

E-BOOK
ARTIGOS
SELECIONADOS
01 ano de

NOVOJURISTA

Autores

Aline Tortato de Araújo Bastos

Ana Lúcia Barella

Fernanda Luise Gasparin

Isabella Louise Traub Soares de Souza

Rafael Almeida Oliveira Reis

Wellington Roberto Soeiro Chaves

www.novojurista.com/ebook-aniversario

ARTIGOS SELECIONADOS

01 ANO DE **NOVO JURISTA**

Aline Tortato de Araújo Bastos
Ana Lúcia Barella
Fernanda Luise Gasparin
Isabella Louise Traub Soares de Souza
Rafael Almeida Oliveira Reis
Wellington Roberto Soeiro Chaves

Revisão

Ana Lúcia Barella

Edição

Isabella Louise Traub Soares de Souza

Rafael Almeida Oliveira Reis

NOVOJURISTA

2018

COPYRIGHT

A equipe do Novo Jurista empenhou seus melhores esforços para citar adequadamente e dar o devido crédito a todos os detentores de direitos autorais de qualquer material utilizado neste livro, dispondo-se a possíveis acertos posteriores caso, inadvertida e involuntariamente, a identificação deles tenha sido omitida.

Reservados todos os direitos. É proibida a duplicação ou reprodução deste volume, no todo ou em parte, em quaisquer formas ou por quaisquer meios (eletrônico, mecânico, gravação, fotocópia, distribuição pela internet ou outros), sem permissão, por escrito, do Novo Jurista.

Copyright © 2018 por Novo Jurista

onovojurista@gmail.com

www.novojurista.com

NOVOJURISTA

Artigos e debates sobre Direito e Justiça

SUMÁRIO

PREFÁCIO	5
O QUE MUDA COM A NOVA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS?	6
JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA AO SISTEMA PRISIONAL	15
A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, O NOVO PROCEDIMENTO COM O CPC/15 E AS RECENTES DECISÕES DO STJ.....	23
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A INSTABILIDADE DE ENTENDIMENTO DO STF ..	32
LEI DE MIGRAÇÃO: UM AVANÇO PARA OS DIREITOS HUMANOS.....	37
O CASO EMBRAER: A GOLDEN SHARE E O PODER DE VETO DA UNIÃO NA NEGOCIAÇÃO COM A BOEING	45
O BLOQUEIO ADMINISTRATIVO DE BENS E SUA INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	52
CUMPRIMENTO DE SENTENÇA SOBRE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL?	57
A INCOMPATIBILIDADE ENTRE A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	66
CONTRATOS COLIGADOS	73
PRECISAMOS FALAR SOBRE A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL.....	81
A APLICAÇÃO DO VISTO HUMANITÁRIO NO BRASIL.....	86
AS TUTELAS ASSECURATÓRIAS NO DIREITO DE FAMÍLIA E A GARANTIA A UM PROCESSO JUSTO E RAZOÁVEL.....	93
REFORMA TRIBUTÁRIA – UMA EXPOSIÇÃO DE PROPOSTAS QUE MERECEM DESTAQUE	99

PREFÁCIO

O **Novo Jurista** é um site com artigos, textos, notícias e debates com o objetivo de fomentar o estudo de novos e experientes juristas que buscam a atualização e o aprimoramento acadêmico e profissional.

Fundado em 2017 por um grupo de amigos, a iniciativa se mostra desafiadora por reunir integrantes com as mais divergentes visões de mundo. Juntos, debatemos e construímos o direito do futuro, com opiniões conflitantes, mas sempre em busca do consenso e da ponderação.

Este e-Book é fruto das publicações do primeiro ano do site. O leitor encontrará aqui um pouco da pesquisa de cada um dos membros do **Novo Jurista**, que representa uma pequena parcela do material jurídico criado pelo site nesse primeiro ano de vida.

O **Novo Jurista** é para todos. Ele nasceu para democratizar e fomentar a pesquisa e a produção de artigos jurídicos por todos aqueles que tenham o interesse e a força de vontade para produzir um bom material para publicação. Convidamos toda a comunidade jurídica para participar dessa iniciativa.

Vida longa ao **Novo Jurista!**

Equipe do Novo Jurista



NOVOJURISTA

Artigos e debates sobre Direito e Justiça

01

**O QUE MUDA COM A NOVA LEI GERAL DE
PROTEÇÃO DE DADOS?**

RAFAEL ALMEIDA OLIVEIRA REIS

<https://novojurista.com/2018/08/19/o-que-muda-com-a-nova-lei-geral-de-protecao-de-dados/>

Após vários anos de debates (alguns realizados há décadas), foi sancionada no último dia 14 de agosto a Lei 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira. Assim, após o período de 18 meses de *vacatio legis*, o diploma entrará em vigência plena em fevereiro de 2020.

Resumidamente, trata-se da esperada regulação que **dá aos cidadãos em território nacional controle sobre seus dados pessoais¹. Os usuários de aplicações da internet** (ou qualquer outra que envolva armazenamento e tratamento de dados) **têm o direito de serem informados sobre o que empresas, sejam elas públicas ou privadas, fazem com os seus dados.** A nova lei também dá o direito ao usuário de solicitar a retirada ou a portabilidade dessas informações para outros controladores e servidores².

Diante desse cenário, começa a corrida pela adequação dos diversos *players* de mercado que, em maior ou menor grau, serão atingidos pela nova regulamentação, em movimento muito semelhante ao ocorrido nos Estados que compõem a União Europeia com a edição da GDPR (*General Data Protection Regulation*). A lei de proteção de dados europeia entrou em vigor no dia 25 de maio de 2018 e gerou uma aceleração global de adequação das políticas de privacidade e termos de uso, muito por conta do seu âmbito de aplicação territorial, protegendo os dados pessoais de cidadãos europeus em qualquer lugar do mundo, independentemente do local de armazenamento ou tratamento dos seus dados³. Na prática a lei europeia tem abrangência global, com multas que podem alcançar 20 milhões de euros.

¹ Informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável. Art. 5º, I, Lei 13.709/2018.

² Conforme Art. 18 da Lei 13.709/2018: O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: V – portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa e observados os segredos comercial e industrial, de acordo com a regulamentação do órgão controlador;

³ Conforme *Artigo 3º* Âmbito de aplicação territorial 1.O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais efetuado no contexto das atividades de um estabelecimento de um responsável pelo tratamento ou de um subcontratante situado no território da União, independentemente de o tratamento ocorrer dentro ou fora da União. 4.5.2016 L 119/32 Jornal Oficial da União Europeia PT 2.O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais de titulares residentes no território da União, efetuado por um responsável pelo tratamento ou subcontratante não estabelecido na União, quando as atividades de tratamento estejam relacionadas com: a) A oferta de bens ou serviços a esses titulares de dados na União, independentemente da exigência de os titulares dos dados procederem a um pagamento; b) O controlo do seu comportamento, desde que esse comportamento tenha lugar na União. 3.O

Nesse aspecto, a lei brasileira difere-se no sentido de ser aplicável a qualquer operação de tratamento de dados quando estes forem obtidos e tratados em território nacional⁴, com multas que chegam aos 50 milhões de reais, por violação.

