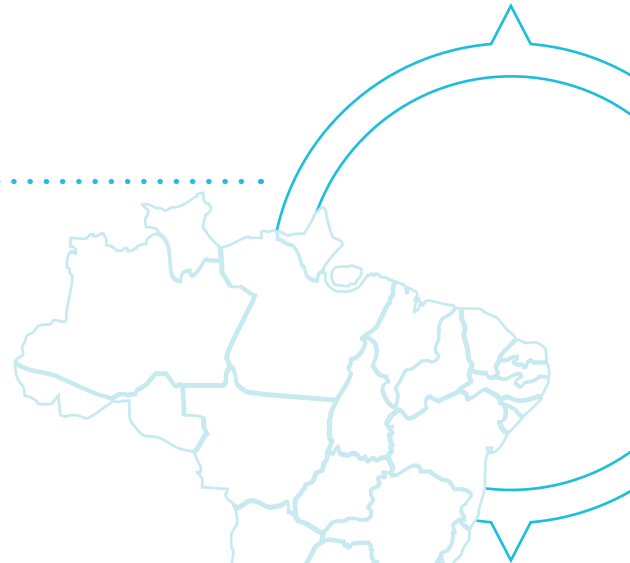




NÚMERO 1 | JAN | 2020



EDITORIAL

OAB de Norte a Sul

Janeiro de 2020

Caros colegas,

Somos um país continental. Mais de 200 milhões de pessoas. Um gigante pela própria natureza, porém: uma só nação. Contamos com mais de um milhão de advogados no país. Outro número semelhante de estudantes de Direito. São sempre números colossais. Temos, claro, muito que aprender uns com os outros. Há advogados, espalhados por toda a nação, pensando, estudando, amadurecendo com suas experiências.

A **OAB** Federal quer servir como elo e ajudar a dividir conhecimento entre todos os advogados do país. Todos temos a ganhar.

Esta revista eletrônica – **OAB de Norte a Sul** – nasce com esse propósito: ligar o país. Colegas de todas as subseções do Brasil apresentam textos curtos sobre temas de interesse geral. Um farol. Uma rede de comunhão.

Juntos, claro, seremos sempre mais fortes.

Abraços a todos,

Felipe Santa Cruz* e José Roberto de
Castro Neves**

* Presidente da OAB Nacional – Gestão 2019/2022

** Presidente Executivo da OAB Editora – Gestão 2019/2022

OAB Norte a Sul

n. 1, jan. 2020

Diretoria do Conselho Federal da OAB

Gestão 2019/2022

FELIPE SANTA CRUZ
Presidente

LUIZ VIANA QUEIROZ
Vice-Presidente

JOSÉ ALBERTO SIMONETTI
Secretário-Geral

ARY RAGHIAN NETO
Secretário-Geral Adjunto

JOSÉ AUGUSTO ARAÚJO DE NORONHA
Diretor-Tesoureiro

EDITORA

© Ordem dos Advogados do Brasil Conselho Federal, 2020

Setor de Autarquias Sul Quadra 5 Lote 1 Bloco M Brasília/DF |
CEP 70070-939

JOSÉ ROBERTO DE CASTRO NEVES
Presidente Executivo da OAB Editora

Equipe Técnica

Gerência de Relações Externas
Coordenação de Comunicação

FICHA CATALOGRÁFICA

OAB Norte a Sul. n. 1 (jan. 2020) – Brasília, 2020.

Publicação Trimestral. **Versão on-line disponível em:**

<https://www.oab.org.br/publicacoes/revistaoabnorteesul>

1. Advocacia, Brasil. 2. Advocacia, prerrogativa constitucional,
Brasil. 3. Direito, Brasil.

CDDir: 341.415

Elaborado por: CRB 1-3148.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde
que citada a fonte. Os conceitos e declarações contidos
nos Trabalhos são de total responsabilidade dos autores.

Sumário

MENSAGEM DO PRESIDENTE NACIONAL DA OAB, FELIPE SANTA CRUZ	08
MENSAGEM DO DIRETOR-GERAL DA ESA NACIONAL, RONNIE PREUSS DUARTE	09
ESA/ALAGOAS	
- CONSTELAÇÃO FAMILIAR E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO DAS FAMÍLIAS Karin Maria Montenegro Marques	10
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: A DOCTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS Janaina Helena de Freitas	14
ESA/CEARÁ	
- A INAPLICABILIDADE DA LEI. 10.520/2002 ÀS LICITAÇÕES PREVISTAS NA LEI DAS ESTATAIS Andrei Aguiar	18
ESA/DISTRITO FEDERAL	
- ADVOCACIA E COWORKING: UMA ESTRATÉGIA COMPETITIVA PARA ADVOGADOS Antônio Lázaro Martins Neto	23
- CANNABIS E AUTISMO: “FALTAM EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS PARA PROIBIR E CRIMINALIZAR”, SOBRAM RAZÕES JURÍDICAS, LEGAIS E SOCIAIS PARA REGULAMENTAR, PESQUISAR E IMPLANTAR Edilson Barbosa Jéssica Hellen Dos Santos Borges Rafael Evangelista Ladeira Vinícius Henrique da Cunha Mariano	26

SUMÁRIO

- TRÊS ANOS DA LEI DAS ESTATAIS: TRÊS MOTIVOS PARA COMEMORAR Renila Lacerda Bragagnoli	31
ESA/ESPÍRITO SANTO	
- 1934-2019: 85 ANOS DO QUINTO CONSTITUCIONAL Luiz Henrique Antunes Alochio	35
ESA/GOIÁS	
- A ATUAÇÃO DA ADVOCACIA BRASILEIRA NO COMBATE À CORRUPÇÃO Luciana Lara Sena Lima Rafael Lara Martins	38
ESA/MARANHÃO	
- A HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO EXTRAJUDICIAL E A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO MAGISTRADO NO PROCESSO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA Alfredo Lima Goes	41
- DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS VIA CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: A DESCRIMINALIZAÇÃO DO DESACATO Paulo Thiago Fernandes Dias Sara Alacoque Guerra Zaghlout	45
- INCLUSÃO DE EDUCANDOS VÍTIMAS DE CONFLITOS FAMILIARES Cláudio Santos	51
- SEGURANÇA PÚBLICA, SISTEMA PRISIONAL E DIREITOS HUMANOS: A “CULTURA” DO ÓDIO NO BRASIL – UMA VISÃO SOCIOLÓGICA Adevaldo Dias Rocha Filho	56

SUMÁRIO

ESA/PERNAMBUCO

- A REFORMA TRIBUTÁRIA E A NECESSIDADE DE REESTRUTURAÇÃO DA RELAÇÃO CONTRIBUINTE-FISCO

59

Gilmara Leal

João Vitor Paiva

- ARBITRAGEM MARÍTIMA E PORTUÁRIA

63

Ingrid Zanella

ESA/RIO DE JANEIRO

- A NOVA AUDIÊNCIA DO ART. 334 DO CPC: ENTRE A CELERIDADE E A CONSENSUALIDADE

66

Bárbara Lupetti

- CONSIDERAÇÕES SOBRE A FIGURA DO ENCARREGADO PELO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

71

Rodrigo Dias de Pinho Gomes

- PARÂMETROS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

76

Mariana Ribeiro Siqueira

ESA/RONDÔNIA

- A PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS NO ESTRANGEIRO SOB A ÓTICA DA CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE (DECRETO N. 56.826, DE 2 DE SETEMBRO DE 1965)

79

Igor Veloso Ribeiro

- O REGIME ECONÔMICO DO PROCESSO DO TRABALHO E A TENTATIVA DE FREIO AO ACESSO À JUSTIÇA INSTITUÍDA PELA LEI 13.467/2017

102

André Luiz de Oliveira Brum

Matheus Marinho Gonçalves

SUMÁRIO

ESA/SANTA CATARINA

- A DESNECESSIDADE DE CORRELAÇÃO INSTRUMENTAL PARA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS NAS EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS 120

Marcus Vinícius Motter Borges

André Schmidt Jannis

- PERSPECTIVAS DA ADVOCACIA EM FACE À CRISE DO ENSINO JURÍDICO 124

Arthur Bobsin de Moraes

- PRIMEIRAS IMPRESSÕES SOBRE O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA LGPD 127

Dóris Ghilardi

ESA/TOCANTINS

- UMA BREVE ANÁLISE DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA FRENTE AO NOVO CENÁRIO MUNDIAL: QUEM SOMOS E PARA ONDE VAMOS? 131

Priscila Madruga Ribeiro Gonçalves

- VIOLÊNCIA DE GÊNERO: A CULPABILIZAÇÃO DA VÍTIMA 135

Tenner Aires Rodrigues

Fabiana Pacheco Araújo

- O MACHISMO NOSSO DE CADA DIA: FALAS, MÚSICAS, COMPORTAMENTOS 139

Apresentação

Felipe Santa Cruz*

Nenhuma justiça é concebível na ausência de uma advocacia fortalecida e vigilante. Somos quem dá voz àqueles que não a têm, ao defendermos seus sagrados direitos na tribuna da Justiça. Apesar das conquistas de décadas, o exercício da nossa função nunca foi tão desafiador e tão complexo.

A advocacia passa por grandes transformações com o uso, cada dia mais comum e acelerado, de inteligência artificial nas atividades que, antes, demandavam grande envolvimento de mão de obra. A emergência da era digital impõe novos desafios aos operadores do Direito, especialmente para os profissionais que não atuam nos grandes centros urbanos. É um processo sem volta, que atinge o mundo do trabalho de diversas formas e nos desafia a olhar para o futuro buscando novos caminhos que enfrentem essa complexa situação de forma a garantir a qualidade do trabalho do advogado.

Para isso, precisamos abrir novas possibilidades para que, a partir de suas experiências locais, os advogados e as advogadas compartilhem conhecimentos adquiridos em suas regiões. Muitas vezes, sem os “holofotes” costumeiros dos grandes centros urbanos, os profissionais que atuam em outros estados têm um papel essencial na missão de interiorizar a luta de nossa classe para além dos grandes centros. Busca-se, portanto, uma maior integração entre cada região geopolítica do Brasil, de modo que cada seccional possa contribuir com o fortalecimento de nossa classe.

Diante disso, no campo da Educação Jurídica, destaco o trabalho louvável da Escola Nacional da Advocacia da **OAB**, que, sob a direção de Dr. Ronnie Duarte, por quem guardo uma enorme admiração, lança constantemente diversos cursos e promove eventos de relevância nacional e internacional para o mundo jurídico. Aproveito a oportunidade para parabenizar, também, todos os envolvidos nesse projeto, em especial meu nobre colega Dr. José Roberto de Castro Neves, que tem atuado brilhantemente como Presidente Executivo da **OAB Editora**.

Visando contemplar as demandas da advocacia brasileira e facilitar a circulação de conteúdos pertinentes à profissão, a Ordem dos Advogados do Brasil reafirma seu compromisso com a defesa dos direitos humanos e com o aperfeiçoamento da cultura jurídica no país, observando rigorosamente o disposto no art. 44 da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da **OAB**).

* Advogado e Presidente Nacional da OAB.

Apresentação

Ronnie Duarte*

Na contemporaneidade, a advocacia brasileira é permanentemente desafiada. A formação continuada e a qualificação profissional são imperativas para a sobrevivência em um mercado exigente e competitivo. A adequada defesa dos interesses que nos são confiados torna imprescindível uma atenção contínua ao dever de atualização.

A nossa classe, contudo, tem dificuldade de acesso pleno à produção técnica. Alguns por razões relacionadas ao elevado custo dos cursos e da literatura especializada, outros por óbices de natureza geográfica, eis que atuantes em regiões situadas distantes dos grandes centros.

A **Revista OAB de Norte a Sul**, oportuna iniciativa da **OAB Editora**, vem atender aos anseios da modernidade, transmitindo, de forma gratuita, direta e objetiva, conteúdos de grande atualidade e interesse prático.

Trata-se de uma forma inovadora de democratizar o conhecimento jurídico, de integrar nacionalmente a produção dos advogados e de oportunizar o desvelar dos muitos novos talentos que se encontram nos mais diversos recantos do nosso Brasil.

Cumpre parabenizar o nosso laborioso presidente, José Roberto de Castro Neves, hoje à frente da **OAB Editora**, um visionário idealizador do revolucionário periódico.

Estou certo de que esta publicação constituirá um inestimável repositório técnico-jurídico para todas(os) as(os) advogadas(os) brasileiras(os).

Karin Maria

Montenegro Marques*

ESA/ALAGOAS

Constelação familiar e sua aplicabilidade no direito das famílias



A aplicação da Constelação Familiar nos tribunais brasileiros vem se expandindo a passos largos, conforme informação do portal do Conselho Nacional de Justiça, e cerca de 16 estados, dentre eles o estado de Alagoas, estão utilizando a metodologia da Constelação Familiar como meio de solução de litígios.

Tal movimento se iniciou com o Dr. Sami Storch, juiz da Bahia que, após conhecer o trabalho do teólogo e terapeuta alemão Bert Hellinger, percebeu que ele poderia ser aplicado também no contexto dos conflitos processuais.

Para melhor compreensão, é necessário traçar breves linhas sobre o que vem a ser Constelação Familiar, de forma singela, pode-se dizer que é um método terapêutico, aplicado de forma individual ou em grupo, que visa perceber as dinâmicas ocultas dos conflitos inter-relacionais. Hellinger desenvolveu e aprimorou a prática da Constelação Familiar após sua experiência com a terapeuta Thea Louise Schönfelder, que o apresentou a essa forma de terapia familiar.

* Graduada em Direito pela FADISC (Faculdades Integradas de São Carlos/SP) em 2003. Especialização em Processo Civil pela FATECE (Faculdade de Tecnologia Ciências e Educação) e em Direito e Processo do Trabalho pela CESMAC - FADIMA (Faculdade de Direito de Maceió). É membro do Instituto de Direito de Família (IBDFAM). É advogada e mediadora. Possui experiência profissional e acadêmica na área Cível, com ênfase em Direito Civil, em especial direito de família, sucessões, consumidor, processual civil e mediação. Mestranda em Sociedade, Tecnologias e Políticas Públicas.

Os estudos de Hellinger compreendem não só a área da psicologia, ele somou vários campos do saber, como a pedagogia, psicoterapia, PNL (programação neurolinguística), física quântica, com os campos morfogenéticos e a filosofia da fenomenologia. Todo esse arcabouço teórico, juntamente com sua trajetória de vida, em especial a convivência com o povo Zulu, na época em que era Padre, possibilitou a observação das dinâmicas interpessoais e grupais.

Hellinger, durante anos estudando as relações interpessoais e os conflitos que surgiam dessas relações, detectou padrões de comportamentos. Assim, percebeu a incidência de algumas ordens arcaicas que regem todos os sistemas humanos, ou seja, todas as relações humanas, por ele denominadas de Ordens do Amor, também conhecidas como Leis Sistêmicas, são elas: hierarquia; pertencimento e ordem (equilíbrio).

Segundo Hellinger, todos nós estamos inseridos em sistemas e o primeiro deles é o nosso sistema familiar. Por meio de nossa família de origem, é formado um sistema que nos transmite crenças e valores. Uma família é construída com a união do casal que se une e, em regra, posteriormente, vem a chegada dos filhos. Porém, esse casal, antes de formar um novo sistema, também tinha seus sistemas de origem, ou seja, o sistema familiar paterno e materno, esses sistemas são interligados pelo sangue e pela cultura.

Portanto, a primeira Ordem aqui observada é a da hierarquia e, nas palavras de Hellinger (2007, p. 36), “existe uma hierarquia baseada no momento em que se começa a pertencer a um sistema: esta é a ordem de origem, que se orienta pela sequência cronológica do ingresso no sistema”.

E continua: “quem entrou primeiro num sistema tem precedência sobre quem entrou depois. Da mesma forma, aquilo que existiu primeiro num sistema tem precedência sobre o que veio depois. Por essa razão, o primogênito tem precedência sobre o segundo filho e a relação conjugal tem precedência sobre a relação de paternidade ou maternidade. Isso vale dentro de um sistema familiar”.

Quando essa ordem não é respeitada, pode trazer consequências conflitantes entre os membros do grupo familiar, ocasionando discussões e brigas que muitas vezes desaguam no Poder Judiciário, em ações que não demonstram esses movimentos ocultos. Por exemplo, são muito comuns hoje em dia as famílias reconstituídas, ou seja, o casal se separa e forma uma nova família, e muitas vezes ignora a história anterior, muitos renegam um filho em detrimento de um novo amor, não se trata aqui de julgar as escolhas e sim de olhar a dinâmica familiar. Normalmente, nesses casos, ocorrem grandes disputas judiciais por quebra dessa ordem da hierarquia, da precedência.

Além do que, também quando estamos inseridos em um sistema, existe a segunda ordem aqui tratada, que é a do pertencimento, todos que entram no sistema têm o direito de pertencer, mesmo que tenha ocorrido algum

fato condenável pelos demais componentes do sistema, por exemplo, em uma família que não admite o rompimento da união e um membro resolve se divorciar, poderá ser rechaçado, julgado e excluído da convivência familiar pelos demais.

Essa exclusão não faz com que essa pessoa deixe de pertencer ao sistema familiar, como afirma Hellinger (2007, p. 408): “Nesse particular, minha descoberta mais importante foi que cada membro, vivo ou morto, da família e do grupo familiar tem o mesmo direito de pertencer ao grupo”.

E continua: “Isso acontece, por exemplo, quando alguém, por razões morais, é declarado indigno de pertencer à família ou é deslocado por outra pessoa que ocupa o seu lugar”, portanto todos tem igual direito de pertencer, e a não observância desta dinâmica pode acarretar um conflito.

A última Ordem do Amor apontada por Hellinger é a do equilíbrio de troca, ou seja, nos relacionamentos há harmonia quando existe o dar e o receber, quando resumidamente pode-se dizer que há equilíbrio nas relações quando existe uma alternância de quem recebe alguma coisa de alguém e retribui-lhe com algo equivalente.

Portanto, o conhecimento das ordens do amor possibilita um olhar ampliado sobre uma desordem, no qual é possível perceber dinâmicas ocultas que ocorrem nos conflitos familiares, e muitos desses, conforme já dito acima, desaguam no Poder Judiciário, com muitas sentenças que não conseguem atingir sua finalidade, que seria a pacificação social daquela demanda.

Essa postura sistêmica pode ser aplicada por todos os construtores do Direito para perceber como conduzir para a solução do conflito, por meio de perguntas reflexivas. Ter uma postura sistêmica não significa realizar uma Constelação Familiar, mas sim olhar para as partes de forma a compreender as questões que vão além da fala inicial.

Desta feita, a Constelação Familiar, pode ser aplicada no curso do processo judicial a fim de auxiliar as partes envolvidas no conflito a enxergarem as questões além daquelas apresentadas nos posicionamentos descritos nas petições.

Conforme ressalta Sami Storch: “Constelação Familiar é um instrumento que pode melhorar ainda mais os resultados das sessões de conciliação, abrindo espaço para uma justiça mais humana e eficiente na pacificação dos conflitos.” Os projetos desenvolvidos em vários tribunais brasileiros oportunizam as partes à participação de sessões de Constelação Familiar por meio de palestras, vivências individuais ou em grupo, e auxiliam na construção da solução do conflito.

Em Alagoas, a Constelação Familiar tem sido realizada por alguns juízes da capital e do interior por meio de palestras de sensibilização e

por meio de convite para participação de vivências, e já há a possibilidade das partes requererem ao juiz da causa que seja marcada uma sessão individual de Constelação Familiar para, caso seja possível, posteriormente ocorrer a autocomposição.

Este breve texto não teve a intenção de esgotar todas as possibilidades e situações da Constelação Familiar, mas sim de apresentar o tema para fomentar a abertura do conhecimento e dos debates sobre o mesmo.

Referências

HELLINGER, Bert. Para que o amor dê certo. Editora Cultrix. São Paulo, 2006.

_____. Ordens do Amor: Um guia para o trabalho com Constelações Familiares. São Paulo; Cultrix, 2007.

STORCH, Sami. – Direito Sistêmico <https://direitosistemico.wordpress.com/>. Acesso 2017.

Janaina

Helena de Freitas*

ESA/ALAGOAS

Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos sociais: a doutrina brasileira do habeas corpus



Não obstante ter-se notícia da presença do habeas corpus na Inglaterra antes da edição da Magna Carta, outorgada pelo Rei João Sem Terra no ano de 1215, foi no aludido documento que ocorreu sua positivação. O *writ* não previa apenas a garantia do direito de locomoção. Ele englobava a proteção a várias espécies de direitos, estando, dessa forma, ligado à ideia do devido processo legal, estabelecendo no artigo 47 que “ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdade, senão em virtude de julgamento de seus pares segundo as leis do país”.

Já no Direito brasileiro, o habeas corpus surgiu através do Decreto de 23 de maio de 1821, embora não expressamente com essa nomenclatura. Após a edição do Código de Processo Criminal de 1832, foi previsto o remédio em seu artigo 340, sacramentando que “todo cidadão que entender que ele ou outrem sofre prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade, tem o direito de pedir ordem de habeas corpus em seu favor”¹.

Aplicar o habeas corpus apenas como forma de proteger o direito de locomoção mostrava-se inoperante, tendo em vista os anseios sociais oriundos de três importantes fatos da história brasileira: a abolição do trabalho escravo (que gerou uma oferta muito grande de mão de obra livre para o

* Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Minas. Mestra em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Doutoranda em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense. Advogada. Coordenadora de Publicação e Pesquisa da Escola Superior da Advocacia – OAB-AL.

¹ Código de Processo Criminal de 1832 – capturado em <http://www.planalto.gov.br>, acessado em 14.09.2019.

pequeno mercado de trabalho existente à época); a forte influência do positivismo a partir de 1870; a passagem do Império para a forma de governo republicana. Como dito anteriormente, a crescente industrialização que foi experimentada pelo país veio em conjunto com a exploração da mão de obra operária, formada em sua grande maioria por imigrantes italianos. Através da insatisfação gerada pelas precárias condições de trabalho que pôde ser notada nas primeiras manifestações de cunho anarquistas, com a mobilização de diversas greves de trabalhadores. A forma encontrada pelo governo para conter o aumento das reivindicações, sobretudo das greves, foi a expulsão dos estrangeiros que se “rebelassem” em desfavor da “ordem”.

Devido ao grande aumento das expulsões, além de outras agressões aplicadas pelo governo, vários pedidos de habeas corpus foram interpostos no Supremo Tribunal Federal, proporcionando importantes discussões acerca de tal remédio constitucional. A constituição de 1891 era omissa quanto à salvaguarda de outros direitos, restando aos ministros do Supremo Tribunal Federal construir uma forma capaz de guarnecer as contingências sociais não acompanhadas pelo ordenamento jurídico da época. A expansão da aplicação do habeas-corpus foi a consequência jurídica desse impasse normativo, formando-se, de então, a chamada “Doutrina Brasileira do Habeas Corpus”. Ressalta-se o importante estudo realizado por Rodrigues acerca de decisões do STF à época, como se pode auferir in fine:

Sendo Relator o Ministro Amaro Cavalcanti, o STF decidiu unanimemente que: ‘A Constituição equipara os estrangeiros e residentes no Brasil para o efeito de lhes assegurar garantias outorgadas pelo art. 72, desta forma, renunciar garantias a respeito deles, entre outras faculdades inerentes à soberania, ao exercício do direito de expulsão (...). Os inquéritos policiais nunca foram e não são o meio legal de verificação de delitos, nem a autoridade policial a competente para esta verificação (...). Ao estrangeiro nessas condições concede-se o habeas corpus para não ser expulso’ (RODRIGUES, 1991: 224).

Em contrapartida, não era unânime esse entendimento ampliativo do habeas corpus, como se pode apreender de ementa redigida pelo Ministro Canuto Saraiva:

As garantias resultantes do art., 72, §22 da Constituição Federal somente são asseguradas aos estrangeiros “residentes” no país e que nele se radicam, colaborando com os nacionais dentro da ordem e para o progresso. O anarquista em conflito com a

ordem social, a que não se julga subordinado e que se propõe a destruir pela violência, constitui um elemento flutuante, que não se fixa em parte algum, não tendo, portanto, residência no País (RODRIGUES, 1991:226).

Em tal decisão, pode ser notada, mesmo que nas entrelinhas, a influência das oligarquias sobre o Poder Judiciário, contrapondo-se até à ordem Constitucional. O controle social era absurdo a ponto de invadir as liberdades individuais, visto que não se poderia deixar que os operários continuassem a ascender, ameaçando, dessa forma, a hegemonia da classe oligárquica. A tendência da época era utilizar distorcidamente o conceito de “soberania do Estado” para, derogando a Carta Constitucional, expulsar anarquistas e conter as manifestações operárias.

Saindo em defesa dos estrangeiros e insurgindo-se, através do voto vencido no habeas corpus nº 5722, o Ministro Edmundo Lins disse:

O que, porém, o Governo não pode, o que este Tribunal não pode, é, para defender o país de elementos perigosos ou perniciosos, ou, pior ainda, sob o calor de o fazer, derogar a Constituição. Na sessão do julgamento do célebre habeas corpus impetrado por Everardo Dias e negado pelo Supremo Tribunal disse muito bem o Sr. Ministro Pedro Lessa que tão perigoso e tão pernicioso é o anarquismo de baixo quanto o de cima. E plena razão a S. Ex. e aos votos, a dar o próprio Governo, que reconheceu que nenhuma razão havia para a deportação de Everardo Dias, tanto que a tornou sem efeito e tornou a repatriá-lo! Mostra que não procedem os fundamentos do acórdão, analisando-os um a um e refutando-os (RODRIGUES, 1991: 231).

O desrespeito dos direitos era tão frequente que grande parte dos ministros do Supremo deram ao *writ*, como verificamos acima, conotação e aplicação mais lata, por meio de uma interpretação ampliada da Constituição, utilizando-se do remédio para defender direitos não protegidos por outras formas. Esse entendimento foi aplicado até o ano de 1926, quando se operou a reforma Constitucional que, dentre outros feitos, restringiu a utilização do habeas corpus aos casos de prisão ou de ameaça de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção.

A Doutrina Brasileira do Habeas Corpus mostrou-se inovadora ao possibilitar, através de sua interpretação extensiva, uma salvaguarda dos direitos

fundamentais dos homens, principalmente o da liberdade, seja de locomoção ou de manifestação de opinião, não apenas dos políticos, como também do direito dos anarquistas estrangeiros e brasileiros, atores fundamentais na consolidação e evolução dos direitos sociais no país.

Referências

BRASIL. **Constituição** (1891). Brasília: Senado Federal, 2007.

_____. (1934). Brasília: Senado Federal, 2007.

_____. (1937). Brasília: Senado Federal, 2007.

_____. (1946). Brasília: Senado Federal, 2007.

_____. (1967). Brasília: Senado Federal, 2007.

_____. (1988). Brasília: Senado Federal, 2001.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho** (1943). Senado Federal, 2007.

_____. **Decreto-Lei nº 21.186-** (1932). Senado Federal, 2007.

_____. **Decreto-Lei nº 21.417-A** (1932). Senado Federal, 2007.

_____. **Lei nº 62** (1935). Senado Federal, 2007.

_____. **Lei nº 19.770** (1931). Senado Federal, 2007.

RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal:** doutrina brasileira do habeas-corpus. Tomo III. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 1991.

Andrei Aguiar*

.....
ESA/CEARÁ

A inaplicabilidade da Lei. 10.520/2002 às licitações previstas na Lei das Estatais



Ao final do mês de junho de 2019, encerrou-se o prazo para que todas as empresas públicas e sociedades de economia mista alterassem seus regulamentos e se enquadrassem ao disposto pela Lei n. 13.303/2016, mais conhecida como Lei das Estatais.

A Lei das Estatais, certamente, surgiu como um marco para estabelecimento de um melhor controle destas pessoas jurídicas, diante de um cenário onde os altos índices de corrupção nas estatais saltam aos olhos de todos, com indicações unicamente políticas para os mais altos cargos.

Inobstante a isso, dada a jovialidade da norma e as inovações trazidas, algumas dúvidas interpretativas ainda terão que ser dirimidas no decorrer dos próximos anos, através das análises doutrinárias e jurisprudenciais.

Um dos pontos que resulta em notórias polêmicas e questionamentos diz respeito à aplicabilidade ou não da Lei n. 10.520/2002 às licitações previstas na Lei das Estatais, diante do que dispôs o seu art. 32, IV, *in verbis*:

Art. 32. Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

.....
* Sócio - Aguiar Advogados. Presidente da ESA/CE. Presidente da Comissão de Sociedades de Advogados - OAB/CE. Membro da Comissão Nacional de Sociedades de Advogados - CFOAB.

[....]

IV - adoção preferencial da modalidade de licitação denominada pregão, instituída pela Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002, para a aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado;

À primeira vista, em face do disposto no normativo acima transcrito, imagina-se que as licitações de bens e serviços comuns, no âmbito das estatais, deverão seguir os procedimentos previstos na Lei n. 10.520/2002, o que é defendido por alguns juristas pátrios. Entretanto, uma análise mais cuidadosa da matéria pode levar a entendimento diverso.

Isso porque o art. 28, da Lei n. 13.303/2016 diz expressamente que todos os contratos firmados com terceiros destinados à prestação de serviços deverão ser precedidos de licitação nos termos desta descritos na própria Lei das Estatais. Veja-se:

Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

Neste exato momento, surgem os problemas para defesa da aplicação da Lei nº 10.520/2002 às licitações ocorridas com base na Lei das Estatais. Ora, a Lei 13.303/2016 determina que sejam aplicados os procedimentos previstos nela, mesmo para aquisições de bens e serviços comuns, que, por sua vez, se diferem em vários pontos daqueles previstos na Lei do Pregão.

A título exemplificativo, pode ser citada a questão do prazo mínimo para divulgação dos editais, onde a Lei nº 10.520/2002 estabelece um interstício mínimo de 08 (oito) dias¹, enquanto que a Lei das Estatais prevê prazos completamente distintos a depender do que for pretendido².

Na mesma trilha, o prazo para impugnação ao edital utilizado nos pre-

gões pautados pela Lei nº 10.520/2002 é de até 02 (dois) úteis antes da data fixada para abertura do certame, enquanto que na Lei nº 13.303/2016 esse prazo passa a ser de até 05 (cinco) dias úteis³.

O prazo recursal também é completamente diverso quando se analisa a Lei do Pregão⁴ (03 dias) e a Lei das Estatais⁵ (05 dias úteis), o que dificulta a aplicação imediata da Lei nº 10.520/2002.

Por fim, ressalta-se que, no caso de desistência do licitante vendedor antes da assinatura do contrato, o gestor, com base na Lei nº 13.303/2016, pode convocar os demais concorrentes, observando a ordem de classificação, a IGUALAR a proposta do vencedor. Já na Lei nº 10.520/2002, a convocação dos concorrentes subsequentes observa os valores apresentados por cada um em sua proposta, sendo mais dispendioso para a administração pública. Veja-se o que dispõem os dispositivos de cada norma:

LEI N. 13.303/2006

Art. 75. A empresa pública e a sociedade de economia mista convocarão o licitante vencedor ou o destinatário de contratação com dispensa ou inexigibilidade de licitação

.....

¹ Art. 4º - A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
[...]

V - o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 8 (oito) dias úteis;

² Art. 39. Os procedimentos licitatórios, a pré-qualificação e os contratos disciplinados por esta Lei serão divulgados em portal específico mantido pela empresa pública ou sociedade de economia mista na internet, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas ou lances, contados a partir da divulgação do instrumento convocatório:

I - para aquisição de bens:

a) 5 (cinco) dias úteis, quando adotado como critério de julgamento o menor preço ou o maior desconto;

b) 10 (dez) dias úteis, nas demais hipóteses;

II - para contratação de obras e serviços:

a) 15 (quinze) dias úteis, quando adotado como critério de julgamento o menor preço ou o maior desconto;

b) 30 (trinta) dias úteis, nas demais hipóteses;

III - no mínimo 45 (quarenta e cinco) dias úteis para licitação em que se adote como critério de julgamento a melhor técnica ou a melhor combinação de técnica e preço, bem como para licitação em que haja contratação semi-integrada ou integrada.

³ Art. 87. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelos órgãos do sistema de controle interno e pelo tribunal de contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando as empresas públicas e as sociedades de economia mista responsáveis pela demonstração da legalidade e da regularidade da despesa e da execução, nos termos da Constituição.

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a ocorrência do certame, devendo a entidade julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 2º.

⁴ Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
[...]

XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

⁵ Art. 59. Salvo no caso de inversão de fases, o procedimento licitatório terá fase recursal única.

para assinar o termo de contrato, observados o prazo e as condições estabelecidos, sob pena de decadência do direito à contratação.

[...]

§ 2º É facultado à empresa pública ou à sociedade de economia mista, quando o convocado não assinar o termo de contrato no prazo e nas condições estabelecidos:

I - convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados em conformidade com o instrumento convocatório;

LEI N. 10.520/2002

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

[...]

XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequêntes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;

[...]

XXIII - se o licitante vencedor, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, aplicar-se-á o disposto no inciso XVI.

Destarte, não há como se aplicar a íntegra da Lei nº 10.520/2002 às licitações preconizadas na Lei das Estatais, haja vista a clara incompatibilidade de procedimentos.

Por óbvio que, dada a especificidade da Lei nº 13.303/2016, em relação àquelas instituições que se encontram alcançadas pelas suas disposições, deverá ser aplicado o seu art. 28, precedendo todas as contratações realizadas, dos procedimentos previstos na própria norma, independentemente de

se tratar de bens e serviços comuns ou não.

Quanto ao citado art. 32, IV, da Lei das Estatais, tem-se que a interpretação mais razoável seria a de que ele remete à utilização de um pregão (cuja terminologia foi criada na Lei nº 10.520/2002) próprio da Lei nº 13.303/2016, que se assemelha ao original, com abertura de preços antes da habilitação, fase de lances e demais simplificações, contendo, entretanto, suas peculiaridades.

Neste esboço, conclui-se que é inaplicável a íntegra da Lei nº 10.520/2002 às licitações realizadas pelas Estatais, uma vez que há procedimento específico próprio previsto na Lei n. 13.303/2016, que deve ser seguido, face ao disposto no seu art. 28.

.....

§ 1º Os recursos serão apresentados no prazo de 5 (cinco) dias úteis após a habilitação e contemplação, além dos atos praticados nessa fase, aqueles praticados em decorrência do disposto nos incisos IV e V do caput do art. 51 desta Lei.

Antônio Lázaro

Martins Neto*

.....
ESA/DISTRITO FEDERAL

Advocacia e Coworking: uma estratégia competitiva para advogados



As transformações que ocorreram na advocacia na última década, devido ao desenvolvimento acelerado da tecnologia e, principalmente, ao aumento do número de advogados, remodelaram o mercado de trabalho para o advogado. Atualmente, o conhecimento técnico jurídico, por si só, não é mais suficiente para assegurar sucesso na carreira.

