante conhecido e disseminado, que diz expressamente que ‘achado não é roubado’. Ele é muito utilizado para justificar a conduta de quem encontra e não devolve coisas alheias. A pergunta que se faz a respeito, é justamente se este ditado traduz uma verdade e quais as consequências jurídicas, no âmbito criminal, de se achar algo e pegar para si.

Recentemente, aqui no Brasil, um italiano foi detido pela Polícia Federal porque tentava vender, pela internet, 20 quilos de moedas históricas, que ele havia encontrado dentro de uma botija enterrada na praia de Ipioca, no litoral de Maceió.

Munido de um detector de metais, o homem rastreou o solo e acabou encontrando as moedas, que constituem verdadeiro acervo histórico. Ele as fotografou e anunciou a venda pela internet, nas redes sociais. As postagens foram descobertas pelo Iphan (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), que informou a Polícia Federal, objetivando a apreensão do acervo histórico.

Primeiramente, antes de adentrar na análise jurídica, é importante ressaltar que a questão posta apresenta um debate moral. Embora todos tenham conhecimento de que achar algo e não devolver é imoral, a sociedade, por vezes, ignora que além de imoral, não devolver também pode ser crime.

Assim, em linhas gerais, pode-se dizer que o ditado popular está, em parte, correto, pois quem acha algo, realmente não pratica o crime de roubo, previsto no artigo 157 do Código Penal. Jamais se poderia cogitar falar em roubo neste caso, pois não se verifica uma situação de violência ou grave ameaça capaz de tipificar (como roubo) a conduta de encontrar coisa alheia. Também não se cogita falar, nesses casos, do crime de furto, previsto no artigo 155 do Código Penal, pois, quando a pessoa acha algo, não há subtração dolosa.

Por outro lado, é importante ressaltar que, dependendo das circunstâncias em que a coisa for achada e do comportamento da pessoa que achou, poderá ficar caracterizado um crime, com consequências no âmbito penal.

No caso do italiano, ele acabou indiciado pelo crime de apropriação de coisa achada, previsto no artigo 169 do Código Penal, e punido com detenção de um mês a um ano, ou multa. De acordo com este dispositivo, em três hipóteses a pessoa que acha coisa alheia e não devolve comete um crime.

A primeira hipótese, prevista no caput do artigo 169, se dá quando alguém se apropria (toma para si, como sendo de sua propriedade) de coisa alheia perdida, que vem a seu poder por erro, caso fortuito ou força da natureza.

A segunda hipótese, prevista no inciso I do art. 169, trata de descoberta, em prédio alheio, de tesouro (objeto antigo de grande valor, que estava oculto e não tem dono), e apropriação deste tesouro, em detrimento do direito que teria o proprietário do prédio sobre a coisa.

A última hipótese, prevista no inciso II do art. 169, contempla a figura da apropriação de coisa achada. Trata justamente daquela coisa que foi perdida e é encontrada por alguém, restando a quem encontrar, a obrigação de, ao menos, tentar devolver ao dono. É a situação mais corriqueira.

No caso concreto apresentado, o estrangeiro foi acusado do crime previsto no inciso II do artigo 169 do Código Penal, pois, de acordo com a legislação brasileira, todo objeto arqueológico ou histórico é protegido por lei e considerado patrimônio da União, mesmo que tenha sido encontrado fora de sítios arqueológicos e de forma ocasional. Neste caso, o homem, ao encontrar as moedas, deveria ter comunicado ao Iphan sobre a existência e localização das mesmas, e não tentado vendê-las na internet, como fez.

Além disso, é importante mencionar que aquele que acha coisa alheia perdida e a restitui ao dono ou à autoridade competente, tem direito a uma recompensa, de acordo com o previsto no Código Civil.

Conclui-se, portanto, que, moralmente e juridicamente falando, o que se espera de alguém que acha algo perdido, que não é seu, é a devolução ao legítimo dono da coisa, ou às autoridades competentes. Caso a pessoa venha a devolver, terá direito a uma recompensa. Já se a pessoa não devolver, incorre em crime. O crime em questão é a apropriação de coisa achada, e não o roubo, o que torna verdadeiro o ditado que diz que 'achado não é roubado'. Fica a lição: ao encontrar algo, o melhor a se fazer é sempre a devolução! #



ADRIANA FILIZZOLA D'URSO é Advogada criminalista, mestre e doutoranda em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha), pós-graduada em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra (Portugal), e em Ciências Criminais e Dogmática Penal Alemã pela Universidade Georg-August-Universität Göttingen (Alemanha), Diretora da Comissão Brasileira das Advogadas Criminalistas da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM).

Ética e aviltamento de honorários: Os Desafios da Advocacia Correspondente

POR AGENOR ALEXANDER DE CARVALHO COSTA

“Não se pode admitir o constante aviltamento de honorários no cenário digital que macula a imagem e credibilidade da justiça. Numa era de tantas conquistas no campo da tecnologia, é inconcebível que permaneçamos inertes ao problema. Cumprindo ao operador do Direito o uso correto da tecnologia, com o propósito de ser exemplo e assim trazer segurança a todos os demais usuários da rede mundial de computadores.”

O presente trabalho vem propor o debate quanto ao crescente problema do aviltamento de honorários no cenário juris-tecnológico, bem como demonstrar outros problemas enfrentados pelos profissionais do Direito na atividade correspondente.

“É necessário cuidar da ética para não anestesiarmos a nossa consciência e começarmos a achar que tudo é normal.”