O atual panorama da proteção de dados no Brasil é difuso, com diversas leis tratando sobre o tema (Marco Civil da Internet, Código de Defesa do Consumidor, Lei do Cadastro Positivo, Lei de Acesso à Informação, entre outros (Lima, 2018)). Com a sanção presidencial, o novo diploma legal trará um relevante avanço na proteção de dados pessoais em território nacional, alinhando-se aos mais elevados níveis de proteção do mundo.

Em evidente atenção a diversos princípios constitucionais, a LGPD procura proteger direitos fundamentais dos usuários, entre eles o respeito à **privacidade** (abrangendo a inviolabilidade da intimidade, honra e imagem), à **liberdade** (aqui entendida como a liberdade de expressão, informação, comunicação e opinião), ao **desenvolvimento econômico e tecnológico** (por meio da inovação, da livre iniciativa, concorrência e a defesa do consumidor) e aos **direitos humanos** (com o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural⁵).

presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais por um responsável pelo tratamento estabelecido não na União, mas num lugar em que se aplique o direito de um Estado-Membro por força do direito internacional público. REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)

⁴ Conforme Art. 3º: Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que: I – a operação de tratamento seja realizada no território nacional; II – a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; III – os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional. § 1º Consideram-se coletados no território nacional os dados pessoais cujo titular nele se encontre no momento da coleta. § 2º Excetua-se do disposto no inciso I deste artigo o tratamento de dados previsto no inciso IV do caput do art. 4º desta Lei. (LGPD)

⁵ Art. 1º Lei 13.709/2018: Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I – o respeito à privacidade; II – a autodeterminação informativa; III – a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV – a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; V – o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI – a livre iniciativa, a livre concorrência

Os dados passam a ser utilizados pelos controladores (descritos na lei como responsáveis pelo tratamento dos dados pessoais) devendo observar princípios como os da **boa-fé**, **finalidade** (o tratamento deve obedecer a uma finalidade e propósito específico para o qual é aplicado), **necessidade** (o tratamento deverá se restringir ao mínimo necessário para realização das suas finalidades), entre outros⁶. Os controladores deverão elaborar relatórios de impacto de proteção de dados, avaliando todos os procedimentos (do início ao fim do tratamento) com o fim de demonstrar à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (autoridade reguladora que deverá ser criada por lei de iniciativa do poder executivo⁷) a indicação de quais fundamentos autorizam aquele tratamento em específico, assim como quais medidas de segurança serão implementadas para evitar vazamentos e a perda de dados pessoais.

Juntamente com os referidos princípios, o tratamento dos dados pessoais só poderá ser realizado quando observado o disposto nos incisos do art. 7º da LGPD⁸, sendo o consentimento do titular (expresso e com finalidade

e a defesa do consumidor; e VII – os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade

⁶Art. 6º Lei 13.709/2018: As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I – finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II – adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; III – necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; IV – livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; V – qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento; VI – transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; VII – segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; VIII – prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX – Não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; X – responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

⁷ Ver referência de nº 18.

⁸Art. 7º Lei 13.709/2018: O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I – mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; II – para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; III – pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos

determinada, sob pena de nulidade⁹) **apenas uma entre dez hipóteses** de tratamento de dados dos usuários.

Sobre isso, merece especial destaque a preocupação da lei em **permitir o tratamento de dados (sem a necessidade de consentimento) quando este for utilizado pela administração pública na execução de políticas públicas e para a proteção ao crédito (cadastros positivos e negativos)**, garantido ao usuário o direito de obter do controlador, em qualquer momento, diversas informações sobre a existência, acesso e tratamento dos seus dados¹⁰, além do direito de peticionar contra o controlador perante a ANPD¹¹, em procedimento administrativo. Outra importante ressalva é a dispensa de consentimento do usuário quando este tornar os seus dados manifestamente públicos¹², categorização que deverá ser esclarecida conforme o amadurecimento da legislação.

conçêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei; IV – para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; V – quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; VI – para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); VII – para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; VIII – para a tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias; IX – quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou X – para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

⁹Art. 8º, § 4º Lei 13.709/2018: O consentimento deverá referir-se a finalidades determinadas, e as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas.

¹⁰Art. 18. Lei 13.709/2018: O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: I – confirmação da existência de tratamento; II – acesso aos dados; III – correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; IV – anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei; V – portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa e observados os segredos comercial e industrial, de acordo com a regulamentação do órgão controlador; VI – eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei; VII – informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; VIII – informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa; IX – revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei.

¹¹ ANPD – Agência Nacional de Proteção de Dados.

¹²Art. 7º, § 4º Lei 13.709/2018: É dispensada a exigência do consentimento previsto no caput deste artigo para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular, resguardados os direitos do titular e os princípios previstos nesta Lei.

O consentimento do usuário poderá sempre ser revogado, a qualquer momento e em procedimento gratuito e visualmente simples¹³, bem como este poderá solicitar o acesso (também de forma facilitada) a toda e qualquer informação a respeito do tratamento dos seus dados pessoais¹⁴.

Os dados sensíveis (dado pessoal sobre origem racial, étnica, religiosa, política, entre outros¹⁵) **receberam tratamento diferenciado pela legislação**, podendo serem objeto de tratamento **somente com expresso consentimento** para finalidades específicas, **ou quando for indispensável para o cumprimento de normas regulatórias, políticas públicas, estudos por órgãos de pesquisa, exercício regular de direitos, proteção da vida e da saúde do titular ou terceiro e a garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular**¹⁶.

Houve especial atenção à regulação dada pela lei no tratamento de dados de crianças e adolescentes. Além de condicionar o uso dos dados de menores

¹³§ 5º Lei 13.709/2018: O consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 desta Lei.

¹⁴ Art. 9º Lei 13.709/2018: O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso: I – finalidade específica do tratamento; II – forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial; III – identificação do controlador; IV – informações de contato do controlador; V – informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade; VI – responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e VII – direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 desta Lei.

¹⁵Art. 5º, II Lei 13.709/2018: – dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

¹⁶Art. 11. Lei 13.709/2018: O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: I – quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas; II – sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para: a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; f) tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias; ou g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais

somente após o consentimento expresso de pelo menos um dos pais (ou responsável legal) de forma verificável¹⁷, a lei determinou que **os controladores não poderão condicionar o uso de determinada ferramenta (como jogos ou outros aplicativos) mediante o fornecimento, pelos usuários, de dados que não sejam os estritamente necessários à atividade**¹⁸. Considerando a relevante atividade comercial em torno dessa atividade (dados em troca de serviços), restará saber quais dados serão considerados “estritamente necessários”, segundo critérios da razoabilidade, livre iniciativa e o melhor interesse das crianças e adolescentes¹⁹.

O tratamento de dados deverá terminar, bem como os dados serem excluídos (com exceção da necessidade de conservação legal dos dados), **sempre que a sua finalidade for alcançada**, quando ocorrer o fim do período de tratamento, quando o titular solicitar (revogação) e quando, por determinação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, esta requerer a interrupção do tratamento²⁰.

Por fim, foi vetado pelo Presidente Michel Temer a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), entidade designada pela lei para elaborar as diretrizes para Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais, além de fiscalizar e aplicar sanções no âmbito de regulamentação da LGPD, editar regulamentos, entre outras atribuições.