Nos últimos anos, é possível perceber que o valor de um escritório de advocacia não é mais medido apenas pelo seu ativo imobilizado ou pela capacidade de geração de lucros, mas também pela competência para a absorção de conhecimento e criação de inovação. A elevada quantidade de advogados – atualmente somos mais de um milhão – promove uma concorrência que não dá espaço para quem se isola em seu escritório e espera que o cliente vá até ele.

A advocacia moderna exige a adoção de um modelo de gestão semelhante ao adotado por empresas privadas, tendo como referência a excelência da prestação de serviços, eficiência operacional, redução de custos, geração de lucros e foco no cliente. No cenário atual, a rede de conexões, ou networking, e a habilidade de criação podem influenciar diretamente na capacidade do advogado ou escritório se tornar competitivo.

Como se nota, é imprescindível modelar com rigor e técnica os aspectos essenciais para regular o funcionamento do escritório, sob pena de se deixar à deriva o futuro do negócio.

.....
* Comissão de Gestão de Escritórios da OAB/DF

Nessa linha, a adoção de estratégias competitivas tornou-se uma necessidade tanto para advogados que pretendem abrir seu próprio escritório, quanto pequenos e médios escritórios estabelecidos. Quem pretende se manter competitivo na advocacia precisa ter recursos que possibilitem o desenvolvimento e a melhoria contínua de suas competências, assim como precisa monitorar regularmente o ambiente externo e buscar alternativas estratégicas para aumentar seu tamanho e força no mercado.

Dentro desse contexto, a escolha dos espaços de *coworking* como ambiente de trabalho surge como uma poderosa estratégia competitiva para o advogado. O termo *coworking* é utilizado para definir espaços de trabalho compartilhados por diferentes profissionais com o objetivo de reduzir custos e facilitar o trabalho colaborativo. Nesses espaços, cria-se um ambiente propício ao relacionamento, troca de experiências, valores e networking.

A expressão *coworking* foi utilizada pela primeira vez por Brad Neuberg, em 2005, na cidade de São Francisco, nos Estados Unidos. Neuberg, um programador de computador e entusiasta de software livre, buscando criar um novo modelo de espaço de trabalho, alugou um pequeno espaço para trabalhar e publicou um convite aberto em seu blog para que outros se juntassem a ele. A partir dessa iniciativa, foi concebida uma “terceira via” de trabalho, a meio caminho entre uma vida profissional “padrão” dentro de um local de trabalho tradicional e bem delimitado, e uma vida profissional independente como freelancer, com total liberdade e independência, mas com o trabalhador isolado em casa.

O *coworking* representa a possibilidade de o advogado lançar mão de um ambiente que permita a redução de custos e, ainda, estimule o compartilhamento do conhecimento. Se antes o advogado era obrigado a suportar sozinho diversos encargos e via-se fragilizado pela maior capacidade e conhecimento dos maiores escritórios, agora os usuários dos espaços de *coworking* podem encontrar nesse novo ambiente a oportunidade de formar alianças estratégicas com parceiros ou até concorrentes para fazer frente a situações que antes seriam incapazes de enfrentar individualmente.

Como se nota, muito mais do que a possibilidade de reduzir custos, o conceito de *coworking* se consubstancia na capacidade de agregar conhecimento e fortalecer a difusão de negócios entre profissionais e organizações que antes estavam ilhadas por suas limitações. Por tudo isso, muito mais do que uma mera definição do local trabalho, a escolha por um espaço de *coworking* representa uma visão estratégica do advogado.

Naturalmente, há também inconvenientes, a exemplo da falta de privacidade, o que pode tornar os projetos desenvolvidos nesses espaços vulneráveis ao “roubo de ideias”. Além disso, o advogado pode não se adaptar ao espaço de trabalho e, portanto, não corresponder à proposta do modelo, não sendo colaborativo e aberto.

No Brasil, as vantagens do *coworking* foram assimiladas rapidamente. De acordo com o site *Coworking Brasil*, um censo realizado no ano de 2018 revelou a expressiva evolução dos espaços de *coworking* no país. Enquanto no ano de 2015 havia 238 espaços, no ano de 2018 foram identificados 1.194 espaços.

Entre advogados, o conceito vem se fortalecendo cada vez mais, o que favorece o surgimento de um novo modelo de cultura organizacional na advocacia. Esse modelo proporciona uma via intermediária, entre os rigores de uma associação de advogados e o isolamento do trabalho como autônomo no seu próprio escritório ou em *home office*.

É certo, contudo, que apenas a proximidade física e o compartilhamento do espaço não são suficientes para garantir a colaboração, o *networking* ou o compartilhamento do conhecimento. Caberá ao advogado que optar por esse modelo de trabalho buscar espaços onde exista uma motivação dos usuários pela interação ou, ainda, por contra própria reunir colegas com a mesma visão de negócio para juntos comporem o próprio espaço compartilhado.

Por fim, sob a perspectiva de uma estratégia competitiva, esses espaços servem tanto como ferramenta de gestão de risco, reduzindo custos e complementando recursos, como ferramenta para criação de ideias e oportunidades, proporcionando melhores resultados para seus usuários. Vale ressaltar que a escolha desse modelo de espaço não traz a garantia plena de sucesso, mas, sem dúvida, configura-se como uma estratégia competitiva interessante nos dias atuais.

Edilson Barbosa¹

Jéssica Hellen Dos Santos Borges²

Rafael Evangelista Ladeira³

Vinícius Henrique da Cunha Mariano⁴

.....
ESA/DISTRITO FEDERAL

Cannabis e Autismo:
“Faltam evidências
científicas para proibir e
criminalizar”, sobram razões
jurídicas, legais e sociais para
regulamentar, pesquisar e
implantar



O reconhecimento legal do Transtorno do Espectro Autista como deficiência (Lei nº 12.764/2012), com suas garantias e proteções, foi um grande passo dessa comunidade, mas apenas o primeiro do longo e tortuoso rito de passagem da lei para a vida real de todos e de cada um de nós. A atenção

.....
¹ Presidente da Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa com Autismo da OAB/DF.

² Consultor da Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa com Autismo da OAB/DF.

³ Consultor da Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa com Autismo da OAB/DF.

⁴ Consultor da Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa com Autismo da OAB/DF.

integral às necessidades de saúde da pessoa autista, o auxílio em sua alfabetização, socialização, aceitação, com o refreamento de crises e o atendimento às necessidades não se realizará porque assim determina o artigo 1º da lei do autismo, uma lei federal ainda por cima. O que garantirá o acesso à saúde são ações efetivas de saúde, e, sendo o autismo uma deficiência ainda pouco conhecida, isso não ocorrerá sem o estímulo à pesquisa científica.

Nesse sentido, pouco assunto tem alimentado tanto a esperança dessa comunidade, ainda engatinhando na caminhada cidadão de realização das promessas legais, e tomado tanto o debate das associações, universidades, governo e sociedade como os potenciais benefícios, já sentido por alguns, do que um novo, poderoso, e até temido medicamento, uma antiga planta, a Cannabis Sativa.

O Uso da Cannabis no Transtorno do Espectro Autista

Desde os primórdios das civilizações, o uso de plantas ou de suas partes para tratamentos de diversos males e doenças tem feito parte da cultura dos povos. Partindo de conhecimentos empíricos, estudos mais profundos com plantas de potencial terapêutico têm identificado componentes bioativos diretamente envolvidos no tratamento de pacientes. Com o acúmulo de conhecimento em torno da imensa aplicabilidade de fitoterápicos em tratamentos diversos, a Organização Mundial da Saúde (OMS) tem destacado a necessidade de valorizar a utilização de Plantas Medicinais desde a declaração de Alma-Ata de 1978.

No que tange o nosso país, a Política Nacional de Plantas Medicinais e Fitoterápicos constitui parte fundamental das Políticas Públicas do Brasil e foi elaborada visando o **uso sustentável da Biodiversidade Brasileira com o fortalecimento da agricultura familiar e da economia solidária.**

Aspectos Jurídicos: Levantamento Inicial sobre a Judicialização e a Advocacy

O uso medicinal da Cannabis Sativa avança no mundo. No Brasil, por iniciativa dos pacientes a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária passou a criar regulamentações a respeito do tema.

Em 2014, a ANVISA foi obrigada, por decisão de caráter liminar, a autorizar a importação do extrato de Cannabis Sativa rico em Canabidiol (CBD)

para tratamento de epilepsia refratária em criança.¹⁰

A Justiça Federal da Paraíba, através de uma Ação Civil Pública (ACP) promovida pelo Ministério Público Federal (MPF), determinou que a ANVISA autorizasse a importação de extrato de Cannabis Sativa para 16 pacientes.¹¹

O Ministério Público Federal (MPF) ajuizou uma Ação Civil Pública (ACP) contra a União Federal e ANVISA e a sentença manteve a liminar e hoje é objeto de recursos do Ministério Público Federal e da ANVISA.¹²

Em 2016, famílias começaram a impetrar Habeas Corpus Preventivos para cultivo da Cannabis para uso exclusivamente medicinal de pacientes que possuem indicação médica para tal. Hoje já são mais de 40 decisões concedendo o salvo-conduto.¹³

Houve também a primeira decisão judicial favorável para uma associação de João Pessoa – PB para cultivo e fornecimento do óleo para aproximadamente 151 associados, na época.¹⁴

O uso medicinal da Cannabis no Autismo e Epilepsia

Antes de entrar especificamente no tema do autismo, é importante entender um pouco sobre a planta Cannabis.

O Sistema Endocanabinoide (SE) (Sistema de Comunicação Intercelular) é composto de Receptores Canabinoides e dos Endocanabinoides. Talvez seja o sistema fisiológico mais importante, responsável pelas principais funções no corpo humano, como: controle da divisão celular, metabolismo, sistema imunológico e atividade cerebral. O SE é um regulador homeostático.

Receptores Canabinoides: os mais conhecidos são os receptores CB1 e o CB2. Ambos podem ser encontrados em todo o corpo. O CB1 é mais abundante no cérebro e o CB2 é mais abundante no sistema imunológico. Ambos

¹⁰ TRF1 – Seção Judiciária do Distrito Federal – 3ª Vara Federal – Processo nº 24632-22.2014.4.01.3400 – Juiz Federal Bruno César Bandeira Apolinário – Decisão em 03/04/2014.

¹¹ TRF5 – Seção Judiciária da Paraíba – 1ª Vara Federal de João Pessoa – Processo nº 0802543-14.2014.4.05.8200 – Juiz Federal João Bosco Medeiros de Souza – Decisão em 18/08/2014.

¹² Processo: 0090670-16.2014.4.01.3400 – Ação Civil Pública Cível – 16ª VARA BRASÍLIA.

¹³ REFORMA – Dr. Emílio Figueiredo – A evolução do reconhecimento do uso da Cannabis Sativa em prol da saúde pelo Judiciário brasileiro.

¹⁴ TJSP – DIP CPJ – Processo nº 1016794-02.2016.8.26.0008 – Juiz Antônio Maria Patiño Zorz – Decisão no dia 19/12/2016 – Em segredo de Justiça.

são receptores de G Protein GPRs (família de proteínas que controlam funções celulares). Portanto os receptores são fechaduras onde os Canabinoides são ligados (chaves).

Endocanabinoides: canabinoides endógenos (produzidos pelo próprio corpo) são substâncias análogas aos canabinoides, embora possuam estruturas químicas diferentes.

Fitocanabinoides: canabinoides produzidos pela planta cannabis, que se ligam aos receptores endocanabinoides.

Muito se fala do uso apenas do Canabidiol como composto isolado (purificado) ou análogo sintético. É preciso informar que há evidências de que os extratos brutos de Cannabis (full spectrum – planta inteira) possuem efeito superior aos medicamentos isolados ou análogos sintéticos.^{15, 16, 17, 18}

Recentemente, a **OAB** discutiu os aspectos jurídicos da regulação do uso medicinal da Cannabis¹⁹, e foi unânime a defesa sobre a necessidade do cultivo para pesquisas científicas e fins medicinais.

A Fiocruz, reconhecida internacionalmente, tem realizado uma série de estudos e diversos eventos e seminários relacionados a planta Cannabis.²⁰

Crianças autistas demonstram aumento dos níveis plasmáticos de Neopterin (*Neopterin*), um marcador de ativação da imunidade celular produzidos por linfócitos T. Estudo realizado na Universidade de Utah demonstrou diferença significativa entre autistas e controles, 7,94 e 5,95 nmol/L, respectivamente. Concentrações nanomolares de THC e CBD interferem nos níveis de Neopterin segundo estudo austríaco publicado em 2009.²¹

Vale lembrar que os canabinoides, impedindo a degradação do triptofano, contribuem indiretamente na biossíntese de serotonina, neurotransmissor relacionado à ansiedade. Por outro lado, importante grupo de pesquisa do Departamento de Farmacologia do Instituto de Ciências Biológicas da Universidade Federal de Minas Gerais UFMG, que conta com o professor PhD Fabrício de Araújo Moreira, parceiro e colaborador da AMA+ME, confirmou a ação do CBD nos receptores de serotonina 5-HT, indicando potencial benefício do CBD no controle psiquiátrico da ansiedade e do comportamento agitado muito frequente em autistas.²²

15 <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3165946/>.

16 <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/4609532/>.

17 <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/9721036>.

18 DOI: 10.7594/revbio.13.01.05 – Revista da Biologia.

19 <https://www.conjur.com.br/2019-set-15/oab-discute-aspectos-juridicos-regulacao-cannabis-medicinal2>.

20 <https://cee.fiocruz.br/?q=Cannabis>.

21 <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/10212552>.

Importante revisão publicada em 2014 do Professor Dr. Renato Malcher, neurocientista da Universidade de Brasília – UnB, constatou que os canabinoides são eficazes no tratamento de autismo e epilepsia.^{23 24}

Outros estudos científicos estão alinhados aos potenciais terapêuticos da Cannabis no Autismo^{25 26}, **inclusive com estudos em humanos**²⁷ publicados pela **Revista Nature** (revista científica interdisciplinar britânica, classificada como a revista mais citada no mundo).

Conclui-se que existe uma urgente necessidade de regulamentação da Cannabis, e que isso ocorra sob um aspecto humanitário e social.

Somos um país continental, e não podemos ficar impedidos de realizar pesquisa científica e, pelo potencial tecnológico envolvido, trata-se de uma questão de Soberania Nacional.

22 <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12944347>.

13 <https://amame.org.br/cannabis/autismo/>.

24 <https://www.ib.usp.br/revista/node/186>.

25 <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/28861483>.

Renila

Lacerda Bragagnoli*

.....
ESA/DISTRITO FEDERAL

Três anos da lei das
estatais: três motivos para
comemorar



1. Introdução

A edição da Lei nº 13.303/2016 derivou da delegação constitucional do art. 173 à lei ordinária para o estabelecimento do estatuto jurídico das estatais, devendo dispor sobre a função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade, a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal e sobre os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

Com efeito, a Lei atendeu todos os elementos designados pela Constituição Federal, criando órgãos e critérios para seu funcionamento, impondo capacidades técnicas para posse em cargos, além de instituir um regime próprio de licitações e contratos às empresas estatais.

A Lei nº 13.303 completou, em 30 de junho de 2019, três anos de publicação e um ano de plena vigência, tendo muito o que comemorar pela instituição de um novo regime jurídico para as empresas públicas e sociedades de economia mista.

.....
* Advogada da CODEVASF, chefe do consultivo da Assessoria Jurídica da Presidência. Mestranda em Direito Administrativo e Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires - UBA. Especialização em Políticas Públicas, Gestão e Controle da Administração pelo Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP.

Podendo ser dividida em grandes grupos (governança, licitações e contratos), destacamos um ponto relevante de cada temática para celebrar a Lei, legislação vanguardista, mas que, acima de tudo, tem como objetivo a efetiva prestação de serviços, através de uma gestão mais profissional das empresas estatais, com pleno atendimento de sua função social, mediante o uso eficiente dos recursos públicos disponíveis.

2. Os requisitos para ser administrador

Historicamente, as estatais suportam a interferência política na indicação de pessoas sem qualificação ou formação técnica para cargos da alta direção, servindo como barganha ou moeda de troca para a governabilidade do presidencialismo de coalizão existente no país.

A Lei das Estatais, atenta a essa ingerência, previu no art. 17 os requisitos para nomeação como diretor ou membro do Conselho de Administração, dentre os quais, destacamos: experiência profissional mínima e a formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado, frisando, ainda, a vedação de indicação de pessoa que tenha ou possa ter qualquer forma de conflito de interesse com a entidade.

Parecem previsões lógicas, e de fato são, mas a verdade é que por muito tempo a indicação era meramente política, onde o indicado era desprovido de qualquer capacidade técnica e/ou gerencial, indicações, muitas vezes, permeadas de interesses pessoais diretos ou transversais na atuação, enquanto representante da estatal.

Hoje todos os requisitos e impedimentos são checados previamente pelo Comitê de Elegibilidade antes da nomeação, estrutura de governança criada pelo Decreto nº 8.945/16, regulamentador da Lei das Estatais, e que, dentro de sua competência, deverá opinar sobre a indicação no prazo de 8 (oito) dias úteis, contados da data de recebimento do formulário, sob pena de aprovação tácita e responsabilização dos seus membros caso se comprove o descumprimento de algum requisito.

Embora o Comitê de Elegibilidade seja uma estrutura apenas consultiva, há que se considerar que não soará muito adequada a nomeação de um indicado que tenha recebido um parecer negativo por ausência dos requisitos que a Lei instituiu como compulsórios.

3. A contratação semi-integrada

Uma das grandes inovações da Lei das Estatais, em matéria de licitação, foi a instituição da contratação semi-integrada, regime de execução ausente nas demais legislações licitatórias, como Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 12.462/2011.

Esse modelo será utilizado quando for possível definir previamente no projeto básico as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual, em obra ou serviço de engenharia que possa ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias, envolvendo a contratação, a elaboração e o desenvolvimento do projeto executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, nos termos do art. 43 e art. 42, ambos do inciso V.

A elaboração do projeto básico deve ser precedida da licitação, porém, na contratação semi-integrada, a contratada poderá fazer alterações no projeto básico existente, visando inovação em soluções metodológicas ou tecnológicas, definições que deverão constar, obrigatoriamente, na matriz de riscos (elemento indispensável nos contratos decorrentes da contratação semi-integrada, sendo a cláusula definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, de acordo com o art. 42, X).

A possibilidade de alteração do projeto básico necessita de demonstração que as inovações sugeridas importem redução de custos, aumento da qualidade, redução do prazo de execução e facilidade de manutenção ou operação.

É, de fato, uma inovação para a administração e para o mercado, que tem motivação para apresentar um trabalho mais eficiente e com soluções modernas aptas ao melhor atendimento do interesse público, em que a disputa poderá pautar-se pela melhor e mais recente técnica ou método, e não mais somente exclusivamente pelo preço.

4. Alterações contratuais consensuais

Uma grande sutileza, mas que faz toda a diferença para uma relação salutar entre contratante e contratado, foi a bilateralidade trazida pela Lei das Estatais quando da celebração de termos aditivos de valor.

No regime da Lei nº 8.666/93, o contratado é obrigado a aceitar acréscimos e supressões que interessarem unilateralmente à administração, o que implica, muitas vezes, em onerosidade para o contratado, repercutindo em

abandono do contrato, má prestação dos serviços, entre outros vícios e prejuízos à estatal contratante.

O art. 81, §1º da Lei das Estatais, tem redação quase que copiada da Lei nº 8.666, com a alteração relevante especialmente para o contratado, que não mais é obrigado a aceitar o aumento ou a diminuição dos quantitativos, o contratado agora poderá ou não aceitar a alteração da planilha. Será, portanto, uma alteração consensual de quantitativos.

Com certeza foi um grande avanço em termos contratuais, colocando as partes em pé de igualdade para negociar um contrato que é, desde sua gênese, instrumento bilateral, abandonando a alteração unilateral do regime geral.

Essa garantia de participar da construção da alteração quantitativa, podendo propor alternativas ou não aceitar as condições apresentadas, introduz a possibilidade de diálogo entre as partes, as quais, à mesa, poderão acordar as novas condições, o que traz, por conseguinte, segurança ao contratado e ao interesse público, diminuindo a possibilidade de ter um contrato interrompido, não cumprido ou mal executado.

5. Considerações finais

Evidentemente ainda é cedo para afirmar que a Lei das Estatais atingirá seu fim de mitigar, quiçá acabar, com casos de má gestão e abuso de toda ordem nas entidades da administração indireta, mas é inegável admitir que sua edição foi um passo relevante de combate à corrupção, buscando maior probidade dos atos administrativos praticados pelas empresas estatais, especialmente a partir de critérios mais rigorosos para a nomeação dos seus dirigentes.

Há que se destacar que a Lei nº 13.303/2016 bem como equipou as empresas públicas e as sociedades de economia mista de mecanismos de eficiência e efetividade no desenvolvimento de políticas públicas de Estado, e não de governo – como a inovação advinda com a contratação semi-integrada e a abolição da alteração unilateral dos contratos – visando que essas entidades cumpram sua função social de maneira eficaz, já que a razão de existir de uma empresa estatal é o cumprimento dos fins de interesse público, mediante o uso racional dos recursos públicos disponíveis e da utilização das modernas ferramentas trazidas pela legislação.

Luiz Henrique

Antunes Alochio*

ESA/ESPÍRITO SANTO

1934-2019: 85 anos do Quinto Constitucional



Neste ano de 2019, foram celebrados os 85 anos da Constituição Federal de 1934, que firmou a participação da Ordem dos Advogados e do Ministério Público nos sistemas de recrutamento de Magistrados. Essa seleção, externa à Magistratura, acabou recebendo o nome de *Quinto Constitucional* e, ainda hoje, a nomenclatura resta consolidada. É preciso apresentar o *Quinto Constitucional* em sua importância para a formação dos tribunais e, ainda, reforçar a necessidade de manutenção para o futuro, sem esquecer seu aprimoramento.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (**CFOAB**) realizou em 25 de abril de 2014 o I Encontro Nacional de Magistrados do *Quinto Constitucional* da Advocacia e o III Seminário “O *Quinto Constitucional* e Promoção da Justiça”. Na ocasião, além de empossada a Comissão Especial do *Quinto Constitucional* do **CFOAB**, também estiveram presentes Ministros dos Tribunais Superiores e Desembargadores de Tribunais Regionais Federais e do Trabalho, e de Tribunais Estaduais egressos do *Quinto Constitucional* da Advocacia. Por sugestão do Ministro Antônio Carlos Ferreira, do STJ, deliberou-se a criação do Dia Nacional do Quinto Constitucional. Ficou designada a data de 16 de julho de cada ano por coincidir com a promulgação da Constituição de 1934. Essa prática deveria ser repetida anualmente, em especial nas seccionais.

Mesmo já mais que octogenário, o sistema de recrutamento do Quinto ainda parece incompreendido. Sofre severos ataques, especialmente corporativos. Muitos argumentam que falta ao sistema uma comprovação “docu-

* Doutor em Direito (UERJ). Advogado no ES. Compôs a Lista Tríplice para a vaga da Advocacia no Quinto Constitucional do TRF2 (2012/2014).

mental” de mérito jurídico, confundindo a aprovação em um exame escrito com a única forma de avaliação meritocrática possível. A avaliação de mérito não se faz exclusivamente por via de provas estanques (igualmente não imunes a severíssimas críticas, em especial qualitativas). Também se pode fazer seleção de mérito pela comprovação de requisitos que se podem colher da atuação profissional perene, na Advocacia ou no Ministério Público. Porém, críticas devem ser sempre bem-vindas e, quando absorvidas com sensatez e desprendimento, acabam gerando o aperfeiçoamento do sistema.

Não se pode esquecer que a composição de tribunais pela via da cooptação direto no seio de algumas categorias profissionais específicas (Ministério Público e Advocacia) não é situação de todo desconhecida no mundo. Nos Estados Unidos, por exemplo, o chamado *Merit System* não é exatamente um “concurso”, mas um sistema de recrutamento cuja seleção leva em conta toda a carreira do selecionado e sua formação acadêmica.

O sistema brasileiro de recrutamento para o ingresso na carreira de juízes é o concurso público. É necessário reconhecer que essa forma de ingresso é uma simples espécie, encartada no gênero “seleção por mérito”. O sistema de seleção por mérito consiste na promoção ou na contratação de pessoas para o desempenho de alguma função baseada não em escolhas políticas altamente discricionárias, mas na análise de habilidades do pretendente para o desenvolvimento dos afazeres do cargo ou função. Como espécie de seleção por mérito, pode-se referir, dentre outros, o “concurso público” e as “Comissões de Seleção” (“*Appointment Comissions*”). Nos países que adotam o appointment, seu uso é feito com severa regulação: deve ser baseado no mérito pessoal dos pretendentes, com uma análise criteriosa de toda trajetória profissional; deve manter a confiança pública no processo de seleção e, com isso, na credibilidade do judiciário; e deve selecionar membros do Poder Judiciário com capacidade de gerar decisões independentes, imparciais e tecnicamente adequadas, além de refletir os anseios da sociedade jurisdicionada, sendo imunes a intempéries políticas. Para tanto, o sistema deve ser justo, baseado em critérios objetivos, transparente e gerador de *public accountability*.

Não se pode confundir o merit system via *apppointment* com os concursos públicos, pois os termos não são sinônimos. O *merit system/apppointment* avalia de forma mais ampla a vida e a formação do candidato. O concurso avalia o candidato no momento de uma determinada prova, o que traz o problema de variáveis de alto impacto, como a sorte ou coincidência (critérios de álea) de terem sido quesitadas disciplinas jurídicas de predileção de um grupo específico de candidatos. Isso sem contar que a enorme quantidade de pessoas inscritas nos concursos nem sempre permite avaliar qualitativamente cada um dos candidatos. Tem-se o risco de uma avaliação por atacado.

O Brasil também não adota outro sistema muito difundido, consubstanciado nos *elected judges*, ou juízes eleitos. Os defensores das eleições para juízes têm argumentos fortes: a comunidade precisa opinar a respeito

de quem a julga para que tenha a mesma legitimidade dos demais Poderes do Estado; e os juízes eleitos precisam trabalhar muito para merecerem novamente o voto nas futuras eleições; e outros argumentos dessa natureza. Quem ataca o sistema de juízes eleitos alega que as decisões se tornam populistas para agradarem o eleitorado, garantindo assim votos para a retenção do cargo. Em estudo científico, Stephen J. Choi, G. Mitu Gulati e Eric A. Posner analisaram com dados estatísticos as decisões de juízes eleitos nos Estados Unidos, que cumprem mandatos de prazo certo, e as decisões dos juízes selecionados pelo merit system/*appointment*, esses últimos para mandatos vitalícios (*life tenure*). Os pesquisadores não confirmaram as alegações de má qualidade das decisões dos juízes eleitos, nem necessariamente que os juízes escolhidos pelo merit system tenham a tendência ao “elitismo” — vide: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008989##.

Como se vê, não há uma única forma de recrutamento. E, por isso, não há razão científica para ser execrada a via do Quinto Constitucional.

Se o sistema brasileiro do Quinto merece evoluir, especialmente na busca de maior *accountability*, também é certo que se devem reconhecer avanços democráticos, como foi o caso da escolha, na Bahia e em outras seccionais da **OAB**, de Listas Sêxtuplas pela via do voto direto dos advogados. Note-se ainda a manutenção de uma Comissão perante o **CFOAB** para a defesa e aprimoramento deste sistema de seleção.

As regras atuais se esquecem de uma obviedade. Os tribunais atuam bem mais que a Ordem dos Advogados no processo de seleção, senão vejamos: (i) comunicando a existência da vaga; (ii) votando a Lista Tríplice; (iii) enviando a Lista Tríplice ao Poder Executivo; e (iv) dando Posse ao escolhido. Há ainda a participação do Poder Executivo, que escolhe um nome após a seleção da Lista Tríplice. E, em alguns casos, ocorre a participação do Senado Federal (sabatina e votação plenária de confirmação do nome).

Por essas razões, sendo o *Quinto Constitucional* um sistema de recrutamento de agentes públicos, deveria haver uma regra nacional, de forma a vincular todos os atores: tribunais, Ordem dos Advogados ou Ministério Público, Poder Executivo e Senado, bem como regular o processo de inscrição e de participação de forma a mitigar o impacto do Poder Político e Econômico no sistema.

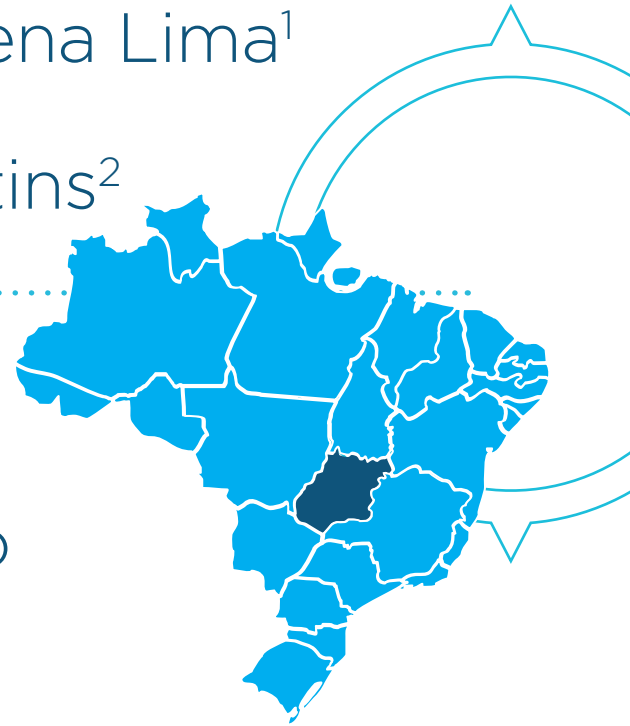
Nesses 85 anos de existência, desejamos ao *Quinto Constitucional* uma longa jornada adiante, sempre contribuindo com a seleção de magistrados que honrarão seus cargos e, mais ainda, honrarão suas classes de Origem, sejam egressos da Advocacia ou do Ministério Público.

Luciana Lara Sena Lima¹

Rafael Lara Martins²

ESA/GOIÁS

A atuação da advocacia brasileira no combate à corrupção



A posição do advogado, em um contexto de corrupção sistêmica e de atuação cada vez mais forte e consistente das instituições investigatórias e judicantes, é de uma delicadeza ímpar. Se esse profissional tem, por um lado, o dever de defender da melhor forma possível os direitos e interesses de seu cliente, sem fazer juízo de valor acerca da conduta que lhe seja imputada, de outro lado tem uma função social que lhe impõe atuar na prevenção de conflitos sociais, agindo sempre com ética e sem compactuar com qualquer pessoa que assim não o faça.

O artigo 133 da Constituição brasileira determina que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e ma-

1 Advogada e Professora. Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa (UAL). Mestra em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2015). Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (2014). Especialista em Direito Processual Civil pela Uniderp - Anhanguera LFG (2014) e especialista em Formação em Ensino a Distância pela Universidade Paulista (2018). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2012). Intercâmbio Acadêmico realizado na Universidad de Sevilla (2010). Conselheira Seccional da OAB Goiás (2019/2021) e Diretora da Escola Superior da Advocacia de Goiás (2017/2018; 2019/2021). Coordenadora da Região Centro-Oeste da ENA - Escola Nacional de Advocacia do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (2019/2021). Possui experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Público e Direito Ambiental. lucianalarasl@gmail.com.

2 Advogado. Doutorando em Direitos Humanos (UFG). Mestre em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas (UDF). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG), especialista em Direito do Trabalho pela PUC-GO, especialista em Direito Civil pela UFG e especialista em Direito Processual Civil pela UFG. Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (2019-2021) pela Seccional Goiás. Vice - Presidente da Comissão Especial de Estudos Permanentes Sobre o Compliance, do Conselho Federal (2019/2021). Conselheiro Seccional da OAB- GO (2013-2015 e 2016-2018) e Diretor-Geral da Escola Superior de Advocacia da OAB-GO (2016-2018 e 2019-2021). Ex-presidente do Instituto Goiano de Direito do Trabalho - IGT (2012-2013 e 2014-2015). Palestrante e professor de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho em cursos e pós-graduações. rafael@laramartinsadvogados.com.br.

nifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. O Estatuto da Advocacia e da **OAB**, em seu art. 2º, §1º, diz da função social do advogado: “O advogado, enquanto profissional indispensável à administração da Justiça (art. 133, Constituição Federal), possui um papel essencial no apaziguamento de conflitos sociais, traduzindo as demandas do jurisdicionado e promovendo a defesa de seus direitos e interesses”. Mais do que isso, o advogado, com seu conhecimento técnico, pode atuar na prevenção desses conflitos sociais e na defesa do interesse público, em especial junto à Administração Pública.

Já o Código de Ética e Disciplina da **OAB** determina no art. 2º que o advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e garantias fundamentais, da cidadania, da moralidade, da Justiça e da paz social, cumprindo-lhe exercer o seu ministério em consonância com a sua elevada função pública e com os valores que lhe são inerentes.

É essencial inserir os advogados nos mecanismos de prevenção à corrupção, pois eles têm dentre suas missões institucionais a função de “atuar na prevenção desses conflitos sociais e na defesa do interesse público, em especial junto à Administração Pública”, conforme determina o artigo 2º, §1º do Estatuto da Advocacia e da **OAB**. No cumprimento dessa missão, advogados, tanto os públicos quanto os privados, cada um dentro de suas competências e no seu âmbito de atuação, podem exercer relevante papel junto a seus clientes e internamente aos órgãos públicos.

No que diz respeito à atuação da advocacia privada, a sua principal participação está na estruturação de programas de compliance em empresas e outros tipos de sociedades e associações, mesmo não empresariais, a exemplo das entidades do terceiro setor. A existência de programas desse tipo, especialmente em instituições mais suscetíveis à ocorrência de ilícitos (ex.: empresas integrantes do sistema financeiro; concessionárias de obras e serviços públicos; entidades do terceiro setor que recebam recursos públicos), é de suma importância para a prevenção de comportamentos antiéticos, ilícitos e criminosos no ambiente corporativo.

A atuação do advogado, por sua vez, é indispensável não só na estruturação de programas de compliance¹ como também na manutenção e acompanhamento das estruturas criadas, pois é ele o profissional que possui o conhecimento técnico necessário à compreensão de que tipo de conduta deve ser

.....

¹ A Lei nº 12.846/13, chamada de “Lei Anticorrupção”, atribuiu nova e reforçada importância para a criação de programas de compliance no âmbito de pessoas jurídicas que de alguma forma se relacionem com a Administração Pública (não apenas instituições financeiras), ao dispor que a existência de um programa de integridade será levada em consideração na aplicação de sanções administrativas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos na lei (art. 7º, inciso VIII). A regulamentação da norma veio com o Decreto nº 8.420/15, o qual estabelece que o “programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira” (art. 41).

evitada ou incentivada para que haja uma perfeita conformidade da atuação das instituições em questão com o ordenamento jurídico. O advogado, nesse contexto, deve ocupar-se basicamente da elaboração e estruturação dos seguintes elementos: um Código de Ética ou Código de Conduta da empresa; ações preventivas, como treinamento dos funcionários e criação de ouvidorias e canais para denúncias; procedimentos analíticos para detecção e reporte de atividades atípicas; ações punitivas e/ ou correccionais.