(Mario Sergio Cortella)

De fato, “a advocacia não é ofício para covardes”, já dizia o advogado mineiro Heráclito Fontoura Sobral Pinto (1984), tampouco ofício para aqueles que pensam em ganhar dinheiro fácil. É preciso ter extrema paciência e profissionalismo para lidar com certas situações e desafios inúmeros, dentre eles o crescente aviltamento de honorários advocatícios do correspondente jurídico.

Mas afinal de contas, o que é um correspondente?

A Advocacia de Apoio (ADA) é uma prestação de serviços, formalizada por um contrato expresso de parceria ou prestação de serviços, onde um escritório de advocacia auxilia outro escritório ou advogado individual em suas atividades essenciais, conforme o que dispõe a lei 8.906/94 e demais dispositivos legais vigentes. [...] dentre as solicitações mais frequentes, estão a extração de cópias, elaboração e revisão de contratos ou documentos, despacho pessoal com autoridade judicial ou administrativa, elaboração de parecer jurídico, elaboração de peça processual ou administrativa, atuação em audiência ou sindicância (P.A.D.), protocolo de peças processuais e acompanhamento processual em geral. Portanto, por intermédio da ADA, é possível que um escritório situado em uma determinada região possa atender, com qualidade e eficiência, seus clientes de outras comarcas, assim como aqueles que se encontrem em outros estados, capital ou interior. (CARVALHO, 2013)

Como consequência desse entender, explorar-se-á a seguir outras relevantes considerações sobre a atividade correspondente na atualidade, ou simplesmente, advocacia de apoio como era conhecida até bem pouco tempo.

A OAB E O COMBATE AO AVILTAMENTO DE HONORÁRIOS

Cabe ressaltar que desde 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF), por intermédio do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, editou a Súmula Vinculante nº 47, um importante instrumento no combate ao aviltamento de honorários. Pacificando o entendimento sobre a natureza alimentar dos honorários advocatícios, e orientando a jurisprudência sobre o assunto.

Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza. (BRASIL, 27 de maio de 2015)

Em igual sentido, o Novo Código de Processo Civil traça parâmetros sobre a natureza alimentar dos honorários, entre outras conquistas e inovações, conforme Marcos Vinicius (2015, *apud* LAMACHIA, Claudio. 2016. p.16):

[...] instituiu os honorários de sucumbência recursal (art. 85, § 11); positivou a natureza alimentar dos honorários, assegurando ao seu credor os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho (art. 85, § 14), criando parâmetros objetivos para sua fixação, retirando do ordenamento jurídico os critérios postos pelo § 4º do art. 20 do atual CPC; vedou expressamente a compensação de honorários em caso de sucumbência parcial (art. 85, § 14); positivou na lei federal o direito dos advogados públicos perceberem honorários de sucumbência (art. 85, § 19); estabeleceu que a fixação de honorários independe de pedido expresso (art. 322, 1º); previu o cabimento de honorários no cumprimento provisório

FICHÁRIO JURÍDICO

de sentença (art. 85, § 1º e art. 520, § 2º); permitiu expressamente que honorários advocatícios sejam levantados pela sociedade de advogados, minimizando, com isso, a carga tributária, já que, no cômputo geral, os impostos devidos pela pessoa física são maiores do que os devidos pela pessoa jurídica (art. 85, §15); deixou claro que, no caso de omissão judicial na fixação de honorários, com sentença transitada em julgado, será cabível ação própria para a definição do percentual devido, sendo, pois, dispensável o ajuizamento de ação rescisória como definido no enunciado nº 453 da súmula da jurisprudência dominante do STJ (art. 85, § 18).

Todavia, ainda hoje é possível se cadastrar em sites de correspondência em massa, especializados em conectar advogados e estudantes que ensejam ingressar no ramo, e recebem a seguir diversas ofertas de diligências em desrespeito à normatização.

Sendo típica neste meio a oferta de audiências de conciliação por cem reais (R\$ 100,00), audiências de instrução com preposto à cento e cinquenta reais (R\$ 150,00), e ainda há alguns escritórios que nem pagam, apesar de não se tratar de uma atuação em *pro bono*, aponta-nos Daniela Mascarenhas (2018). Não obstante ser sempre o requisitante quem predetermina valores ao final da solicitação, muitas das vezes é também o requisitado que visando eliminar a ampla concorrência desvaloriza o seu trabalho de modo a torná-lo mais atrativo que a dos demais. Em vista disso, Alanne Eugenia (2016) conclui que “o advogado se tornou o lobo do próprio advogado”.

Não por outra razão, são constantes as reclamações, seja no meio digital ou nos corredores dos fóruns. Implicando em sérias consequências para com a credibilidade da advocacia, segundo o site RECLAME AQUI (2018): Nos últimos 12 meses (01/05/2017 – 30/04/2018) revelam-se 45 reclamações abertas, com apenas 14 reclamações respondidas, culminado com o cálculo avaliativo final em: “NÃO RECOMENDADA”.

Inclusive um destes escritórios acabou solicitando a realização de audiência justamente ao presidente da subseção de Wenceslau Braz-OAB/PR em pessoa, que afirmou esperar “que os advogados e advogadas revejam seus conceitos relativos aos honorários advocatícios, em especial aqueles praticados pelos advogados correspondentes!” (LOBO,2018).