Segundo as razões dos vetos²¹, a criação do órgão foi excluída por “vício de iniciativa”. O legislativo não poderia propor a formação de autarquias que demandam novos gastos no orçamento da União, sendo esta uma prerrogativa do Poder Executivo. Um novo projeto de lei, agora de autoria do Executivo, será

¹⁷Art. 14. Lei 13.709/2018: O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente. § 1º O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal.

¹⁸Art. 14, § 4º Lei 13.709/2018: Os controladores não deverão condicionar a participação dos titulares de que trata o § 1º deste artigo em jogos, aplicações de internet ou outras atividades ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias à atividade.

¹⁹ Nesse ponto existe a discussão sobre até que ponto um adolescente não poderia ter autodeterminação para “escolher” vender seus dados em troca de utilizar determinado serviço ou produto.

²⁰ Conforme o disposto no Art. 15, Lei 13.709/2018.

²¹Arts. 55 ao 59 – MJ, MF, CGU, Bacen, MP, MSP e MCTIC. Razão dos vetos “Os dispositivos incorrem em inconstitucionalidade do processo legislativo, por afronta ao artigo 61, §1º, II, “e”, cumulado com o artigo 37, XIX da Constituição.”

enviado para o Congresso Nacional nas próximas semanas para viabilizar a criação da nova agência reguladora.

Com tantas novidades, não é por menos que uma verdadeira avalanche de dúvidas surja a respeito do tema. Não só as grandes empresas que comercializam dados pessoais (facebook, google e afins) serão afetadas, mas também os usuários, startups, pequenas e médias empresas de *Ecommerce* e internet, além da própria administração pública. Todos terão de se adequar para que não incorram nas sanções previstas pela lei.

Exemplo disso é a necessidade de os controladores indicarem **encarregados pelo tratamento de dados pessoais, os chamados *data protection officers***, que entre outras funções deverão criar uma cultura de proteção de dados dentro das companhias, utilizando governança corporativa e ferramentas de compliance, além de serem o elo das empresas com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados ²²

Se levarmos em conta o nível de exigência da lei, o período de 18 meses de *vacatio legis* se revela curto para o elevado nível de exigência que a nova regulamentação traz. Empresas, controladores e demais agentes diretamente afetados devem estar atentos ao prazo de vigência da lei para que todas as implementações jurídicas e de Tecnologia da Informação sejam devidamente efetivadas.

²²Art. 41, Lei 13.709/2018. O controlador deverá indicar encarregado pelo tratamento de dados pessoais.

REFERÊNCIAS

Lima, C. C. (14 de 08 de 2018). **Sancionada a Lei Geral Brasileira de Proteção de Dados (LGPD): e agora?** Fonte: JOTA: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/direito-digital/sancionada-a-lei-geral-brasileira-de-protecao-de-dados-lgpd-e-agora-14082018>

BRASIL. **Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados. Diário Oficial, Brasília, DF. 2018.



NOVOJURISTA

Artigos e debates sobre Direito e Justiça

02

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA AO SISTEMA PRISIONAL

ALINE TORTATO DE ARAUJO BASTOS

<https://novojurista.com/2018/07/08/justica-restaurativa-como-alternativa-ao-sistema-prisional/>



As teorias legitimadoras da punição possuem como escopo principal a justificação da existência da punição ao agente que infringe a lei penal. Em um Estado Democrático de Direito o poder de punir está nas mãos do Estado a fim de que haja a manutenção da paz social e da harmonia entre os indivíduos. As principais teorias da pena são retributiva, prevenção especial, prevenção geral e unificada.

A pena como retribuição de culpabilidade representa a estipulação de um mal justo contra um mal injusto, o qual é necessário para restabelecer a justiça. A máxima desta teoria pode ser expressa pela frase *punitur, quia peccatum est*, que significa “punido, porque pecou”. Para Kant, defensor da retribuição moral, a pena não carrega função social ou razões de política criminal, bastando a si mesma para a realização da justiça. Para Hegel, defensor da retribuição jurídica, a pena é a restauração positiva da validade do direito.

A pena como prevenção especial é direcionada ao delinquente, objetivando evitar que volte a delinquir futuramente. Tem como fundamento básico a periculosidade do indivíduo, sendo que uma pena justa é uma pena necessária. A prevenção especial negativa de neutralização do condenado consiste no impedimento de prática de novos crimes durante a execução da pena, enquanto a prevenção especial positiva de correção do condenado é realizada por métodos curativos ou educativos.

A pena como prevenção geral é direcionada à coletividade, visando evitar crimes futuros. Para Feuerbach, a prevenção geral negativa resume-se no desestímulo da prática de crimes por meio da ameaça de imposição da pena, sendo uma espécie de coação psicológica. Já a prevenção geral positiva defendida por Jakobs, baseia-se na teoria de Luhmann, a qual atribui ao Direito as funções de estabilização social, orientação da ação e institucionalização de expectativas normativas, a partir disso, a pena é a reafirmação da norma penal violada e reestabelecimento da confiança no Estado.

As teorias unificadas têm o objetivo de superar deficiências particulares de cada teoria ora analisada. Deste modo, a pena representa a retribuição do injusto realizado, a prevenção especial mediante correção ou neutralização do autor e a prevenção geral mediante a intimidação de delinquentes e reforço da ordem

jurídica. Tal teoria é adotada no Brasil, conforme preleciona Cirino dos Santos (2012. p.429):

No Brasil, o CP consagra as teorias unificadas ao determinar a aplicação da pena “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (art. 59, CP): a reprovação exprime a ideia de retribuição da culpabilidade; a prevenção do crime abrange as modalidades de prevenção especial (correção e neutralização do autor) e de prevenção geral (intimidação e manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica) atribuídas à pena criminal. Essa tríplice função atribuída à pena criminal corresponderia aos três níveis de realização do Direito Penal: a função de prevenção geral negativa corresponde à cominação da ameaça penal no tipo legal; a função de retribuição e função de prevenção geral positiva correspondem à aplicação judicial da pena; as funções de prevenção especial positiva e negativa correspondem à execução penal.

Contudo, como podemos perceber na prática, as teorias unificadas, ao contrário de superar as deficiências particulares de cada teoria, representam a soma dos seus defeitos. Ademais, mediante a acumulação de teorias contraditórias entre si, cria-se pluralidade de discursos que legitimam qualquer forma de punição, basta que se escolha a teoria adequada ao caso concreto.

Nosso sistema de justiça penal, que elegeu a prisão como principal meio de resposta ao delito, diante de uma atuação seletiva, repressiva e estigmatizante, mostra-se ilegítimo. Ademais, cumpre função diversa da prevenção e ressocialização, visto que exclui e marginaliza pessoas vulneráveis.

A justiça criminal brasileira não funciona, pois, além de ser lenta e seletiva, não produz justiça, isto porque sua medida é o mal que oferece aos que praticaram o mal.

No sistema adotado pelo Código Penal, o Estado representa as vítimas na medida em que o crime é um ato contra a sociedade. Por isso, o centro das atenções é o réu, de modo que a vida das vítimas não se altera com a punição do réu e não há confronto do agressor com as consequências de sua ação.

O desejo de uma nova forma de resolução de conflitos surge da ineficácia dos sistemas atuais, tendo em vista que a resolução imediata do conflito que consistente na simples aplicação da pena a certo indivíduo não tem o poder de transformar a sociedade.