A atuação do advogado público para o Estado brasileiro é de extrema importância, porque por ele passam todas as atividades inerentes ao governo, que está constituído para servir ao povo. Quando se faz uma licitação, em qualquer um dos níveis, se busca adquirir um bem ou serviço que seja de utilidade para o cumprimento da missão daquele órgão e todo esse processo vai passar pelo crivo de um advogado público, a fim de verificar se os princípios elencados no artigo 37 da Constituição Federal estão ali contemplados: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade. É do advogado público a responsabilidade de examinar esses pressupostos e orientar o administrador a fazer ou não aquela licitação. Ao fazer o controle primário da legalidade, o advogado público assume importância vital contra a corrupção, o desvio de verbas, a má aplicação de verbas públicas e assim por diante. Tanto que se costuma dizer que o combate à corrupção se faz com advocacia pública forte. Enfim, a advocacia pública age nos entes fundamentais ao Estado e ao governo, na medida em que lidam com atividades extremamente sensíveis à sociedade, entre as quais está a implementação de políticas públicas governamentais, controle primário da legalidade dos atos administrativos, a cobrança dos devedores do erário, o combate à sonegação fiscal e, preventivamente, à corrupção, exercendo a tutela da lei no âmbito do Poder Executivo.

A Ordem dos Advogados do Brasil, uma das mais atuantes instituições da sociedade civil, tem por finalidade defender a Constituição da República, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os Direitos Humanos, a Justiça Social e pugnar pela boa aplicação das leis e pela rápida administração da justiça.

Nesse sentido, é certo que a **OAB** possui um papel fundamental na sociedade, mostrando-se, portanto, de singular importância o seu comprometimento público. Além disso, a partir do seu relevante papel institucional, a **OAB** vem fomentando diversas reflexões sobre temas relevantes para a sociedade, diretamente relacionados com os pilares internacionalmente elencados, possibilitando a propositura de ações efetivas e concretas na construção de um país melhor, atribuindo ainda mais eco, mais força e efetividade às proposituras, alcançando outras instituições, empresas e a sociedade em geral.

Para além da sua inegável missão institucional e social, é certo que a **OAB** igualmente possui o singular papel perante toda a advocacia, podendo, a partir da instituição, divulgar e propagar os princípios das práticas anticorruptivas e incentivar a implantação das medidas adotadas nesse sentido em todas as suas esferas de atuação, seja na iniciativa pública, seja na iniciativa privada.

Alfredo Lima Goes*

ESA/MARANHÃO

A homologação do acordo extrajudicial e a construção jurisprudencial sobre os limites de atuação do magistrado no processo de jurisdição voluntária



1. Aspectos introdutórios

A Lei 13.467/2019, popularmente conhecida por Reforma Trabalhista, trouxe à rotina juslaboral a figura do acordo extrajudicial e sua homologação. A novidade não marca somente a inserção dos arts. 855-B a 855-E e um processo de jurisdição voluntária na Consolidação das Leis do Trabalho, como também a mudança de paradigma do monopólio da autocomposição na Justiça do Trabalho – e sobre o último detalhe, muito se questionava qual seria a posição dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho. Passados quase dois anos da entrada em vigor da Reforma Trabalhista, surgem os primeiros alicerces da construção jurisprudencial sobre os limites de interferência do magistrado no acordo e as possibilidades do seu indeferimento. Afinal, quais os limites impostos à atuação do juiz em uma homologação de acordo extrajudicial?

Pontuação necessária é a ausência de litígio entre as partes. Sim, nesta modalidade, as partes procuram o judiciário para obter a sua chancela, mas

* Advogado, especialista em Ciência e Legislação do Trabalho.

não há de fato um conflito a ser dirimido. É nesse sentido que lecionam os magistrados Rodrigo Dias da Fonseca, Cleber Martins Sales, Marcelo Palma de Brito e Platon de Azevedo Teixeira Neto (2017, p. 415):

Registre-se que a providência que as partes demandam não reflete solução de conflitos de interesses, mas mera homologação destes, já conciliados na esfera privada e levados ao Estado Juiz apenas para receber a chancela da adequação. Esta é, a rigor, a essência da jurisdição voluntária, de modo que o fato da homologação do ajuste se dar por sentença não desnatura a voluntariedade do procedimento.

Feitas as necessárias ponderações, chega-se ao ponto central: a atuação dos tribunais e os limites à atuação do judiciário na autonomia privada das partes, as quais, de forma autocompositiva e acompanhadas por seus advogados, já apararam as arestas da relação de trabalho e definiram as formas de sua quitação.

2. Os limites de atuação do magistrado no processo de jurisdição voluntária

Analisaremos aqui, especificamente, a atuação da 17ª turma do Tribunal Regional do Trabalho, que em curto espaço de tempo decidiu de forma contrária. Primeiro, em 12/12/2018, entendeu, por unanimidade, a validade da homologação parcial do acordo extrajudicial:

*ACORDO EXTRAJUDICIAL. ALCANCE. Nos termos do artigo 843 do Código Civil, a transação deve ser interpretada restritivamente, não sendo possível a quitação genérica de parcelas que não constem na petição de acordo, **entendendo-se como válida a quitação somente em relação às parcelas discriminadas** e pelos valores apontados na avença, resguardando o disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. (PROCESSO TRT/SP Nº 1000015-96.2018.5.02.0435).*

Em seguida, a mesma 17ª turma em 15/05/2019, por maioria, entende pela impossibilidade de homologação parcial:

Não é cabível a homologação parcial de acordo extrajudicial, pois o ato homologatório não pode interferir ou modificar o conteúdo da transação, limitando-se a fazer o exame externo do ato (deliberação), atestando a sua conformidade com a ordem jurídica, sendo que ela é una e indivisível. Exercido o juízo de deliberação positivo e ausentes vícios ou causas de invalidade, o juiz está obrigado a homologar o negócio jurídico tal como apresentado pelas partes. Sentença reformada. (PROCESSO TRT/SP Nº 1001226-80.2018.5.02.0076).

Há posicionamento doutrinário no mesmo sentido, de José Cairo Júnior (2018, p. 417), que entende ser cabível a não homologação apenas em situações excepcionais:

A negativa do juiz em homologar o acordo pode se fundar: a) na ausência dos requisitos formais, como advogado comum; b) no desencontro entre a vontade descrita na petição e a vontade real dos interessados; c) no fato de envolver direitos indisponíveis, pois estes não admitem renúncia ou transação.

A possível solução da controvérsia jurisprudencial vem do entendimento da 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, em decisão datada de 11/09/2019:

7. A petição conjuntamente assinada para a apresentação do requerimento de homologação ao juiz de piso serve à demonstração da anuência mútua dos interessados em por fim ao contratado, e, os advogados distintos, à garantia de que as pretensões estarão sendo individualmente respeitadas. **Assim, a atuação do Judiciário Laboral na tarefa de jurisdição voluntária é binária: homologar, ou não, o acordo.** Não lhe é dado substituir-se às partes e homologar parcialmente o acordo, se este tinha por finalidade quitar integralmente o contrato de trabalho extinto. Sem quitação geral, o Empregador não proporia o acordo, nem se disporia a manter todas as vantagens nele contida. (PROCESSO Nº TST-RR-1000013-78.2018.5.02.0063).

3. Considerações Finais

Percebemos que a maior divergência jurisprudencial até o momento se encontra na homologação de acordo que possui quitação geral do contrato. Dentro da 17ª Turma do TRT-2, percebemos haver entendimento diametralmente oposto, que prejudica a segurança jurídica e que a iniciativa das partes busque acordo longe do judiciário.

De fato, não cabe ao judiciário criar litígio onde não existe, nem decidir sobre o mérito do acordo quando as próprias partes, ambas assistidas por seus advogados, assim não o desejam. Decidir sobre o mérito a ponto de incluir ou excluir determinada cláusula desnatura a própria essência da jurisdição voluntária.

Desse modo, a decisão da 4ª Turma do TST está em acordo com os limites impostos pela lei à atuação do magistrado, que deverá homologar ou não homologar o acordo, mas não deve alterar as cláusulas ajustadas pelas partes. A sua prevalência na construção jurisprudencial favorecerá às partes a iniciativa de autocomposição, ao desafogo da Justiça do Trabalho e à economia de recursos do judiciário.

Bibliografia

CAIRO JR., José. Curso de Direito Processual do Trabalho. 12. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.

FONSECA, Rodrigo dias da [coord.]. Reforma trabalhista comentada: Lei nº 11.467/2017: análise de todos os artigos. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

Paulo Thiago

Fernandes Dias*

Sara

Alacoque Guerra Zaghlout*

.....
ESA/MARANHÃO



Da proteção dos direitos humanos via controle de convencionalidade: a descriminalização do desacato

Ao julgar o Recurso Especial nº 1.640.084-SP, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça pôs em prática o chamado controle de convencionalidade, ocasião em que decidiu pela descriminalização do tipo penal previsto no artigo 331 do Código Penal (desacato). A turma se baseou, principalmente: a) na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (que vem decretando a incompatibilidade do crime de desacato, tipificado por outros países, com a Convenção Americana); b) no teor do artigo 13 do Pacto de São José da Costa Rica; c) no princípio do *pro homine* ou *pro persona*; d) na decisão do Supremo Tribunal Federal que conferiu status de norma supralegal à Convenção Americana sobre Direitos Humanos; e e) no princípio da isonomia, já que “a existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito”².

.....
* Advogado inscrito na OAB/MA. Professor de Direito Penal na UNICEUMA e de Direito Processual Penal na IESMA-UNISULMA. Doutorando em Direito Público (PPGD/UNISINOS). Mestre em Ciências Criminais (PPGCRIM/PUCRS).

* Advogada inscrita na OAB/MA. Doutoranda em Direito Público (PPGD/UNISINOS), sendo bolsista CAPES. Mestra em Ciências Criminais (PPGCRIM/PUCRS).

É digna de elogios a decisão referida acima. Tanto pela técnica jurídica empregada quanto pelo reconhecimento da invalidade de norma penal, que, não raro, destina-se a fins autoritários, notadamente contra a atuação combativa de profissionais da defesa (que acabam tolhidos, censurados e intimidados em suas atuações perante ocupantes de cargos públicos), e também em face de jurisdicionados. Conforme destaca Lins e Silva, “[...] o crime de desacato não se coaduna com a democracia, afronta o direito à liberdade de expressão e diz respeito diretamente à advocacia, que sofre com ele”³.

Ainda que a incompatibilidade do crime de desacato com a Convenção Americana de Direitos Humanos esteja pendente de pacificação jurisprudencial no Brasil⁴, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça deu considerável passo para o reconhecimento da relevância do controle de convencionalidade como instrumento de proteção de direitos humanos. E é acerca desse controle que se pretende discutir neste artigo.

Com o advento da ordem constitucional instaurada pela promulgação da Carta Magna de 1988, tornou-se imperiosa a releitura do Direito brasileiro, especialmente no que se refere ao campo das Ciências Criminais (ainda influenciado por ideologias, práticas e diplomas legais autoritários). Com a Constituição da República, surgiu um novo paradigma, segundo o qual é a Carta Política de 1988 que empresta validade (legitimidade) aos atos normativos infraconstitucionais (adotar o sentido contrário é, no mínimo, incongruente).

A Constituição da República, portanto, consagra um rol, não exaustivo, de direitos fundamentais que devem ser observados pelo Estado (eficácia vertical) e pelas pessoas (relação de horizontalidade), estabelecendo uma virada importantíssima: a preservação da dignidade humana passa a ser a regra na democracia calcada no respeito a essas garantias.

Ocorre que essa proteção e essa valorização da dignidade do ser humano não poderiam ficar adstritas ao território brasileiro. Era necessário ademais que o Brasil, conhecedor dessa movimentação internacional em prol da defesa dos direitos das pessoas, participasse, efetivamente, de tão importante processo (ainda que formalmente).

Conforme leciona Piovesan, a Constituição de 1988, distinguindo-se bastante das Cartas anteriores, inovou ao consagrar o que a autora denomina de

.....

2 STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp nº 1.640.084 SP 2016/0032106-0. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. 15 dez. 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RECURSO%20ESPECIAL%20N%C2%BA%201640084.pdf>. Acesso em: 14 set. 2019.

3 LINS E SILVA, Tício. A grande maioria dos processos de desacato embute um abuso de autoridade. Publicado no sítio eletrônico do IAB – Instituto dos Advogados Brasileiros em 26 fev. 2018. Disponível em: <https://www.iabnacional.org.br/noticias/a-grande-maioria-dos-processos-de-desacato-embute-um-abuso-de-autoridade-afirma-tecio>. Último acesso 10 set. 2019.

4 Refere-se à ADPF 496, requerida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que versa sobre o tema e está pendente de julgamento.

“orientação internacionalista”, calcada na predominância dos direitos humanos, na autodeterminação dos povos, no combate ao terrorismo e às práticas racistas, bem como no compromisso de cooperação dentre as pessoas para o avanço da humanidade ⁵.

Mais do que isso, a Constituição de 1988, comprometida com a valorização da pessoa humana, permitiu que os direitos humanos, consagrados em Tratados e Convenções Internacionais, também se incorporassem ao ordenamento jurídico brasileiro. Com isso, criou-se um sistema de proteção dos direitos da pessoa humana tanto em sede interna como no âmbito internacional. Esse sistema, assim, possui natureza de complementariedade e de adição (os sistemas interno e internacionais se somam para a ampliação da proteção aos direitos humanos). É correto falar em sistema global de proteção aos direitos humanos.

Consoante à doutrina de Choukr, nos termos dessa internacionalização dos direitos humanos, a própria noção de soberania ⁶ deve afastar-se da concepção clássica, somando-se a isso o entendimento de que a figura do ser humano abrange tanto a do sujeito de direitos internos como a do sujeito de direitos e garantias no campo internacional ⁷.

Esse conjunto de proteções normativas estabelece que as normas de direito internacional, relativas aos direitos humanos, são complementares às normas de direito interno, criando todo um arcabouço protetivo e humanístico. Não há, portanto, e nesse contexto, uma prevalência das normas internas sobre as externas, devendo prevalecer o ato normativo que melhor tratar a pessoa humana. Trata-se do princípio do *pro homine* ou *pro persona* – regra hermenêutica fundamental no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Dito isso, basta a condição de pessoa humana para que alguém se torne titular de direitos humanos e, conseqüentemente, digno de proteção. Rompe-se, portanto, com a necessidade de que o sujeito de direitos seja integrante de algum grupo ou nação ⁸. Nos termos do Pacto de São José da Costa Rica, não há falar em instrumentalização da pessoa humana, a qual deve ser tratada de forma digna.

Esse é o ponto defendido por Choukr quando trabalha a necessidade de que o Código de Processo Penal pátrio seja reformado para, finalmente, ade-

.....

5 PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, VitalSource Bookshelf Online, 2015, p. 110.

6 FINKELSTEIN, Cláudio. **Hierarquia das Normas no Direito Internacional: jus cogens e metaconstitucionalismo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, VitalSource Bookshelf Online, 2013, p. 154.

7 CHOUKR, Fauzi Hassan. **A Convenção Americana dos Direitos Humanos** – bases para a sua compreensão. Bauru: Edipro, 2001, p. 12.

8 PEREIRA, Vany Leston Pessione. Os Direitos Humanos na Corte Interamericana: o despertar de uma consciência jurídica universal. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 2, set./dez. 2009, p. 25-38, p. 26).

quar-se à essa ordem normativa internacional voltada à proteção da dignidade da pessoa humana. O autor destaca, ainda, que não se está a defender a derrogação da ordem interna pela externa, mas, justamente, a conjunção de forças, seja no aspecto legislativo quanto no judiciário, direcionadas à efetivação dos direitos humanos ⁹.

Em breve síntese, vale discorrer sobre o status normativo do Pacto de São José da Costa Rica perante o ordenamento jurídico brasileiro. O Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento do Recurso Extraordinário de nº 466.343-1, procedente de São Paulo, atribuiu o status de norma supralegal aos tratados que versem sobre direitos humanos, porém não incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro nos termos do que predispõe o artigo 5º, §3º, da Constituição da República. Na linha do entendimento encampado pelo Supremo, a dicção do artigo 5º, §3º, da Constituição exige, além do critério de ordem material (que o Tratado verse sobre direitos humanos), um de natureza formal (aprovação do Tratado via Congresso Nacional e pelo mesmo quórum cobrado para as emendas ao texto constitucional). Esse é o nível hierárquico atribuído, por exemplo, à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, objeto deste trabalho dissertativo (no sentido de que será considerada como parâmetro para elaboração da decisão de pronúncia pelo magistrado).

Segundo Mazzuoli, o controle de convencionalidade (difuso e concentrado) leva em consideração a natureza dos direitos encartados no Tratado Internacional, isto é, o autor considera que a expressão convencionalidade diz respeito aos diplomas internacionais que versem sobre direitos humanos, enquanto que haverá controle de supralegalidade para a análise da compatibilidade vertical das leis internas em face dos tratados comuns ¹⁰. Assim, “[...] o controle de convencionalidade possibilita que os tratados internacionais de direitos humanos sirvam como parâmetro de controle de produção normativa interna brasileira” ¹¹.

No plano abstrato ou concentrado, o controle de constitucionalidade é realizado pelo Supremo Tribunal Federal, pelos Tribunais de Justiça estaduais e pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, conforme o parâmetro (a natureza do ato normativo em julgamento). Em se tratando do controle de convencionalidade, ele será, no plano concentrado (ou secundário), exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em regra, esse controle é feito pela Corte em caráter subsidiário, posto que há exigência de

9 CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma do CPP e a internacionalização do processo penal. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (org.). **Processo Penal e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 58.

10 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 31.

11 TORRES, Saulo de Medeiros; FERREIRA DE SOUZA E SABOYA, Keity. M. A aplicação do controle de convencionalidade pelo juiz brasileiro: o caso do crime de desacato. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 10, n. 1, p. 5 - 30, 21 jan. 2018.

que os recursos manejados no Estado-parte tenham sido esgotados ¹².

O controle de constitucionalidade e convencionalidade difuso é aquele exercido por qualquer juiz ou tribunal e por meio do qual se verificará a compatibilidade de atos normativos ou preceitos fundamentais em face das Constituições internas e da Convenção Americana ¹².

Não cabe nos lindes deste trabalho abordar todo o caminho percorrido para que determinada violação a direito humano seja levada a julgamento perante a Corte Interamericana (não se ocupará do funcionamento da Corte, portanto). A grande questão a ser levantada e valorizada reside na importância de que os julgadores brasileiros promovam a devida incorporação dos preceitos constitucionais e convencionais ao Direito brasileiro (com destaque, aqui, para o reconhecimento da descriminalização da figura do desacato) ¹².

Em relação ao juiz, considerando que já é viável falar-se em devido processo constitucional e convencional, ele deverá observar três planos normativos diferentes para a prestação jurisdicional: constitucional, convencional e legal. Nesse diapasão, além de constitucionalista, o juiz também deve se tornar internacionalista ¹⁵.

Segundo Sylvia Steiner, a Convenção Americana foi muito feliz na catalogação e no detalhamento dos direitos das gentes que devem ser preservados em face do Estado, evitando um verdadeiro massacre de vidas, reputações e valores fundamentais à pessoa do acusado (investigado ou condenado) ¹⁶.

Assim, ao rechaçar a figura do desacato, com sustento no controle de convencionalidade, além de reforçar a nova ordem constitucional reafirmada com a EC 45/2004, o judiciário ratifica o respeito aos direitos humanos internacionais consagrados em Tratados e Convenções dedicados ao tema.

O crime de desacato esteve presente em praticamente todas as codificações criminais brasileiras, sendo inspirado na punição à injúria praticada contra magistrados, que se encontravam no exercício do cargo, pelo Direito Antigo. Após algumas modificações com o passar de diplomas normativos, o Código de Penal de 1940 optou pela ampliação da prática de desacato também contra outros funcionários públicos, magistrados ou não ¹⁷.

.....

12 FIGUEIREDO, Marcelo. **O Controle de Constitucionalidade e de Convencionalidade no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 90.

13 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Supraconstitucional: do Absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 124.

14 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14.

15 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Supraconstitucional: do Absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 130.

16 STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 52.

É inequívoca a incompatibilidade do crime de desacato com a Constituição da República e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, especialmente após a aprovação, pela Comissão Interamericana, em outubro de 2000, da Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, segundo a qual, os funcionários públicos se sujeitam a um maior controle pela sociedade, não sendo legítimas as denominadas “leis de desacato”¹⁸.

Além do mais, não se pode ignorar a vinculação ideológica do Código Penal, aprovado em 1940 durante o Estado Novo, com os regimes autoritários, especialmente o fascista italiano, claramente influenciado pelos autores da Escola Técnico-jurídica, consideravelmente punitivista e calcado num modelo de Direito Penal do autor. O crime de desacato, portanto, traz consigo essa carga autoritária, especialmente por tratar os funcionários públicos como superiores aos particulares, em face de uma suposta proteção do interesse público¹⁹.

Espera-se, a título de conclusão, que o Supremo Tribunal Federal, no bojo da ADPF nº 496, ratifique a incompatibilidade da criminalização do desacato, em face da Convenção Americana e também da Constituição da República, nos termos ressaltados acima, evidenciando a plena consolidação, no Brasil, do Controle de Convencionalidade dos atos normativos enquanto instrumento de proteção dos Direitos Humanos.

17 PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro**. Vol. 3. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 723. E-book.

18 GOMES, Eduardo Biacchi; GONÇALVES, Ane Elise Brandalise. O Controle de Convencionalidade no Brasil, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Crime de Desacato. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 18, n. 114, Fev./Maio 2016, p. 73-96, p. 85.

19 “Trata-se de previsão jurídica nitidamente autoritária – principalmente em se considerando que, em um primeiro momento, caberá à própria autoridade ofendida (ou pretensamente ofendida) definir o limiar entre a crítica responsável e respeitosa ao exercício atividade administrativa e a crítica que ofende à dignidade da função pública, a qual deve ser criminalizada” (MORAIS DA ROSA, Alexandre. Desacato não é crime, diz juiz em controle de convencionalidade. Publicado no endereço eletrônico do **Empório do Direito** em 21 mar. 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade>. Último acesso em 10 set. 2019).

Cláudio Santos*

.....
ESA/MARANHÃO

Inclusão de Educandos Vítimas de Conflitos Familiars



Na qualidade de aprendente ad aeternum e pretensio educador, ousou iniciar um processo dialógico e dialético de compartilhamento de experiências sobre o que fazer quando um contexto familiar hostil projeta-se para o ambiente escolar, vitimando duplamente o educando (em seu lar e em seu local de aprendizagem).

A questão norteadora é: como incluir socialmente educandos vítimas de conflitos familiares? E, a partir desse questionamento, outros derivam, tais como: o que é inclusão social na educação? De quem é a responsabilidade pela inclusão social na educação? Como detectar a necessidade de inclusão social na educação? Como realizar a inclusão social na educação?

Teceremos breves considerações de natureza jurídico-legal estabelecendo uma analogia entre alguns ditames da Lei 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência/Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência), da Lei nº 12.796, de 4 de abril de 2013, que alterou a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 e a almejada inclusão de aprendentes que estão em ambiente familiar adverso e que apresentam reflexos negativos em sua aprendizagem escolar.

Na perspectiva juspedagógica intrínseca ao Direito Educacional, pais em conflito, em regra, produzem consequências nocivas ao ambiente escolar.

Convém ressaltar que diversos são os espeques legais que podem ser utilizados para auxiliar os profissionais do Direito na compreensão, conexão

.....
* Advogado, especialista em Ciência e Legislação do Trabalho.

e na tomada de medidas resolutivas envolvendo o comportamento dos responsáveis legais dos discentes e seus efeitos na rotina dos que ainda não atingiram a maioria legal.

Alguns fundamentos legais podem ser inter-relacionados com princípios do Direito das Famílias sob a ótica jurídico-educacional, dentre eles: CF/88, Art. 5º, I (Tratamento Isonômico); CF/88, Art. 226, §5º (Direitos e Deveres na Sociedade Conjugal); Código Civil de 2002; Lei nº 11.698/08 (Inseriu no CC a Guarda Compartilhada); Lei nº 13.058/14 (Estabeleceu Guarda Compartilhada como regra) c/c Art. 227 da CF/88; ECA, Art. 33, caput; Código de Defesa do Consumidor e Princípios do Poder-dever familiar; da Maternidade/Paternidade Responsável; da Proteção Integral do Infante; da Supremacia do Melhor Interesse da Criança; Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15); Lei da Mediação (Lei nº 13.140/15).

Antes de respondermos às indagações propostas, faz-se imprescindível externar os atores envolvidos na temática, quais sejam: a) escola (Direção/Coordenação Pedagógica, com regras e procedimentos; professores, com coletas de informações, leitura sociopedagógica, aplicação de procedimentos e *feedback*; demais colaboradores); b) educandos (beneficiários diretos); c) pais/responsáveis legais em enfrentamento entre si (clientes/consumidores) e d) sociedade em geral (Estado, sociedade civil organizada, clientes em potencial, concorrentes/mercado, parceiros empresariais).

Evidencia-se, pois, a existência de intensas relações juspedagógicas: a) diretas – entre escolas, educandos (bens jurídicos) e famílias; b) indiretas – entre Estado (poderes-função), sociedade civil organizada (associações, sindicatos, cooperativas), novos contratantes em potencial, benchmarking (concorrentes), parceiros empresariais.

Inclusão social na educação é possibilitar igualdade de condições básicas de oportunidades a todos(as) que se encontram em situação de vulnerabilidade em um processo de aprendizagem. Ofertar ao que precisa o que ele precisa (equidade).

A partir dessa premissa de circunstância de fragilidade de estudantes, entende-se que a inclusão diz respeito não apenas à educação especial, mas também aqueles(as) que estão sendo vitimados(as) por reiterados conflitos familiares e que não são legalmente tidos(as) como “pessoas com deficiência”.

O sistema educacional híbrido da educação inclusiva deve aliar educação regular com a educação especial. Incluindo socialmente, nesta, tanto crianças com algum tipo de deficiência quanto as que estejam com seus estudos comprometidos por estarem em contenda entre seus familiares.

A estabilidade nas relações pedagógicas acontecerá quando no ambiente escolar houver uma interação efetiva, afetiva, inclusiva, entre os que se encontram em conjuntura habitual, corriqueira e os que estejam em desarmonia

intelectual. Quer seja por alguma deficiência permanente ou decorrente de problemas familiares transitórios.

Para que haja inclusão social na educação dos estudantes em situação de risco familiar, estes, mesmo que em caráter passageiro, devem ter a seu dispor as normas brasileiras de inclusão de alunos com deficiência (no sentido legal) para receberem educação inclusiva em escolas inclusivas (escola das diferenças/da diversidade).

A priori, inclusão social na educação é função social inerente e precípua do Estado, sendo seu objetivo, natureza e fundamento de sua criação. Embora as instituições de ensino e as famílias devam estar ombreadas em proveito do sujeito da psicopedagogia.

Nossa Carta Federativa, em seu art. 227, *caput*, estabelece que: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, [...]”

Com isso, é corolário que os responsáveis por assegurar e promover o direito público subjetivo à educação também detêm a responsabilidade pela inclusão social na educação.

Desse modo, os estabelecimentos de ensino não prescindem de diálogos e ações permanentes necessárias à integração, à parceria, entre família, escola, sociedade e Estado.

A Lei 13.146/15 define:

Art. 8º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, [...]

Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis [...]

Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação.

Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

I - sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida;

A Lei Brasileira de Inclusão, em seu Art. 2º, não caracterizou educandos vítimas de conflitos familiares como pessoas com deficiência. No entanto, analogamente, não há óbice legal para que esse sistema de inclusão, essa educação especial, possa ser adaptada para aqueles que têm algum impedimento cognitivo decorrente de relações antagônicas familiares.

A Lei nº 12.796/13, em seu Art. 4º, inciso III, determina:

III - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, transversal a todos os níveis, etapas e modalidades, preferencialmente na rede regular de ensino.

Ainda em sede de analogia, percebe-se que o atendimento educacional especializado presente no inciso III supracitado ratifica a obrigação do Estado em prover um tratamento diferenciado (inclusivo) a aprendentes com dificuldades de aprendizagem; não havendo empecilho para que estudantes em situação de alguma forma de violência doméstica possam estar nesse rol. Tal inciso tem base na Declaração de Salamanca (1994) e Convenção de Direitos da Criança (1998), que colocaram a educação especial dentro da estrutura de “educação para todos” firmada em 1990.

Segundo Menezes (2001), a Declaração de Salamanca ampliou o conceito de necessidades educacionais especiais. Passou a incluir, além das crianças portadoras de deficiências, aquelas que não estejam conseguindo se beneficiar com a escola, independente da dificuldade apresentada.

A inclusão social na educação faz-se imprescindível sempre que algum sujeito aprendente apresente comportamento desviante no meio escolar ou dificuldades em sua escolarização. E todos os educandos em situação familiar não convencional devem ter um olhar diferenciado para que as medidas sejam sempre as mais adequadas.

Inúmeros são os possíveis desentendimentos dentro de núcleos familiares capazes de obstaculizar a educação da prole, dentre eles: divórcio (judicializado ou latente), alienação parental, abandono afetivo, abandono intelectual, violências (física, psicológica, patrimonial, sexual), dificuldades financeiras, ausência de escuta sensível, etc.

Algumas sugestões de procedimentos administrativos podem ser elencadas nessa prática de equidade: a) no ato da matrícula o responsável deve

declarar expressamente sua atual situação de exercício de poder familiar; b) caso a situação esteja formalmente estabelecida em caráter “definitivo” (judicialmente), o responsável deve apresentar a documentação comprobatória; c) caso a situação não esteja formalmente estabelecida ou ainda não esteja decidida judicialmente, apresentar documentação referente à etapa atual ou informações comprováveis das medidas em andamento, responsabilizando-se por omissões; d) a Direção/Coordenação Pedagógica deve explicitar e orientar os professores caso a caso, para que o tratamento ao educando e ao seu responsável seja o mais apropriado; e) todas as práticas dos professores concernentes a educandos e responsáveis em situação de conflito familiar devem ser discutidas com a Coordenação Pedagógica/Direção antes de serem efetivadas, sob pena de responsabilização; f) todos os educandos em situação familiar não convencional devem receber um olhar diferenciado para que as medidas sejam sempre as mais adequadas, implantando-se o Plano Educacional Individualizado (PEI).

Direito Educacional não é mero exercício de abstração. Direito sem efetividade é antidireito em potencial. Estratégias de inclusão social na educação (Políticas Educacionais) devem ser criadas e executadas pelo Estado para garantir e colocar em prática esse direito constitucional que é público e subjetivo de todos. Sem, no entanto, desconsiderarmos o papel da Escola na realização desse direito, com engajamento, presença, atuação e participação da família (relação família-escola).

A tese defendida é no sentido de que os educandos vítimas de conflitos familiares possam contar com o mesmo sistema legal de inclusão dos alunos tidos legalmente como deficientes. Em uma abordagem não apenas analógica, mas também de adaptação de regras às situações concretas observando-se critérios de justiça (equidade).

Essa perspectiva crítico-reflexiva/compreensiva na educação inclusiva é uma tentativa de conscientização, sensibilização para efeitos negativos de enfrentamentos, antagonismos, perturbações no exercício das funções da família na educação. Entendendo-se que, apesar da escola não ter como resolver diretamente problemas intrafamiliares, pode e deve realizar ações inclusivas sendo didático-pedagógicas, administrativas, de intervenção psicopedagógica, de mediação de conflitos ou até mesmo acionar os poderes constituídos: Conselho Tutelar, Ministério Público, Secretaria de Educação, Conselho de Educação, etc.

Adevaldo

Dias Rocha Filho*

.....
ESA/MARANHÃO

Segurança pública, sistema prisional e direitos humanos: a “cultura” do ódio no Brasil – uma visão sociológica



Os direitos humanos são considerados uma conquista, pois os mesmos resguardam o ser humano dos seus direitos básicos. Resumidamente, esses prezam pelo valor à vida, liberdade, fraternidade, igualdade, respeito às diferenças, etc. Esses são os resultados de um processo de luta que prima pelo valor à vida de todo e qualquer cidadão, sem exceção. No entanto, nos últimos anos podemos perceber uma degradação em relação aos direitos humanos.

Por exemplo, quando se fala em direitos humanos na sociedade, uma parcela da população se refere ao termo como “direito dos manos”. O referido termo pode ser visualizado corriqueiramente nas mídias sociais, e por vezes remete a um processo de degradação no qual os indivíduos não se reconhecem enquanto usufruto desses direitos, mas como estes sendo resguardados a uma parcela da população que não os merece. Assim, no consciente de uma parcela da população, esses direitos não são universais, mas servem para “proteger” os “bandidos”, resultando num discurso de ódio diante dos próprios direitos e das pessoas responsáveis por sua efetivação ou regulação.

Na atualidade, vive-se um período em que há uma preocupação corrente com a segurança pública e com as deformações do direito. Nesse íterim, observa-se que os setores de direitos humanos são apontados como os responsáveis pela proteção aos presos e bandidos que cometem crimes bárbaros bem como as minorias. Tais informações são divulgadas nas redes sociais

.....
* Advogado, especialista em Ciência e Legislação do Trabalho.

e aplicativos de mensagem instantânea diariamente formando uma “cultura” de ódio em torno dos direitos humanos.

Pessoas de diferentes classes sociais se insurgem com discurso de ódio, com frases como a da jornalista Raquel Sherazade: “Você que defende o bandido, adote um e leve para sua casa” ou o próprio presidente da República eleito em 2018, Jair Bolsonaro, que diz: “Vou governar para a maioria” e “Eu sou favorável à tortura, tu sabe disso”. Ou ainda é possível pesquisar na internet pela hashtag #direitosdosmanos e encontraremos diversas postagens que remetem a discursos de ódio e repúdio em relação aos referidos direitos.

Percebendo esse contexto, indaga-se: como surgiu e tem se disseminado no Brasil uma “cultura” do ódio aos direitos humanos diante da proteção às minorias e aos presos?

Nesse cenário, temos como objetivo levantar uma discussão acerca da “cultura” do ódio em relação aos defensores dos direitos humanos. É importante ressaltar que negar esse direito é o mesmo que negar a natureza humana racional, seja em relação às minorias, presos ou trabalhadores que são submetidos à condição análoga a de escravo, ou mesmo indigna de se viver.

Partindo do pressuposto que nossas visões de mundos são construídas socialmente a partir de nossas relações sociais, cabe nos indagar como esse pensamento que busca denegrir os direitos humanos tem se forjado ao decorrer do tempo. Nesse sentido, entendemos que o indivíduo passa por um processo de socialização que o leva a interiorizar determinados pensamentos e ideologias, influenciado pela cultura digital que aumenta o processo de propagação de tais correntes de pensamento.