O áudio da conversa do Presidente Ricardo Santos Lobo, receptor da proposta, viralizou¹ internet afora “justamente porque retrata o dia a dia da advocacia cada vez mais aviltada por grandes escritórios, empresas e pelos próprios colegas de profissão ao oferecerem valores muito abaixo do mínimo da tabela da OAB”, tendo sido divulgado em anexo à matéria no site da OAB/SÃO JOSÉ DOS PINHAIS (2018).

SURGIMENTO E DECLÍNIO DA ATIVIDADE

Há algum tempo, e digo algum tempo visto que os avanços tecnológicos de nossa geração sejam algo bem recente, o serviço de apoio – ora intitulado correspondente – era feito da seguinte forma: O advogado responsável pelo escritório requisitante ia pessoalmente até uma subseção, ou telefonava, e procurava se inteirar dos profissionais que prestavam serviço de apoio.

Ocorre que, “tal prestação de serviços, inicialmente, ocorria quando os clientes precisavam de ‘apoio’ no cumprimento de demandas que se encontravam em trâmite nos Tribunais Superiores.” (CARVALHO, 2013).

Primitivo não? Mas funcionava, e funcionava bem. E sabe qual era o segredo? A resposta é Ética! Os profissionais de outrora não consideravam o serviço de apoio como “bico”, mas como serviço sério, e não deixavam o escritório sem um *feedback*², cumpriam um *checklist*³ e, prestavam o serviço com excelência, queriam ser mais que “aquele correspondente que salva”, “o quebra galho”, aspiravam ser parceiros profissionais da outra parte, como nos relata Ricardo Franceschini em um recente debate online proporcionado por Daniela Mascarenhas em seu projeto Advogado Empreendedor (2018). Muitos foram os escritórios que se especializaram na área prestando exclusivamente o serviço correspondente, encontramos hoje até mesmo correspondentes fixos internacionais.

A tecnologia hoje cria possibilidades, alternativas, forma de trabalho, estilo de vida até então pouco exploradas e no meio Jurídico não é diferente! Hoje temos algumas soluções jurídicas que se propõem a tornar a atividade do advogado mais eficiente e produtiva, ou seja, não podemos dar as costas para a revolução tecnológica que está ocorrendo. (TOCO; L. et al. 2018)

Bruno Feigelson, presidente da AB2L (*apud* TOCO; L. et al. 2018), afirma que: “O uso das soluções trazidas pelas Lawtechs tem se intensificado no último ano.” Destarte, com o surgimento de inúmeras *startups* e *lawtechs* jurídicas que exploram a atividade correspondente surge também o problema do aviltamento de honorários do profissional correspondente. Todavia o problema não é culpa exclusiva destas visto que apenas ofertam um meio aos profissionais, nem mesmo é culpa única do requisitante, mas também do requisitado. O Código de Ética e Disciplina deixa claro que “o advogado deve observar o valor mínimoda tabela” (art. 48, § 6º, CED), portanto, quem age em desacordo com a referida tabela é o correspondente mesmo. Visto que desta forma promove a ideia de que a massa pode assim proceder, pois tem quem aceite laborar nestes moldes.

Categoricamente, Claudio Pacheco Prates Lamachia, afirma que “A verba honorária não pode ser aviltada. Tendo caráter alimentar, deve ser fixada em valor digno e proporcional à causa.” (LAMACHIA, 2018).

Aos operadores do Direito que usam a inconsequente desculpa de acompanhar a lei de mercado acima da lei federal, como é nosso Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº 8.906/94), ou mesmo acima do bom senso, justificando a prática da desvalorização sob a afirmação de que “precisam dos seus honorários para pagar suas contas”, com isso vindo a mercantilizar seus serviços jurídicos, lembramos que a advocacia não é uma atividade mercantil. Segundo o art. 5º, do Código de Ética e Disciplina: “O exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização.” (BRASIL, 2015).

Diga-se de passagem, que, temos ciência quanto à existência de aviltamento também em órgãos conveniados, defensorias, ou mesmo em escritórios onde o advogado júnior recebe valores ínfimos, porém esse não é o cerne deste artigo. Conquanto a solução basilar deste trabalho servir também a este propósito, Ética e Disciplina!

Breve análise do dilema enfrentado pelas partes

Por outro viés, cumprindo com a proposta deste artigo em tratar o assunto de forma equânime, passamos a analisar também a outra parte envolvida, pois não

é propósito deste trabalho moldar uma imagem negativa do correspondente tanto pouco do escritório que faz uso do serviço, ou mais, depende do serviço. E estes também vêm sofrendo com atitudes imaturas do requisitado, sendo igualmente inúmeras as reclamações de que o escritório foi pego de surpresa visto que o correspondente não cobrou as suas demandas em tempo, deixou acumular, e agora tem de pagar um valor inesperado ao seu orçamento, gerando um prejuízo financeiro à gestão financeira do escritório. Dentre outros problemas, há relatos do correspondente que não comparece à audiência, mas cobra pelos valores. Relatamos Celina Salomão e Juliana Chinem, na já referida *webconferência*⁴ do projeto Advogado Empreendedor (2018).

Como pudemos observar tudo o que é popularizado demais, acaba sob o efeito da banalização. O que outrora era um serviço sério, agora se tornou um dilema, um mar de problemas. Cabendo enfatizar que, não temos enfrentado problemas tão somente com o aviltamento, mas escritórios também enfrentam problemas com a falta de profissionalismo.