Na busca pelo aprimoramento do sistema penal e prisional adotado no Brasil, devemos procurar por soluções alternativas à pena privativa de liberdade em atenção ao princípio da intervenção mínima e adequada. Tal princípio deve ser observado, pois importa na diminuição da incriminação, neste sentido, Fernando Galvão (2013. p. 138) explica que:

Uma intervenção repressiva alinhada ao sentido e ao conteúdo ideológico do Estado Democrático de Direito importa a redução da incriminação e apenação ao estritamente necessário, mas o critério da necessidade também determina a seletividade dos bens jurídicos que irão receber a tutela penal, bem como a qualidade e intensidade da resposta estatal ao crime. Não basta reduzir a intervenção punitiva, é necessário qualificar tal intervenção, realizar uma intervenção punitiva socialmente adequada. A superação do ideário liberal indica a necessidade de punir cada vez melhor, ou seja, desenvolver atividade socialmente construtiva.

Faz-se necessária a reconstrução do sistema de controle social sob uma perspectiva tripla: acompanhar transformações recentes do direito, conter a expansão da vertente repressiva do direito penal e considerar o crime como algo complexo, de modo a resolver os conflitos de forma real.

Tais necessidades podem ser supridas pela Justiça Restaurativa, considerada um caminho para a humanização do Direito Penal, pois busca a restauração das relações anteriores ao cometimento do crime, reparando o dano de forma que não exista sentimento de injustiça por nenhuma das partes envolvidas. Tal sistemática leva em consideração que a punição não gera benefício e conforto a nenhum dos envolvidos, sendo ineficaz e insuficiente.

A Justiça Restaurativa está fundamentada em uma cultura de paz e visa reduzir a aplicação de penas privativas de liberdade, reduzindo a brutalidade dos mecanismos punitivos estatais e solucionando conflitos de forma pacífica em diversas áreas da comunidade, tanto no âmbito jurídico, como escolar e familiar.

A finalidade da justiça restaurativa é consertar e reparar o futuro, restaurando o relacionamento entre a vítima, o agressor e os demais membros da comunidade que se sentirem lesionados e para isso permite o protagonismo dos envolvidos no momento da resolução do conflito. Propõe a desvinculação da figura do juiz e entrega a solução do conflito aos próprios envolvidos, dando-lhes autonomia

para decidir sobre suas vidas. Assim, a reparação do dano se dará de maneira mais efetiva. Neste aspecto, Hugo Rodrigues Santos (2013. p. 43) preleciona que:

A justiça restaurativa pode ser compreendida como um novo modelo criminológico de solução de conflitos penais, que tem como fundamento maior a conciliação e a intermediação entre o infrator e a vítima, em lugar do antiquado e formalista Estado-juiz.

O novo modelo procura identificar as causas e resultados, buscando a solução concreta para o caso em questão. Essa solução não estará vinculada a normas e leis preestabelecidas, o que confere flexibilidade e maior possibilidade de solução consensual. Portanto, deixa de lado a incansável e necessária busca por um culpado.

A reparação não ocorre apenas no âmbito jurídico, de forma que alcança toda e qualquer forma de resolução do conflito, inclusive a parte emocional, a qual a justiça comum não administra. Por isso, pode ser considerada uma forma mais humanizada de resolução de conflitos.

A humanização deste sistema também decorre da mudança no modo de enxergar o crime, que deixa de ser concebido enquanto ofensa a um bem jurídico pelo desatendimento de uma norma abstratamente veiculada, ou seja, infração estatal decorrente da lei, para transformar-se em uma interrupção do relacionamento entre os sujeitos e, ao restabelecer o relacionamento entre os sujeitos, há ganho plurilateral.

Para o autor do crime proporciona ressocialização, tendo em vista que o mesmo não irá carregar o estigma de presidiário, permitindo a sua interação natural com os demais membros da sociedade. A ele é dada oportunidade de mudança de vida, pois o Estado poderá proporcionar a prática de estudos profissionalizantes ou a conclusão dos estudos básicos, como forma de reparação a si mesmo do dano ocorrido.

Para a vítima, fica a certeza da reparação do crime de forma evidente e prática, pois por meio da assunção da responsabilidade pelo ofensor pode haver a

restituição econômica, material ou emocional do dano gerado pelo delito, através de indenizações, devoluções ou serviços a serem prestados, por exemplo.

Por fim, a reparação para a sociedade vem em forma de alívio do judiciário, celeridade e eficácia na resolução do conflito, diminuição do índice de reincidência e, nos casos de trabalho comunitário, haverá a conservação do patrimônio público.

Para que do procedimento realizado pela Justiça Restaurativa possa de fato haver a restauração das relações abaladas, faz-se necessário a observância de princípios específicos da Justiça Restaurativa.

De início, deve ser observada a voluntariedade, pois ninguém deve ser coagido a participar ou continuar no processo contra a sua vontade. Deve haver consensualidade entre os protagonistas sobre os fatos essenciais relativos ao delito e assunção de responsabilidade pelo infrator. Por se tratar de um processo íntimo, a confidencialidade deve ser resguardada. A informalidade e a celeridade também irão guiar o processo, na medida em que as próprias partes buscarão formas de resolução, inexistindo regras fixas, a fim de favorecer a comunicação entre as partes. A adaptabilidade permite que as partes acordem as formas do procedimento a depender do caso concreto a fim de diminuir tensões e, assim, chegar ao resultado. O facilitador deve ser imparcial, não abrindo vantagem para apenas um dos lados e não se envolvendo emocionalmente.

Assim, diante dos valores expostos, percebe-se que os delitos serão devidamente canalizados para um modelo participativo, onde há a reconstrução dos laços comunitários para proporcionar a verdadeira justiça à sociedade.

No Brasil, portanto, a Justiça Restaurativa poderá reduzir as desigualdades sociais, evitar a pena de cárcere, reintegrar o ofensor na comunidade e implementar a cultura de paz e tolerância, diminuindo o sentimento de insegurança social. Ademais, irá reduzir a criminalidade e o impacto dos crimes sobre os cidadãos. Por isso, a capacidade transformadora da Justiça Restaurativa se torna fundamental para a obtenção de uma sociedade brasileira menos violenta e integrada.

Conclui-se que o novo modelo de conciliação no âmbito criminal, já existente para os crimes de menor potencial ofensivo, deve continuar e ir além, sendo utilizada como verdadeira política criminal, estendendo suas qualidades restauradoras aos crimes de maior potencial ofensivo, contribuindo para a diminuição do sistema penal repressivo e atribuindo a este somente a última *ratio*.

BIBLIOGRAFIA

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal – Parte Geral**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 5 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. **Incompatibilidades entre a Justiça Restaurativa e o Instituto da Transação Penal**. Porto Alegre: Revista Síntese. 2013.

NOVOJURISTA

Artigos e debates sobre Direito e Justiça

03

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE
JURÍDICA, O NOVO PROCEDIMENTO COM O
CPC/15 E AS RECENTES DECISÕES DO STJ**

ANA LÚCIA BARELLA

<https://novojurista.com/2018/06/17/a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-o-novo-procedimento-com-o-cpc-15-e-as-recentes-decisoes-do-stj/>

No artigo, do dia 17/09/2017, intitulado “Sobre o enunciado da 11 Jornada de Direito Processual Civil (<https://novojurista.com/2017/09/17/sobre-o-enunciado-11-da-i-jornada-de-direito-processual-civil/>) introduziu-se o tema da Desconsideração da Personalidade Jurídica, sucintamente, com suas origens, diferenças entre os procedimentos antes e depois da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), além da relação das modalidades do instituto.