Tendo como pano de fundo o pensamento de Berger e Luckmann (2004), buscamos compreender como essa realidade é construída socialmente para, a partir daí, pensarmos alternativas para a desconstrução dessa visão equivocada acerca dos direitos humanos. Nesse sentido, o trabalho é de grande valia, pois busca mesclar uma abordagem do direito e da sociologia, além de buscar a desconstrução dessa cultura de ódio diante de um direito que é do povo e para o povo.

A partir do estudo em tela, verificam-se dois vieses como objeto de estudo, sendo a concepção sociológica e do direito, construindo assim uma análise interdisciplinar sobre o referido tema. Para tanto, pensamos o direito como algo construído a partir das interações sociais, nesse sentido, um resgate histórico da implementação dos direitos humanos, é importante salientar o pensamento de Berger e Luckmann (2004) para pensar como a realidade é construída e qual a sua relação com o direito e com a degradação dos direitos humanos.

O direito é o resultado das relações sociais, considerando que tem sua origem nos fatos da vida cotidiana, as regras que normatizam essa relação em sociedade é o próprio direito, porém a sociedade é mutável, dessa for-

ma o direito também muda, sendo um fenômeno cultural sociológico e um fato social (DURKHEIM, 1983). Nesse sentido, os direitos humanos podem ser considerados como um fato social que influencia a sociedade, mas como o próprio Durkheim salienta, é possível haver mudanças ao longo do tempo, e são justamente essas mudanças que buscaremos compreender dentro da construção dessa cultura do ódio.

Antes de adentrar no problema, vamos a um resgate histórico dos direitos humanos. Esses surgem no período pós-guerra, quando teve mais força a tentativa para se evitar novos holocaustos, ou mesmo que direitos fundamentais, como o direito à vida ou à liberdade fossem ignorados, desrespeitados de forma deliberada, como ocorreu na Ditadura Militar e/ou “Regime Militar”. Assim, “desde o fim da Segunda Grande Guerra, a preocupação com a violação dos direitos humanos ganhou destaque no cenário internacional” (GUEDES e CASTRO, 2018, p. 259).

Existe um marco regulador, que é antes e depois do surgimento dos DH. O movimento em defesa dos Direitos Humanos cresceu e ganhou seguidores por todo o mundo, bem como intelectuais e muitos doutrinadores que defenderam a existência de tais direitos, pois esses refletem a condição humana.

De acordo com Mazzuoli (2015 apud GUEDES e CASTRO, 2018, p. 259-260), a conquista de direitos, através de lutas históricas que geraram tratados, se deu a partir de um processo de internacionalização e universalização dos direitos humanos. No ano de 1946, foi criado pela Organização das Nações Unidas o comitê de Direitos Humanos, que fora responsável pela criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo esse documento uma visão do mundo desejado pela comunidade internacional.

Em 1948, com base no texto da declaração adotada pela ONU no Brasil, também marca a criação a UNESCO, o tema Direitos Humanos é tratado por essa Organização de forma transdisciplinar e multissetorial.

As primeiras experiências constitucionais já iniciaram tratando a proteção a direitos dos trabalhadores, garantias do juízo, julgamento justo, assistência judiciária e varias outras garantias, porém o marco regulatório ocorreu com a Constituição de 1988.

Muito se avançou nos últimos anos na proteção à vida, desde a constituição cidadã, porém uma avalanche surge com a cultura do ódio criminalizando os direitos humanos como se fossem uma pessoa ou um órgão específico, quando a verdade é um ideal a ser construído dia após dia pela sociedade, pois, quando inexisterem os direitos humanos, apenas a barbárie e o caos tomaram conta da nossa sociedade.

Gilmara Leal*

João Vitor Paiva*

.....
ESA/PERNAMBUCO

A Reforma Tributária e a necessidade de reestruturação da relação contribuinte-fisco



A polêmica reforma tributária em trâmite no Congresso Nacional demonstra rara disposição dos agentes políticos em avançar numa agenda liberal, com os claros objetivos de simplificar o complexo Sistema Tributário Nacional e modernizar a cobrança de tributos de modo a garantir um sistema mais justo e igualitário.

O projeto de Emenda Constitucional nº 45/19 já foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça – CCJ da Câmara Federal e entre suas principais mudanças propõe a extinção do IPI, ICMS, ISS, PIS e COFINS, bem como a criação do Imposto sobre Operações com Bens e Serviços – IBS.

É evidente que quanto à modernização do Sistema Tributário e sua simplificação, a proposta apresenta-se razoável, ocorre que o projeto não contemplou qualquer mudança com foco na relação entre o contribuinte e o Fisco, que há muito tempo já se demonstra necessária e urgente.

.....
* Advogada. Conselheira Estadual da OAB-PE. Pós-graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Coordenadora do Núcleo de Relações Acadêmicas da Escola Superior da Advocacia de Pernambuco – ESA/OAB-PE. Sócia do Araújo Pereira & Leal Advogados. gilmara.leal@apladvogados.com.br.

* Advogado Tributarista. Professor. Mestrando em Direito. Coordenador de Direito Municipal da Escola Superior da Advocacia de Pernambuco – ESA/OAB-PE. Sócio do Paiva & Barros Sociedade de Advogados. joao.paiva@paivabarros.com.br.

Sem pretender exaurir o tema, mas com o intento de trazer a lume observações importantes sobre as ineficiências da administração fiscal, que fragiliza o contribuinte e não arrecada como deveria, se faz necessário refletirmos sobre o atual estágio de corrosão da relação jurídico-tributária.

Na seara tributária, onde o Fisco exerce atividade administrativa plenamente vinculada, cujo vértice lhe impõe o dever de agir de ofício, ante a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, mostra-se claro que a atuação dos órgãos fiscais deve cingir-se a aplicação da Lei. No entanto, o que se observa com indesejada frequência é a criação de um “interesse fiscal”, cujo objetivo precípua é dar vazão a uma inexplicável sanha arrecadatória, que fomenta a criminalização do contribuinte.

Nessa esteira, com o substancial acréscimo das prerrogativas fiscais, a Fazenda Pública termina submetendo o contribuinte a situações que por vezes assemelham-se ao império de uma Justiça Tributária digna dos antigos Estados Pré-liberais. Esses avanços dos poderes fiscalizatórios são caracterizados através de normas sancionatórias despóticas, da criminalização da relação jurídica tributária, da imposição de multas confiscatórias e da ampliação desmedida das obrigações acessórias.

É necessário salvaguardar os Direitos Fundamentais dos Contribuintes através de uma relação jurídica tributária de Direito e não de Poder, conforme acontece contemporaneamente. A administração tributária, como dito, deve ser baseada na aplicação da Lei Tributária, de modo que a criação do chamado “interesse fiscal” torna-se a escusa perfeita para o desrespeito dos direitos básicos do cidadão e contribuinte.

A título exemplificativo, podemos citar inúmeras situações nas quais o atual formato da relação entre contribuinte e Fisco mostra o seu esgotamento. O cerceamento ao Direito a legítima compensação tributária, através da criação do Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal (TDPF), no qual há a interrupção indefinida da compensação para confirmar a certeza e liquidez do crédito, é um dos diversos exemplos dos excessos cometidos pela Administração Fiscal.

A compensação tributária de créditos oriundos de processo judicial transitado em julgado não pode ser obstruída pela Fazenda Pública, conforme a aplicação correta do art. 74 da Lei nº 9.430/96. Assim, a obstrução ilegal da compensação tributária através da instauração dos TDPFs vulnera Direitos Fundamentais do Contribuinte em seu núcleo básico, impossibilitando o ressarcimento de tributos que foram pagos indevidamente por anos.

Desse modo, havendo decisão judicial transitada em julgado que ateste o crédito tributário do contribuinte, poderá ocorrer a habilitação para o início da compensação, cabendo a sua fiscalização aos órgãos Fazendários. No entanto, estes desvirtuam a finalidade da norma ao criar embaraço para a compensação do crédito, forçando via de regra o contribuinte a uma nova e

desgastante busca ao judiciário, a fim de fazer valer o seu crédito.

A necessidade de um novo processo para garantir o direito às compensações acarreta inúmeras consequências negativas, sobrecarrega o judiciário, põe em xeque as decisões judiciais e atenta contra a dignidade da justiça. Tal situação vulnera o próprio judiciário, à medida que não há o cumprimento de decisões transitadas em julgado, em completo desrespeito à coisa julgada.

A criminalização do planejamento tributário também demonstra o descompasso da atuação do Fisco com as garantias básicas dos contribuintes. A busca pela economia tributária, dentro dos padrões facultados pela legislação societária e tributária, é lícita e desejável inclusive para o cumprimento da função social da empresa, insculpida no Art. 5º, XXIII da Constituição Republicana de 1988.

A responsabilização criminal apenas possui guarida legal na ocorrência de conduta ardil, com o claro intuito do contribuinte em burlar o Fisco mediante a prática de atos tipificados como ilícitos penais. Desse modo, utilizar-se de institutos jurídicos legítimos para a diminuição da carga tributária consiste no exercício regular de Direito, objetivando o cumprimento da função social da propriedade e fomentando a livre-iniciativa.

No mesmo sentido, é a responsabilização pessoal do sócio-administrador de pessoa jurídica pelos débitos tributários oriundos da empresa, ocorrendo frequentemente a cobrança direta ao administrador. O redirecionamento do débito ou da execução fiscal dependerá de condutas em excesso de poder, abuso de direito e da legislação tributária, violação do contrato social ou estatuto, bem como pela dissolução irregular da pessoa jurídica.

Para a ocorrência do redirecionamento ao sócio é vital a caracterização de fraude, confusão patrimonial, desvio de finalidade da pessoa jurídica, tudo isso devidamente provado através de processo administrativo com respeito ao contraditório e ampla defesa, ou devidamente provado no processo judicial.

O sócio de boa-fé, que tenha atuado em conformidade com o Direito e dentro da legalidade, ainda que a empresa não possua possibilidade de adimplir com suas obrigações tributárias, não poderá ser responsabilizado, conforme preconiza o Art. 135 do CTN, divergindo, assim, da inadequada interpretação adotada pelo Fisco, por defender que se deve analisar o redirecionamento de modo amplo e irrestrito.

É diante de tantas tensões entre Fisco e contribuinte que a reforma tributária não deveria por à margem os Direitos Fundamentais do Contribuinte, no mesmo Congresso Nacional em que tramita a mencionada reforma também tramita o projeto de Lei (PLS nº 298/2011), que versa sobre a criação do Código de Defesa do Contribuinte.

A aprovação da Reforma Tributária em andamento, sem a expressa sal-

vaguarda dos Direitos do Contribuinte, será mera reformulação de tributos. Reforma em sua verdadeira acepção semântica significa mudança estrutural de algo, diferente disso, estaremos reformando pela metade e postergando ainda mais os notáveis gargalos já existentes.

Um bom exemplo, que pode ser utilizado como baliza para o rol de Direitos Fundamentais do Contribuinte veiculado em eventual Código, é a Carta de Direitos dos Contribuintes aprovada pelo Instituto Latino Americano de Direito Tributário (ILADT), em novembro de 2018.

A Carta de Direitos dos Contribuintes empreende sólidos avanços em cinco eixos temáticos, quais sejam: Direitos Fundamentais de Matriz Constitucional, Direitos Procedimentais e Processuais, Direitos de Intimidade do Contribuinte, Direitos a Coisa Julgada e Segurança Jurídica e os Direitos a Tributação Internacional.

Entre os direitos previstos na Carta, estão o respeito à capacidade contributiva e à isonomia, vedação à disparidade de armas na relação tributária, vedação ao princípio do Solve et Repete (pagamento do tributo para permitir sua discussão) tanto na via administrativa quanto judicial, proteção aos dados fiscais dos contribuintes, direito a obtenção de resposta em prazo determinado, vinculação da administração e publicidade ao respondido.

As preocupações suso esposadas possuem como escopo o apelo à promoção pelo Estado do reequilíbrio da Relação Jurídico-Tributária, preconizadas pela inclusão dos Direitos do Contribuinte no rol da Reforma Tributária, com o objetivo de buscar uma efetiva Justiça Tributária, de há muito perdida no Brasil.

Deste modo, cabe à administração fiscal, ao contribuinte, ao advogado tributarista, aos juízes, aos agentes políticos, uma ampla abertura procedimental da discussão pública pela busca de uma verdadeira Justiça Fiscal, digna a um Estado Democrático de Direito.

Ingrid Zanella*

.....
ESA/PERNAMBUCO

Arbitragem marítima e portuária



Recentemente o Decreto no 10.025, de 20 de setembro de 2019, regulamentou a arbitragem com destaque ao setor portuário e de transporte aquaviário, o que constitui um avanço no que concerne à segurança jurídica, com a redução de riscos, possibilitando uma resolução mais célere, segura e tecnicamente mais aprimorada.

Destaca-se a regulamentação da arbitragem portuária já estava prevista no Decreto no 8.465, de 08 de junho de 2015 (revogado pelo Decreto no 10.025/2019), em relação ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras, conforme disposto no par. 1º, do art. 62, da Lei no 12.815/2013.

A arbitragem poderá ser utilizada para dirimir litígios que envolvam a União ou as entidades da administração pública federal e concessionários, subconcessionários, permissionários, arrendatários ou operadores portuários.

O Decreto regulamenta o procedimento arbitral, como prazo mínimo para resposta inicial, sem estabelecer prazos distintos para a administração pública se manifestar, possibilitando a paridade entre as partes envolvidas; bem como prazo máximo para apresentação da sentença arbitral, garantindo a celeridade almejada pelo mercado.

As custas e despesas, conforme já estipulava o Decreto no 8.465/ 2015, devem ser antecipadas pelo contratado, podendo ser posteriormente restituídas e, em caso de sucumbência recíproca, rateadas de forma proporcional. Cada parte deve arcar com os custos da contratação de assistentes técnicos, salvo convenção entre as partes.

.....
* Vice-presidente da OAB-PE, Sócia - Titular de Direito Marítimo, Portuário e Aduaneiro de Queiroz Cavalcanti Advocacia, doutora em direito, árbitra do Centro Brasileiro de Arbitragem Marítima e Professora da UFPE.

Deverá haver um credenciamento da câmara arbitral pela Advocacia-Geral da União, conforme requisitos mínimos previstos no Decreto, como: regular funcionamento há, no mínimo, três anos; reconhecida idoneidade, competência e experiência; e possuir regulamento próprio. Destaca-se que, considerando que o credenciamento é realizado pela União, o parceiro privado poderá escolher entre as câmaras credenciadas.

Poderão ser objeto da arbitragem os direitos patrimoniais disponíveis, nessa esfera, o Decreto menciona algumas hipóteses, através de um rol meramente exemplificativo, citando as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.

O decreto em glosa menciona que os contratos de parceria poderão conter cláusula compromissória ou cláusula que discipline a adoção alternativa de outros mecanismos adequados à solução de controvérsias. Bem como, que os contratos que não contiverem cláusula compromissória ou possibilidade de adoção alternativa de outros mecanismos adequados à solução de controvérsias poderão ser aditados, desde que seja estabelecido acordo entre as partes.

Por fim, na hipótese de ausência de cláusula compromissória, a administração pública federal, para decidir sobre a celebração do compromisso arbitral, avaliará previamente as vantagens e as desvantagens da arbitragem no caso concreto. Demonstrando que a previsão no contrato não é condição necessária para a realização da arbitragem.

Quanto ao direito intemporal, o Decreto esclarece que, em regra, este não se aplica às arbitragens que tenham sido objeto de convenção de arbitragem firmada anteriormente à sua data de entrada em vigor.

Ponto importante é a submissão do segurador, a cláusula arbitral constante no contrato marítimo e portuário, que pode interferir nas relações negociais no contrato de parceria com a União, a depender do caso. Isso pois o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a Seguradora está obrigada a se submeter a cláusula arbitral contida em contrato firmado entre ente segurado e terceiro¹. Portanto, a seguradora se sub-roga, além dos direitos, também nas ações do segurado, conforme arts. 349 e 786, CCB, considerando que direitos da seguradora se impõem ex vi legis e não ex vi voluntate, inclusive quando há cláusula compromissória escrita a demonstrar a manifestação de vontade das partes.

Pela sub-rogação, a seguradora assume, na exata proporção do seu adimplemento, a posição do dono da coisa segurada, havendo a novação subjetiva do crédito à indenização, passando a ter todos os direitos, ações, privilégios e garantias (art. 349² do CCB) - suportando inclusive todas as exceções que o sub-rogado teria de enfrentar.

No direito marítimo, além da cláusula de arbitragem, é comum a inserção da cláusula de eleição de lei e de regulação da avaria grossa pelas Regras de York e Antuérpia nos contratos de transporte e afretamento. Entretanto, destaca-se que o Decreto no 10.025/2019 já institui que as regras de direito material para fundamentar a decisão arbitral serão as da legislação brasileira, bem como que a arbitragem será realizada no Brasil e em língua portuguesa, excluindo a possibilidade das partes escolherem o foro e a legislação aplicável.

No âmbito do direito portuário, por exemplo, é obrigatório para a Autoridade Portuária, o arrendatário, o autorizatário e o operador portuário, contratar seguro de responsabilidade civil e de acidentes pessoais para cobertura para os usuários e terceiros e outros exigidos em convênio de delegação, ou nos respectivos instrumentos contratuais. A não contratação do referido seguro constitui infração administrativa, que pode acarretar a aplicação de multa de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), conforme Resolução nº 3.274 – ANTAQ ³.

Como consequência, as seguradoras deverão assumir algumas precauções, incluindo a análise prévia de contratos marítimos e portuários, principalmente quando a arbitragem envolver questões com remoção de destroços, avaria grossa, responsabilidade ambiental, pirataria e salvamento.

Assim, para que o segurado não perca seu direito à garantia securitária, é fundamental que atue com diligência, boa-fé e eficiência, prontamente comunicando a seguradora do sinistro conhecido e realize todos os atos de preservação de seu próprio direito e da seguradora, assegurando a esta o pleno exercício do direito à sub-rogação.

.....

1. PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA CONTESTADA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO MÉRITO DA RELAÇÃO DE DIREITO MATERIAL. FIXAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. ART. 20, § 4º, DO CPC/1973. PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA DEFERIDO.

1. O controle judicial da homologação da sentença arbitral estrangeira está limitado aos aspectos previstos nos arts. 38 e 39 da Lei n. 9.307/1996, não podendo ser apreciado o mérito da relação de direito material afeto ao objeto da sentença homologada.

2. Os argumentos colacionados pela requerida, segundo os quais “a tese de que o direito de sub-rogação da Seguradora é contratual, estabelecendo a transferência de direitos à Mitsui, é inválida, aos olhos da lei nacional, pois os direitos da seguradora impõem-se ex vi legis e não ex vi voluntate”, bem como de que “a r. sentença proferida pelo Tribunal Arbitral, verdadeiro erro in judicando, produziu, com a devida vênia, aberração jurídica”, são típicos de análise meritória, descabidos no âmbito deste pedido de homologação.

3. Na hipótese de sentença estrangeira contestada, por não haver condenação, a fixação da verba honorária deve ocorrer nos moldes do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil/1973, devendo ser observadas as alíneas do § 3º do referido artigo, porque a demanda iniciou ainda sob a vigência daquele estatuto normativo. Além disso, consoante o entendimento desta Corte, neste caso, não está o julgador adstrito ao percentual fixado no referido § 3º.

4. Pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira deferido. (SEC 14.930/EX, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/05/2019, DJe 27/06/2019)

² Art. 349 do CCB: A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores

³ Aprova a norma que dispõe sobre a fiscalização da prestação dos serviços portuários e estabelece infrações administrativas.

Bárbara Lupetti*

.....
ESA/RIO DE JANEIRO

A nova audiência do art. 334 do CPC: entre a celeridade e a consensualidade



1. Entre o “dever-ser” e o “ser”: as esperanças do legislador e o exercício da jurisdição

A intenção deste texto é refletir, a partir da realidade forense, se [e como] vêm sendo implementadas [ou não] as novas audiências de conciliação e de mediação, introduzidas pelo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), no artigo 334, e sem correspondência no sistema processual anterior.

Como cediço, desde o ano de 2010, através da Resolução nº 125, o Conselho Nacional de Justiça vem incentivando a conciliação e a mediação, tratando-as como “instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios”, com a esperança de que sejam implementadas no país para garantir a redução de litígios e “a excessiva judicialização dos conflitos” sociais.

Nessa linha, a própria exposição de motivos do CPC de 2015 ressalta o espírito de paz que se pretende implementar no sistema de justiça: “pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação”.

Considerando o espaço acadêmico que ocupo, de modo a privilegiar um diálogo permanente entre o Direito e a Antropologia, devo dizer que não acredito na ideia reducionista [e positivista] de que o Direito se esgota no

.....
* Advogada. Professora da Faculdade de Direito da UFF e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida (PPGD-UVA). Pesquisadora do INCT/InEAC. E-mail: blupetti@globo.com.

campo normativo. Logo, jamais acreditei que, simplesmente porque o Novo CPC assim previu, a conciliação e a mediação iriam, de fato, “acontecer”, ou seja, virar realidade nos cotidianos dos Tribunais.

Na perspectiva da Antropologia, o Direito é muito mais do que as instituições formais e as leis, incorporando uma dimensão empírica fundamental de ser observada.

Nessa dimensão, para a Antropologia do Direito, as práticas sociais e os diferentes modos de vida dos seres humanos não são coincidentes com códigos legais escritos, tribunais de justiça formais, profissões especializadas, legisladores, polícia e autoridade, sendo muito importante deslocar o olhar para a realidade para entender como o Direito acontece cotidianamente.

Como diria Bronislaw Malinowski, antropólogo polaco, em seu livro clássico intitulado “Crime e Costume na Sociedade Selvagem”, “o verdadeiro problema não é estudar como a vida humana se submete às regras – isso simplesmente não acontece; o problema real é saber como as regras se tornaram adaptadas à vida” (2003, p. 127).

Nesse sentido, para entender se [e como] as audiências do art. 334 do Novo CPC estão, de fato, acontecendo; e como o sistema de justiça vem recepcionando essa nova realidade – de um Judiciário discursivamente preocupado com o consenso, com o diálogo e com a autonomia da vontade das pessoas –, eu não poderia prescindir ou desprestigiar o olhar empírico, de modo que, para tanto, pretendo compartilhar, nesta edição, resultados incipientes de pesquisas que venho realizando no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, acerca das audiências de mediação e de conciliação, previstas no art. 334.

Tratarei aqui, portanto, de descrever como o artigo 334 do CPC vem se adaptando à vida e à rotina do Judiciário Carioca.

Registre-se que a pesquisa que respalda essas reflexões, muito resumidamente descritas neste texto, privilegiou a observação direta de audiências – do art. 334 do NCPC – quando elas aconteciam, associada a conversas (entrevistas) formais e informais com operadores do direito a fim de compreender as suas representações acerca da novidade de se introduzir tais audiências como atos processuais obrigatórios, além de análise jurisprudencial, por amostra aleatória, no site do TJERJ.

2. As idealizações legislativas

O CPC, desde o Capítulo I, que trata das normas fundamentais do processo civil, destaca, no art. 3º, § 3º, que a “conciliação, a mediação e outros

métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

O art. 334, textualmente, prevê, no modo imperativo, que: “se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação”, sendo que o § 4º prevê a excepcionalidade de a audiência não ocorrer, quando: “I – ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II – não se admitir a autocomposição”.

Ou seja, a partir de março de 2016, todos os processos judiciais distribuídos, que não estejam nas hipóteses excepcionais do § 4º do art. 334, devem ter como ato processual inaugural uma audiência (de mediação e/ou de conciliação, a depender do caso).

3. As possibilidades [ou impossibilidades] empíricas: “eu não acho que estamos obrigados a marcar essa audiência”

Quando o legislador prescreveu, ele apenas imaginou o ideal.

Porém, na prática, a teoria é outra; e os dispositivos que orientam a empiria são mais complexos.

Logo nos primeiros meses de vigência do CPC, já era possível se deparar com decisões que resistiam à designação da audiência do art. 334, mesmo quando a parte autora manifestava, na inicial, interesse expresso pela audiência: “[...] deixo de designar a audiência prevista no artigo 334, do CPC, com base no princípio da utilidade e da duração razoável do processo”.

Ou: “[...] a prática ensina que o percentual de acordos em varas cíveis é pequeno, senão irrisório, logo, inviável alongar por meses o tempo de resposta do réu, simplesmente para a realização de audiência de conciliação”.

E, ainda: “deixo de designar a audiência do art. 334, porque as partes podem transigir em qualquer momento processual. Cite-se o Réu”.

Além disso, também apareceram falas e justificativas relacionadas a deficiências estruturais, que impediriam a designação de audiências que “entupissem” as pautas.

Um juiz disse, certa vez, que: “a falta de conciliadores na vara e a ausência de mediadores suficientes têm sido determinantes para o fato de eu não designar a audiência do 334”. E outro, mencionou: “Eu não designo nunca. Se

as partes quiserem, elas vão conciliar independente disso. Não tenho estrutura para marcar audiência em todos os processos”.

Para além disso, também verifiquei certa resistência por parte dos advogados, que questionavam a obrigatoriedade da audiência: “Se as partes quisessem acordo, não estávamos aqui”; “[...] audiência, depois de distribuída a ação, não tem efetividade, tem de ser antes”; ou “Essa moda não vai pegar, não é da nossa cultura”.

De todo modo, a regularidade das falas sempre apontava para o mesmo obstáculo: a celeridade processual. “Fazer audiência leva tempo... um tempo que nós não temos para oferecer”.

Por outro lado, embora a pesquisa não seja quantitativa, mas qualitativa, tenho observado que a maioria das Varas Cíveis da Comarca da Capital do Rio de Janeiro não tem designado as audiências do art. 334 como “regra”, embora existam juízes que fazem questão de designá-las.

Conversei com colegas advogados que me relataram que existem magistrados que são “militantes em favor da conciliação e da mediação” e “fazem questão de marcar as audiências, mesmo que a parte autora já adiante, na inicial, o seu expresse desinteresse pela audiência”. Um entrevistado mencionou: “Acho isso um absurdo. Uma perda de tempo...”

4. Problematicando: entre a celeridade e o consenso; e entre a autonomia e a decisão judicial

Os dados da pesquisa sugerem uma primeira importante reflexão: na disputa entre celeridade e consensualidade, a celeridade ganha sempre.

Um juiz me disse, muito claramente: “acredito que a não designação da audiência conciliatória nesta fase [inicial do processo] permite considerável encurtamento da pauta e, também, atenderá ao espírito da nova legislação processual civil, de que as partes têm o direito de obter, em prazo razoável, a solução integral do mérito”.

Além desse magistrado, ouvi, mais de uma vez, que: “[...] a audiência retarda o processo”. Ou: “quem quer fazer acordo, faz. E só traz pra gente homologar”. “Enquanto faço uma audiência, posso despachar mais de dez processos. O que é melhor?”.

Logo, entre as dúvidas sobre a possibilidade, ou não, de um acordo e um despacho certo, que põe andamento ao processo, é este último que costuma ganhar a causa.

E, para além disso, uma segunda importante reflexão que os dados empíricos apontam é a seguinte: quem dá efetividade, ou não, à norma do art. 334 é o juiz. É ele quem controla os “usos empíricos” do art. 334. É a postura casuística e discricionária do juiz, e não o interesse das partes/sujeitos do processo, que determina se a audiência poderá acontecer ou não. É o juiz que decide sobre o espaço do consenso no processo.

Há magistrados que designam, e outros que não designam, independentemente do texto literal do art. 334.

Sendo assim, é a percepção pessoal ou o posicionamento doutrinário dos magistrados, e não os critérios legais, que autorizam, ou não, se [e em que circunstâncias] haverá margem de consensualidade naquele determinado processo.

Então, a problemática que eu levanto para pensar é: quando tudo começou, no mundo dos meios alternativos de solução de conflitos, o que se queria era justamente o deslocamento do poder de decisão do juiz para as partes, dando-lhes autonomia e empoderamento.

Se, na prática, a lógica do novo CPC (re)inverte esse papel, reorganizando o espaço de forma a manter concentrada no juiz a decisão que autoriza, ou não, a realização da audiência, notamos que, em vez de o consenso ser uma garantia à disposição das partes, ele se torna, de novo, um instrumento do Estado, o Estado-Juiz, que continua na centralidade do processo.

E, além disso, restringindo-se a questão ao binômio “celeridade e efetividade”, que aparece como obstáculo à designação das audiências, fica fácil perceber uma aparente contradição entre o discurso jurídico idealizado em favor dos meios alternativos de administração de conflitos e as práticas judiciais que parecem reduzir esses métodos a atos processuais burocratizados e centralizados nas mãos do juiz.

Sendo assim, se, de um lado, o legislador parece estimular a cultura do consenso e os discursos normativos são entusiastas do método, de outro, a prática tem mostrado certa reação a essa nova ideologia processual, com a justificativa de que a celeridade processual não pode ser comprometida pela tentativa de fomentar o diálogo entre as partes envolvidas, retirando, delas mesmas, o direito e a garantia de decidir como seguirá o curso do seu processo.

O que interessa pontuar aqui, portanto, não tem relação com a defesa de uma tese contrária ou favorável a essas formas consensuais de tratamento de conflitos, mas descrever e pensar sobre esse aparente paradoxo que parece pretender colocar as partes no centro dos conflitos, mas, ao mesmo tempo, lhes retira a possibilidade de decidir sobre o caminho do seu próprio processo, condicionado que fica à decisão do juiz, que, a depender de sua posição pessoal sobre a potencialidade do art. 334, autoriza, ou não, o espaço judicial do consenso.

Rodrigo

Dias de Pinho Gomes*

.....
ESA/RIO DE JANEIRO

Considerações sobre a figura do encarregado pelo tratamento de dados pessoais na Lei Geral de Proteção de Dados



A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – Lei nº 13.709/18, cuja entrada em vigor se dará em agosto de 2020, tem despertado amplos debates sobre as melhores práticas de implementação das profundas mudanças legais, procedimentais e culturais por ela propostas.

Dada a inexistência de uma lei tão abrangente na tutela dos dados pessoais no sistema jurídico brasileiro, diversas foram as mudanças paradigmáticas trazidas pela LGPD. Dentre elas se destaca a criação da figura do data protection officer, também conhecido como “DPO”, por aqui chamado de encarregado, em forma “importada” do Regulamento Europeu de Proteção de Dados (General Data Protection Regulation – GDPR).

O vocábulo encarregado aparece 7 vezes na LGPD, que traz ainda, em seu artigo 5º, inciso VIII, uma definição legal, que seria a “pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).”

.....
*Sócio da Sociedade de Advogados Pinho Gomes. Doutorando e mestre em Direito Civil pela UERJ. Professor dos cursos de pós-graduação da PUC-RIO, IBMEC Rio e Belo Horizonte. Professor e coordenador da área de Direito e Tecnologia da Escola Superior de Advocacia. Pesquisador visitante na European University Institute - San Domenico di Fiesole, Italia. E-mail: rodrigo@pinhogomes.com.br.

A nomeação de um encarregado será obrigatória para as pessoas naturais, empresas (art. 41) e pelo Poder Público (art. 23, III) que realizam tratamento de dados pessoais, e representa uma função crucial na conformidade das práticas previstas na Lei Geral Proteção de Dados, já que as sanções podem alcançar, dentre diversas hipóteses, o valor de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração (art. 52). Caberá à ANPD dispor sobre os casos de dispensa de indicação de encarregado, de acordo com o porte e atividades envolvidas (art. 41).

Na Europa, o Article 29 Working Party definiu a figura do encarregado como “pedra angular” para a conformidade das empresas com o regulamento de proteção de dados, sendo razoável que a mesma relevância do cargo seja observada no Brasil, sobretudo diante da ausência de cultura de proteção de dados na sociedade brasileira, ao contrário do que se observa na Europa, que já conta com regras sobre o tema desde 1995.

Inicialmente, o texto original da LGPD previa que o encarregado seria “pessoa natural”. No entanto, a palavra “natural” foi suprimida pela Medida Provisória nº 869 e depois pela Lei nº 13.853 de 2019, que alterou inúmeros pontos da LGPD. Com isso, passou a se admitir que empresas e pessoas físicas atuem como DPO, sem exclusão legal de uma ou outra possibilidade.

A mesma Lei nº 13.853 suprimiu ainda o § 4º e seus três incisos, previstos no artigo 41 da LGPD. O parágrafo excluído previa, dentre outros, que o encarregado deveria ser detentor de conhecimento jurídico-regulatório e ainda a garantia da autonomia técnica e profissional no exercício do cargo. O trecho alterado e vetado trazia previsão quase que idêntica ao disposto na GDPR, que será abordada mais à frente.

Em suma, a primeira conclusão que se pode extrair, no presente momento, é no sentido de que: 1) as recentes alterações na LGPD permitiram que empresas exercessem a função de DPO, 2) foi excluída a exigência de conhecimento jurídico e técnico pelo encarregado e 3) foi retirada a garantia de autonomia no desempenho das funções do DPO.

Apesar de trazer mais facilidades e talvez provocar uma redução de custos para os controladores que deverão nomear um encarregado, a Lei nº 13.853 enfraqueceu garantias importantíssimas para o exercício de suas atribuições, que estão expressamente previstas no Regulamento Europeu.

Tanto na Europa quanto no Brasil, cabe ao encarregado receber do controlador todas as informações que identifiquem eventual atividade de tratamento de dados, entender todo o ciclo de vida dos dados pessoais, instruindo-o para que as atividades de tratamento estejam em conformidade aos princípios, direitos e demais normas que constam na Lei Geral de Proteção de Dados.

Todas as conclusões e instruções do encarregado devem ser levadas ao

conhecimento dos mais altos escalões hierárquicos do controlador, em razão do poder decisório daquele e dos riscos envolvidos em caso de inadequação à LGPD.

Cabe ainda ao encarregado a função de elo entre a organização, a ANPD e os titulares dos dados, atuando como canal de interlocução com esses entes, devendo o DPO zelar para que o acesso a ele seja facilitado, de forma gratuita, clara e pública nos meios de comunicação do controlador, conforme art. 41, § 1º.

E não para por aí. O encarregado pode ainda coordenar a elaboração do relatório de impacto à proteção de dados pessoais (art. 5, XVII), documento que poderá ser exigido pela ANPD nos casos que envolverem, por exemplo, tratamento de dados sensíveis (art. 38), utilização de legítimo interesse como base legal (art. 10, § 3º).

É importante salientar que o encarregado não pode ter nenhuma ingerência sobre as atividades do controlador, pois, em razão de sua independência, o DPO deve apenas orientar, cabendo a gestão exclusivamente ao respectivo controlador.

Considerando-se o papel crucial exercido pelo DPO, o Regulamento Europeu de Proteção de Dados – GDPR, que serviu de inspiração para a LGPD, mostra-se bem mais compreensivo quando trata do encarregado, e não obrou em omissão legislativa na garantia de autonomia e na necessidade de conhecimento técnico, ao contrário da Lei Brasileira, após sua alteração.