ADA, por tratar-se de atividade profissional desenvolvida, exclusivamente, por advogados, deve ser prestada somente por equipe devidamente capacitada, no que diz respeito à sua qualificação técnico-profissional. Tal característica é o que garante a segurança e a qualidade, desejada pelo cliente, em relação aos serviços prestados. [...] Oferecer ADA requer expertise, bem como adequada estrutura física e humana, além de desenvolvimento e constante capacitação profissional de todos os envolvidos com as demandas regularmente solicitadas pelos clientes. (CARVALHO, 2013 – grifo nosso).

É preciso, portanto, conscientização de cada uma das partes envolvidas.

A livre concorrência de serviços jurídicos não pode esbarrar em ofertas desleais. [...] Nós somos uma classe e cada transação, negócio ou contrato nos afeta como um todo. [...] Por isso, na advocacia não há lugar para egoísmo: quando um advogado é desvalorizado, toda a classe sofre. (EUGENIA, 2016 – grifo nosso).

ETHOS

Cumprí-nos aqui relembramos a origem da palavra ética:

Ethos é uma palavra com origem grega, que significa 'caráter moral'. É usada para descrever o conjunto de hábitos ou crenças que definem uma comunidade ou nação. No âmbito da sociologia e antropologia, o ethos são os costumes e os traços comportamentais que distinguem um povo. (SIGNIFICADOS, 2015).

Com precisão, Ethos como visto é o conjunto de hábitos que tem por sinônimo os usos e os costumes. E o que seriam os usos e costumes se não fonte do direito? Logo, os nossos costumes estão criando uma fonte a *contrario sensu* do nosso próprio direito. Os direitos do advogado estão previstos no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados, no Código de Ética e Disciplina, bem como no Regulamento Geral, estes diplomas nos garantem a dignidade profissional, asseguram-nos prerrogativas, amparam-nos com o desagravo quando somos ofendidos no exercício da função etc. Vejamos *Ipsis litteris*, o tiro no próprio pé da classe:

Art. 48, § 6º do Código de Ética e Disciplina: Deverá o advogado observar o valor mínimo da Tabela de Honorários instituída pelo respectivo Conselho Seccional onde for realizado o serviço, *inclusive aquele referente às diligências*, sob pena de caracterizar-se *aviltamento de honorários*. (BRASIL, 2015 – grifo nosso).

Nada obstante, Ethos também é o “espírito motivador das ideias” (SIGNIFICADOS, 2015), das soluções, bem como cumpre o papel do advogado, posto que “o advogado deve agir como um pensador e ter a capacidade de encontrar soluções onde a maioria não vê uma saída.” (DIREITO FÁCIL, 2018).

Nota-se, decerto, que a ética exige que superemos o nosso ponto de vista pessoal, devendo se ater ao interesse de todos, conforme Peter Singer (2000). Assim cumprindo a práxis de ser ético, tomemos todos nós a nossa parcela de culpa: Somos todos cúmplices e não vítimas do aviltamento de honorários pagos em diligências online.

Conforme Aristóteles (384-322 a.C.) “a corrupção opõe-se à geração e à criação: em verdade designa a destruição ou degradação da substância.” Para Aristóteles, em Ética a Nicômaco, o critério da moralidade é o justo meio para alcançar um fim racionalmente. O justo meio é o critério do saber o que é a virtude, aprendida pelo hábito, de se treinar na intenção de fazer o bem, bem para todos, finalidade última de toda ação.

Não sendo o caso, portanto, de ser preciso esconder-se atrás da Ordem dos Advogados, mas sim de respeitar-se a Ordem dos Advogados, bem como respeitarmo-nos. Concluindo ao término destas entrelinhas que, “a noção de um estado de consciência plenamente satisfeita (felicidade), fundamental no caminho da virtude, só se alcança por meio de uma conduta ética”. (ARISTÓTELES, 2009).

CONCLUSÃO

Não se pode admitir o constante aviltamento de honorários no cenário digital que macula a imagem e credibilidade da justiça. Numa era de tantas conquistas no campo da tecnologia, é inconcebível que permaneçamos inertes ao problema. Cumprindo ao operador do Direito o uso correto da tecnologia, com o propósito de ser exemplo e assim trazer segurança a todos os demais usuários da rede mundial de computadores.

Conforme Leonardo Toco, “a presença da tecnologia nas nossas vidas é cada vez mais intensiva e inevitável. Tanto profissionalmente como pessoalmente, a tecnologia nos orienta a cortar caminhos, otimizar os nossos gastos e tempo.” (TOCO; L. et al. 2018).

Portanto, mantenho minha confiança na tecnologia como aliada da justiça, bem como na atuação da Ordem dos Advogados, empenhada no combate ao aviltamento a tempos. Mas pelo visto parece lutar sozinha! Pois enquanto ela luta, nós nos mantemos silentes, concordamos com aviltamento, aceitamos fazer audiências a troco de esmolas. À medida que, assim agimos desvalorizamos também o seu empenho.

Estamos atentos e confiantes para que essas melhorias aconteçam o mais rápido possível, resgatando a valorização do trabalho correspondente e tornando mais segura a atuação da justiça no âmbito digital.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em resposta ao problema aqui evidenciado, urge apresentar uma solução hábil ao seu enfrentamento, elencando-se a seguir as seguintes propostas no que tange uma gestão pautada em *Compliance*⁵ e Tecnologia da Informação:

I – À luz do princípio da demanda, “o processo se origina por iniciativa da parte” (JUNIOR; NERY, 2010, p.177), referido princípio processual encontra correlata previsão no art. 72 do Estatuto da Advocacia e da OAB, onde está posto que, “o processo disciplinar instaura-se de ofício ou mediante representação de qualquer [...] pessoa interessada” (BRASIL, 1994. – grifo nosso), a única diferença entre ambos dispositivos é que no primeiro caso vige o axioma “*neprocedat judex ex officio*”, encontrando no segundo caso uma importante e efetiva ferramenta a ser aplicada por nós na defesa dos nossos direitos e prerrogativas.