Neste artigo, a pretensão é a de analisar as dúvidas que restam frente a um rito tão recentemente positivado e as respostas que estão sendo oferecidas pelo judiciário.

Da relação entre o que propõe a lei, o que estabelece a doutrina e o que é apresentado nas decisões judiciais surge a forma pela qual os institutos são entendidos e aplicados no Brasil.

Apesar de a Desconsideração da Personalidade Jurídica (DPJ) ser conhecida materialmente, processualmente foi prevista apenas com o CPC/15. Assim, diante da recente previsão legal sobre a forma como a DPJ deve ser aplicada processualmente, o instituto ainda está em construção.

É neste sentido que serão analisados os artigos do CPC/15 que tratam das decisões do STJ, pretendendo-se estabelecer, ou não, relação entre a proposta legislativa e a realidade que o jurisdicionado encontra no plano fático das disputas judiciais.

A DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA E AS RECENTES DECISÕES DO STJ

O próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ) noticiou, em 20/04/2018, que “Trânsito em julgado não impede sócio de questionar falta de requisitos para desconsideração da personalidade jurídica”; e, em 15/05/2018, que “Desconsideração da personalidade jurídica não exige prova de inexistência de bens do devedor”.

Isto posto, serão analisadas as referidas decisões a partir do que dispôs a lei de 2015. Os temas abordados serão, portanto: os requisitos para aplicação da

Desconsideração da Personalidade Jurídica e o momento processual de discussão do instituto.

O NOVO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SEUS PRESSUPOSTOS

Quanto ao tema: requisitos para aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica, determina o artigo 133 que:

§1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

A partir disso é possível afirmar que não haverá DPJ caso seus pressupostos não sejam observados. Quais seriam eles é a questão que gera divergência.

Antes de buscar por pressupostos é indispensável estabelecer o tipo de relação em discussão, isto porque os pressupostos serão diversos quando a DPJ for aplicada pela Teoria Maior da Desconsideração ou pela Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

A Teoria Maior tem como base o artigo 50 do Código Civil de 2002 (CC/2002). Este artigo é o que se tem de 'lei' acerca dos pressupostos/ requisitos para análise da ocorrência da DPJ, e assim estabelece:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. (grifo nosso)

Depreende-se deste artigo que os requisitos que podem levar o julgador a aplicar a DPJ são dois: desvio de finalidade da personalidade jurídica e confusão patrimonial (casos de abuso de personalidade jurídica).

Já a Teoria Menor apoia-se no artigo 28, especialmente no parágrafo 5º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) para aplicar a DPJ “sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

O *caput* do artigo 28, CDC, tem redação interessante, ampliando os requisitos previstos no art. 50, CC/2002, mas é completamente ignorado diante da previsão de seu parágrafo 5º – que impõe, somente, que a personalidade jurídica deve ser desconsiderada quando obstáculo.

Poder-se-ia, aqui, discutir se limitar/obstaculizar o patrimônio pessoal dos sócios não é, justamente, um dos principais objetivos de uma pessoa jurídica limitada e que uma previsão neste sentido seria uma afronta ao próprio instituto da Personalidade Jurídica, mas é tema longo que merece artigo específico e, assim, ficará para outra oportunidade.

Importa estabelecer que, além do CDC, o Direito do Trabalho, por meio do §2º do artigo 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), dispõe sobre a responsabilidade solidária entre as empresas de um mesmo grupo econômico diante de débitos trabalhistas.

Ou seja, nas relações consumeristas e trabalhistas a Desconsideração da Personalidade Jurídica é pautada pela Teoria Menor, segundo a qual a impossibilidade de a pessoa jurídica arcar com sua dívida é condição para que seus sócios respondam por ela – com seu patrimônio pessoal.

À Teoria Maior, conseqüentemente, voltam-se as relações de Direito Civil, amparadas pelo Código Civil.

Em suma, quando tratar-se de aplicação da DPJ pela Teoria Menor, o pressuposto será a insuficiência de bens para saldar a dívida consumerista ou de trabalho; quando pela Teoria Maior, os pressupostos serão os do abuso da personalidade jurídica: desvio de finalidade ou confusão patrimonial entre pessoa jurídica e sócios nas relações civis.

No Recurso Especial 1729554, noticiado pelo STJ, o relator Ministro Luis Felipe Salomão reiterou o fato de que é necessário determinar o tipo de relação para, então, estabelecer os pressupostos a serem observados; e concluiu que as

relações civis-empresariais, nos casos de Desconsideração da Personalidade Jurídica, devem ser pautadas pelo Código Civil. Ou seja, para tais relações os requisitos são desvio de finalidade da personalidade jurídica ou confusão patrimonial (abuso de personalidade jurídica); não insuficiência de bens, como ocorre nas relações consumeristas ou de trabalho.

Ademais, considerando o Enunciado 146 da III Jornada de Direito Civil do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) / Conselho da Justiça Federal (CJF), segundo o qual “nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial)”, então conclui-se dele que não se pode pretender frutífera a execução impondo à relação civil pressupostos das relações consumeristas ou trabalhistas, uma vez que a interpretação é restritiva.

Andou bem, portanto, o excelentíssimo Ministro ao alinhar-se à boa doutrina do Direito Empresarial.

O NOVO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O MOMENTO PROCESSUAL DE DISCUSSÃO DO INSTITUTO

A respeito do momento processual em que se pode discutir a Desconsideração da Personalidade Jurídica, o CPC/15 determina que

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Ao analisar o art. 134 do CPC/15 Alexandre Freitas Câmara (2015, p. 375-6) afirma que o incidente de que trata o artigo pode ser instaurado em qualquer tipo de processo e em qualquer fase do desenvolvimento processual, inclusive em diferentes instâncias. Afirma ainda o autor que

(...) não tendo sido instaurado o incidente durante o processo de conhecimento, sempre será possível postular a desconsideração da personalidade jurídica na fase de cumprimento da sentença. Neste caso, assim como ocorrerá quando o incidente for instaurado no curso de execução fundada em título extrajudicial, sendo proferida a decisão que desconsidera a personalidade jurídica, o sócio (ou a sociedade, no caso de desconsideração inversa) assumirá a posição de executado (...).

Percebe-se que, independente do ponto em que se encontra o processo, o julgador tem o dever de dar ao sócio amplo direito de defesa e contraditório. A análise do artigo 135 corrobora com esse entendimento, uma vez que o autor (2015, p. 380) considera que

Impõe-se, pois, a citação daquele cujo patrimônio se pretende, com a desconsideração, alcançar, de forma a viabilizar sua efetiva participação, em contraditório, no procedimento de produção da decisão acerca da desconsideração da personalidade jurídica.

Independentemente do momento processual em que o patrimônio do sócio pretende ser atingido, este necessariamente deve ser citado para garantir seu direito de discussão e influência na decisão que será proferida.

Assim, no caso noticiado pelo STJ sobre o questionamento dos sócios acerca dos requisitos da Desconsideração da Personalidade Jurídica infere-se duas conclusões: a) os sócios só poderiam questionar matéria sobre a qual não discutiram durante o processo, sob pena de preclusão desse direito; b) estando em execução os sócios, não se pode considerar que não exista mais discussão processual com trânsito em julgado, uma vez que a execução é parte integrante do processo – que é sincrético.