Diante disso, a GDPR traz em seu artigo 37 a exigência de conhecimentos especializados no domínio do direito e das práticas de proteção de dados, bem como afirma, no artigo 38, que ele não pode receber instruções para o exercício das suas funções, não pode ser destituído nem penalizado em razão do exercício de suas funções.

Em recente parecer proferido nos autos processo n.º 14/PP/2018-G do Conselho Geral da Ordem dos Advogados Portugueses, cujo voto condutor foi proferido pelo conselheiro Zacarias de Carvalho, se decidiu, por maioria, sobre a impossibilidade de advogados cumularem a defesa dos direitos de determinado controlador com a função de Encarregado da Proteção de Dados. Essa decisão vale de grande alerta para o sistema brasileiro, pois pode implicar em eventual conflito de interesse e incompatibilidade também sob a ótica do ordenamento jurídico pátrio.

Diante de todo o exposto, analisando-se o Regulamento Europeu e a LGPD, é possível extrair algumas conclusões preliminares acerca da atuação do encarregado, função que ganhará extrema relevância a contar de agosto de 2020:

- 1) Ao encarregado devem ser conferidas garantias efetivas de autonomia

no desempenho de suas funções, não se admitindo que seja penalizado em razão do desempenho destas. Diante destas garantias, pode-se admitir inclusive que este seja parte integrante da organização ou ator externo, prestador de serviços.

2) A função de encarregado por ser exercida por pessoa natural ou jurídica, existindo possibilidade de criação de novos modelos de negócios empresariais com objeto social dedicado à função de DPO.

3) É altamente recomendável que o encarregado tenha comprovado conhecimento jurídico específico sobre proteção de dados, bem como noções sobre o funcionamento da tecnologia utilizada pelo controlador, exigência expressa na GDPR. Seria de suma importância que a ANPD regulamentasse requisitos mínimos o quanto antes, na forma do artigo 41, § 3º da LGPD, visando evitar dúvidas e questionamentos neste sentido.

4) O encarregado, a priori, não poderá ser responsabilizado por eventual aplicação de sanção ou responsabilidades ao controlador advindas de violação à LGPD, uma vez que a sua função é meramente consultiva, não cabendo ao encarregado adotar nenhuma medida junto a qualquer operação de tratamento de dados. Cabe ao controlador adotar, ou não, as orientações do encarregado, ciente dos riscos.

5) Não se pode admitir a irresponsabilidade total do encarregado, devendo, no entanto, somente o responsabilizar em casos excepcionais, onde haja comprovadamente dolo no sentido de induzir o controlador a adotar atitude teratológica e manifestamente contrária aos mandamentos da LGPD.

Por fim, diante do cenário que se apresenta sobre o encarregado, figura de papel central na implementação e aplicação efetiva dos princípios e direitos previstos LGPD, parece cristalina a necessidade preeminente de nomeação do Conselho Diretor da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, a quem caberá, dentre diversas competências, estabelecer normas complementares sobre a definição e as atribuições do encarregado (artigo 41 § 3º). Somente através de uma atuação firme, responsável, independente e técnica da ANPD é que todas essas inquietudes serão sanadas.

Mariana

Ribeiro Siqueira*

.....
ESA/RIO DE JANEIRO

Parâmetros para a aplicação da teoria do adimplemento substancial



A teoria do adimplemento substancial vem sendo largamente aplicada pelos tribunais brasileiros e, embora não haja previsão legal ou regulamentação expressa no ordenamento pátrio, defende-se que o instituto tem por fundamento a boa-fé objetiva.

Com campo de incidência bastante amplo – incluindo-se, por exemplo, a exceção de contrato não cumprido e a extensão da responsabilidade do devedor pelo fortuito em casos de mora –, é inegável que o adimplemento substancial, atualmente, tem sua maior aplicação no âmbito das discussões acerca da resolução contratual: a extinção da obrigação será rechaçada com base no referido instituto quando o descumprimento, por parte do devedor, não tenha sido relevante ou quando a obrigação houver sido essencialmente cumprida, permitindo tão somente a indenização por perdas e danos.

Apesar da possibilidade de limitação do direito do credor de pôr fim à relação contratual em casos nos quais a medida se mostra abusiva e em desconformidade com os valores promovidos pelo ordenamento brasileiro, a verificação da incidência ou não da teoria no caso concreto apresenta significativas dificuldades.

Ante a ausência de dispositivo legal que regule o instituto, de conceitos

.....
* Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e pela Université de Droit d'Économie et des Sciences Sociales de Paris (Paris II, Panthéon-Assas). Professora de cursos de pós-graduação lato sensu e de extensão da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, da OAB/RJ e do CBMA. Membro da Comissão de Direito Civil da Ordem dos Advogados – Seccional do Rio de Janeiro e do Instituto Brasileiro de Direito Civil. Conselheira do Comitê Brasileiro da Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française. Advogada.

que definam objetivamente o que é o adimplemento substancial, da diversidade contratual à qual se aplica a teoria e das peculiaridades fáticas de cada caso concreto, cabe à doutrina e à jurisprudência a tarefa de identificar limites e parâmetros para a sua incidência.

Ocorre que, inobstante os estudos e manifestações dos tribunais a respeito da importância do tema e da necessidade de utilização parâmetros que guiem a aplicação da teoria do adimplemento substancial no caso concreto, na grande maioria dos julgados, o que se verifica é a utilização exclusiva do critério quantitativo: avalia-se unicamente a proporção matemática da obrigação cumprida pelo devedor, comparando-a com a totalidade contratada, e, pela análise da porcentagem cumprida de determinado contrato, decide-se acerca da incidência do instituto.

A análise da proporcionalidade entre a obrigação cumprida e o objeto do contrato para a verificação da substancialidade de determinado adimplemento é, sem dúvidas, bastante sedutora. Ao invés de investigar a causa do contrato e identificar o interesse útil a ser atingido, para, diante do caso concreto, verificar se determinado cumprimento defeituoso pode ou não ser classificado como de escassa importância, o julgador tem, à sua disposição, critério simples e objetivo: por meio de operação matemática, constata-se se determinado cumprimento atingiu o patamar entendido como suficiente a manter o contrato.

Embora, a um primeiro olhar, o critério pareça solucionar de forma rápida e efetiva os problemas relacionados à aplicação do adimplemento substancial, principalmente diante de prestações de cunho pecuniário, essa ideia não se sustenta sob uma análise um pouco mais crítica.

Inicialmente porque, tendo em vista que os contratos são firmados com o objetivo de serem cumpridos em sua integralidade, seria um contrassenso defender, de forma indiscriminada, que o cumprimento de qualquer parcela menor de que 100% seria apto a afastar a resolução. Além disso, em razão das peculiaridades de cada relação contratual, o inadimplemento, ainda que em proporções iguais, terá diferentes impactos, podendo, em determinada hipótese, configurar um descumprimento irrisório ou incapaz de ferir o sinalagma contratual, enquanto, em outras, importar na perda da função da obrigação como um todo.

Se, de um lado, um descumprimento proporcionalmente ínfimo do contrato pode acarretar na perda do interesse do credor, de outro, também se pode afirmar que um descumprimento total da obrigação não configura inadimplemento absoluto.

Diante da insuficiência do critério meramente quantitativo, que acaba por gerar, inclusive, disparidade entre os julgados quanto ao percentual que configuraria parcela ínfima do contrato, propõe-se a utilização dos critérios a seguir expostos, em conjunto, para aferição da incidência da teoria no caso concreto.

O primeiro deles é o interesse útil, conceito de extrema importância e que, por estar intimamente ligado à configuração, seja da mora, seja do inadimplemento absoluto, é comumente utilizado para aferir a incidência da teoria do adimplemento substancial em determinado caso concreto: se a prestação, ainda que defeituosa, tiver utilidade para o credor, aplica-se a teoria; caso o credor não tenha mais interesse útil naquela obrigação, afasta-se a sua incidência.

Ocorre que, na maior parte das hipóteses, ao contrário dos exemplos apontados nos manuais, a aferição da utilidade de determinada prestação é extremamente complexa. Diante das dificuldades colocadas pelas complexas relações obrigacionais da atualidade, a verificação da existência de interesse útil em determinada prestação defeituosa não será passível de aferição isoladamente, sendo necessário que o intérprete se valha de outros instrumentos para verificar se determinada relação deve ser extinta ou não. Pense-se, por exemplo, nos contratos de prestações pecuniárias. Por se tratar de pagamento em espécie, pode-se defender que o credor terá sempre interesse útil na manutenção do contrato, ainda que o devedor esteja em mora? Caso a mora persista, de forma reiterada e por tempo indeterminado, continua a prestação sendo útil para o credor? Até quando o credor que faz jus ao recebimento de quantia em dinheiro pode se considerar obrigado a permanecer contratado junto a um devedor inadimplente?

Propõe-se, então, que, nas hipóteses em que a ausência de interesse útil não for evidente, a sua aferição, para fins de aplicação da teoria do adimplemento substancial, seja feita de forma conjunta com os demais parâmetros.

O segundo critério de avaliação é a importância da obrigação inadimplida. Apesar de largamente utilizada, a análise quantitativa não é suficiente para a verificação da incidência da teoria no caso concreto. Ao se analisar a obrigação por meio de uma operação matemática, deixam-se de lado as peculiaridades do contrato. Com efeito, o inadimplemento, ainda que em iguais proporções, tem diferentes impactos em situações diversas, podendo, em determinadas hipóteses, configurar descumprimento ínfimo e, em outras, acarretar a perda do interesse do credor na prestação devida.

A análise deve ser, portanto, qualitativa, tendo por base a função do contrato, sua causa. Deve-se verificar a importância de determinado descumprimento para a economia global da obrigação, preservando-se a manutenção do sinalagma.

O comportamento das partes, credor e devedor, também é de extrema importância para a aplicação da teoria. Por tratar-se de instituto que tem por fundamento a boa-fé objetiva, é imprescindível que, para a sua incidência, as partes guardem, durante toda a relação obrigacional, conduta pautada na referida cláusula geral. Nesse passo, o credor que apresente comportamento capaz de criar no devedor expectativa legítima de que o descumprimento de determinada obrigação não terá o condão de extinguir o contrato,

não poderá dele se valer para a resolução. Também não se pode cancelar o comportamento do devedor que não se comporte nos limites da boa-fé, como aquele que, instado a purgar a mora por diversas vezes, queda-se inerte sem justificativa.

Por fim, deverão ser ponderadas as consequências advindas da resolução contratual ou da manutenção do vínculo para as partes contratantes, utilizando-se o critério da proporcionalidade entre o remédio cabível e o inadimplemento ocorrido. Se os prejuízos decorrentes da extinção ou da manutenção do contrato forem consideravelmente significativos para uma das partes, em desproporção a eventuais efeitos de outra medida, deve-se aplicar a opção menos gravosa entre as oferecidas.

Igor Veloso Ribeiro*

.....
ESA/RONDÔNIA

A prestação de alimentos no estrangeiro sob a ótica da convenção de Nova Iorque (Decreto nº 56.826, de 2 de setembro de 1965)



1. Breves considerações sobre o direito à prestação alimentar

O homem, por existir, merece proteção. Essa é a característica principal da cláusula geral da dignidade da pessoa humana. Pessoa é dotada de dignidade pelo só fato de ser pessoa. Nada além, nada aquém. O conceito é simplicíssimo .

.....
* Procurador do Estado de Rondônia. Bacharel em Direito pelo Instituto Camilo Filho - ICF. Pós-graduado lato sensu em Direito Público pelo Centro Unificado de Teresina - CEUT. Mestrando em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça pela Universidade Federal de Rondônia. CV: <http://lattes.cnpq.br/0613456889548757>. E-mail: igorveloso@pge.ro.gov.br.

“Uma coisa é asseverar a simplicidade de conferir a inerência à dignidade da pessoa humana. Outra coisa é estabelecer a valoração e aplicabilidade para solução de eventuais conflitos. Especialmente, tendo-se em vista as múltiplas interpretações assistemáticas que se tem percebido na doutrina e jurisprudência patricia. Mais confundem que esclarecem. José Emílio Medauar Ommati, ao trabalhar os ensinamentos de Ronald Dworkin, apresenta uma perspectiva coerente daquilo que se espera, sob viés da integridade do Direito, da dimensão da dignidade da pessoa humana. (OMMATI, J. E. M. In: A dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito. Scientia et Spes: revista do Instituto Camilo Filho. Ano 7, n. 8. Teresina: ICF, 2008. p.180). *In verbis*: “A dignidade humana teria duas dimensões: a primeira ressalta a igual importância que todos têm que assegurar a toda e qualquer vida; a segunda ressalta a ideia de responsabilidade individual. De acordo com o autor, apesar das divergências sobre o sentido de dignidade, todos poderiam concordar com esses dois conteúdos mínimos. Repise-se: toda vida merece ser vivida e respeitada; e os indivíduos devem se responsabilizar pela vida que levam.”

É certo que a evolução histórica dos direitos das gentes por séculos e séculos passou ao largo de uma sistematização protetora do ser humano, em si mesmo considerado. Com efeito, o Direito, como expressão social e construção histórica, surgiu muito mais como instrumento de exploração do homem pelo próprio homem.

Sob o manto de pacificador social o Direito escondia (e ainda acoberta) outra face – o viés de conformar a realidade social em favor da manutenção da ideologia dos grupos sociais dominantes, num determinado espaço e tempo.

Não se pretende, aqui, fazer considerações deontológicas sobre o Direito. Tampouco discorrer sobre a historicidade dos Direitos Humanos, mas, sim, ressaltar que as conquistas nessa seara são provenientes de intensas lutas sociais – desde aquelas travadas no seio das tribos dos homens selvagens até mesmo a carnificina experimentada através da II Guerra Mundial (1939-1945).

Antes, as religiões exerceram relevante papel ao tentar emprestar às relações sociais o respeito ao próximo³. Todavia, pecaram porque estavam embebidas de pressupostos místicos e misteriosos. É da Ilustração o triunfo de, sob a pena da razão, tratar o homem de forma ontológica.

Em 1754, Jean-Jacques Rousseau (2009, p.37), desafiado pela Academia de Dijon a responder a proposta – qual é a origem da desigualdade entre os homens e se ela é autorizada pela lei natural –, fundou as bases do que hoje se denomina de jusnaturalismo ao asseverar:

Deixando de lado, pois, todos os livros científicos que nos ensinam apenas a ver os homens tais como são feitos, e meditando sobre as primeiras e mais simples operações da alma humana, creio nela perceber dois princípios anteriores à razão, um dos quais interessa ardentemente ao nosso bem estar e à conservação de nós mesmos, ao passo que o outro nos inspira uma repugnância natural em ver perecer ou sofrer todo ser sensível, principalmente nossos semelhantes. É do concurso e da combinação que nosso espírito é capaz de fazer desses dois princípios, sem que seja necessário introduzir o da sociabilidade, que me parecem decorrer todas as regras do direito natural; regras que a razão é a seguir forçada a restabelecer sobre os outros fundamentos quando, por seus desenvolvimentos sucessivos, acaba por sufocar a natureza.

³ RODRIGUES, F. das C. Evolução Histórica dos Direitos Humanos. In: BORGES, A. Iniciação aos Estudos dos Direitos Humanos. Teresina: Halley, 2009.

Dessa maneira, não somos de modo algum obrigados a fazer do homem um filósofo antes de fazer dele um homem.

Da leitura do Discurso⁴ de Rousseau, é possível extrair todas as características dos Direitos Humanos contemporâneos, sistematizados desde então. Com efeito, a elaboração do Direito Internacional dos Direitos Humanos, engendrada pela sucessão de normatizações alienígenas e pela sofisticação dos instrumentos de monitoramento e promoção, redundou no surgimento de tintas próprias que informam o entendimento, e condicionam a ação interpretativa no sentido de conferir sua máxima efetividade.

Tais características são: inalienabilidade; imprescritibilidade; irrenunciabilidade; inerência; universabilidade; indivisibilidade; interdependência; e, por fim, transnacionalidade (WEIS, 2010, p.162).

Desta feita, Direitos Humanos contemporâneos são aqueles que encetam num mesmo momento todas as características acima arroladas. Assim como se dá com o direito aos alimentos.

Para viver, o homem necessita alimentar-se. Isso de modo amplo e genérico, porque não basta somente suprir o corpo com qualquer tipo de víveres. É preciso que o homem desenvolva-se física e socialmente para exercer a plenitude de sua existência.

O dever de prestar alimentos recebeu correspondência na CRFB/88 ao dispor em seu art. 229 que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

A EC. nº 64/2010 deu nova redação ao caput do art. 6º da CRFB/88 acrescentando o direito à alimentação ao seu rol: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma dessa Constituição”.

Já a EC. nº 66/2010 deu nova redação ao caput do art. 227 da CRFB/88 acrescentando a proteção social à juventude:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à

.....

⁴ ROUSSEAU. J. J. Discurso Sobre a Origem e o Fundamento da Desigualdade entre os Homens. Porto Alegre: L&M, 2009.

criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O Brasil, portanto, vem, sucessivamente, buscando aprimorar a proteção alimentar. Introduzindo no texto constitucional comandos de eficácia imediata com claro intuito de fomentar a doutrina da salvaguarda da dignidade da pessoa humana com o cotejo da doutrina da proteção integral da criança, do adolescente e do jovem.

A prioridade é absoluta, e guarda compatibilidade com o princípio do melhor interesse do menor (leia-se criança, adolescente e jovem), haja vista sua condição peculiar como pessoa em desenvolvimento.

O Código Civil de 1916 tratava sobre os alimentos no art. 396 e seguintes do Capítulo VII, do Título V, do Livro I do Direito de Família, sendo abordado também no art. 231, que apontava como deveres dos cônjuges a mútua assistência, no inciso III, e o sustento, a guarda e a educação dos filhos, no inciso IV.

O CC/02 inseriu os alimentos na Parte Especial, no Livro IV, Do Direito de Família, no qual se destaca o caráter patrimonial da prestação alimentícia; a equiparação do cônjuge ao companheiro e parentes no direito de pedir alimentos, sendo esse direito irrenunciável em qualquer caso; a permanência da obrigação alimentar depois de dissolvida a sociedade conjugal pela separação judicial, inclusive favorecendo o cônjuge responsável pela separação⁵.

Cabe, ainda, observar que o Código Civil atual conserva a correspondência entre necessidade e probabilidade, que incide na demonstração da precisão do credor dos alimentos com a real possibilidade do(s) devedor(es) em prestar a obrigação.

Nas questões relativas a alimentos, o operador do Direito não encontra suporte somente no CC/02, devendo recorrer a várias leis esparsas para tentar solucionar os conflitos na esfera obrigacional alimentar.

A prestação de alimentos é capítulo de estudo do Direito de Família, eis que serve ao sustento vital de quem não a pode providenciar por si, traduzindo-se em matéria ligada à vida das pessoas, mais precisamente à sobrevivência.

.....

⁵ CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 44

Na definição de Gomes (1999, p. 427):

Alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. A expressão designa medidas diversas. Ora significa o que é estritamente necessário à vida de uma pessoa, compreendendo, tão somente, a alimentação, a cura, o vestuário e a habitação, ora abrange outras necessidades compreendidas as intelectuais e morais, variando conforme a posição social da pessoa necessitada.

A obrigação alimentar deriva, portanto, do parentesco, do casamento, do testamento, do contrato, do direito à indenização por ato ilícito e das relações da união estável. É um dos institutos mais relevantes do Direito de Família, por compreender a obrigação propriamente dita da prestação dos alimentos, no sentido de proporcionar o indispensável ao sustento, e também por abranger o necessário para a manutenção das condições morais e sociais do alimentando, tais como vestuário, habitação, assistência médica, instrução e educação.

A obrigação alimentar, de acordo com Wald (2005, p. 43):

Trata-se de uma manifestação de solidariedade econômica, que existe em vida entre os membros de um mesmo grupo, substituindo a solidariedade política de outrora. É um dever mútuo e recíproco entre parentes, cônjuges ou companheiros, em virtude do qual os que tem recursos devem fornecer alimentos, em natureza ou dinheiro, para sustento daqueles que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender as necessidades de sua educação, conforme está disposto no artigo 1.694, caput, do Código Civil.

Ao serem fixados os alimentos, deve ser observado o binômio necessidade/possibilidade, de acordo com o artigo 1.694, § 1º, do CC/02, que assim está descrito: “[...] os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.”

O binômio necessidade/possibilidade permite ao julgador definir o valor da prestação alimentícia baseado nas necessidades do alimentando e nas possibilidades do alimentante. Verifica-se, dessa forma, uma situação deli-

cada em relação às pessoas dependentes de outras, especialmente quando estas ou aquelas se encontram no estrangeiro.

E sendo a prestação alimentícia uma das pretensões mais requeridas em juízo, é mister a abordagem do tema no plano internacional. Eis que, diante da globalização, as demandas tornaram-se mais abrangentes e as cobranças de alimentos transformaram-se em desafios a serem definidos o mais rápido possível, dada a urgência da necessidade dos que dela dependem.

Os arts. 1.696 e 1.697, do CC/02, prescrevem que o direito aos alimentos é devido entre pais e filhos e extensivo a todos os descendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros; e, na falta dos ascendentes, cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.

Ao despachar a exordial, o juiz concederá desde logo os alimentos provisórios, como determina o art. 4º da Lei n. 5.478\68: “ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita”. Gonçalves (2008, p. 499) salienta que, em geral, os alimentos são calculados na proporção de um terço dos rendimentos do devedor.

Na avaliação da pensão alimentícia, Gonçalves (2008, p. 502, grifo do autor) revela que:

Em regra, a pensão é convencionada com base nos rendimentos do alimentante, sendo atualizada, automaticamente, na mesma proporção dos reajustes salariais. Quando adotado valor fixo, a pensão será atualizada “segundo índice oficial regularmente estabelecido” (CC, art. 1.710), mas poderá ser determinada a atualização com base no salário mínimo, não obstante a vedação enunciada no art. 7º, IV, in fine, da Constituição Federal, em função da identidade de fins da pensão alimentar e do salário mínimo, como sendo aquilo que representa o mínimo necessário para a subsistência da pessoa.

Assim, a despeito da literalidade da regra do art. 7º da Carta Magna, cabe a fixação dos alimentos em salários mínimos porque eles são destinados ao sustento do beneficiário. Há uma íntima ligação, por sua natureza e função, entre o conceito de salário mínimo e o de alimentos. Trata-se, em ambos os casos, de tutela à subsistência humana.

Ao proferir a sentença, o juiz não está adstrito ao pedido inicial, inexistindo julgamento ultra petita na fixação para mais do valor requerido. Assim

manifesta-se Cahali (2006, p. 592): “[...] o juiz fixa alimentos segundo seu convencimento, não constituindo julgamento ultra petita a fixação da pensão acima do solicitado na inicial, pois o critério é a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante.”

De um modo geral, é seguro afirmar que essa é a disciplina do direito à prestação alimentícia no Brasil. Por óbvio, poder-se-ia tecer maiores considerações igualmente importantes para um desejável olhar multilateral do instituto. Entretanto, o trabalho intenciona somente uma análise perfunctória sobre as disposições substanciais internas, sob pena de desvio de objeto.

2. A convenção sobre a prestação de alimentos no estrangeiro – Convenção de Nova Iorque

Os tempos contemporâneos têm demandando um esforço mundial a fim de garantir um patamar existencial mínimo aos membros da comunidade humana – indistintamente. Para além das fronteiras territoriais, a tendência é a satisfação das necessidades elementares do ser humano, que se traduz em proporcionar condições dignas de vida, respeitando as peculiaridades de cada cultura.

Esse processo de desenvolvimento mundial, conhecido por globalização, afeta, direta ou indiretamente, tudo e todos, inclusive o Direito de Família. Decerto, o conceito de família migrou para a identificação de um elo de afetividade. Dentro dessa concepção mais abrangente, passaram a ser identificadas como entidade familiar tanto a convivência entre irmãos, como avoengos ou tios e sobrinhos. Igualmente, a união entre pessoas do mesmo sexo, com a denominação de união homoafetiva, foi recentemente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal nos mesmos termos da união estável⁶.

Somadas as essas mudanças, surgem eventos que ultrapassam os limites nacionais e demandam soluções, como por exemplo: casamentos brasileiros com cidadãos de nacionalidades diversas formando famílias multirraciais

.....

⁶ “Interessante o entendimento de Maria Berenice Dias e Ivone Coelho de Souza ao explicar que não é em razão de uma família ser composta por um casal homoafetivo que deixa de subsistir a conotação familiar, altamente multifacetada (DIAS, M. B; SOUZA, I. M. C. de. In: Famílias Modernas: (inter)secções do afeto e da lei. Revista Trimestral de Direito Civil. Padma, v.04, p.276; Revista Brasileira de Direito de Família, n. 08, p.65, jan.\fev.\mar.2001. Disponível em: www.maria-berenicedias.com.br. Acesso em: dez. 2017). Textualmente: “[...] É preciso que se reconheça que em nada se diferencia a convivência homossexual da união estável. Ainda que haja restrição em nível constitucional, imperioso que, por meio de uma interpretação analógica, se passe a aplicar o mesmo regramento legal, pois inquestionável que se trata de um relacionamento, que resta por se constituir como uma unidade familiar. A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir o status de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição Federal, no inc. III, do art. 1º, consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.”

estrangeiras, que, ao dissolverem-se, podem enfrentar problemas para a cobrança de alimentos ao estar o alimentando ou o alimentante\alimentário residindo fora do Brasil.

Sendo assim, tais questões são temas de aplicação do Direito Internacional, a qual Araújo (2008, p. 497) apresenta lecionando:

Inúmeros são os problemas da efetiva prestação dos alimentos aos necessitados, e o seu descumprimento de tal gravidade que até a prisão civil pode ser aplicada ao devedor. Em face de dificuldades reais ou de outra natureza, a fixação, a cobrança de alimentos revestem-se de dificuldades que desafiam o poder público, dada a premência da necessidade dos que dela dependem. A prestação jurisdicional deve ser rápida, porque não há como suportar qualquer atraso sem comprometer a sobrevivência dos alimentandos. No direito comparado, esta é uma área na qual as características individuais de cada país, a partir de suas tradições e se revela por inteiro nas opções legislativas de cada um. [...] A cobrança de alimentos no plano internacional é um desafio, para o qual se torna imprescindível uma atuação conjunta, através da cooperação, interjurisdicional ou administrativa. Nesse ponto, assumem grande importância os tratados multilaterais e bilaterais. Assim verificamos que, no plano internacional, teremos meios de assegurar a brasileiros a cobrança de alimentos de devedores do exterior. Um desses meios é a Convenção de Nova York, denominada de Convenção sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro, que o Congresso Nacional Brasileiro aprovou através do Decreto Legislativo nº 10, de 13 de novembro de 1958, e posteriormente foi ratificada pelo Presidente da República, através do Decreto nº 56.826, de 2 de setembro de 1965.

A Convenção de Nova Iorque dirige-se às questões de natureza administrativa da cobrança dos alimentos e nada diz com relação ao fundamento da obrigação. Cria a figura de autoridade central com o fito de agilizar a cobrança da obrigação, sem passar por nenhuma outra instância diplomática ou administrativa. Dá ao credor algumas vantagens, como assistência judiciária gratuita, dispensa de caução, serviços gratuitos para a expedição dos documentos e facilitação na transferência dos fundos.

A parte pode reclamar os alimentos tanto no país de sua residência habitual, e posteriormente cuidar do reconhecimento e execução no país estrangeiro, quanto ir ao país em que reside o devedor e entrar com a ação diretamente. Ambas as soluções têm vantagens e desvantagens, pois ambas lidam

com as dificuldades inerentes aos processos transnacionais.

O objetivo maior da convenção é o de facilitar a obtenção dos alimentos, utilizando-se de todos os meios possíveis. Preocupou-se, inclusive, com as barreiras existentes com relação à transferência de fundos no plano internacional (artigo 10).

A presente Convenção tem por objetivo estabelecer regras para facilitar a qualquer pessoa a obtenção ou cumprimento da execução de alimentos de outra pessoa que se encontra em outro país.

Nesse diapasão, pode ser classificada como um tratado multilateral permanente; multilateral por envolver mais de sessenta e cinco países⁷ que aderiram à convenção, e permanente porque seus efeitos são duradouros, não se enfraquecem e não se interrompem durante sua vigência.

O Manual editado pela Procuradoria Geral da República (no Brasil, Entidade Remetente e Intermediária) (2000, p. 5) esclarece que a Convenção:

Aplica-se aos casos relativos à menores que ainda não tiverem completado 18 (dezoito) anos, e àqueles que, atingindo a maioridade, continuem como credores de alimentos. Aplica-se, também, às obrigações decorrentes de relações matrimoniais (entre cônjuges e ex-cônjuges), sendo resguardado aos Estados-Partes que a aderirem, limitar sua aplicação apenas aos casos de obrigação alimentar para menores.

O § 2º do art. I da Convenção expressa que:

Os meios jurídicos previstos na presente Convenção complementarão, sem os substituir, quaisquer outros meios jurídicos existentes em direito interno ou internacional.

.....

⁷ De acordo com Araújo (2008, p. 500), a relação dos países-membros que aderiram à Convenção é: Alemanha, Alto Volta, Argélia, Argentina, Austrália, Áustria, Barbados, Belarus, Bélgica, Bolívia, Bósnia-Herzegovina, Brasil, Burkina Faso, Cabo Verde, Camboja, Cazaquistão, Ceilão, Chile, China, Chipre, Cidade do Vaticano, Colômbia, Croácia, Cuba, Dinamarca, El Salvador, Equador, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Filipinas, Finlândia, França, Grécia, Guatemala, Haiti, Holanda, Hungria, Irlanda, Israel, Itália, Iugoslávia, Luxemburgo, Macedônia, Marrocos, México, Mônaco, Níger, Noruega, Nova Zelândia, Países Baixos, Paquistão, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Centro-Africana, República Tcheca, Romênia, Sri-Lanka, Suécia, Suíça, Suriname, Tunísia, Turquia e Uruguai.

Entende-se, desse enunciado, que a Convenção de Nova Iorque não pretende ditar a forma de obtenção de alimentos no estrangeiro, mas fornecer um novo instrumento jurídico a ser adicionado aos vigentes.

Nessa esteira, a Convenção de Nova Iorque aponta como sujeitos participantes do processo: as Partes Contratantes, o demandante, o demandado, a Autoridade Remetente e a Instituição Intermediária.

As Partes Contratantes são os Estados que aderiram ao tratado, ou seja, os países que aceitaram os termos da Convenção e dela se utilizam e sujeitam-se.

O demandante é quem requer os alimentos, é o autor do pedido de prestação alimentícia, é o credor e quem se utiliza da Convenção para obter o seu objeto. O demandado, de forma inversa, é o devedor dos alimentos, é de quem vai se exigir a prestação de alimentos.

A Autoridade Remetente e a Intermediária são as autoridades indicadas por cada Parte Contratante para atuarem no processo, representando o demandante, credor dos alimentos, e realizando os atos necessários ao andamento do pedido.

O art. II, §§ 1º e 2º da Convenção de Nova Iorque, prevê que cada Parte Contratante deverá designar uma Autoridade Remetente e uma Autoridade Intermediária, sendo que aquela (Autoridade Remetente) poderá ser exercida por uma ou mais autoridades administrativas ou judiciárias, e essa (Autoridade Intermediária) deverá ser um organismo público ou particular.

No Brasil, a PGR – Procuradoria Geral da República – foi designada para atuar como Autoridade Remetente e Instituição Intermediária, que é de onde partem os pedidos ou para onde chegam os remetidos do exterior, respectivamente.

Segundo Rizzardo (2009, p. 865), os termos Autoridade Remetente e Instituição Intermediária significam:

Mais precisamente, 'autoridade remetente' é aquela que encaminha o pedido de alimentos ao país que assinou a Convenção de 1956, diretamente para a pessoa que aparece indicada no órgão próprio das Nações Unidas. E 'instituição intermediária' considera-se a pessoa física ou jurídica que receberá o pedido e promoverá a homologação da sentença, ou o ajuizamento da ação.

No Brasil, tanto o encaminhamento para outro país como o recebimento

de pedidos vindos de fora são da responsabilidade da Procuradoria Geral da República dos respectivos Estados de onde partem os pedidos, ou para onde chegam os remetidos do exterior. Mas, antes da distribuição para os Estados, ou do encaminhamento para o exterior, o expediente passa pelo Procurador-Geral da República.

O art. VI, § 1º, da Convenção de Nova Iorque, especifica que as funções da Instituição Intermediária é, nos limites dos poderes confiados pelo demandante, tomar todas as medidas adequadas para assegurar a prestação de alimentos, podendo conciliar, iniciar e dar prosseguimento a uma ação alimentar e promover a execução de qualquer sentença, decisão ou outro ato judiciário.

Percebe-se então que a Autoridade Remetente tem função de natureza administrativa e a Autoridade Intermediária representa processualmente os interesses do credor de alimentos, devendo estar legalmente habilitada e autorizada a atuar na defesa dos interesses do demandante.

2.1 Compatibilização das regras processuais internas com as normas convencionais

A competência é tradicionalmente definida como a medida ou quantidade de jurisdição atribuída aos seus órgãos de exercício, ou seja, a divisão do poder estatal entre seus agentes políticos. Wambier, Almeida e Talamini (2006, p. 89) conceituam competência como o “instituto que define o âmbito de exercício da atividade jurisdicional de cada órgão dessa função encarregado”.

O art. 100, II, do CPC dispõe que, para a ação em que se pedem alimentos, é competente o foro do domicílio ou da residência do alimentando. Eis que a intenção é favorecer a parte hipossuficiente da lide.

O credor de alimentos, de nacionalidade brasileira ou estrangeira, que propõe ação de alimentos em face do devedor que reside em outro país, obedece à Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, de 1942, que em seu art. 7º, caput, determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, nos seguintes termos: “A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.”

Cahali (2004, p. 1090) coloca que:

Assim, os residentes ou domiciliados alimentante e alimentário no Brasil, sujeitos à jurisdição do Estado brasileiro, será da

justiça brasileira, e aplicável será também a lei brasileira, sem qualquer consideração à nacionalidade dos interessados, inócurrenre conflito de leis, nem sendo necessário invocar-se a natureza publicística do direito.

O art. 90 do CPC preleciona que “a ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhes são conexas”.

O art. 92, II, do CPC, complementa a regra de fixação de competência interna ao estabelecer que compete, exclusivamente, ao juiz de direito processar e julgar as ações concernentes ao estado e à capacidade das pessoas.

O problema da prestação de alimentos surge quando um dos contendores tiver domicílio diverso do brasileiro, ou seja, se o alimentando ou o alimentante for domiciliado no Brasil e o outro em país estrangeiro.

A Lei nº 5.478/68, em seu art. 26, conforme abaixo transcrito, faz menção ao Decreto Legislativo nº 10, estabelecendo a competência das ações de alimentos onde reside o devedor:

É competente para as ações de alimentos decorrentes da aplicação do Decreto Legislativo nº 10, de 13 de novembro de 1958, e Decreto nº 56.826, de 02 de setembro de 1965, o Juízo Federal da Capital da Unidade Federativa Brasileira em que reside o devedor, sendo considerada instituição intermediária, para os fins dos referidos decretos, a Procuradoria-Geral da República.