Deste entender, resta-nos tão somente ao invés de aceitarmos o crescente aviltamento, representamos àqueles que nos aviltam. Com a finalidade precípua de defender nossa atividade a curto prazo. Segundo Claudio Lamachia, “o combate ao aviltamento dos honorários do advogado é uma questão de justiça”. (LAMACHIA, 2016).

CACIQUE (2019), ainda nos recomenda que “Caso veja valores aviltantes, você pode inclusive fazer uma denúncia formal à OAB na Ouvidoria de Honorários. Se os advogados que praticam o aviltamento forem notificados esta prática começa a diminuir”.

II – Diante do cenário apresentado, a atual gestão de demandas online dos *web sites* correspondentes não impede o aviltamento e isso devido a inexistência de um efetivo programa de *Compliance*, ou se existente mostra-se ineficiente, devendo tal gestão ser revista e implementando-se por substituição uma gestão inteligente com foco em monitoramento, avaliação, auditoria forense e, principalmente, indexação e cruzamento de dados.

A seguir explicamos tais pontos de forma mais detalhada:

Serviço de indexação: Por meio da classificação da informação, como é feito no Sistema SAPIENS da AGU, consoante ao que nos explica seu desenvolvedor o procurador federal Mauro Lucio Nogueira (2018): Onde o usuário selecionaria o tipo de diligência antes do seu lançamento e tendo esta informação cruzada com a tabela de preços da OAB (Previamente lançada em seu SGDB⁶). De tal arte, ao selecionar o tipo de diligência já se tem o valor por estado. Impossibilitando-se a edição posterior deste campo por intermédio de uma simples função *Transact-SQL*⁷, visto que a tabela institui o valor mínimo a ser cobrado pelo serviço, no muito poderia se editar valor acima do sugerido pela Ordem dos Advogados. Função similar encontra-se em softwares como atual PJe 2.0 e o i-Turn.

Background check⁸: Uma diligência jamais deve ser ofertada de forma irresponsável como é feito atualmente, fato evidenciado por Daniela Mascarenhas (2018). Sendo enviada aleatoriamente a um grande número de profissionais cadastrados, que, a seguir, irão se *digladiar* com o objetivo de seu cumprimento, devendo antes ser direcionada de forma inteligente, ao que melhor capacitado esteja para seu devido cumprimento.

Ferramentas de denúncia apropriadas: Algumas *lawtechs* em suas soluções web possuem a função: “Reportar spam⁹”. Onde o requisitante tem sua oferta denunciada aos administradores do site, mas não é tudo. Sem sanção, a regra é desrespeitada, portanto, é preciso maior rigor. Não podemos tratar o aviltamento

online como mero spam, uma correta releitura desta função seria: “Reportar diligência como aviltante.”

Risk assessment¹⁰: Onde as partes deverão prestar relatórios *Due-Diligence*¹¹ quanto à sua atuação na demanda, sendo remetidos à *lawtech* responsável, possibilitando que sejam alertadas quanto a riscos relacionados à ética e integridade de pessoas jurídicas e/ou físicas envolvidas (uma releitura do antigo feedback).

Auditoria forense: Investigações sobre suspeitas de fraude e conduta antiética, busca de evidências, coleta e análise de dados, além da elaboração de relatórios para suporte a processos administrativos ou judiciais.

Penalidades: É preciso a criação de sanções online que vão desde a aplicação de multa à suspensão da conta por determinado período e, até mesmo a devida representação ao Conselho de Ética.

Vale o registro que, a proposta acima sugerida visa ao bem comum, com o aprimoramento inteligente das atuais soluções web correspondentes. Não implicando em cerceamento de prerrogativas, tais como a liberdade e autonomia do advogado, tampouco sua independência, *in verbis* aos arts. 7º, I; 18 e 31, § 1º da Lei nº 8.906/94 (BRASIL, 1994). Porquanto, impossível é manter-se *in status quo ante* ao não inovar com uma eficiente solução em Tecnologia da Informação, ao passo que não cabe como solução hábil ao enfrentamento simplesmente repassar toda a responsabilidade para a fiscalização da OAB, sob o pretexto de que “não determinamos e nem temos como controlar os valores oferecidos”, já que ao esquivar-se desta forma estão sendo omissos e, por assim ser, também cúmplices do aviltamento.