Ora, no processo em questão, REsp 1572655, a discussão sobre a DPJ ocorreu sem a presença dos sócios cujo patrimônio estava sendo atingido. Nesse caso fica claro que não se pode considerar findo um processo que executa quem dele não participou; sendo incluídas novas partes, inclusive na fase de execução, é direito garantido a elas o contraditório e a ampla defesa sobre os fatos contra elas alegados – mesmo que assim não fosse previsto constitucionalmente, o CPC/15 oferece tal garantia.

Partindo-se do pressuposto de que o CPC/15 exige citação dos sócios que serão atingidos caso seja decidido pela DPJ, espera-se, para os novos processos, que se encerrem discussões sobre a defesa dos sócios, visto que sua impossibilidade de contraditório e ampla defesa afronta direito fundamental constitucionalmente previsto, amparado também pelo CPC/15 justamente no intuito de evitar tamanho desrespeito à parte.

Após longo tempo pretendendo que a justiça entendesse o fato de que os sócios não fizeram parte da discussão que levou à decisão de desconsiderar-se a pessoa jurídica da qual são parte, brilhantemente o ministro Villas Bôas Cueva entendeu pelo direito dos sócios em discutir os pressupostos do artigo 50, CC/2002, concedendo-lhes o direito de defender-se do que fora alegado apenas frente à pessoa jurídica durante o processo. Esta, sim, teve seu direito de defesa precluso, haja vista ter tido oportunidade de fazê-lo no curso do processo, conforme afirmou o ministro.

CONCLUSÃO

A Desconsideração da Personalidade Jurídica pode ser requerida desde o início do processo até sua fase de execução, em qualquer instância, portanto, em qualquer momento processual. Quando requerida, é dever do julgador citar as partes que podem ser pessoalmente atingidas para que se defendam. Portanto, quando os sócios atingidos pela DPJ não foram citados pessoalmente para defenderem-se, o processo não transitou em julgado.

Os pressupostos a serem observados para desconsiderar-se ou não uma pessoa jurídica dependem do tipo de relação jurídica em discussão. Para as relações consumeristas e de trabalho aplica-se o pressuposto da Teoria Menor, segundo o qual basta a insuficiência de créditos da pessoa jurídica para que os sócios sejam responsabilizados pela dívida discutida.

Para as relações civis, principalmente as civis-empresariais, aplica-se a Teoria Maior, cujos pressupostos estão previstos no artigo 50 do Código Civil, quais sejam: desvio de finalidade da personalidade ou confusão patrimonial (abuso da personalidade jurídica).

Considerando recente a entrada em vigor do CPC/15, este é o momento em que as ações judiciais mais antigas estão chegando ao fim. Espera-se que as decisões aqui discutidas representem a evolução da compreensão judicial acerca do Direito Empresarial.

Conclui-se, portanto, que os ministros do STJ realizaram adequada leitura do que a legislação processual propõe e do que a doutrina, há muito, defende.

BIBLIOGRAFIA

CÂMARA, Alexandre Freitas. Capítulo IV. Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin et al (Coordenadores). **Breves comentários do código de processo civil [livro eletrônico]**. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

STJ. **Desconsideração da personalidade jurídica não exige prova de inexistência de bens do devedor**, STJ Notícias, disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Desconsidera%C3%A7%C3%A3o-da-personalidade-jur%C3%ADdica-n%C3%A3o-exige-prova-de-inexist%C3%Aancia-de-bens-do-devedor Acesso em: 19 mai. 2018

ENUNCIADO 146, **III Jornada de Direito Civil, Conselho da Justiça Federal**, Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/239> Acesso em: 18 mai. 2018

STJ. **Trânsito em julgado não impede sócio de questionar falta de requisitos para desconsideração da personalidade jurídica**, STJ Notícias, disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Tr%C3%A2nsito-em-julgado-n%C3%A3o-impede-s%C3%B3cio-de-questionar-falta-de-requisitos-para-desconsidera%C3%A7%C3%A3o-da-personalidade-jur%C3%ADdica Acesso em: 19 mai. 2018

NOVOJURISTA

Artigos e debates sobre Direito e Justiça

04

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A
INSTABILIDADE DE ENTENDIMENTO DO STF**

FERNANDA LUISE GASPARIN

<https://novojurista.com/2017/10/08/execucao-provisoria-da-pena-e-a-instabilidade-de-entendimento-do-stf/>

A execução provisória da pena dentro do processo penal brasileiro gera um grande debate e críticas no âmbito jurídico. A tênue linha entre a coexistência do princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena é um tema de complexa aplicação e grande divergência no ordenamento pátrio, até mesmo dentro dos tribunais.

Até o ano de 2009 o Supremo Tribunal Federal possuía entendimento majoritário pela possibilidade da execução da pena com recursos em trâmite, de forma que enquanto aguardava julgamento das Cortes Superiores o acusado já dava início à pena estabelecida sem que se falasse em violação a presunção da inocência.

Em 2009, no HC 84.078/MG, sob a Relatoria do Ministro Eros Grau, o STF despertou posicionamento divergente do entendido até aquele momento, de forma que a interpretação passou a ser pela incompatibilidade da execução provisória da pena e a presunção de inocência, prevista no artigo 5º, inciso LVII, da CF/88.

A referida decisão que muito agradou a doutrina crítica brasileira defendia que a execução de pena só poderia se dar a partir de decisão condenatória transitada em julgado, de forma que segundo este entendimento, haveria a necessidade de aguardar análise de todos os recursos penais, reconhecendo, desta forma, efeito suspensivo das decisões. Em síntese, a execução da pena respeitaria a literalidade do artigo 5º, inciso LVII, da CF.

Sete anos depois, já em 2016, sob a Relatoria do Ministro Teori Zavascki, o tema foi trazido a debate novamente no HC 126.292/SP. Na oportunidade, o Relator levantou diversas teses e situações práticas ocorridas no sistema recursal brasileiro, alegando que o entendimento tomado em 2009 permitiu o atraso na execução da pena e a superveniência de prescrição da pretensão punitiva.

A partir dessas situações é que a maioria da Corte entendeu necessária a mudança de entendimento, de modo a permitir que a pena possa ser executada de forma provisória, mesmo que a sentença ainda tenha caráter provisório.

Na ocasião os Ministros debateram a ausência de efeito suspensivo dos recursos de natureza extraordinária. Dentre os argumentos apresentados a favor da execução provisória, está a forma como as partes têm se utilizado dos recursos

no âmbito penal, não servindo mais para a busca de reformas de decisões, mas sim como meio de procrastinar o trânsito em julgado da decisão. Não obstante a veracidade da tese, nesse ponto, acredito que a melhor solução ao caso seria uma reforma no sistema recursal brasileiro, de forma que houvesse uma restrição na interposição de recursos sem, entretanto, violar a ampla defesa.

Sendo assim, a possibilidade de dar início à execução interromperia o prazo prescricional e desestimularia a interposição de recursos.

Ademais, dentre as inúmeras teses trazidas, os Ministros alegam que os recursos de natureza extraordinária não possuem efeitos suspensivos, sendo assim, a interposição destes recursos, não impediria a execução da pena.