Atualmente não é mais necessário que as ações sejam discutidas na Capital do Estado, pois, com o processo de interiorização da Justiça Federal e da Procuradoria da República, existem várias subseções e procuradorias espalhadas pelos Estados.

Quanto ao local de propositura da ação que versa sobre alimentos no estrangeiro em que o alimentário lá reside, é sedimentado que a ação deve ser proposta na Justiça Estadual. O STJ tem se manifestado:

COMPETÊNCIA. CONFLITO. AÇÃO DE ALIMENTOS. RÉU DOMICILIADO NO EXTERIOR. CASO EM QUE NÃO

FUNCIONA A PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA COMO INSTITUIÇÃO INTERMEDIÁRIA. CONFLITO CONHECIDO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. PRECEDENTES. I - O ART. 26 DA LEI 5.478/68 SE APLICA ÀS HIPÓTESES EM QUE O DEVEDOR DA PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA RESIDA EM TERRITÓRIO NACIONAL E ATUE A PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA COMO "INSTITUIÇÃO INTERMEDIÁRIA". II - CASO EM QUE OS AUTORES DA AÇÃO RESIDEM NO BRASIL E DEMANDAM CONTRA RÉU DOMICILIADO EM PORTUGAL, NÃO TENDO FUNCIONADO A PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA COMO "INSTITUIÇÃO INTERMEDIÁRIA". (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 08/03/1993). CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE ALIMENTOS. DEVEDOR RESIDENTE NO EXTERIOR E CREDOR NO BRASIL. DECRETO Nº 56.826/65. CONVENÇÃO SOBRE PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS NO ESTRANGEIRO. 1. Conforme jurisprudência tranqüila desta Corte, compete à Justiça Comum do Estado processar e julgar ação de alimentos pertinente ao Decreto nº 56.826/65, que promulgou a Convenção sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro, quando o devedor esteja domiciliado no exterior. 2. Conflito de competência conhecido para declarar competente a Justiça Comum do Estado (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 14/10/1998).

A Justiça Federal somente será competente quando a Procuradoria da República atuar no processo como Instituição Intermediária, ou seja, quando um País "X" encaminhar o pedido para que o devedor, aqui residente, cumpra com suas obrigações, será o MPF – Ministério Público Federal – que irá representar o credor que se encontra naquele país "X". Também poderá ocorrer o pedido do credor residente em nação estrangeira que optar em propor a ação em nosso país. Nesse caso, tem como legislação aplicável a brasileira e a competência será da Justiça Federal.

No dizer de Cahali (2009, p. 828):

A Autoridade Intermediária atua apenas quando o credor se encontra em território jurisdicional da Parte estrangeira, encontrando-se o devedor sob a jurisdição territorial brasileira, alise instaurando a demanda que será remetida pela Autoridade Remetente à Autoridade Intermediária, acompanhada das provas e documentos pertinentes, com autorização para que esta proceda em nome do credor.

Destarte, quando o credor residir no Brasil e objetivar propor uma ação de alimentos contra o devedor que se encontra em outro país, a ação deverá ser proposta aqui no Brasil, na Justiça Estadual e, após decisão preliminar e/ou a sentença, deverá ser encaminhado pedido, via Procuradoria Geral da República, para que a sentença seja executada no país onde reside o devedor.

De outra maneira poderia o pedido ser encaminhado para a PGR, que atuará como Autoridade Remetente, a fim de que a ação seja proposta pela Instituição Intermediária do país do devedor, para que em nome do credor, tome todas as providências, com base na legislação do país onde reside o devedor.

Deve-se registrar que a Convenção de Nova Iorque somente deverá ser utilizada quando envolver pedido ou pagamento de alimentos. Caso ocorra outro tipo de pedido, o STJ assim já se manifestou:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS. ALIMENTANDO RESIDENTE NO EXTERIOR. CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE. ATUAÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA COMO INSTITUIÇÃO INTERMEDIÁRIA. INOCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. A tramitação do feito perante a Justiça Federal somente se justifica nos casos em que, aplicado o mecanismo previsto na Convenção de Nova Iorque, a Procuradoria-Geral da República atua como instituição intermediária. Precedentes. 2. No caso dos autos, é o devedor de alimentos que promove ação em face do alimentando, buscando reduzir o valor da pensão alimentícia, o que demonstra a não incidência da Convenção sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro. 3. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara de Pilar do Sul - SP (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 30/09/2009).

Para valer-se da Convenção de Nova York⁸, é necessário que a parte interessada, carecedora de alimentos, cumpra alguns procedimentos estabelecidos na Convenção, para que seja providenciada a transmissão dos documentos pela Procuradoria Geral da República para o Estado do demandado.

.....

⁸ 1. A autoridade Remetente transmitirá os documentos à Instituição Intermediária designada pelo Estado do demandado, a menos que considere que o pedido não foi formulado de boa-fé. 2. Antes de transmitir os documentos, a Autoridade Remetente certificar-se-á de que estes últimos se encontram, pela lei do Estado do demandante, em boa e devida forma. 3. A Autoridade Remetente poderá manifestar à Instituição Intermediária sua opinião sobre o mérito do pedido e recomendar que se conceda ao demandante assistência judiciária gratuita e isenção de custos.

Segundo Araújo (2008, p. 502):

Há dois tipos de procedimentos: os pedidos oriundos do exterior, e os originados do Brasil e que precisam ser enviados ao exterior. No caso dos pedidos que vêm de fora, o Ministério Público Federal dá o encaminhamento devido, após seu recebimento, que pode consistir em um pedido de reconhecimento da decisão com o processamento de cartas rogatórias, ou, se for necessário, iniciar uma ação de alimentos no Brasil, através do Procurador da República no local do domicílio do réu. No caso reverso, de posse dos documentos oriundos do Brasil, o Ministério Público Federal entra em contato com a autoridade central (intermediária) correspondente no exterior para que o pedido seja processado.

O pedido do demandante deverá ser acompanhado de documentos que instruirão a ação a ser proposta no Estado do demandado ou qualquer decisão provisória ou definitiva ou qualquer outro ato judiciário emanado que tenha determinado o pagamento da pensão alimentícia.

O art. III, §§ 3º e 4º, da Convenção de Nova York, descrevem os documentos necessários a serem encaminhados:

3. O pedido deverá ser acompanhado de todos os documentos pertinentes, inclusive, se necessário for, de uma procuração que autorize a Instituição Intermediária a agir em nome do demandante ou a designar uma pessoa habilitada para o fazer; deverá ser, igualmente, acompanhado de uma fotografia do demandante e, se possível, de uma fotografia do demandado.

4. A Autoridade Remetente tomará todas as medidas que estiverem ao seu alcance para assegurar o cumprimento os requisitos exigidos pela lei do Estado da Instituição Intermediária; ressalvadas as disposições desta Lei, o pedido incluirá as seguintes informações:

a) nome e prenomes, endereço, data de nascimento, nacionalidade e profissão do demandante, bem como, se necessário for, nome e endereço de seu representante legal;

b) nome e prenomes do demandado e, na medida em que o demandante deles tiver conhecimento, os seus endereços

sucessivos durante os cinco últimos anos, sua data de nascimento, sua nacionalidade e sua profissão;

c) uma exposição pormenorizada dos motivos nos quais for baseado o pedido, o objeto deste e quaisquer outras informações pertinentes, inclusive as relativas à situação econômica e familiar do demandante e do demandado.

Se não for de conhecimento qual é a Instituição Intermediária no país de destino, na procuração deverá constar a expressão “instituição intermediária designada na forma da Convenção de Nova York” (MANUAL DA PGR, 2000, p. 12). Segundo Rizzardo (2009, p. 866), a autoridade brasileira deverá certificar de que toda a documentação necessária encontra-se correta e assim remetê-la à autoridade competente no país estrangeiro, inscrita nas Nações Unidas, ou seja, com habilitação para o ajuizamento da lide naquele país.

A Autoridade Remetente, in casu, a PGR deverá encaminhar os documentos à Autoridade Intermediária, a menos que considere que o pedido não foi formulado de boa-fé e que não se encontram em boa e devida forma. A Autoridade Remetente tem a faculdade de manifestar sua opinião sobre o mérito do pedido e recomendar que se conceda ao demandante assistência judiciária gratuita e isenção de custas, de acordo com o art. IV da Convenção de Nova York.

O Estado que receber a documentação encaminhada deverá deixar a Autoridade Remetente informada das providências que estão sendo tomadas pela Instituição Intermediária e, caso não possa atuar, notificará as razões e devolverá a documentação, de acordo com art. VI, § 2º, da Convenção de Nova Iorque. O Manual elaborado pela PGR (2000, p. 9) orienta:

A petição inicial que requererá a homologação deverá conter as indicações especificadas na lei processual, devendo vir acompanhada com certidão e cópia autêntica do texto integral da sentença estrangeira, bem como dos demais documentos indispensáveis ao procedimento, todos devidamente traduzidos e autenticados. [...] Por fim, a sentença que será executada deve, necessariamente, ter caráter executório no Estado que a proferiu, ressaltando-se que o recurso de apelação cabível não terá efeito suspensivo. As sentenças estrangeiras de alimentos para execução em nosso país são encaminhadas à Procuradoria Geral da República, instituição intermediária, pela instituição remetente de outro país, diretamente ou por via diplomática.

Assim, quando o pedido vier de outro Estado, com sentença para ser homologada no Brasil, deverá ser encaminhada para a PGR, juntamente com a documentação necessária, que será requerido o pedido de homologação no STJ.

Quanto à tradução dos documentos, o Manual da PGR (2000, p.12), assim norteia:

Todos os documentos deverão vir acompanhados da respectiva tradução. Se a parte credora dos alimentos não tiver condições de providenciar a tradução dos documentos, ela poderá ser feita por conta da P.G.R., cabendo ao Procurador da República que oficia no feito solicitar tal procedimento à unidade administrativa do Estado ou Município, que se for o caso, solicitará ao Secretário-Geral da PGR, o repasse dos respectivos recursos.

A garantia de defesa deve ser resguardada as partes, exigindo-se a citação ou a notificação do demandado.

No Brasil, a Convenção de Nova Iorque é também aplicada quando o país estrangeiro não é Parte Contratante. Araújo (2008, p. 499) informa que: “A prática brasileira de aplicar a Convenção de Nova York aos não signatários, que assim demandem, com a utilização da mesma autoridade central, se dá em nome da boa-fé e da cooperação internacional.”

O Manual da PGR instrui que: “Quando o país de destino não é signatário, nem aderiu à C.N.Y., deverá ser proposta ação de alimentos perante a Justiça Estadual, com o encaminhamento de carta rogatória citatória para o devedor no exterior, através do Ministério da Justiça, nos termos da Portaria MJ/MRE/ Nº 26, de 14-08-90.”

A supracitada portaria divulga que:

O Chefe do Departamento Consular e Jurídico do Ministério das Relações Exteriores e o Secretário Nacional dos Direitos da Cidadania e Justiça do Ministério da Justiça, no uso de suas atribuições legais [...] resolvem: determinar a divulgação da seguinte lista de condições que possibilitarão, sem maiores delongas, a transmissão, via diplomática, das Cartas Rogatórias aos Países destinatários: [...].

Assim, caso o país não faça parte da Convenção de Nova Iorque, as cartas rogatórias expedidas pelo juízo rogante (do Brasil), a serem cumpridas em país estrangeiro (juízo rogado), devem ser enviadas ao Ministério da Justiça, com vistas ao Ministério das Relações Exteriores (via diplomática), a fim de serem encaminhadas aos juízes rogados.

Na Convenção de Nova Iorque não há menção direta sobre o prazo para encerramento do processo. Somente no art. VII, letra “c”, da Convenção, é que se faz referência ao período de quatro meses correspondente ao prazo para o cumprimento da carta rogatória, com início da contagem a partir da data do recebimento do instrumento pela Autoridade Requerida ou juízo rogado, que, caso não a execute ou atrase, deverá informar a Autoridade Requerente acerca das razões.

A carta rogatória é um instrumento que contém o pedido de auxílio feito pela autoridade judiciária de um Estado a outro Estado estrangeiro.

Grecco Filho (2007, p. 42) ensina:

A carta rogatória obedece à convenção internacional entre o Brasil e o país do qual se solicita a prática de algum ato; não havendo convenção internacional, a rogatória será submetida à autoridade judiciária estrangeira competente por via diplomática, depois de traduzida para a língua do país em que há de praticar-se o ato.

Segundo o art. VII da Convenção, se a lei das duas partes contratantes admitirem cartas rogatórias, serão aplicáveis as seguintes disposições:

a) o tribunal ao qual tiver sido submetida a ação alimentar poderá, para obter documentos ou provas, pedir a execução de uma carta rogatória, seja ao tribunal competente da outra Parte Contratante, seja a qualquer outra autoridade ou instituição designada pela Parte Contratante em cujo território a carta deverá ser executada.

b) a fim de que as Partes possam assistir a este procedimento ou nele se fazer representar, a autoridade requerida deverá informar a Autoridade Remetente e a Instituição Intermediária interessadas, bem como o demandado, da data e do lugar em que se procederá a medida solicitada.

c) a carta rogatória deverá ser executada com toda a diligência desejada; se não houver sido executada dentro de um período de quatro meses a partir da data do recebimento da carta pela autoridade requerida, a autoridade requerente deverá ser informada das razões da não-execução ou do atraso.

d) a execução da carta rogatória não poderá dar lugar ao reembolso de taxas ou de despesas de qualquer natureza.

A continuação do art. VII, letra “e”, da Convenção descreve os motivos pelos quais pode ser negada a execução da carta rogatória: se a autenticidade do documento não tiver sido provada e/ou se a Parte Contratante, em cujo território a carta rogatória deverá ser executada, julgar que esta última comprometeria a sua soberania ou a sua segurança.

O art. IX, da Convenção, trata das isenções e facilidades previstas nos procedimentos que buscam prestação de alimentos no exterior e que assim está disposto:

1. Nos procedimentos previstos na presente Convenção, os demandantes gozarão do tratamento e das isenções de custos e de despesas concedidas aos demandantes residentes no Estado em cujo território for proposta a ação.

2. Dos demandantes estrangeiros ou não residentes não poderá ser exigida uma caução “judicatum solvi”, ou qualquer outro pagamento ou depósito para garantir a cobertura das despesas.

3. As autoridades remetentes e as Instituições intermediárias não poderão perceber remuneração alguma pelos serviços que prestarem em conformidade com as disposições da presente Convenção.

O art. X da Convenção de Nova Iorque preceitua:

As partes contratantes cuja lei imponha restrições à transferência de fundos para o estrangeiro, concederão a máxima prioridade à transferência de fundos destinados ao pagamento de alimentos ou à cobertura das despesas

ocasionadas por qualquer procedimento judicial previsto na presente Convenção.

Os demandantes são desobrigados dos pagamentos referentes aos procedimentos previstos na Convenção de Nova Iorque desde que cumpram com os requisitos de concessão da assistência judiciária gratuita. No Brasil, o tema é disciplinado pelo art. 5º, LXXIV, da CRFB\88, e pelo art. 4º da Lei n. 1.060\50.

Percebe-se o caráter humanitário do presente instrumento ao criar mecanismos facilitadores da remessa documental, e também ao se disciplinar a celeridade no envio ou recebimento dos valores devidos a título de pensão alimentícia.

4. Considerações finais

De todo o exposto, é possível vislumbrar a relevância da discussão do tema em face da vasta plasticidade das relações intersubjetivas, especialmente no contexto contemporâneo, no qual as valas e distâncias – territoriais e pessoais – passam por um estreitamento irreversível.

As implicações do modo de viver hodierno prescindem de rigores burocráticos que não tenham utilidade prática. Ao Estado cabe a proteção do ser humano, ao tempo que essa mesma proteção impõe ao Estado um absentismo no que concerne a expressão da individualidade.

A Convenção de Nova Iorque apresenta-se como um instrumento pioneiro nesse sentido. Em que pese ter sido elaborada num momento em que a sistematização universal dos Direitos Humanos engatinhava (antes mesmo da edição do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – ambos de 1966), ela traz em seu bojo uma disciplina extremamente simples e resolutiva.

A Convenção de Nova Iorque, ao agregar mecanismos de interpretação que até então não se podia mensurar a dimensão e espectro da aplicabilidade, inova e permite o desenvolvimento de uma doutrina integral do Direito.

Com efeito, o cenário político internacional, à época de sua edição, se apresentava como uma verdadeira colcha de retalhos caminhando para a bipolarização produzida pela “guerra fria”. A tradicional ideia de soberania impunha a dicotomia entre o Direito interno e o Direito internacional. A política abraçada pelo Direito internacional era a da não interferência no soberano âmbito interno. Caso não houvesse espontânea cooperação entre as nações,

restava frustrada qualquer perspectiva de uniformização de legislação.

A princípio, esse foi o papel assumido pelas Organizações das Nações Unidas, qual seja, provocar o congresso das nações para discussão, cooperação e uniformização das demandas políticas e jurídicas em âmbito global.

A Convenção de Nova Iorque transcende e supera essa dicotomia entre o Direito interno e o alienígena. Não no sentido monista (de que o Direito internacional guarda relação de superioridade em face das normas internas), mas na perspectiva de complementariedade. Tanto o Direito internacional como o Direito interno devem se colocar num mesmo nível de hierarquia. Só assim seria possível conferir máxima efetividade à Convenção, e de fato proteger e promover o direito à prestação alimentar.

Sobre o tema obtempera Carlos Weis (2010, p. 145):

Sua recepção pelo Direito Brasileiro, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição da República, implicou incorporar a sistemática para casos em que se faça preciso dirimir os conflitos no âmbito da jurisdição nacional, substituindo os critérios comumente empregados pelos interpretes, à luz da Lei de Introdução ao Código Civil. Portanto, antes de verificar a superveniência de regra nova, a maior especificidade de um texto em face de outro, a competência legislativa etc., no caso dos direitos humanos prevalece a interpretação mais ampliativa do sentido e alcance dos direitos previstos nos tratados, visto que a lógica destes não é a da substituição (pela renovação ou especialização), mas de agregação de novos conteúdos, que se somam e interagem com os já existentes.

Sem mais delongas, o conhecimento e disseminação dos procedimentos e características peculiares da presente Convenção subsidia uma atuação mais efetiva de todos os atores envolvidos na proteção daqueles que necessitam ser alimentados, quer sejam advogados, quer sejam defensores públicos, ou mesmo magistrados e membros do Ministério Público. Conferindo, assim, numa perspectiva garantística, segurança, celeridade e resolutividade, especialmente, se se considerar o caráter urgente e humanitário intrínseco ao direito de ser alimentado.

Referências

AMORIN, Edgar Carlos de. Direito internacional privado. 8 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARAUJO, Nadia de. Direito internacional privado: teoria e prática brasileira. 4 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ASSIS, Araken de. Da execução de alimentos e prisão do devedor. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BARROSO, Darlan. Direito internacional. v. 11. São Paulo: RT, 2009

BRASIL. Constituição Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 jul. 2017.

_____. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em: 01 nov. 2017.

_____. Decreto nº 56.826, de 2 de setembro de 1965. Convenção sobre a prestação alimentos no estrangeiro. Disponível em: <http://ccji.pgr.mpf.gov.br/ccji/legislacao/legislacao-docs/decreto56826.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2017.

_____. Lei nº 5.478, De 25 de julho de 1968. Lei de Alimentos. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5478.htm. Acesso em: 02 nov. 2017.

BRASIL. Procuradoria Geral da República. Disponível em: <http://www.pgr.gov.br/>. Acesso em: 31. abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Conflito de Competência - CC 3833/ RJ. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=competencia+alimentos+exterior&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>. Acesso em: 31 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Conflito de Competência - CC 20175 / SP. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=procuradoria++republica+conven%E7%E3o+-competencia&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Acesso em: 31 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada - nº 2.227. Min. Eliana Calmon. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=senten%E7a+estrangeira+conven%E7%E3o+de+no-va+york&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em: 30 out. 2017.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. Alimentos transitórios: Uma obrigação por tempo certo. Curitiba: Juruá, 2003.

CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Coisa julgada nas ações de alimentos. IOB de Direito de Família. Porto Alegre (RS), v. 9, n. 48, p. 91-111, jun/jul., 2008.

CASSOL, Mariana Helena. A prisão civil por dívida alimentar. IOB de Direito de Família. Porto Alegre (RS), v. 12, n. 54, p. 20-22, jun/jul., 2009.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Conversando sobre alimentos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DIAS, M. B.; SOUZA, I. M. C. de. In: Famílias Modernas: (inter)secções do afeto e da lei. Revista Trimestral de Direito Civil. Padma, v.04, p.276; Revista Brasileira de Direito de Família, n. 08, p.65, jan.\fev.\mar.2001. Disponível em: www.mariaberenicedias.com.br. Acesso em: dez.2010

DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado: Parte Geral. 8 ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/ji_cortes_internacionais/cijestat_corte_intern_just.pdf. Acesso em: 29 out. 2010.

GOMES, Orlando Gomes. Direito de família. 11 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Direito de família. v. 2. 13 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRECCO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. v. 2. 18 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

HERTEL, Daniel Roberto. A execução da prestação de alimentos e a prisão civil do alimentante. IOB de Direito de Família. Porto Alegre (RS), v.12, n. 54, p. 7-19, jun./jul. 2009.

LEONEL, Vilson (Org.). Diretrizes para a elaboração e apresentação da monografia no curso de direito. Tubarão: Ed. Unisul, 2003.

LUZ, Valdemar P. da. Comentários ao Código Civil - Direito de família. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direito internacional público: parte geral. 4 ed. rev., atual., e ampl.. São Paulo: RT, 2008.

MELLO, Celso D. De Albuquerque Mello. Curso de direito internacional público. 15 ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NÓBREGA, Airtón Rocha. Dos alimentos e seus elementos característicos. Prática Jurídica. Brasília (DF), nº 53, p.18-20, ago. 2006.

OMMATI, J. E. M. In: A dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito. Scientia et Spes: revista do Instituto Camillo Filho. Ano 7, n.8. Teresina: ICF, 2008. p.157-185.

ONU. Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, 1969. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>. Acesso em: 21 out. 2010.

RÁO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. 5 ed. anot. e atual. São Paulo: RT, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 7 ed. rev.e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, F. das C. Evolução Histórica dos Direitos Humanos. In: BORGES, A. Iniciação aos Estudos dos Direitos Humanos. Teresina: Halley, 2009.

ROUSSEAU, J. J. Discurso Sobre a Origem e o Fundamento da Desigualdade entre os Homens. Porto Alegre: L&M, 2009.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, G.E. do Nascimento e; ACCIOLY, Hildebrando. Manual de Direito Internacional Público. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. Curso de direito internacional público. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

STRENGER, Irineu. Direito internacional privado. 6 ed., São Paulo: LTR, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito de família. v. VI. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnold. O novo direito de família. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo; (Coord.) Curso avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WEIS, Carlos. Direitos Humanos Contemporâneos. São Paulo: Malheiros, 2010.

André Luiz

de Oliveira Brum*

Matheus

Marinho Gonçalves*

.....
ESA/RONDÔNIA



O regime econômico do processo do trabalho e a tentativa de freio ao acesso à justiça instituída pela Lei 13.467/2017

1. Introdução

O acesso à Justiça é atualmente um direito fundamental positivado na Constituição da República Federativa de 1988 (art. 5º, XXXV). Trata-se de uma importante conquista com registros históricos desde as instituições democráticas gregas até chegarem aos mais importantes e recentes documentos internacionais de declaração de direitos humanos (SILVA, 2013).

Segundo Capeletti e Garth,

O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente

.....

* Advogado. Coordenador Editorial da Revista Eletrônica da Escola Superior da Advocacia de Rondônia. Vice-presidente do Instituto de Direito Processual de Rondônia. Professor do Centro Universitário São Lucas (Porto Velho - RO).

* Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário São Lucas (Porto Velho - RO).

reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (1988, p. 11-12).

O acesso à Justiça é, portanto, um dos pilares do Estado de Direito, uma vez que é o instituto que possibilita a efetivação do direito. Forçoso reconhecer, ainda, que se trata de uma discussão central à processualística moderna, além de ser elemento fortalecedor do Direito, aqui considerado como ciência.

No ramo do Direito do Trabalho, o acesso à Justiça vinha sendo uma crescente até a promulgação da Lei 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista. Essa lei alterou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) “a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho” (BRASIL, 2017).

Ocorre, porém, que entre o objetivo declarado na ementa e os impactos da Reforma Trabalhista existe um abismo. No que tange o acesso à Justiça do Trabalho, observa-se que diversos institutos processuais foram alterados de maneira substancial, trazendo aos trabalhadores um significativo risco financeiro em demandar perante esse ramo do Judiciário. Exemplificativamente, foi inserido no Direito Processual do Trabalho o instituto dos honorários de sucumbência (CLT, art. 791-A). Nesse sentido, Mauro Schiavi explica que tal inovação legislativa,

disciplina os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho revogando os entendimentos fixados nas Súmulas 219 e 329 do TST. Trata-se de significativa alteração no processo trabalhista, mitigando o protecionismo instrumental, sob o aspecto da gratuidade, para estabelecer os honorários advocatícios e a sucumbência recíproca (2017, p. 14).

Tal alteração impõe à parte um significativo risco em demandar perante a Justiça do Trabalho. É essencial destacar que o processo se desenvolve como um jogo ou como um teatro, no qual a melhor atuação, de acordo com as regras pré-estabelecidas, determina quem vence e quem perde. Naturalmente, a parte com melhor domínio técnico e probatório tem muito mais chances de vencer o jogo. Infere-se, ainda, que normalmente essa vantagem

não está com o trabalhador, que frequentemente não consegue provar os fatos que geram o direito alegado e, portanto, perdem a demanda (total ou parcialmente). Isso não significa dizer, necessariamente, que a parte não tenha o direito; significa, exclusivamente, que não conseguiu prová-lo. Ocorre, então, que o risco da atividade probatória (o que é natural em qualquer ramo processual) associado ao risco de ter perdas financeiras em decorrência disso, pode fazer com que muitas pessoas deixem de buscar o amparo jurisdicional com medo de “sair devendo”, intuito este que não foi sequer disfarçado pela Reforma Trabalhista.

Ainda causando especial impacto financeiro em decorrência da demanda trabalhista, alterou-se o regime de concessão de gratuidade da Justiça, de modo que a parte “agraciada” pela gratuidade arcará com honorários de perito (CLT, art. 790-B) e com os honorários de sucumbência, salvo quando o beneficiário da justiça gratuita “não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa” (CLT, art. 791-A, §4º). Nesse aspecto, Vólia Bomfim Cassar comenta que “a regra processual trabalhista é mais rigorosa que a processual civil e subverte toda a conceituação de gratuidade da justiça e aparentemente colide com o artigo 5º, XXXV, da CF, que garante o acesso à Justiça” (2017, p. 139).

O comentário de Vólia Bomfim Cassar é decorrente da percepção de que o Código de Processo Civil (CPC), calcado especialmente na defesa do patrimônio, prevê a concessão de gratuidade da Justiça com maiores benefícios e facilidades para os litigantes. Para tanto, o art. 99, § 3º, dispensa, em regra, a produção de prova da pobreza, enquanto esta passa a ser exigida pela Reforma Trabalhista (CLT, art. 790, § 4º); ademais, no CPC, se a parte beneficiária for a sucumbente, tem isenção dos honorários periciais e, quanto aos honorários de sucumbência, existe uma suspensão da exigibilidade, de modo que nada será debitado de eventual parcela em que o beneficiário saia vencedor. Por outro lado, prevê a Reforma Trabalhista que a parte beneficiária da gratuidade sofrerá descontos em seus créditos para satisfazer as despesas decorrentes da perícia ou dos honorários de sucumbência recíproca.

De antemão é possível constatar, no mínimo, duas curiosas incoerências. Primeiro, é de se observar que o fundamento da gratuidade da Justiça é a pobreza, a ausência de condições de arcar com as despesas processuais sem o prejuízo do sustento próprio ou da família. Nesse aspecto, relembre-se que o Direito Processual do Trabalho tutela com proeminência verbas de natureza salarial e, portanto, essenciais ao sustento e à concessão de dignidade à pessoa humana, não sendo à toa que goza de proteção constitucional (art. 7º, X). Logo, como se pode afirmar que a parte é pobre e, ainda assim, afetar suas verbas trabalhistas com o pagamento de despesas processuais?

Em segundo lugar, o Código de Processo Civil foi promulgado em março de 2015 e prevê grande ampliação do benefício. Dois anos depois, aprova-se uma alteração legislativa com tamanhas restrições. Entre uma e outra

legislação não se verifica uma realidade social muito distinta. Trata-se, pois, de uma nova orientação política, especialmente centrada nos interesses da classe empresarial.

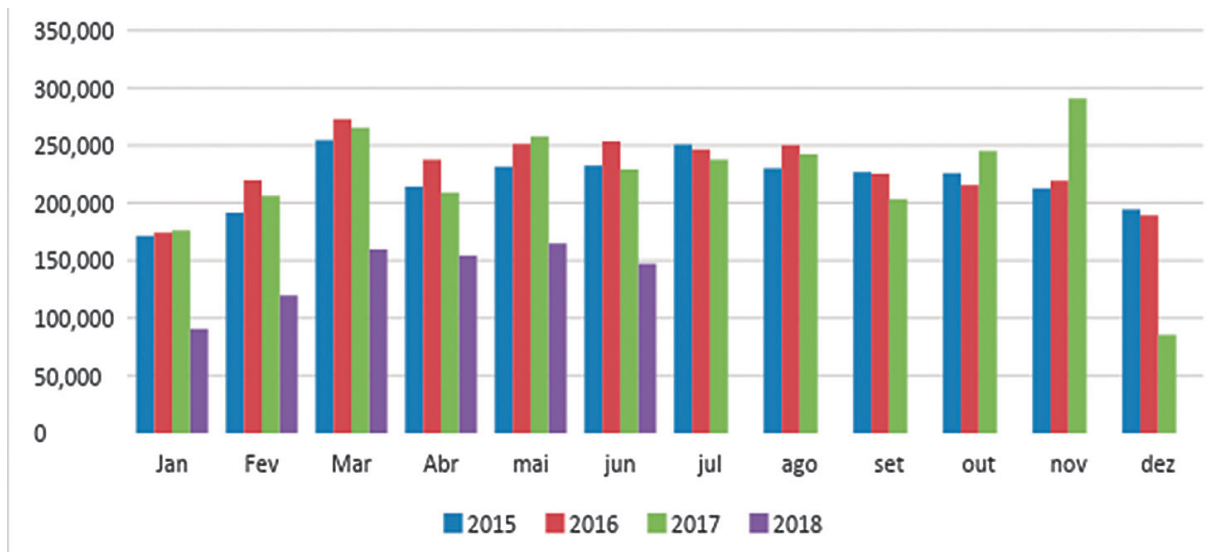
A gratuidade da justiça é um instrumento que amplia o acesso à jurisdição, sendo imprescindível para que o Judiciário possa atender às demandas dos menos favorecidos financeiramente. Historicamente, o processo judicial era uma exclusividade das pessoas com melhores condições econômicas, uma vez que as despesas com a contratação de advogados e os custos judiciais eram (e permanecem sendo, *mutatis mutandi*) extremamente elevados. Ocorre, porém, que já na primeira onda de acesso à justiça percebeu-se a necessidade de se criar mecanismos para garantir o acesso da população pobre, chegando-se a positivar no texto constitucional a “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIV), missão desempenhada precipuamente pela Defensoria Pública.¹ Por outro lado, é importante destacar que, na Justiça do Trabalho, a presença de advogado é dispensável, a teor do art. 791 da CLT e Súmula 425 do Superior Tribunal do Trabalho. Dessa forma, a Defensoria Pública vem deixando de exercer seus misteres junto a tal ramo do Judiciário, ao argumento de que não é necessária a defesa técnica. Ainda assim, a gratuidade da Justiça permanece sendo o centro das discussões no que diz respeito à ampliação ao acesso à Justiça; quanto menos custoso e arriscado for demandar, mais demandas existirão e, conseqüentemente, uma maior gama de direitos amparados pela força coercitiva do Estado.

A Reforma Trabalhista, portanto, no que tange o acesso à Justiça, parece levar o Direito Processual do Trabalho no caminho inverso do que têm seguido os outros ramos do Direito. Diversos autores têm apontado a Lei 13.467/2017 como um fator importantíssimo para a redução de ações trabalhistas (CASSAR, 2018; OLIVEIRA & REIS, 2018; LEITE, 2017; SCHIAVI, 2018). A Revista Veja, em publicação datada de 4/2/18, noticiou que “de um total mensal que costumava passar de 200 mil, processos recebidos em primeira instância despencaram para 84,2 mil em dezembro”. O gráfico abaixo, produzido por esse pesquisador com base em estatísticas encomendadas à Coordenadoria de Estatísticas e Pesquisas do Tribunal Superior do Trabalho, aponta queda substancial de processos iniciados nas Varas do Trabalho a partir da vigência da Reforma Trabalhista (novembro/2017):

.....

¹ Constituição Federal, art. 134: “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.”

COMPARAÇÃO ANUAL DE PROCESSOS AJUIZADOS NA VARAS DO TRABALHO MÊS A MÊS



Fonte: Coordenadoria de Estatísticas e Pesquisas do Tribunal Superior do Trabalho.

O gráfico acima demonstra um comportamento anômalo no que diz respeito ao ajuizamento de ações trabalhistas após a vigência da Reforma Trabalhista (em 11/11/2017). Em novembro de 2017, vê-se uma elevação no ajuizamento de ações, o que certamente é atribuível à corrida que enfrentaram os advogados para ajuizarem as reclamações antes da vigência da lei em comento. A Lei 13.467 foi promulgada em 13 de julho de 2017, de modo que os advogados trabalhistas tiveram 120 dias de *vacatio legis*² para preparar e ajuizar todas as demandas represadas nos escritórios antes que a nova legislação se tornasse aplicável. Em seguida, vê-se uma redução abrupta quando comparados os índices mensais dos últimos 4 anos. Com isso, chega-se à formulação do principal problema de pesquisa: Quais são as causas de tamanha redução no ajuizamento de ações trabalhistas?

Apesar do incômodo gerado com os dados acima, além das estatísticas oficiais, não existem estudos empíricos referentes a essa realidade. Verifica-se, também, que os dados oficiais dificilmente são objeto de análise pelos estudiosos do Direito, o que mostra um baixo compartilhamento dos dados e reduzida discussão e revisão das análises oficiais. Trata-se de uma peculiaridade das pesquisas no campo jurídico. Estudos apontam que a tradição jurídica é predominantemente em pesquisas teóricas, sendo certo que nos últimos 25 anos iniciou-se um movimento para inserção de pesquisas empíricas nos cursos de pós-graduação em Direito, onde, até então, inexistiam pesquisas com tais métodos (OLIVEIRA, 2012).