É preciso que as atuais *lawtechs* e futuras startups jurídicas também assumam sua parcela de responsabilidade em busca de fornecerem um ambiente seguro para o labor da atividade correspondente. #

NOTAS

- 1 Termo que designa a ação de fazer com que algo se espalhe rapidamente, semelhante ao efeito viral.
- 2 Informação que o emissor obtém do receptor à sua mensagem, serve para avaliar os resultados.
- 3 Lista de verificações, tarefas que devem ser lembradas e/ou seguidas.
- 4 Reunião ou encontro virtual realizada pela internet através de aplicativos ou serviço com possibilidade de compartilhamento de apresentações, voz, vídeo, textos e arquivos via web.
- 5 Palavra de origem inglesa, deriva do verbo “tocomply” e significa adequar-se, obedecer, estar em conformidade com as regras.
- 6 Sistema de Gerenciamento de Banco de Dados.
- 7 Transact-SQL ou T-SQL é uma extensão da linguagem SQL implementada pela Microsoft para o SQL Server.
- 8 Background checker dizer verificação de antecedentes, utilizado em processos de seleção.
- 9 Termo usado para referir-se aos e-mails não solicitados, enviados para um grande número de pessoas.
- 10 Risk assessment ou “avaliação de risco”, crucial para se gerenciar um projeto.
- 11 DueDiligence ou “diligência prévia” é uma avaliação de risco/oportunidade para determinar a sustentabilidade, processo de busca de informação.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de António de Castro Caeiro. São Paulo: ATLAS, 2009.
- BRASIL. *Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil* (2015). 25. ed. São Paulo: VadeMecum Tradicional – Editora Saraiva, 2018, p.1005, 1007.

FICHÁRIO JURÍDICO

- BRASIL. *Lei nº 8.906/94 -Estatuto da Advocacia e da OAB* (1994). 25. ed. São Paulo: VadeMecum Tradicional – Editora Saraiva, 2018, p.979, 982, 983, 987.
- BRASIL. *Súmula Vinculante nº 47*, de 27 de maio de 2015. 25. ed. São Paulo: VadeMecum Tradicional – Editora Saraiva, 2018, p.2434.
- CACIQUE, Marcella. *Juris Correspondente* (mensagem pessoal). Mensagem recebida por <alexander_carvalho@yahoo.com.br> em 14 jun. 2019
- CARVALHO, Apuám. 2013. *O conceito atual de Advocacia de Apoio e seus principais benefícios*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI176655,51045-O+conceito+atual+-de+Advocacia+de+Apoio+e+seus+principais+beneficios> Acessado em: 19/05/2018
- _____. *DIREITO FÁCIL. 5 dicas de estratégias de marketing para escritório de advocacia*. Disponível em: <https://www.direitofacil.com.br/5-dicas-marketing-advocacia> Acessado em: 19/04/2018
- EUGENIA, Alanne. *Resposta ao aviltamento de honorários*. Disponível em: <https://eugenialanne.jusbrasil.com.br/artigos/302521837/resposta-ao-aviltamento-de-honorarios> Acessado em: 23/05/2018
- JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – Ltda., 2010. p.177
- LAMACHIA, Claudio Pacheco Prates. "Está chegando o fim do absurdo aviltamento dos honorários", declara Lamachia. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/noticias/Idquoesta-chegando-fim-absurdo-aviltamento-dos-honorariosrdquo-declara-lamachia/18773> Acessado em: 23/05/2018
- LAMACHIA, Claudio Pacheco Prates. *In: O novo Código de Ética da OAB e a observância das tabelas de honorários*. Disponível em: https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/129/revista_advogado_127/assets/basic-html/page-17.html Acessado em: 10/04/2018.
- LAMACHIA, Claudio Pacheco Prates. *OAB atua no STJ e reverte aviltamento de honorários sucumbenciais*. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/noticias/oab-atua-no-stj-e-reverte-aviltamento-honorarios-sucumbenciais/26437> Acessado em: 23/05/2018
- LOBO, Ricardo Santos. *Honorários*: Áudio de Presidente da OAB repercute em todo Brasil. Disponível em: <http://oabsjp.org.br/honorarios-audio-de-presidente-de-oab-repercute-em-todo-brasil/> Acessado em: 20/05/2018
- NOGUEIRA, Mauro Lucio. 2018. *In: Direito e Tecnologia: desafios, oportunidades e o papel da automação na melhoria dos serviços jurídicos*. Disponível em: <https://www.bnDES.gov.br/wps/portal/site/home/conhecimento/noticias/noticia/direito-tecnologia> Acessado em: 19/05/2018
- _____. *OAB na Ouvidoria de Honorários*. Disponível em: <https://www.oab.org.br/ouvidoria/faleconosco?PZ2siuYiw81/KwsGHMjS5rX8QjJgUnhsyreQtkPZCCl=> Acessado em: 15/06/2019
- _____. *RECLAME AQUI. Reclamações para Advocacia De Apoio*. Disponível em: <https://www.reclameaqui.com.br/empresa/advocacia-de-apoio/> Acessado em: 27/05/2018
- SALOMÃO, Celina; FRANCESCHINI, Ricardo; CHINEM, Juliana; MASCARENHAS, Daniela. *Os desafios e segredos da advocacia de correspondência*. In: *Advogado Empreendedor*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Daz0SzJCP3g&t=2251s> Acessado em: 12/04/2018
- SINGER, Peter. *Ética Prática*. Lisboa: Gradiva, 2000.
- _____. *SIGNIFICADOS. Significado de Ethos*. Disponível em: <https://www.significados.com.br/ethos/> Acessado em: 20/05/2018
- SOBRAL PINTO, Heráclito Fontoura. Sem dados.
- TOCO, Leonardo; DAVANZO, Danilo; MOLINA, Marcelo; PRADO, Fernando. *Dez motivos pelos quais a revolução tecnológica na área jurídica é caminho sem volta*. Disponível em: <https://www.jota.info/especiais/dez-motivos-pelos-quais-revolucao-tecnologica-na-area-juridica-e-caminho-sem-volta-28032018> Acessado em: 30/03/2018.