Favorável à mudança, o Ministro Luís Roberto Barroso realizou levantamento de dados fornecido pela assessoria do STF, os quais demonstram que cerca de 1,12% dos recursos extraordinários são providos em favor do réu, sendo que das decisões de mérito, num total de 25.707 decisões, apenas 09 sentenças absolutórias foram identificadas, ou seja, 0,035% do total.

Ademais, no seu voto, o Ministro Barroso falou que a proibição da execução provisória contempla apenas réus que possuem condições de contratar uma defesa técnica de qualidade e que possam custear a interposição de infundáveis recursos, de maneira que os acusados menos abastados, que na sua maioria são defendidos pela defensoria pública ou defensores dativos, não possuem condições econômicas de sustentar essa protelação recursal.

Acrescenta ainda que a proibição de execução provisória retardou de tal forma os processos que parte destes findou com a prescrição da pretensão punitiva, produzindo uma sensação de impunidade e desmoralização do Judiciário.

Divergindo do Relator, os Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski defenderam que o cumprimento da pena sem que a decisão condenatória tenha transito em julgado viola o princípio da presunção de inocência, de forma que o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal é claro em exigir o trânsito para então se executar a pena.

Após fevereiro de 2016 os debates acerca da possibilidade da execução provisória da pena se tornaram diários. A crítica doutrinária encontrou grande

desacordo com os questionamentos trazidos pelo HC 126.292, de forma que foram impetradas duas Ações de Declaração de Constitucionalidade (ADC), sendo mantidos os fundamentos do HC anterior.

Ocorre que, recentemente, alguns dos Ministros demonstraram mudança de posicionamento quanto ao tema aqui debatido. Dentre eles, Ricardo Lewandowski, no HC 136.720, e Gilmar Mendes, que desde agosto deste ano demonstrou seguir o entendimento do Min. Dias Toffoli, ao permitir a execução provisória da pena a partir de decisão tomada pelo STJ.

A partir da leitura dos votos e dos argumentos trazidos pelos ministros, é clara a compreensão de que os motivos expostos pela maioria foram no sentido da busca da efetivação jurisdicional do processo, entretanto, a análise literal do artigo 5º não permite que haja execução da pena sem trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Pensando a partir dos debates trazidos, acredito que a mudança deve ser feita por meio de uma reforma recursal no processo penal, a fim de viabilizar a execução da pena sem violar a presunção da inocência. Nesse ponto, é o voto da Ministra Rosa Weber ao afirmar que deve haver um debate quanto à execução da pena, mas que esta não passa pelo STF.

Onde começar a reforma? Talvez com a antecipação do trânsito em julgado ou uma limitação maior de hipóteses de cabimento de recursos extraordinários.

Por enquanto, aguardemos as novas “cenas” da instabilidade de entendimento do STF e, em futuro próximo, uma possível mudança.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal do Brasil. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Relator Ministro Eros Grau. DJE nº 35, divulgado em 25/02/2010.

_____, Supremo Tribunal Federal do Brasil. Habeas Corpus nº 126.292. Relator Ministro Teori Zavaski. DJE nº 100, divulgado em 16/05/2016.

NOVOJURISTA

Artigos e debates sobre Direito e Justiça

05

**LEI DE MIGRAÇÃO: UM AVANÇO PARA OS
DIREITOS HUMANOS**

ISABELLA LOUISE TRAUB SOARES DE SOUZA

<https://novojurista.com/2018/03/25/lei-de-migracao-um-avanco-para-os-direitos-humanos/>

Atualmente existem mais de 240 milhões de migrantes pelo mundo conforme informações da Organização das Nações Unidas (ONU, 2018) um dado alarmante e expressivo se comparado com os dados do IBGE de 2017, que apontam o Brasil com 208,7 milhões de habitantes (IBGE, 2018).

Muitos países têm recebido milhares de migrantes e refugiados nos últimos anos, inclusive o Brasil. Juntamente com esse fluxo é necessário lembrarmos que estas pessoas possuem garantias, direitos e proteções, previstos em diversas convenções e instrumentos normativos, e que se faz necessário pensar em políticas para atender aos anseios destes migrantes.

A migração é um direito de locomoção de toda pessoa, gera a mobilidade urbana, o desenvolvimento social, econômico e cultural da sociedade. Os desastres ambientais, mudanças climáticas, conflitos armados, crises políticas e/ou econômicas, são alguns dos motivos que fazem milhões de pessoas se deslocarem forçadamente pelo mundo em busca de melhores condições de vida.

Quando estas pessoas chegam ao país de destino precisam de acolhimento, integração, hospitalidade e garantia dos seus direitos para que possam reconstruir suas vidas, receber oportunidades e continuar o seu caminho.

Essas políticas, direitos e deveres, são questões que estão sendo analisadas e discutidas por diversos países nos últimos tempos, tendo em vista o aumento do fluxo migratório pelo mundo. As diversas legislações que tratam da proteção ao migrante mudam de país para país, podendo ser mais ou menos protetivas (LOPES, 2017).

No Brasil, até meados do ano passado, estava vigente o Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980), com medidas pouco protetivas aos que ingressavam no país, com caráter punitivista, afastando o estrangeiro da sociedade, prezando pela segurança nacional. Não obstante, verificou-se com o passar do tempo a necessidade de uma Nova Lei que atendesse aos anseios dos migrantes, garantindo políticas públicas, respeito aos Direitos Humanos, acesso à justiça e garantia de seus direitos e proteções.

Desta forma, a Nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017) vem para modificar o tratamento dado ao migrante, garantindo-lhe a devida proteção, num caráter

mais humanista, visando a proteção da dignidade da pessoa humana. A Nova Lei vem para nos dizer que migração é um direito e que aqueles que migram têm direito a ter direitos.

É neste contexto que analisaremos quais foram as principais mudanças entre o Estatuto do Estrangeiro e a Nova Lei de Migração, além do caráter humanista voltado à proteção da dignidade da pessoa migrante.

O ESTATUTO DO ESTRANGEIRO E A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO

A Nova Lei de Migração muda o paradigma com relação ao tratamento dos migrantes de outros países. Esta Nova Lei veio para substituir o Estatuto do Estrangeiro, da década de 80, que via o imigrante como uma ameaça ao país, com poucas medidas protetivas ou nenhuma, com normas de caráter punitivista pela condição de imigrante.

O Estatuto do Estrangeiro pautava-se em princípios voltados à segurança nacional, organização institucional, interesses políticos, socioeconômicos e culturais, e a defesa do trabalhador nacional. Um resquício ditatorial presente no ordenamento jurídico brasileiro até 2017, quando foi aprovada a Lei de Migrações, projeto que tinha muita expectativa e avanços para a questão migratória.

O olhar da Nova Lei voltado aos Direitos Humanos ao migrante é de grande importância, e um grande avanço no que tange às legislações voltadas à migração, garantindo maior proteção e direitos. São tratadas questões de não discriminação, não criminalização e igualdade de direitos. E todas elas em consonância com as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil.