² Período entre a publicação e a vigência de uma lei; visa dar à sociedade um tempo para se adequar às alterações propostas. No caso da Reforma Trabalhista, a *vacatio legis* foi de 120 dias (Lei 13.467/2017, art. 6º).

Constata-se, assim, que as pesquisas em Direito são extremamente alienadas em aspectos teóricos que visam a perfeita compreensão da aplicabilidade da norma jurídica, objeto principal de estudo do Direito, especialmente segundo as clássicas escolas do Positivismo Jurídico (BOBBIO, 1995; KELSEN, 2006). Responsável pela visão do Direito enquanto ciência, Kelsen (1934/2006) propunha o isolamento do fato jurídico e da norma jurídica para uma perfeita compreensão, que se daria por método próprio e isento de influências deletérias do meio social, político, ideológico, etc. Apesar da importância para a consolidação das ciências jurídicas, as ideias do Positivismo Jurídico vêm cotidianamente sendo superadas, sendo central a noção de que a norma jurídica influencia e é influenciada por diversos fatores sociais, de modo que a sua compreensão não pode se dar isoladamente de tais fatores.

A partir disso, as ciências jurídicas estão em movimento de transição, já se podendo falar claramente na vivência de um Pós-Positivismo Jurídico, especialmente com as ideias encampadas por Alexy (2001), Dworkin (2003) e Habermas (2007). Em âmbito nacional, as filosofias de Barroso (2006) e Streck (2018) são nítidas demonstrações dessa virada epistemológica.

O Pós-Positivismo, no entanto, não foi capaz, ainda, de mudar significativamente o método da pesquisa jurídica, que permanece fundado na interpretação da dogmática normativa. Essa tendência jusfilosófica, porém, concentra importantes esforços em trazer para o Direito conhecimento de outras áreas científicas e a compreensão de que o fato jurídico se insere em uma realidade social extremamente complexa, permeada por ideologias e impactos sociais dignos de estudos aprofundados. Apesar da (ainda) hegemônica tradição em pesquisas teóricas, o método empírico se mostra muito mais compassado (e necessário) com a atual concepção de Direito.

Segundo Fabiana Luci de Oliveira (2012), embora venha ocorrendo uma melhora na produção de dados e pesquisas empíricas sobre sistema de Justiça no Brasil, ainda há muitos vazios a serem preenchidos. A produção de pesquisa empírica é residual, sobretudo no mundo acadêmico do direito. Para que a pesquisa empírica se consolide no país, é preciso um movimento maior de valorização, divulgação e incorporação da metodologia empírica de pesquisa no estudo dos fenômenos jurídicos.

Esse cenário de desprestígio, no entanto, vem aos poucos mudando no Brasil, com a percepção de que, para realizar diagnósticos mais precisos que possibilitem não apenas aprofundar o conhecimento sobre o funcionamento do sistema de Justiça, mas também propor melhorias, é necessário ter o respaldo de dados. É cada vez mais difundida a ideia de que para a formulação e promoção de políticas públicas eficazes de melhoria do sistema e do incremento do acesso à Justiça é imprescindível primeiro a coleta, sistematização e análise

de dados que permitam avaliar a performance do sistema, identificando seus principais problemas e indicando pontos de mudança. Uma vez que se reconhece o diagnóstico de que pesquisa empírica não é central entre os pesquisadores do direito, a estratégia de mapeamento dos trabalhos empíricos sobre sistema de Justiça no Brasil não se restringe ao campo acadêmico do direito, mas integra outras disciplinas das ciências sociais - sociologia, ciência política, antropologia etc. (OLIVEIRA, 2012, p. 8).

Sadek (2012), em uma importante bibliometria feita nos anais dos Encontros da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (Anpocs), apontou que apenas 4% das pesquisas empíricas publicadas tinham como objeto a Justiça do Trabalho. No mesmo estudo, a pesquisadora identificou que apenas 3% dos estudos empíricos disponibilizados na base Scielo têm como objeto a Justiça do Trabalho. A deficiência de pesquisas nesse sentido é, portanto, evidente.

Por outro lado, os fenômenos jurídicos – como a entrada em vigor de uma legislação nova (como a Reforma Trabalhista) – faz com que a pesquisa empírica a respeito de suas causas e consequências se torne imprescindível.

Defender a necessidade de produção de dados para conhecer as instituições da Justiça e fundamentar a produção de políticas públicas de aperfeiçoamento dessas instituições é hoje posicionamento consensual. O significado que as instituições do sistema de Justiça têm para o fortalecimento da democracia no país é mais do que suficiente para justificar um maior empenho, tanto por parte da academia quanto das próprias instituições e do poder público, na efetivação de estudos, pesquisas e na produção de dados em Justiça (SADEK, 2012, p. 50-51).

Assim sendo, a redução substancial de processos ajuizados perante a Justiça do Trabalho merece uma investigação mais profunda, de modo a possibilitar melhor planejamento de políticas públicas e novas alterações legislativas que possam combater eventuais efeitos deletérios da Reforma Trabalhista. A pesquisa empírica, para tanto, se mostra essencial, pois trará para o Direito a compreensão de questões sociais que geraram tamanho impacto. Pretende-se, ademais, dar voz aos principais atores do cenário juslaboralista: os empregados.

2. Referencial Teórico

2.1 Contextualização e história

A constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra direitos fundamentais de amplo acesso à jurisdição (art. 5º XXXV e LXXIV), resguardando a qualquer pessoa o acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativa a um direito por meio da inafastabilidade do controle jurisdicional e da assistência judiciária integral aos necessitados. Esses princípios, assim como todos os princípios fundamentais, são indispensáveis à dignidade da pessoa humana, a fim de assegurar uma existência digna, livre e igual como concretização do princípio estruturante do Estado de direito.

O ser humano é um ser social e necessita de regras para a pacificação da vida em sociedade, daí a expressão *ubi societas ibi jus* do entendimento de que não existe sociedade sem direitos. Como forma de efetivar os direitos que lhes são garantidos, as pessoas valem-se dos órgãos estatais, porém a desigualdade e os elevados níveis de pobreza faz com que os indivíduos não usufruam de tal acesso. Contudo, não basta apenas amplo acesso ao judiciário, faz-se necessário que a processualística procedimental seja justa que seja efetiva em produzir resultados, como adverte:

A garantia constitucional do acesso à justiça não significa que o processo deva ser gratuito. No entanto, se a taxa judiciária for excessiva de modo que crie obstáculo ao acesso à justiça, tem-se entendido ser ela inconstitucional por ofender o princípio da inafastabilidade da jurisdição. (NERY, 2018, p. 138).

[...] Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade. Tais são os contornos do processo justo, ou processo equo, que é composto pela efetividade de um mínimo de garantias de meios e de resultado (DINAMARCO, 2018, p. 115).

Com o propósito de regulamentar a Justiça do Trabalho, existe a denominada proteção social do trabalho, que são normas regulamentadoras que

asseguram aos trabalhadores acesso à jurisdição trabalhista. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) foi criada em 1943 pelo então presidente Getúlio Vargas ainda no Estado Novo, e com o passar do tempo teve inúmeras adaptações para condizer com a realidade social trabalhista. Ela surgiu de uma necessidade constitucional de unificar a legislação trabalhista do Brasil, e é um resultado que vem desde as primeiras organizações operárias no país no século XIX.

No direito comum, há uma busca incessante à igualdade entre as partes, contudo o mesmo não ocorre no direito do trabalho, onde a desigualdade econômica é notória, especialmente porque o empregador possui o poder de dirigir o empregado, logo as partes não poderiam ter um tratamento igualitário uma vez que são flagrantemente desiguais.

Na clássica obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), o ponto central para a denegação da garantia de acesso efetivo é a possibilidade das partes quanto às vantagens e desvantagens que possuem, tais como recursos financeiros ou mesmo a aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa. Embora o acesso à justiça fosse algo crescente, encontrou uma barreira à completa igualdade de armas, barrada pelo próprio ordenamento jurídico em razão da promulgação da Lei 13.467/2017, denominada como Reforma Trabalhista, que inseriu 96 disposições na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), em sua grande maioria reduzindo direitos materiais dos trabalhadores.

A triste constatação é que, tanto em países de common law, como em países de sistema continental europeu, as instituições governamentais que, em virtude de sua tradição, deveriam proteger o interesse público, são por sua própria natureza incapazes de fazê-lo. [...] Eles são amiúde sujeitos a pressão política- uma grande fraqueza, se considerarmos que os interesses difusos, frequentemente, devem ser afirmados contra entidades governamentais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 51).

A alteração que a Lei 13.467/2017 trouxe inviabilizou ao trabalhador hipossuficiente a possibilidade de assumir os riscos da demanda trabalhista, porque o crédito de natureza alimentar resultante do processo será utilizado para pagamento de custas e despesas processuais de sucumbência, causando prejuízos ao próprio sustento do trabalhador bem como ao de sua família, causando um desequilíbrio entre os litigantes trabalhistas. Em face do intenso obstáculo aos direitos fundamentais que tal alteração legislativa causou, a Procuradoria-Geral da República propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.766, alegando uma inconstitucionalidade material pela violação do acesso à justiça

[...] Os dispositivos apontados apresentam inconstitucionalidade material, por impor restrições inconstitucionais à garantia de gratuidade judiciária aos que comprovem insuficiência de recursos, na Justiça do Trabalho, em violação aos arts. 1º, incisos III e IV; 3º incs. I e III; 5º, caput, incs. XXXV e LXXIV e § 2º, e 7º a 9º da Constituição da República.

A justiça gratuita é um benefício que possui o escopo de amparar a parte que não possui recursos suficientes para arcar com os custos que o processo impõe. Na Justiça do Trabalho, essa gratuidade possui imensa relevância social, pois é pela concessão desse benefício que o trabalhador terá seus direitos tutelados pela contraprestação de seu trabalho, mostrando-se como um verdadeiro direito de caráter do mínimo existencial.

A Lei 1.060/1950 constituía a principal base normativa para a concessão do benefício da justiça gratuita até a edição do Código de Processo Civil de 2015, que derogou a referida lei, e por se tratar de um diploma legal infraconstitucional deve ser aplicado não apenas ao processo civil, mas também aos processos penal, administrativo e trabalhista (art. 15, CPC), porém o § 3º do art. 790 da CLT trouxe um novo parâmetro, sendo deferido o benefício a aquele que perceber até 40% do valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

Outra regra que atenta contra presunção da miserabilidade é a necessidade de comprovação da insuficiência de recursos que o § 4º do art. 790 da CLT dispõe. Volia Bomfim Cassar (2018, pg.138) entende que “o desempregado não necessita comprovar que percebe menos de 40% do teto, pois nada recebe. Assim, para este haverá presunção de miserabilidade, dispensando a prova”.

O acesso à jurisdição, portanto, é uma importante garantia de eficácia dos direitos fundamentais, todavia a Lei 13.467/2017 alterou o regime de concessão de gratuidade da Justiça no âmbito da Justiça do Trabalho, uma vez que a parte, ainda que beneficiária da justiça gratuita, arcará com os honorários periciais quando for sucumbente na pretensão do objeto da perícia (CLT, art. 790-B). O custo processual impede a “ordem jurídica justa”, conforme expressão de Kazuo Watanabe.

Também o custo do processo é, nesse sentido, um obstáculo sério, que cotidianamente impede o acesso à ordem jurídica, na medida em que segrega aqueles que não têm recursos financeiros suficientes para arcar com os custos de um

processo judicial, tampouco têm como contratar profissional habilitado a postular em juízo, em seu nome (DIDIER, 2016, p. 20).

Dessa forma, para promover o equilíbrio concreto no processo, faz-se necessário o fornecimento de meios mínimos para ingresso na justiça, sem embargo de uma posterior necessidade de recursos e armas técnicas, tornando-se essencial ao acesso à jurisdição, pois a falta de recursos financeiros não deve ser um obstáculo intransponível. A gratuidade da justiça possui um caráter de direito subjetivo de natureza pública, pois visa a satisfação de verbas alimentares. Sem essa garantia mínima, haverá a violação ao mínimo existencial, e também à isonomia.

Para a concessão da justiça gratuita, é considerada a condição de insuficiência de recursos financeiros, e o § 4º do art. 790-B da CLT não observa essa situação ao atribuir ao beneficiário o pagamento de honorários periciais de sucumbência sempre que “obtiver créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo”.

2.2. Honorários periciais e justiça gratuita

O perito é remunerado pela parte no âmbito do Processo do Trabalho, e os honorários periciais no âmbito devem ser pagos pela parte sucumbente no objeto da pretensão que gerou a perícia, salvo se beneficiária da justiça gratuita. Essa era a redação trazida pela Lei 10.537/2002 ao artigo 790-B, caput da CLT. Nesse mesmo sentido, a súmula nº 457 do TST *in verbis*:

HONORÁRIOS PERICIAIS, BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO PELO PAGAMENTO. RESOLUÇÃO N. 66/2010 DO CSTJ. OBSERVÂNCIA (conversão da Orientação Jurisprudencial n.397 da SBDI-I com nova redação) - Res. N. 194/2014, DJET divulgado em 21, 22 e 23.5.2014.

A União é responsável pelo pagamento dos honorários de perito quando a parte sucumbente no objeto da perícia for beneficiária da assistência judiciária gratuita, observado o procedimento disposto nos arts. 1º, 2º e 5º da Resolução n. 66/2010 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho- CSJT.

Contudo, a nova redação legislativa que a Reforma Trabalhista trouxe passou a exigir os honorários periciais de sucumbência mesmo dos beneficiários da justiça gratuita, tendo atualmente a seguinte redação:

Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

§ 1º Ao fixar o valor dos honorários periciais, o juízo deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

§ 2º O juízo poderá deferir parcelamento dos honorários periciais. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

§ 3º O juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realização de perícias. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

§ 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

O perito é figura essencial nas demandas trabalhistas, sendo indispensável nas ações que decorrem de doenças laborais ou de acidentes. A atividade pericial visa, ainda, apurar fatos concernentes à saúde do trabalhador, principalmente para configuração de atividade insalubre e perigosa (art. 195 da CLT). A verba indenizatória decorrente de tais pedidos se revestirá de caráter indispensável à subsistência do trabalhador e de sua família.

A grande problemática envolvida nesse tema é que, havendo riscos financeiros, é possível que muitos empregados deixem de fazer pedidos que dependam de perícia, uma vez que esse tipo de prova é extremamente arriscada. Isso porque o exame pericial envolve complexa e subjetiva análise do expert e não raras vezes a conclusão do perito é diversa da realidade percebida pelas partes. Apesar de não ser a única fonte probatória e mesmo não sendo o juiz obrigado a acolher a conclusão do profissional, a prova técnica ainda é extremamente respeitada e em sua quase totalidade é seguida pelo juiz.

Assim sendo, considerando o risco de perder o objeto da perícia e ainda custear os honorários do perito, acredita-se que muitos trabalhadores deixem de pleitear os supostos direitos aos adicionais de periculosidade e insalubri-

dade, além das indenizações decorrentes de acidente de trabalho. Somente com a oitiva metódica dos empregados e seus advogados será possível confirmar ou refutar essa hipótese.

A justificativa no relatório da comissão especial destinada a proferir ao Projeto de Lei 6.787, de 2016, da Câmara dos Deputados (PLC), o qual deu origem ao art. 790-B, § 4º, aponta que “a imputação do pagamento de honorários periciais sucumbenciais ao beneficiário da justiça gratuita teria por objetivo restringir os pedidos de perícia sem fundamentação”, pois isso contribuirá para a redução das despesas do Poder judiciário. A comissão especial da Câmara dos Deputados proferiu o seguinte parecer no PL 6.787/2016:

O fato é que, hoje, a União custeia, a título de honorários periciais, valores entre dez e vinte milhões de reais por ano, para cada um dos vinte e quatro Tribunais Regionais do Trabalho, somente em relação a demandas julgadas improcedentes, ou seja, demandas em que se pleiteou o que não era devido. Na medida em que a parte tenha conhecimento de que terá que arcar com os custos da perícia, é de se esperar que a utilização sem critério desse instituto diminua sensivelmente. Cabe ressaltar que o objetivo dessa alteração é o de restringir os pedidos de perícia sem fundamentação, uma vez que, quando o pedido formulado é acolhido, é a parte sucumbente que arca com a despesa, normalmente, o empregador. [...] Além de contribuir para a diminuição no número de ações trabalhistas, a medida representará uma redução nas despesas do Poder Judiciário, que não mais terá que arcar com os honorários periciais (2017, p. 68-69, grifo nosso).

Portanto, mesmo que tal mudança possua o objetivo de inibir demandas infundadas, ela acaba por inibir o demandante pobre por receio de ter seus créditos alimentares essenciais à subsistência bloqueada para pagar honorários periciais e advocatícios de sucumbência. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766, o Procurador-Geral da República defendeu que:

As medidas são inadequadas, pois não se prestam a inibir custos judiciais com demandas trabalhistas infundadas. Para esse fim, dispõe o sistema processual de meios de sanção à litigância de má fé, caracterizada por pretensão ou defesa judicial contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (CLT, art. 793-B, I) e pela alteração em juízo da verdade dos fatos (art. 793-B, II).

Em vez de inibir demanda infundada, a cobrança de custas e despesas processuais ao beneficiário de justiça gratuita enseja intimidação econômica ao demandante pobre, por temor de bloqueio de créditos alimentares essenciais à subsistência, auferidos no processo, para honorários periciais e advocatícios de sucumbência (arts. 790-B e 791-A da CLT) (2017, p. 62).

Com efeito, a Justiça do Trabalho (e todos os outros ramos do Poder Judiciário) sempre teve à sua disposição a multa litigância de má-fé e multa por ato atentatório à dignidade da Justiça como métodos repressivos do abuso do direito de ação. A alteração proposta pela Reforma Trabalhista, portanto, tem o intuito nítido de dificultar o acesso à Justiça do Trabalho, o que fere de morte o direito fundamental de amplo acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV), além de ferir o valor social do trabalho (fundamento da República Federativa do Brasil – CF, art. 1º, IV).

2.3 Honorários sucumbenciais recíprocos contra beneficiário da justiça gratuita

A alteração legislativa de maior impacto que a Lei 13.467/2017 causou ao acesso à jurisdição trabalhista foi a previsão de sucumbência recíproca que atinge um dos pilares do processo trabalhista, que é o protecionismo processual, além de funcionar como um fator que inibirá a parte economicamente mais fraca de acessar a justiça (SCHIAVI, 2017). Mesmo o beneficiário da justiça gratuita terá que despendar parte de seu crédito de natureza salarial para pagamento de honorários sucumbenciais. Tal previsão fere o direito fundamental a assistência judiciária gratuita e integral, prestada pelo Estado (art. 5º LXXXIV da CF) e a proteção salarial (art. 7º, X da CF).

Os honorários advocatícios sucumbenciais que serão fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo 15% (quinze por cento) (art. 971-A da CLT) não se confundem com os honorários contratuais, sendo que a alteração da lei trabalhista passou a aceitar os honorários sucumbenciais que antes não eram aceitos em virtude da regra do *jus postulandi*. O beneficiário da justiça gratuita, que já terá que arcar com os honorários advocatícios contratuais, terá que arcar com os sucumbenciais, sendo debitado do crédito que auferir no processo trabalhista que terá natureza salarial, ou em algum outro processo.

A assistência gratuita e o *jus postulandi* são facilitadores do acesso à justiça e pressupostos da justiça do trabalho. A sucumbência recíproca impõe custos a quem não possui condições de arcar, desnaturalizando o reconhecimento da gratuidade da justiça como princípio do acesso à justiça tornando-

-se antítese da razão de existência de um processo do trabalho. A obrigação só será extinta caso o crédito a receber não for suficiente para pagar o advogado ad adverso, e o credor não conseguir provar que, após dois anos, a situação de hipossuficiência deixou de existir, nesse contexto, a exigibilidade dos honorários ficará suspensa.

Na esfera do processo civil não há sucumbência recíproca ao se tratar do aspecto de quantificação do pedido. Caso o juiz fixe um patamar de pedido de danos morais, deferindo-o em valor menor que o pretendido, o pedido terá sido julgado procedente, logo não terá que ser reconhecida a sucumbência recíproca. Nesse sentido, a súmula nº 326 do STJ diz: “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”.

2.4. A Justiça do Trabalho como homologadora de lides trabalhistas

Em decorrência da alteração da alínea f do art. 652 da CLT causada pela Reforma Trabalhista, os juízes trabalhistas de primeira instância passam a ser competentes para “decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho”. O Juiz do Trabalho necessita tomar elevada cautela ao decidir sobre a homologação de acordo extrajudicial, pois pode acabar desestruturando a proteção jurídica dos direitos humanos dos trabalhadores brasileiros, pois um acordo extrajudicial pode revestir uma renúncia de direitos trabalhistas, além de reduzir os tribunais trabalhistas à expressão de “*juiz bouches de le loi*” (LEIE, 2017).

O Poder Judiciário Trabalhista é um órgão de extrema importância na sociedade brasileira. A Reforma Trabalhista aumenta as teses para a extinção desse órgão do Poder Judiciário, uma vez que a alteração causou uma drástica redução de ações trabalhistas conforme dados da Revista Veja, em publicação datada de 04 de fevereiro de 2018, a qual afirma “de um total mensal que costumava passar de 200.000 mil processos recebidos em primeira instância despencaram para 84,2 mil em dezembro”.

Segundo o Documento que encerrou o 19º Conamat, aprovando a “Carta de Belo Horizonte (MG)”, aclamou a independência da Magistratura e a Existência da Justiça do Trabalho como elemento essencial ao funcionamento da Justiça,

[...] Alertam que a Reforma Trabalhista trouxe visível precarização das relações de trabalho, conforme índices já divulgados, referentes ao aumento de desemprego e

da informalidade, sendo que a queda do número de ações trabalhistas trouxe consigo a diminuição da arrecadação de custas e contribuições previdenciárias pela Justiça Laboral, o que adensa as teses de extinção desse ramo especializado do Poder Judiciário [...] (2018).

Não é possível permitir a livre negociação individual entre empregado e empregador, pois são partes economicamente desiguais, logo haveria a opressão da parte mais fraca. Dessa forma, a lei precisa prever situações a fim de evitar que os empregados se sujeitem às delimitações impostas pelo empregador, e para isso eis a figura do sindicato como participante nas negociações coletivas com o intuito de evitar a pressão feita pelo empregador ao empregado.

3. Considerações Finais

A Lei 13.467/2017, popularmente conhecida como Reforma Trabalhista, impôs sérios gravames ao acesso à Justiça do Trabalho. Por meio de alterações no regime econômico do processo, desestimulou o ajuizamento de reclamações trabalhistas.

A imposição de honorários de sucumbência e o aumento no rigor para concessão de justiça gratuita parecem ser os principais instrumentos para desestimular a litigância. Ademais, a gratuidade da justiça, segundo o regimento da Reforma, não traz reais benefícios aos agraciados pelo instituto, de modo que sua concessão não é eficaz para facilitar o acesso à justiça, uma vez que, mesmo sendo concedido o benefício, a parte terá de arcar com honorários.

Dessa forma, a Lei 13.467/2017 parece levar o processo do trabalho para a contramão do mandamento constitucional de ampliação do acesso à justiça. Com isso, o direito material do trabalho tende a ser letra morta, meras declarações estatais sem a necessária eficácia decorrente da intervenção ampla do Estado.

Referências

- ALEX, Robert. Teoria da argumentação jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito. Trad. de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Do parecer emitido pela omissão especial ao projeto de lei nº 6.787, de 2016 do Poder Executivo, que "altera o decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943- Consolidação das leis do trabalho". Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961>. Acesso em: 26 de jul. 2018.
- _____. Código de Processo Civil. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- _____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 99/2017 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/1994. 40. Ed. com índice. Brasília: Centro de Documentação e Informação (CEDI). 2018. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html> Acesso em: 26 jul. 2018.
- _____. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Dispõe sobre a consolidação das leis do trabalho. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 5766/DF- Distrito Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultar-processoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5250582>>. Acesso em: 26 jul. 2018.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 457, In: _____. Regimento interno e súmulas. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 26 jul. 2018.
- CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Frabris, 1988.
- CARLINI-COTRIM, B. Potencialidades da técnica qualitativa grupo focal em investigação sobre o abuso de substâncias. Rev Saúde Pública, v. 30, n. 3, p. 285-293, 1996.
- CASSAR, Vólia Bomfim. Comentários a reforma trabalhista. 2. Ed. São Paulo: MÉTODO, 2018.
- Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. San Jose, Costa Rica, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 26 jul. 2018).
- DELGADO, Mauricio Godinho. A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.
- DIAS, Cláudia Augusto. Grupo focal: técnica de coleta de dados em pesquisas qualitativas. Informação & Sociedade: Estudos, v. 10, n. 2, 2000.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GIL, Antonio Carlos. Métodos e Técnicas de Pesquisa Social. São Paulo: Atlas, 2006.
- HABERMAS, Jünger. A Ética da Discussão e a Questão da Verdade. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- HART, H.L.A. O conceito de direito. Trad. de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Fundamentos de Metodologia Científica. São Paulo: Atlas, 2007.
- LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2018.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 41. Ed. São Paulo: LTr, 2018.
- NERY JUNIOR, Nelson. Princípios de processo civil na Constituição Federal. 8. Ed. São Paulo: RT 2004.
- NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: 2010.

OLIVEIRA, Ariete Pontes; REIS, Italo Moreira. A DESREGULAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS DA LEI 13.467/2017: UMA ANÁLISE SOBRE O DIREITO DO ACESSO À JUSTIÇA. In: Anais Congresso Regional de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho. 2018.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Justiça em foco: estudos empíricos. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; CUNHA, Luciana Gross. Medindo o acesso à Justiça Cível no Brasil. Opinião Pública, v. 22, n. 2, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral da ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 207 (III) A. Paris, 1948. Disponível em: < https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 26 jul. 2018.

PEDROSA, Ronaldo Leite. Direito em História. 4. ed. Nova Friburgo: Imagem Virtual, 2000.

REALE, Miguel. Filosofia do direito. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHIAVI, Mauro. A Reforma Trabalhista e o Processo do Trabalho. São Paulo: Ltr, 2017.

_____. Manual de direito processual do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista. 13 ed. São Paulo: LTr, 2018.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, Queli Cristiane Schiefelblein da. O Acesso à Justiça como Direito Humano Fundamental: Retomada Histórica para Se Chegar à Concepção Atual. Direito Público, [S.l.], v. 9, n. 49, dez. 2013. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2202/1149>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Livraria do Advogado Editora, 2018.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência política e teoria do Estado. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VERGARA, Sylvia Constant. Métodos de pesquisa em Administração. São Paulo: Atlas, 2005.

Marcus Vinícius

Motter Borges*

André

Schmidt Jannis*

.....
ESA/SANTA CATARINA



A desnecessidade de correlação instrumental para aplicação das medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias

A livre circulação de bens é essencial para a saúde econômica de uma sociedade. Evidente que para tanto os negócios devem ser firmados e concretizados dentro dos limites da lei, sob pena de beneficiar aqueles que não fazem jus ao seu resultado econômico. É o caso daquele devedor que compra a prazo e, posteriormente, não efetua o pagamento correspondente, tendo um ganho em detrimento do credor que produziu e/ou comercializou um bem, resultando em um desestímulo à produção e à ordem econômica.

Resta ao lesado, então, ir ao Poder Judiciário. Aí reside o maior obstáculo

.....
* Advogado. Doutor em Direito pela UFSC. Mestre em Direito pela PUC/RS. Especialista em Direito Imobiliário pela UFSC. Professor efetivo do curso de graduação em Direito da UFSC. Diretor geral da Escola Superior da Advocacia (ESA) da OAB/SC. Superintendente adjunto da Diretoria Executiva do Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário (IBRA-DIM). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Vice-presidente do Instituto Catarinense de Direito Processual (ICDP).

* Advogado. Mestrando em Direito pela UFSC. Especialista em Direito Processual Civil pelo CESUSC Secretário-Geral da Escola Superior de Advocacia de Santa Catarina (ESA) da OAB/SC. Presidente da Comissão de Integridade e Governança da OAB/SC.

à efetividade jurisdicional: a materialização de um direito. Inevitavelmente o direito dependerá da realidade material, uma vez que a dimensão do “dever ser” é hipotética e, portanto, infinita. Por outro lado, a realidade material dispõe de recursos finitos. Portanto, uma decisão que determina que “X” pague ou entregue determinada coisa a “Y” dependerá, antes de tudo, da existência dos recursos necessários em poder do primeiro.

Todavia, o problema não para por aí, posto que há mais dois obstáculos: (a) como garantir que “X” cumprirá a obrigação se tiver os recursos necessários? (b) como garantir que “X” não está escondendo os seus recursos para se furtar de cumprir a sua obrigação forçadamente?

Pois bem, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, a execução civil consiste em um gargalo processual, se comparada ao processo de conhecimento. De tal forma, percebe-se que há uma crise no processo civil brasileiro que impede que o direito à efetividade seja alcançado e, por conseguinte, todo o sistema jurídico é colocado em xeque.

É sabido que a situação se revela ainda mais preocupante em sede de execuções pecuniárias e, para tanto, houve uma tentativa de melhora na questão pelo legislador do CPC/2015, ao prever a atipicidade de coerções no art. 139, IV, do referido diploma processual.

A redação do dispositivo em comento, ao dispor que o juiz poderá praticar “todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessária para assegurar o cumprimento de ordem judicial”, confere límpida conotação de vagueza à norma, sem a predeterminação dos efeitos jurídicos que serão gerados. Existe, em seu âmago, uma indeterminação legislativa, acarretando ampla extensão no campo semântico. Isso se opera em flagrante oposição às demais cláusulas executivas previstas para as obrigações de pagar, que foram forjadas pelo tradicional método casuístico, como as normas atinentes à sub-rogação por expropriação.

Não obstante, subjaz a ela um princípio: o princípio da efetividade da prestação jurisdicional. Dessa assertiva, com clareza, emerge o entendimento de que o artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 se enquadra nas definições de cláusula geral processual. A proposição de parâmetros mínimos para a interpretação e a aplicação de normas ganha relevo quando se está diante de uma cláusula geral, como é o caso do dispositivo em apreço.

Nessa linha, desde o início da vigência do CPC/2015, a doutrina e os Tribunais têm proposto requisitos para a aplicação das medidas coercitivas atípicas em execuções pecuniárias. Dentre esses requisitos, um dos mais controvertidos é a chamada necessidade de correlação entre a medida coercitiva e a natureza da obrigação pecuniária.

Neste sumário estudo, defende-se a desnecessidade da dita correlação e, entre outros argumentos, serão abordados dois.

O primeiro consiste na incompatibilidade da correlação com a máxima da parcial da adequação. Com base nos aspectos qualitativos, quantitativos e probabilísticos da citada máxima parcial, integrante do postulado da proporcionalidade, o órgão julgador deve eleger um meio que tenda ao fim almejado, mesmo que esse não seja o menos gravoso para o devedor. Percebe-se, então, que o foco da análise da adequação repousa sobre o credor.

Nessa linha, se mostra prescindível a correlação instrumental entre a medida coercitiva adotada e a natureza da obrigação pecuniária que é perseguida com esse meio. A medida mais adequada não é a correlata com a obrigação perseguida, mas sim com aquela que tem mais chances de obter o resultado esperado.

Eventual obrigatoriedade dessa correlação escaparia à máxima parcial de adequação, pois o meio mais adequado para o atingimento do fim perquirido não necessariamente guardará relação com a natureza da obrigação. A relação entre meio e fim não significa correlacionar o meio a ser utilizado e a origem da obrigação de pagar, exige-se, ao revés, afinidade entre o meio e a possibilidade de êxito na aplicação da medida.

A aplicação de medida atípica para a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, por exemplo, não possui relação direta e óbvia com o adimplemento da obrigação de pagar. A aplicação da sanção de suspensão da CNH – ainda que a origem do crédito executado não guarde nenhuma relação com o direito de dirigir do executado – poderá ser considerada adequada a partir do momento em que se verifica, no plano fático e no caso concreto, que ela seria capaz de causar no devedor pressão psicológica suficiente à realização do pagamento da dívida.

O segundo argumento calca-se na não obrigatoriedade de correlação nas demais coerções previstas na legislação processual. Essa conclusão decorre da análise comparativa – sob a ótica da necessidade de correlação – das medidas coercitivas atípicas em obrigações de pagar com os demais meios executórios e tipos de obrigações previstos no CPC/2015.

Pela ótica dos meios executórios, tem-se que: nos meios sub-rogatórios típicos sempre existirá correlação; nas coerções típicas inexiste essa correlação; e nas coerções atípicas a afinidade, apesar de importante, não é obrigatória. Por outro lado, pela perspectiva das obrigações de pagar, a correlação tem lugar na expropriação, mas não é necessária nas coerções típicas.

Infere-se que nas coerções típicas ou atípicas – em execuções pecuniárias ou não –, a correlação não é essencial. Justamente por isso não é obrigatório que a sanção vinculada à coerção possua correlação com a natureza da obrigação, apesar de preferencialmente desejável pela ótica do postulado da

proporcionalidade.

Por fim, conclui-se que a obrigatoriedade de correlação instrumental para aplicação das medidas coercitivas atípicas em execuções pecuniárias, além de não se compatibilizar com a máxima da adequação, integrante do postulado da proporcionalidade, destoa das demais coerções, típicas ou atípicas, na legislação processual civil nacional.

Arthur

Bobsin de Moraes*

.....
ESA/SANTA CATARINA

Perspectivas da advocacia em face à crise do ensino jurídico



É pauta recorrente entre as conversas e discussões no meio jurídico as dificuldades enfrentadas, principalmente, pelos advogados e pelas advogadas em início de carreira – pouca experiência, altíssima concorrência, dificuldades financeiras, posicionamento no mercado de trabalho – entre muitas outras descobertas a cada dia.

O grande número de profissionais é fruto de uma abertura desmedida de cursos de Direito: atualmente o número de cursos de Direito já ultrapassou a casa dos 1.600 ao redor do país, e o número de advogados e advogadas já está perto dos 1.200.000, isso faz com que o Brasil tenha um advogado para cada 174 habitantes, praticamente.

A advocacia, e principalmente a Ordem dos Advogados do Brasil, possui papel fundamental na defesa da democracia e na criação de mecanismos para trazer eficiência ao sistema jurídico e oportunidades para aqueles que ingressam no mercado de trabalho.