AGENOR ALEXANDER DE CARVALHO COSTA é Advogado, formado em Direito pela FDCL – Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete, Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Superior de Advocacia da OAB/FUMEC, atuante nas esferas trabalhista, empresarial, consumidor, cível e digital. Fundador e Presidente da Comissão de Tecnologia e Segurança da Informação 2^a Subseção da OAB/MG de Conselheiro Lafaiete. Técnico em Informática pela UNA/FIT – Faculdade Infórum de Tecnologia.

Extraterritorialidade da Lei Penal e o caso Neymar

POR RONAIR FERREIRA DE LIMA

“O Código de Processo Penal, em seu artigo 88, estabelece que o local competente para persecução penal nos crimes praticados fora do território brasileiro será o juízo da Capital do Estado onde houver por último residido o acusado.”

As primeiras semanas do mês de junho repercutiu na mídia nacional e internacional a notícia de suposta prática de estupro envolvendo Neymar. O fato teria ocorrido em Paris e a vítima, brasileira, registrou boletim de ocorrência em São Paulo¹.

Consoante se verifica das notícias veiculadas em diversos veículos de comunicação, as investigações são conduzidas pela Polícia Civil do Estado de São Paulo.

Diante disso, surgem algumas indagações sobre a competência para apurar os fatos, uma vez que, como dito, ocorreram no estrangeiro e as investigações são conduzidas por autoridades brasileiras.

Embora a regra seja a aplicação da lei brasileira aos crimes praticados no território nacional, o legislador elegeu situações de maior reprovabilidade, em que, para evitar impunidade, se admite a intervenção da legislação pátria nos crimes praticados em outro território².

As hipóteses de aplicação da extraterritorialidade da lei penal constituem exceção ao princípio da territorialidade e autorizam a aplicação de nossa legislação às infrações penais cometidas além de nossas fronteiras. A extraterritorialidade pode ser incondicionada ou condicionada, de acordo com o artigo 7º do Código Penal³.

As hipóteses do inciso I do art. 7º do Código Penal são de tamanha relevância que, com fundamento nos princípios da defesa e da universalidade, aplica-se a lei brasileira sem qualquer condicionante, por quanto os interesses maiores da nação impõem que a legislação pátria incida em determinados fatos ocorridos fora do Brasil⁴.

São exemplos dessa relevância os crimes praticados contra a vida ou a liberdade do Presidente da República e contra o patrimônio da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território e de Município, diante da importância dos bens jurídicos tutelados.

O art. 7º, inciso II, do CP elenca os casos de extraterritorialidade condicionada. De acordo com a alínea *b* de referido inciso, ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro, os crimes praticados

por brasileiros. Aplica-se aqui o princípio da personalidade (ou nacionalidade), que permite submeter à lei brasileira os fatos puníveis praticados no estrangeiro por autor brasileiro (forma ativa) ou contra vítima brasileira (forma passiva)⁵.

Entretanto, para que a lei brasileira possa incidir em fatos praticados por brasileiro no estrangeiro, necessário o concurso das seguintes condições, de acordo com o art. 7º, § 2º, do Código Penal: a) entrar o agente no território nacional; b) ser fato punível também no país em que foi praticado; c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza extradição; d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

No caso envolvendo Neymar, as condições objetivas de punibilidade estão presentes e, destarte, não há qualquer óbice para que as investigações sejam conduzidas por autoridades brasileiras.

O ingresso do agente no território nacional é condição de procedibilidade, sem a qual não se pode dar início ao processo penal, mas não é óbice para investigação⁶. Todavia, Neymar se encontra no Brasil e, inclusive, irá prestar esclarecimentos sobre os fatos, segundo veiculado pela mídia ao reproduzir declarações de sua advogada⁷.

O fato é punível também no país em que foi praticado e o crime está incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza extradição, de acordo com os arts. 81 e seguintes da Lei nº 13.445/2017, que trata do tema.

Não há absolvição e tampouco perdão ou extinção da punibilidade no estrangeiro.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 88, estabelece que o local competente para persecução penal nos crimes praticados fora do território brasileiro será o juízo da Capital do Estado onde houver por último residido o acusado. Se este nunca tiver residido no Brasil, será competente o juízo da Capital da República.

Como o último domicílio de Neymar no Brasil foi na cidade de Santos, a capital do Estado de São Paulo é o local competente para prosseguimento do caso.

Portanto, diante das circunstâncias do caso concreto, o Código Penal e o Código de Processo Penal autorizam que as investigações sejam realizadas na capital do Estado de São Paulo, uma vez que estão satisfeitas todas as condições do art. 7º, § 2º, do Código Penal. 

NOTAS

- 1 <https://www.bbc.com/portuguese/geral-48513598>. Acesso em 07.06.2019. <https://www.nytimes.com/2019/06/01/sports/neymar-accused-rape-brazil.html?searchResultPosition=1>. Acesso em 07.06.2019.
- 2 REALE JÚNIOR, Miguel (org.) et al. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 33.
- 3 SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal*: volume 1, parte geral. São Paulo: Thmson Reuters Brasil, 2019, p. 150.
- 4 SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal*: volume 1, parte geral. São Paulo: Thmson Reuters Brasil, 2019, pp. 150/151.
- 5 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 43.
- 6 SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal*: volume 1, parte geral. São Paulo: Thmson Reuters Brasil, 2019, p. 152.
- 7 <https://esporte.uol.com.br/futebol/ultimas-noticias/2019/06/05/advogada-diz-que-neymar-ira-depor-em-sao-paulo-mas-sem-data-definida.htm>. Acesso em 07.06.2019.