Dentre os muitos e importantes avanços criados pela valorização da Jovem Advocacia, está o Plano Nacional de apoio ao Jovem Advogado (Proviemento 162/2015 do Conselho Federal da OAB), que estabelece oito diretrizes: a educação jurídica com o objetivo de incentivar e proporcionar a inserção do jovem advogado no mercado de trabalho; a defesa das prerrogativas dos

.....
* Advogado. Graduado em Direito pela UFSC. Mestrando em Direito pela UFSC. Especialista em Direito Administrativo pela PUC Minas. Conselheiro Estadual da Juventude/SC. Presidente da Comissão da Jovem Advocacia da OAB/SC. Membro do Instituto dos Advogados de Santa Catarina.

jovens advogados; a política de anuidades diferenciadas e desconto para os jovens advogados, desde que não oriundos de outras carreiras jurídicas; a criação do piso de remuneração mínima para os advogados contratados; o apoio e a ampla participação dos jovens advogados nas decisões das Seccionais e Subseções; a institucionalização das OAB Jovens nas Seccionais e Subseccionais como órgãos de defesa, apoio e valorização do jovem advogado; a promoção do empreendedorismo e a incorporação de novas tecnologias objetivando proporcionar ao jovem advogado crescente qualificação e incentivo para estabelecer o primeiro escritório, conferindo-lhe noções práticas sobre gerenciamento, administração e o plano de trabalho correspondente; condições diferenciadas nos serviços prestados pelas Caixas de Assistência dos Advogados.

Uma mudança da advocacia do século passado para os dias de hoje é a alta especialização do mercado, que abre novas possibilidades aos jovens advogados, como inteligência artificial aliada ao direito, tecnologia, startups, criptomoedas, segurança da informação, até a reforma trabalhista. Essa alta especialização aliada à rápida troca de informações e de conhecimento criam um ambiente fértil àqueles que sabem aproveitar a mudança.

Mesmo com todas as transformações e mudanças no mercado de trabalho, a advocacia ainda é uma profissão muito pessoal, em que o contato com o cliente ainda é feito olho no olho, razão pela qual o advogado possui características personalíssimas, como: especialidade, pontualidade, descrição, profissionalismos na gestão, disponibilidade, humanidade.

Uma das principais características de um advogado atuante é sua rede de relacionamentos, tanto da área do direito, como fora dela. É desse conhecimento da dinâmica do espaço em que vive que o advogado entende qual é a dor de seu cliente.

Mas como buscar se diferenciar diante de um quadro em que os escritórios aumentam o volume de processos, mas diminuem a quantidade de advogados em seus escritórios, por meio do investimento em tecnologia e padronização de procedimentos?

Dentre as inúmeras saídas para aqueles que buscam exercer a arte de advogar, a confiança é requisito indispensável, previsto, inclusive, no artigo 9º do Estatuto da Advocacia. O bom advogado foi, antes de tudo, responsável e estudioso, e conseguir passar essa imagem para o cliente é fundamental para se posicionar no mercado de trabalho.

Outra oportunidade para a advocacia em início de carreira é orientar os estudos para se tornar um especialista, pois hoje em dia não há tanto espaço, diante do caótico quadro da saturação do mercado, para advogados clínicos gerais. Aliado à especialização, é fundamental levar ao cliente um atendimento personalizado, se antecipando e passando a informação sempre antes – e em primeira mão – para o cliente.

Talvez mais importante do que prospectar clientes novos é manter os já conquistados. O advogado que procura se diferenciar no saturado mercado jurídico deve ter em mente que a essência do escritório é composta pelos clientes antigos, que merecem uma atenção especial, pois perceberão em suas pequenas ações que os pequenos gestos que fazem a diferença para fidelizar um cliente.

Nunca é demais lembrar que o advogado é indispensável à administração da justiça, revisão expressa do artigo 133 da Constituição Federal, mas nem por isso está protegido do avanço da tecnológica. A função social do advogado é garantir os direitos constitucionais dos jurisdicionados.

É de se ressaltar, ainda, que o advogado possui prerrogativas profissionais que correspondem a um direito indispensável ao exercício da profissão. Não se pode confundir prerrogativas com privilégios.

O advogado precisa, por fim, conhecer de cultura geral, que possibilitará conversar com todas as pessoas, não apenas aquelas do meio jurídico, situação que ajudará a construir relacionamentos, chave para conquista de clientes. É preciso estar preparado para quando a oportunidade surgir. O advogado do futuro, principalmente aquele que está começando nesta nova era de inovação da advocacia, deve utilizar os novos mecanismos que a legislação trouxe, principalmente para se diferenciar dos demais.

Dito isso, talvez uma das principais características de um bom advogado é sua rede de relacionamentos. Um bom advogado é aquele que conhece as pessoas ao seu redor e que, por conhecer a dinâmica do espaço em que vive, sabe qual a necessidade de seu cliente.

A jovem advocacia não se pode deixar levar por este mercado saturado, é necessário perseverar na advocacia, pois os frutos somente serão colhidos depois de algum tempo no mercado. É uma realidade difícil de encarar no início da profissão, mas a chave para o sucesso é a perseverança e a dedicação com a advocacia. O jovem advogado deve perceber que o mercado é dinâmico, assim com a jovem advocacia, então o modelo de advocacia que perdurava até pouco tempo atrás não pode servir de parâmetro para quem está começando a carreira.

A advocacia é formada por todos nós, por isso a jovem advocacia deve estar voltada aos valores da ética e da responsabilidade, na busca por uma sociedade mais justa e respeitando a Constituição Federal.

Dóris Ghilardi*

.....
ESA/SANTA CATARINA

Primeiras impressões sobre o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes na LGPD



1. Notas introdutórias

A preocupação com a privacidade não é um problema exclusivo da contemporaneidade. Porém, com a era digital, novos desafios estão postos e as noções tradicionais exigem reflexões constantes e posturas inovadoras.

A definição de privacidade tradicional restrita à intimidade e ao direito de estar só, hoje requer uma leitura que transcende esse conceito e que passa a considerar a complexidade da economia de dados e de vigilância. A ampliação de seus domínios abrange a preocupação com o controle sobre as informações dos sujeitos, seus dados pessoais, sua liberdade, seu direito de acesso e acompanhamento desses dados e sua autodeterminação informativa (FRAZÃO, 2019, p. 109).

No contexto da sociedade digital e de informação, os dados pessoais – verdadeiras projeções da personalidade – passaram a ter grande relevância diante de seu processamento e tratamento eletrônico, exigindo maior proteção. Cada vez mais as pessoas tornam-se usuárias da internet e criam rotineiramente perfis que permitem classificar os indivíduos segundo suas características, preferências e convicções. Na maior parte das vezes, os usuários sequer têm consciência de que seus dados estão sendo coletados e tratados

.....
* Doutora em Ciências Jurídicas. Professora e pesquisadora da UFSC. Advogada. dorisghilardi@gmail.com.

como ativo comercial ou expressão de poder político.

É diante desse cenário que surge, no Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD – Lei 13.709/2018), que entra em vigor em 2020, e acena para a demanda urgente por um estatuto mais amplo e protetivo, voltado para uma peculiar vulnerabilidade da sociedade contemporânea que é o avanço, em ritmo frenético, da tecnologia e manipulação de dados pessoais. Para a lei não existe dado pessoal insignificante, razão pela qual o conceito de dado pessoal é amplo e corresponde a qualquer “informação relativa a uma pessoa singular que possa ser identificada ou identificável”.

A LGPD concedeu proteção destacada tanto em relação à validade do consentimento do titular dos dados, bem como ao controle do tratamento de dados que, segundo Tepedino (2019, p. 297), “não resguarda apenas o indivíduo cujos dados estão relacionados, mas também o grupo social do qual ele faz parte, interesses coletivos e futuras gerações.” Diante do exposto, nas breves linhas que se seguem, este estudo buscará apontar as primeiras impressões sobre a LGPD e seus reflexos no Direito de Família, com recorte específico acerca da autoridade parental e a proteção de dados pessoais das crianças e adolescentes.

2. Dados pessoais de crianças e adolescentes

Ao mesmo tempo em que a tecnologia apresenta uma série de vantagens e facilidades no dia a dia, não se pode ignorar os perigos que ela representa. Atenta a isso, a LGPD tratou no artigo 14, especificamente acerca do tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, exigindo que o tratamento deve ocorrer segundo o melhor interesse desses sujeitos.

Pesquisa realizada pelo CETIC – Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação – apontou que, no Brasil, 83% dos adolescentes que estudam entre o quinto ano do ensino fundamental e o segundo ano do ensino médio acessam redes sociais (82% usam WhatsApp, 79% Facebook, 55% o Instagram e 27% o Twitter).

A partir desses dados, não é em vão a preocupação especial que se deve ter com a proteção de dados desses sujeitos de direito, considerados como vulneráveis. A CFRB/1988 trouxe a doutrina da proteção integral, assegurando que as crianças e adolescentes devem ter seus direitos protegidos de forma especial pela família, pela sociedade e pelo Estado.

O ambiente virtual desafia, portanto, uma compreensão mais ampla do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Ao mesmo tempo em que se tenta assegurar a inclusão digital de crianças e adolescentes, tenta-se salvaguardar as informações que podem ser expostas nas redes, não

se limitando apenas aos dados coletados pelos provedores de internet, mas também aos dados inseridos e divulgados pelas próprias crianças e adolescentes ou pelos seus pais ou responsáveis, tendo em vista o direito à privacidade atual e futura da vida desses sujeitos hipervulneráveis.

De acordo com Ana B. Teixeira e Anna C. Rettore (2019, p. 516), a “proteção de dados dos menores implica evitar que eles sejam mapeados e tenham suas preferências e escolhas pregressas utilizadas e manipuladas, preservando, dessa forma, sua liberdade na construção da própria identidade”.

Todavia, o atual momento de desenvolvimento das tecnologias permite o cruzamento de dados e obtenção de informações impensáveis sobre os usuários, sendo possível armazenar uma quantidade enorme de elementos e algoritmos capazes de traçar o perfil de qualquer um em relação aos seus gostos, preferências, ações, padrões comportamentais, experiências e possibilidades, que podem servir para o mercado como condicionantes da vida adulta, determinando o destino das pessoas ou influenciando e modificando o comportamento humano.

Nesse aspecto, a LGPD tenta regulamentar de maneira ainda mais rígida o tratamento de dados de crianças e adolescentes, porém, exige o consentimento específico de pelo menos um dos pais ou responsáveis, apenas em se tratando de crianças, ou seja, não exige o consentimento expresso quando o usuário da internet for adolescente. Esse já passa a ser um dos pontos de crítica, tendo em vista que a adolescência inicia-se ao 12 anos, idade insuficiente para que se tenha a exata noção dos riscos a que estão expostos.

De acordo com Anderson Schreiber (2019), a LGPD deveria ter se inspirado na legislação europeia que exige o consentimento dos pais até os 16 anos. A lei, apesar desse aparente deslize, andou bem ao exigir que o controlador realize esforços razoáveis – nos casos de consentimento obrigatório – para a verificação de que o consentimento efetivamente foi dado pelo responsável da criança. Ainda assim, não está claro na lei, como bem alerta Tepedino (2019, p. 317) em que constituirá o esforço razoável, nem quem avaliará o esforço desempenhado pelo controlador, podendo as crianças se utilizarem de artimanhas ou de ajuda de outros adolescentes para contornarem essa exigência.

Outra previsão de caráter protetivo, diz respeito à redação do parágrafo 4 do artigo 14, que salienta que os controladores não poderão condicionar a participação em jogos, aplicações de internet ou outras atividades ao fornecimento de informações pessoais, além das estritamente necessárias à atividade. A coleta de dados desnecessários, portanto, está vedada.

Em que pese as previsões protetivas da LGPD sobre o tratamento de dados pessoais das crianças e adolescentes, que se mostram relevantes, mas não suficientes, o exercício consciente da autoridade parental, nesse contexto, é fundamental para que se assegure uma efetiva proteção das crianças e

adolescentes diante desses novos desafios da era digital. É preciso ter consciência acerca do consentimento e o que ele pode significar na vida do filho.

Determinadas informações e exposição de crianças e adolescentes em redes sociais pode não ser tão inofensivo como parece, pelo contrário, pode representar efetivo prejuízo para o saudável desenvolvimento da personalidade desses sujeitos de direito.

Um simples consentimento dado pelos pais aos provedores, para que o filhos tenham acesso aos jogos, aplicativos ou rede social, pode se transformar, tanto no presente como no futuro, numa grande dor de cabeça, seja pelo enorme potencial danoso à criança ou adolescente, seja em razão da discordância do outro genitor, podendo resultar, inclusive, em ações indenizatórias.

A lei exige o consentimento de apenas um dos pais ou responsáveis para que a criança tenha permissão de uso da rede digital. Ao mesmo tempo em que isso facilita a autorização, concede poderes a um só dos pais, em detrimento da vontade ou conhecimento do outro. O ideal, portanto, é que se estabeleça uma relação dialogal, independente das exigências legais, e que se avalie conscientemente os riscos dessa decisão, em evidente mudança comportamental que o mundo virtual está a demandar.

É preciso não mais ignorar que qualquer informação disponibilizada pode constituir relevante patrimônio virtual, com projeções econômicas, que podem ser usadas e tratadas de forma abusiva e perigosa, principalmente quando se trata de crianças e adolescentes.

Bibliografia

FRAZÃO, Ana. Aspectos Estruturais da LGPD e Direitos dos Titulares de Dados. In Lei Geral de Proteção de Dados. FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019.

SCHREIBER, Anderson. Proteção de Dados no Brasil e na Europa. Jornal Carta Forense. Disponível em: www.cartaforense.com.br. Acesso em: 27/10/19.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara. Consentimento e Proteção de Dados. In Lei Geral de Proteção de Dados. FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina. Autoridade Parental e Tratamento de Dados pessoais de crianças e adolescentes. In Lei Geral de Proteção de Dados. FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019.

Priscila Madruga

Ribeiro Gonçalves*

.....
ESA/TOCANTINS

Uma breve análise dos direitos humanos no Brasil e na América Latina frente ao novo cenário mundial: quem somos e para onde vamos?



A construção das noções de direitos humanos na América latina, diferente do que ocorreu nos países europeus, que chegou ao ápice durante o período pós-grandes guerras mundiais, advindo grande número de convenções internacionais sobre a temática no intuito de revitalização dos direitos inerentes à pessoa humana, os países que constituem o cone sul veem esse processo ligado, principalmente, ao período posterior aos regimes militares, em maior ou menor magnitude, dependendo do país em questão (PENTEADO FILHO, 2011).

As condições históricas e sociais da América Latina, por si só, diante da necessidade de restabelecer uma ordem jurídico-social compatível com a redemocratização de alguns países, sobretudo na região do cone sul, objeto de estudo do presente trabalho, foi de grande contribuição para o desenvolvimento dos Direitos Humanos nessa região.

Segundo o autor José Eduardo Faria (PENTEADO FILHO apud FARIA, 2011), analisando o documento produzido na II Conferência Mundial de Direitos Humanos, em Viena, no ano de 1993, efetivar as medidas apresentadas nos países latino-americanos acerca da proteção de direitos humanos seria um dos principais obstáculos a ser vencido, isso em razão da característica

.....
* Mestra em Relações Internacionais, Direito e Desenvolvimento pela PUC/GO, professora universitária e advogada.

desta sociedade historicamente excludente.

O Brasil, especialmente, é um país que ao longo dos anos construiu uma imagem pacifista e de liderança ao sul do continente americano, verificando-se, pois, parte do processo evolutivo na participação e integração do Brasil no cenário da política, economia e história das relações internacionais.

Alguns desses fatores integrantes do processo expansionista brasileiro foram as chamadas instâncias públicas de intermediação das quais, tanto no âmbito interno quanto externo, observou-se a diferenciação de interesses estratégicos, políticos e econômicos para as coordenadas de um país no contexto internacional.

Em sendo assim, tais fatores, identificados pelo autor Celso Lafer (LA-FER, 2007) como “fatores de persistência”, que consideram não somente os interesses da nação, mas todos os elementos de justificativa das ações e decisões governamentais, contribuem para a explicação dos principais traços de identificação do Brasil no cenário mundial, tendo a continuidade, relação entre políticas realizadas entre passado e futuro, como fator indispensável para política exterior.

É nesse momento que passamos a verificar as principais políticas de atuação no campo internacional com o fito de assegurar e validar a titulação jurídica do território nacional, seja através de negociações, tratados ou da arbitragem internacional.

Diante dessa temática de expansão e manutenção dos limites territoriais, o Brasil passou a se preocupar com sua projeção no âmbito internacional não apenas como grande território nacional, mas também com sua identidade internacional, como um povo novo, diferente, livre do estigma da colonização, um processo que não foi repentino, pois se tornou necessário um verdadeiro movimento para libertação, singularizando sua posição em função de um elemento novo a ser considerado como “Outro Ocidente” de sua identidade.

Marcado por uma característica pacifista, observou-se o início de um processo de transformação da política de conquista para um processo de integração através de políticas de cooperação, podendo se destacar o próprio contexto de globalização do qual o Brasil faz parte ativamente, com políticas voltadas para a consolidação da democracia, promoção dos direitos humanos e, ainda, na participação de novos enlaces de integração econômica.

Atualmente, não obstante à suposta mudança de cenário ou de estratégia no âmbito das relações internacionais, não há o que se questionar acerca da tradição brasileira pacifista, seja como agente globalista seja como protagonista de uma política isolacionista, em ambas as estratégias não se quer ameaçar o poder soberano, provocando mudança em discursos que, na realidade visam o mesmo objetivo, qual seja angariar parceiros e projetar notoriedade mundial, seja levantando-se a bandeira da economia, meio ambiente

ou Direitos Humanos.

Do exposto, mesmo com todos os desafios que já figuram como pauta da agenda internacional do Brasil, principalmente na agenda financeira e comércio exterior, observa-se uma política voltada para “dentro” e não para “fora”, o que traz à baila uma nova realidade das políticas externas que é a interferência das políticas domésticas como parte do processo evolutivo das relações internacionais.

Flávia Piovesan menciona o seguinte:

No que se refere à posição Brasil em relação ao sistema internacional de direitos humanos, cabe realçar que, somente a partir do processo de redemocratização do país deflagrado em 1985 e, sobretudo, a partir da Constituição Federal de 1988, é que o Estado brasileiro passou a ratificar relevantes tratados internacionais de direitos humanos. Assim, a partir da Carta de 1988 foram ratificados pelo Brasil: a) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura; b) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos cruéis, Desumanos ou Degradantes; c) Convenção sobre Direitos da Criança; d) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; e) Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; f) Convenção Americana de Direitos Humanos; g) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher; h) o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte; i) Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; j) o Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional; k) Protocolo Facultativo à Convenção sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher; l) Protocolos facultativos à Convenção de Direitos da Criança, referente ao envolvimento de crianças nos conflitos armados. A estes avanços soma-se o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (PIOVESAN apud SARMENTO e GALDINO, 2006, p. 415).

Percebe-se que esse avanço se deu de forma simultânea entre os países latino-americanos, especialmente entre os países do Cone Sul, mais impactados pelos regimes ditatoriais, para o tratamento jurídico das normas constantes dos tratados de direitos humanos, há vontade do legislador em dar tratamento diferencial às questões de direitos humanos, fato que se comprova nas recentes constituições latinas como no caso das constituições argentina uruguaia e paraguaia.

Tem-se, pois, que os direitos humanos como normas imperativas internacionais que tiveram surgimento com o término da Segunda Guerra Mundial, embora tenha tido imediato acolhimento nos países da América Latina, somente vem ganhando a devida atenção internacional nos últimos anos. Esses fatores corroboram a ideia de que a luta pela defesa desses direitos deve ser constante, e que eventos que assolaram a sociedade em nome de uma ideologia devem ser abolidos sob pena de invocarmos o surgimento de um regime totalitarista.

Qual a cara do Brasil? Conservadora? Revolucionária ou Reacionária? A verdade é que o Brasil será um eterno ativista no cenário internacional, assumindo a carapuça de bicho-papão ou mocinho ao bel-prazer daquilo que lhe convenha, sendo, ao final, todos peças de um grande tabuleiro cujo nome do jogo jamais chegará ao conhecimento dos peões.

Tenner

Aires Rodrigues*

Fabiana

Pacheco Araújo*

.....
ESA/TOCANTINS



Violência de gênero: a culpabilização da vítima

Ao se falar em violência contra a mulher e, conseqüentemente, contra o gênero também, têm-se índices alarmantes. Isso não é apenas um fator local, é algo que ocorre em escala global. Esse tipo de fenômeno não está ligado diretamente aos países menos desenvolvidos, e apresenta características diversas a depender da sociedade. O ataque principal da violência está inserido na família, pois essa é a primeira formação social da história da humanidade.

A esse respeito, Teles vai afirmar que:

Violência em seu significado mais frequente, quer dizer uso da força física psicológica ou intelectual para obrigar outra pessoa a fazer algo que não está com vontade, é constranger, é tolher a liberdade, é incomodar, é impedir a outra pessoa de manifestar seu desejo e sua vontade, sob pena de ser gravemente ameaçada ou até mesmo ser espancada, lesionada

.....
* Advogado - OAB-TO 4282. Especialista em Direito Público pelo ITOP. Mestrando em Planejamento e Desenvolvimento Regional pela UNITAU. Membro da ESA/OAB-TO e professor universitário na UNITINS - Campus Dianópolis.

* Licenciada em Letras. Especialista em Estudos Literários pela Faculdade João Calvino. Acadêmica 10º Período de Direito na UNITINS - Campus Dianópolis.

ou morta. É um meio de coagir, de submeter outrem ao seu domínio, é uma violação dos direitos essenciais de ser humano. Assim, a violência pode ser compreendida como uma forma de restringir a liberdade de uma pessoa ou grupo de pessoas, reprimindo e ofendendo física ou moralmente (TELES, 2003, p. 15).

As mortes de mulheres por questões de gênero encontram-se presentes em todos os níveis sociais, e são decorrentes da cultura de dominação e desigualdade nas relações de poder entre os sexos, como já mencionado anteriormente. O feminicídio é proveniente dessa dominação, ocasionando na forma mais extrema de violência que é a morte. O assassinato de mulheres pode ser realizado por qualquer pessoa próxima à vítima.

Ao se tratar de vítima dentro da situação de violência contra a mulher, é interessante fazer uma pequena definição do significado da palavra, no sentido etimológico remete ao termo latim *vincire* que se relaciona a sacrifícios religiosos, aquele que é vencido, outro significado é aquele que se destina à imolação. O sentido originário da palavra é aquele que faz referência aos sacrifícios aos deuses. No sentido jurídico propriamente dito é aquele cujo bem jurídico foi violado. Nesse caso, quem tem o bem jurídico violado são as mulheres, e como essa figura é tratada na seara penal, como os estereótipos direcionam o andamento das investigações e julgamento.

Nos crimes que envolvem violência contra a mulher é muito comum à imputação da responsabilidade da vítima, ou seja, houve algo no comportamento da vítima que despertou a sanha do ilícito praticado pelo agressor. Assim, é possível inferir que o comportamento da vítima, seja nos casos de violência física, sexual, psicológica e por fim no feminicídio, é determinante para que ocorram os mesmos. Em consonância com esse posicionamento, tem-se a seguinte afirmação:

“violência suave, insensível, invisível as suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento, ou, mais precisamente, do desconhecimento, do reconhecimento ou, em última instância, do sentimento”. (BOURDIEU, 2007, p.157).

Nesse caso, a ordem social e simbólica tende a alicerçar a conduta masculina em diferentes âmbitos, expressando uma força impositora à mulher não importando as suas posições sociais. Existe uma intolerância da sociedade em relação a determinadas atividades. Se a mulher já se envolveu com

traficante, se é favelada, se teve vários relacionamentos, se sua profissão está ligada ao corpo de modo em que a sensualidade seja explorada, se essa mulher é homossexual ou transexual.

A esse respeito, a especialista Vânia Pasinato (2016, p. 33) diz: “é fundamental que a mídia trabalhe com respeito à memória das vítimas. Deve-se preservar a privacidade, ter respeito pela intimidade, não explorar fatos da vida íntima, principalmente da vida sexual, do comportamento sexual dessa vítima”. Portanto, entende-se que a vítima não pode ser de forma alguma responsabilizada pela conduta do agente. Cada vez que a mídia ou as instituições jurídicas tomam essa postura, a vítima passa a ser culpada e revitimizada, pois seu direito à memória passa a ser violado.

A situação tende a ser pior quando o agressor pertence a grupos dominantes, pois, segundo Simões, são tratados apenas como desviantes, por não conseguirem dominar o seu amor e ciúmes. Desse modo, a vítima passa a ser culpada de sua morte, como também a responsável por tudo de ruim que venha a acontecer com seu agressor, especificamente em casos de feminicídio íntimo.

A esse respeito, Morin (2006, p. 156) diz:

A mulher teve sua emancipação, mas isso só ocorre no contexto de consumo. A imagem do feminino continua sendo tratada com muito preconceito, gerando opressão. A figura da mulher é coisificada, pois “a infraestrutura do caráter feminino é atribuída à biologia: fêmea, está destinada à reprodução; mamífera, está destinada a cuidar dos filhos; primata, está subordinada a seu macho”. Afinal, o homem deve “possuir sem ser possuído” e essa é a “única fórmula aceitável entre o homem superior e a mulher.

Portanto, nota-se que a mulher está sempre propensa a julgamentos e controles masculinos.

A socióloga Eva Blay (2016) afirmou que o raciocínio de julgar a vítima e não o agressor está arraigado na cultura machista e misógina do país. Pois, nesse caso, a mulher é tida como um objeto a ser usado pelo homem. Tem que ficar claro que a culpa será sempre do agressor e nunca da vítima.

Assim, percebe-se que vulnerabilidade das mulheres não está apenas centrada na situação que culminou com sua morte,

mas também com todo o enredo que será desenvolvido posteriormente. Um estudo publicado em 2015, pelo Ministério da Justiça, afirma que o feminicídio íntimo praticado no Brasil, mostra que as mulheres que morreram vítimas desse tipo de crime, possuem características importantes, sendo a imposição de grave sofrimento uma das mais relevantes, tais como lesões no rosto, locais que marcam a anatomia feminina como seios, ventre, vagina, boca até mesmo o cabelo.

Recapitulando, o feminicídio íntimo ou ainda nos casos de violência sexual, ocorre muitas vezes a banalização da violência ou a culpabilização da mulher, o que faz gerar a sensação de impunidade e até mesmo uma certa legitimidade dos agressores em praticarem o ilícito penal. Seja por existir uma compreensão de que a violência é legítima e que de alguma forma a mulher deu causa para o ocorrido, visto que, ela pode não ter cumprido com seu papel socialmente esperado.

Assim, levando em consideração os princípios da dignidade humana, privacidade e memória das vítimas e familiares, é muito importante que profissionais da imprensa bem como os judiciais primem pela preservação do sigilo de imagens, desde as investigações até o final do processo judicial, pois a divulgação de tais materiais nos meios de comunicação, além de comprometer as investigações, revitimiza as vítimas diretas ou as indiretas (parentes e amigos).

O machismo nosso de cada dia: falas, músicas, comportamentos

**“Silêncio no patriarcado
é a voz da cumplicidade.”**
(Audre Lorde)



Nós, mulheres, estamos tão habituadas ao dia a dia machista que, mais das vezes, não percebemos o quão presente e o quão arraigado na sociedade ele está. Se pararmos por trinta minutos para escutar música em qualquer rádio popular, no mínimo alguma letra nos remeterá a conteúdos que denotam a inferioridade ou a subordinação feminina. Frases tidas como românticas, disfarçadas em cuidado e zelo com a relação, são repetidas em canções, tais como: “vai namorar comigo sim, vai por mim igual nós dois não tem”, ou “você me fala que não, mas eu te provo que sim”. E, que tal: “tá doido que eu vou fazer propaganda de você; isso não é medo de te perder, amor; é pavor, é minha, cuido mesmo, pronto e acabou”?

Para tratar adequadamente dessa suposta subordinação e inferioridade, é preciso enxergá-las como mais um formato da violência de gênero, sendo a discussão no presente trabalho completamente voltada à perspectiva do feminismo, entendido enquanto (busca da) igualdade entre homens e mulheres. Isso porque é preciso demonstrar e entender que a violência contra a mulher (inserida enquanto modalidade específica de violência de gênero) tem origem “num status de subordinação que as mulheres e meninas possuem na sociedade” (SOUZA, 2010, p. 16).

Negar esse fato, entender essas músicas, frases e pensamentos como normais ou aceitáveis, de logo, representa um encobrimento dos formatos de violência contra a mulher. Tal eclipse é comum, pois “nos dias atuais existe uma intenção maior de fazer com que a ‘sociedade’ acredite que as mulheres não precisam mais lutar por seus direitos ou a intenção de fazer acreditar que não há mais necessidade de revolução, de mudanças” (NOGUEIRA, 2001).

Estamos longe dessa desnecessidade de luta. Léguas. A sociedade ainda se mostra machista, heteronormativa, patriarcal. Podemos sentir isso nos mi-

nimos detalhes. Quem é (se tornou) mulher passou por diversos momentos de castração de seu gênero, passou por diversos momentos de invisibilidade, passou por vários momentos em que foi colocada em cheque diante de uma opinião, fala ou comportamento de um homem. Muitas delas, inclusive, nem se deram conta de todos esses percalços... É que, mais das vezes, “as mulheres frequentemente apagam de si mesmas as marcas tênues de seus passos neste mundo, como se sua aparição fosse uma ofensa à ordem. Esse ato de autodestruição é também uma forma de adesão ao silêncio que a sociedade impõe às mulheres” (PERROT, 2005, p. 37).

Esse silêncio decorre, também e em parte, do desconhecimento. Muitas mulheres não se dão conta de que estão sendo vítimas de formatos de violência. Por isso, vale frisar que a Lei 11.340/2006, vulgarmente conhecida como Lei Maria da Penha, elenca – em seu art. 7º – diversas formas de violência contra a mulher¹, não se limitando apenas à violência física.

Em que pese as mulheres só perceberem ou só se darem conta da violência sofrida quando esta se reveste do caráter físico, a Lei demonstrou esse conceito mais amplo, testificando que as relações abusivas podem ter lugar muito antes do tapa, soco ou empurrão.

A sociedade há de questionar essa mulher que se mantém em um relacionamento como tal. Qual seria a razão para estar com um(a) parceiro(a) abusivo(a)? A resposta não é simples, mas as correntes que estudam a violência de gênero indicam que os namoros, casamentos e relações abusivas passam por um ciclo²: começam com uma fase de romantismo denominada lua de mel, fase em que o casal se comporta de maneira amorosa e compreensiva; em seguida, evoluem para momentos de tensão. Nessa fase, as mulheres são levadas a acreditar que o comportamento dominador e autoritário,

.....

¹ Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018);

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

² “A violência doméstica contra a mulher obedece a um ciclo, devidamente comprovado, que se caracteriza pelo ‘perdido de perdão’ que o agressor faz à vítima, prometendo que nunca mais aquilo vai acontecer. Nessa fase, a mulher é mimoseada pelo companheiro e passa a acreditar que violências não irão mais acontecer. Foi num desses instantes de esperança que engravidei, mais uma vez, de nossa terceira filha.” PENHA, MARIA DA. Sobrevivi... Posso contar.

de alguma forma, faz parte da relação. É comum ouvirmos frases como “ele só está com ciúmes”; “faço isso porque te amo”; “estou protegendo nossa relação”. Desta fase, há uma evolução para a explosão, que, muitas vezes, termina em agressões físicas e até mesmo no feminicídio, qualificadora do crime de homicídio.

Assim, a vítima de um crime praticado no âmbito doméstico ou familiar sofre, segundo estudos da vitimologia (corrente criminológica que estuda a vítima), processos distintos de vitimização. A denominada vitimização primária decorre do contato entre vítima e agressor. No âmbito doméstico ou familiar, lidamos ainda com o problema de que o agressor, no mais das vezes, mantém (ou mantinha) um relacionamento conjugal, afetivo, ou algum tipo de vínculo emocional com a vítima. Ana Angélica P. Souza explica que a violência de gênero não é igual a uma violência interpessoal qualquer. Isso se dá porque “os homens [...] estão mais suscetíveis a serem vítimas de um estranho ou conhecido, enquanto as mulheres a serem vítimas de violência praticada por um familiar ou parceiro íntimo” (p. 17).

Em um segundo momento, a vítima de violência doméstica passa pela vitimização secundária: seu contato com as instâncias formais de controle, tais como delegacias, Ministério Público, etc. As situações são, nos dizeres de Selma Santana, no mínimo incômodas! Justiça despreparada para receber essas mulheres, crimes materiais demandando exame de corpo de delito, advogados de defesa imbuídos da tarefa de desqualificar os depoimentos das vítimas, muitas vezes, levando a crer que elas mentem... “Na melhor das hipóteses, a vítima é utilizada exclusivamente como meio de prova, e suas necessidades não são levadas em conta” (SANTANA, 2010, p. 23).

Na sequência, a própria sociedade se incumbe de revitimizar essa mulher, num processo denominado vitimização terciária. A mulher é questionada em seu comportamento, como se, de alguma forma, houvesse contribuído para uma conduta criminosa. Não raro ouvimos frase como “o que ela estava fazendo naquele local?”; “quem mandou namorar com esse cara?”; algo ela deve ter feito para apanhar”.

É assim que, com esse tipo de comportamento, percebemos que as “mulheres foram treinadas para aceitar a culpa e cultivar ódio recíproco, que aumenta a competição e acaba com a sororidade” (GOSTINSKI, 2016, p. 17).

Esses questionamentos e desqualificações das falas das vítimas são, sem dúvidas, ainda um resquício da sociedade machista em que a mulher é marginalizada, sobretudo em seu comportamento sexual.

Desta forma é que, embora se saiba que sistema penal não seria a via mais adequada para tratar dessas relações, foi necessário uma tomada de posição por parte do legislador, que precisava refrear o número de morte de mulheres em situação de violência de gênero. E, para aqueles que acreditam que a simples tipificação penal do feminicídio não trará diminuição das ocor-

rências, que essa coleta de números por parte das delegacias e Ministério Público sirva, ao menos, para uma tomada de posição por parte do Estado, no sentido de orientar políticas públicas contra o machismo tóxico e a violência contra as mulheres.

Bibliografia

LIGOURI, Maira. O machismo também mora nos detalhes” - Think Olga. <http://thinkolga.com/2015/04/09/o-machismo-tambem-mora-nos-detalhes/> 2015.

LOURO, Guacira. Epistemologia feminista e teorização social – desafios, subversões e alianças. Coletânea Gênero plural. Miriam ADELMAN; Celsi Brönstrup SILVESTRIN (organizadoras). Curitiba. UFPR, 2002.

GOSTINSKI, Aline; MARTINS, Fernanda.org. Estudos Feministas. Por um Direito Menos Machista. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

NOGUEIRA, Conceição. Um novo olhar sobre as relações sociais de gênero: feminismo e perspectiva crítica na psicologia social. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 2001.

PENHA, Maria da. Sobrevivi... Posso contar. Armazém da Cultura. 2ª Ed. 2012.

PERROT, M. As mulheres ou os silêncios da história / Michelle Perrot: tradução Viviane Ribeiro. Bauru, SP: EDUSC, 2005.

PINTO, Céli Regina Jardim. Dossiê Feminismo, História e Poder. Revista de Sociologia e Política V. 18, nº 36: 15-23 jun. 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v18n36/03.pdf>.

SOUZA. Ana Angélica Pereira. Violência nas relações íntimas: uma análise psicossociológica. João Pessoa, 2010. Disponível em <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/7022/1/arquivototal.pdf>.



oab.org.br