RONAIR FERREIRA DE LIMA é advogado criminalista do Fidalgo Advogados, especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela PUC/SP.

Ilegalidades das mudanças na política de armas no Brasil

POR EDUARDO REALE

As medidas do presidente Jair Bolsonaro para alterar as regras de aquisição, cadastro, registro, posse, porte e comercialização de armas de fogo e de munição podem ser vistas como um nítido atentado contra o desarmamento no Brasil. Um dos pontos cruciais é a permissão para que uma série de pessoas e grupos profissionais tenham armas o que, na realidade, é uma política contrária às disposições do Estatuto do Desarmamento. Como consequência, pode ainda aumentar o nível de insegurança e violência nas ruas de um país cuja taxa de homicídios supera os 60 mil ao ano, sendo trinta vezes maior que o da Europa.

Primeiro, as modificações previstas no Decreto Presidencial nº 9.797/19 não possuem validade constitucional para mudar o Estatuto do Desarmamento. A lei, que está em vigor desde 2003, somente pode ser remodelada por outra lei e não por regulamentos como o caso dos decretos do Governo Federal. À risca da própria Constituição Federal do Brasil, a Presidência da República não possui atribuições para realizar as alterações propostas em lei. Mudanças via decreto não integram a amplitude do cargo, pois precisam tramitar e serem aprovadas no Congresso Nacional.

O Estatuto prevê, por exemplo, que armas são restritas para um número muito limitado de pessoas. Mas, com o decreto, o Governo Federal gerou um impasse ao criar a possibilidade de uma série de pessoas, em razão da ocupação, deterem armas de fogo. A política implantada pelo Executivo acaba por permitir que caminhoneiros possam portar armas de fogo e existem mais de 950 mil caminhoneiros no Brasil. Mesmo considerando as iminentes potencialidades de risco no transporte de cargas no país, é preciso refletir se este critério basta para permitir a posse de arma e, até mesmo, se é benéfica à classe ou se consiste em apenas pressuposto de maior segurança à realização do seu trabalho.

Estender a posse de armas para várias categorias profissionais, sem passar pelo crivo do Congresso Nacional, é uma ilegalidade. Até mesmo pelas restrições previstas como a necessidade de exames psicológicos, controle da Polícia Federal e outras medidas que, de fato, trazem segurança à população brasileira. Mas, de modo contrário, o que o Governo fez foi a ampliação da posse de armas para quase 20 milhões de pessoas, 10% do total de habitantes no país.

O argumento de que 63% da população votou a favor da comercialização de armas, no referendo realizado em 2005, não é suficiente para as mudanças previstas no decreto. O referendo, em nenhum momento, confere legitimidade e tampouco significa que houve alteração legislativa na política de armas. Aparentemente, falta conhecimento técnico do Poder Executivo nessa matéria e, de fato, qualquer alteração, para ter alguma validade constitucional e legal, precisa necessariamente passar por aprovação da Câmara e do Senado. 

ARQUIVO PESSOAL



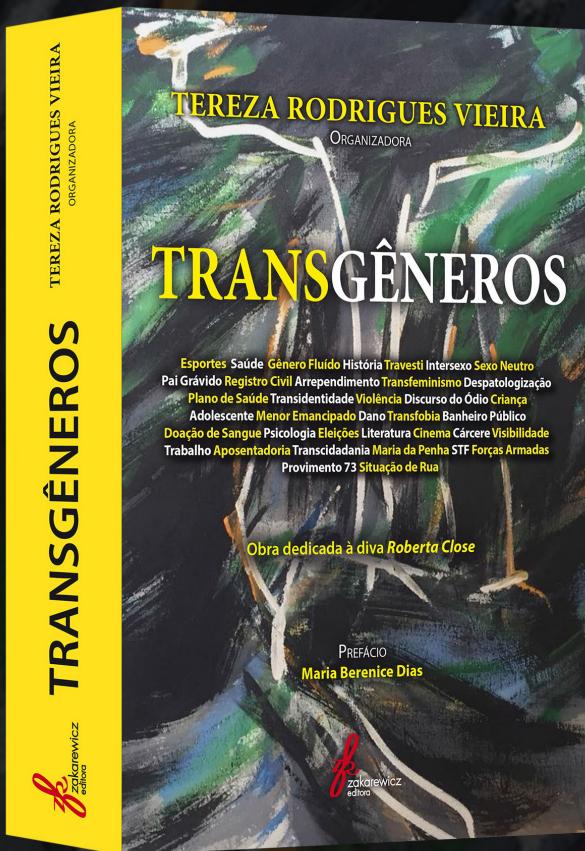
EDUARDO REALE é sócio fundador do Reale Advogados, especialista em Direito Penal e professor da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas.

LANÇAMENTO

TRANSGÊNEROS

Tereza Rodrigues Vieira

ORGANIZADORA



R\$ 98,00
778 páginas
Frete incluso

Fone: (61) 3263-1362
zkeditora.com

 zakarewicz
editora

"Ainda é enorme o preconceito de quem se afasta do binarismo de gênero imposto de forma cruel e excludente por uma sociedade tão patriarcal e sexista. Daí o significado desta nova obra que amplia horizontes ao inserir uma gama enorme de temas, sob diversos olhares, de modo a inserir inúmeros jeitos de viver e de se ver."

Maria Berenice Dias