A primeira mudança entre o Estatuto do Estrangeiro e a Lei de Migração é com relação ao termo utilizado. Anteriormente utilizava-se 'estrangeiro', em vigor desde a ditadura militar, para referir-se àquele que vem de fora, e para determinar quem era este sujeito olhava-se para o artigo 12, nos incisos I e II da Constituição e se verificava quem não era estrangeiro, além de analisar as exceções estabelecidas para determinados cargos e atividades. O termo 'estrangeiro' caiu com a Lei de Migração, que se utiliza 'migrante', estabelecendo

em seu 1º artigo determinadas categorias, sendo: imigrante, emigrante, residente fronteiriço, visitante e o apátrida. O conceito de migrante estabelecido no inciso I do §1º deste artigo foi vetado, pois considerado “amplo”. O principal objetivo deste conceito era justamente formalizar e estabelecer para a condição migratória a titularidade de direitos humanos.

Outro aspecto trazido com a mudança é o de que o Estatuto do Estrangeiro não tratava da proteção aos apátridas, asilados ou brasileiros que vivem no exterior. Essas questões eram analisadas e processadas pelos tratados internacionais. Atualmente, a Nova Lei de Migrações trata dessas questões versando sobre a cooperação jurídica entre países. Com relação aos apátridas verifica-se que há uma política voltada para a redução da apatridia, pois foi adotado um processo simplificado de naturalização. Cabe ressaltar que até a vigência da Lei de Migração em novembro de 2017 o Brasil não possuía nenhuma legislação específica para apátridas para além da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954.

Ainda, criou-se o instituto da acolhida humanitária, concedendo visto temporário específico para pessoas que precisem fugir de seus países de origem, mas que não são consideradas refugiadas. Anteriormente não se tinha uma legislação protegendo estas pessoas. Havia um limbo jurídico. Em 2012, viu-se a necessidade de instituir o visto humanitário para Haitianos e posteriormente para Sírios. Na época era exceção e hoje é a regra na Nova Lei (Ver artigo “A Aplicação do Visto Humanitário no Brasil”). Contempla também aqueles que vêm para o país em busca de tratamentos de saúde, bem como protege os menores desacompanhados ou separados que ingressam no país. Entretanto, até o momento não houve regulamentação com relação a este instituto.

Outra modificação de grande importância é com relação à regularização documental, isso pois o Estatuto do Estrangeiro determinava que o estrangeiro em situação irregular deveria sair do país e aguardar a emissão de um visto no país de origem, gerando uma insegurança com relação à emissão de visto, que poderia ou não ser emitido. Atualmente esta questão pode ser resolvida no Brasil para aqueles migrantes que não possuíam documentação ou estavam em situação irregular, sem obrigá-los a voltar ao seu país de origem e aguardar por um visto.

Nesse sentido, a Nova Lei também versa sobre a não criminalização deste migrante em situação irregular, isso porque lhe garante o direito à ampla defesa e ao contraditório, além de um prazo razoável para regularização migratória. Anteriormente, o estrangeiro em condição irregular no país era preso, agora poderá responder ao processo em liberdade e podendo ter assistência jurídica da Defensoria Pública da União.

Para que não venham a ocorrer discriminações devido à condição de migrante, o Estado se obriga a promover políticas públicas que o incluam em atividades econômicas e sociais, com o fim de não ser discriminado pela sua condição, e para que possa ser inserido na sociedade. A não discriminação é um aspecto importante, tendo em vista o aumento da xenofobia, racismo, preconceitos e discursos de ódio em relação aos migrantes.

Ainda, o Estatuto do Estrangeiro estabelecia que quando um estrangeiro viesse a trabalho para o Brasil quem deveria solicitar o visto de trabalho era o empregador. Com a Nova Lei verifica-se que há uma mudança com relação a esta questão, pois o migrante pode solicitar visto de trabalho e ir em busca de oportunidades, entretanto se o migrante não possuir comprovação de oferta de trabalho formalizada é necessário que tenha diploma de nível superior. O que acaba por discriminar aqueles que estão em busca de oportunidades, mas não possuem determinado documento.

Em comparação com o Estatuto do Estrangeiro, a Lei de Migração vem para garantir o direito igualitário para o migrante ter acesso a serviços e programas públicos, assistência jurídica, benefícios sociais, trabalho, moradia, saúde, educação, documentação, seguridade social e conta bancária, acesso à justiça, entre outros direitos, demonstrando diversos avanços diante da lei anterior.

O CARÁTER HUMANISTA DA LEI DE MIGRAÇÕES

O reconhecimento da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos Direitos Humanos, vem como princípio da Nova Lei, além dos princípios estabelecidos no artigo 3º. A dignidade da pessoa migrante é um dos novos pilares da Lei de Migração, um aspecto essencial para esta temática tendo em vista que o deslocamento e as migrações estão sendo cada vez mais frequentes.

Nesse sentido, é necessário recordar que a migração é um direito humano, devendo ser respeitado por todos os Estados.

“É na violação dos direitos humanos que se radica a causa fundamental pela qual as pessoas se veem coagidas a abandonar seu país de origem e solicitar asilo. O respeito e vigência dos direitos humanos nos países de origem é a melhor maneira de prevenir os deslocamentos forçados de pessoas” (GEDIEL, J. A. P.; GODOY, G. G., 2016).

A união das três vertentes, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional dos Refugiados e o Direito Internacional Humanitário, é que forma os alicerces para a proteção da dignidade da pessoa humana, de forma eficaz, efetiva e fundamental.

O Direito Internacional dos Refugiados visa à proteção daquelas pessoas que de acordo com a Convenção de 1951 são consideradas refugiadas, portanto aqueles que por fundado temor de perseguição, cruzam fronteira internacional, por motivos de raça, nacionalidade, religião, pertencimento a grupo social ou posição política. O Direito Internacional Humanitário visa à proteção daquelas pessoas que estão em situação de conflito armado. E por fim, o Direito Internacional dos Direitos Humanos visa à proteção de toda e qualquer pessoa.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos é a fonte principal de proteção, seja para refugiados, migrantes ou pessoas que estão em contexto de guerra. Por ser mais abrangente, fornece a todos aqueles que precisam de uma proteção maior e direitos mais abrangentes, para além de garantir uma segurança mais ampla à pessoa.

Estas três vertentes têm o condão de assegurar a proteção de milhares de pessoas que se encontram em contextos diferentes, seja em conflito armado, desastres naturais, ameaças ou violações de direitos.

A Nova Lei de Migração tem um caráter humanista e voltado à proteção da dignidade da pessoa humana justamente por abraçar refugiados, migrantes, apátridas e todos aqueles que ingressam no país e que demandam proteção.

Portanto, verifica-se que a Nova Lei de Migrações está em harmonia tanto com as convenções que versam sobre a proteção de migrantes, refugiados e

apátridas, quanto com os instrumentos normativos internos que lidam com estas questões, como a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954 e o Estatuto dos Refugiados (Lei nº 9.474/1997), além dos princípios de Direitos Humanos.

CONCLUSÃO

Após a análise do Estatuto do Estrangeiro com a Nova Lei de Migrações, bem como o caráter humanista e em prol da dignidade da pessoa humana, é perceptível que houve uma mudança considerável com relação ao paradigma do Estatuto do Estrangeiro.

A Nova Lei de Migração é um marco para os Direitos Humanos e para o Direito Migratório como um todo, isso porque ao se pautar na dignidade da pessoa migrante, novas políticas públicas começam a ser pensadas e efetivadas buscando a proteção destas pessoas, visando o acolhimento, integração e hospitalidade.

A implementação de uma legislação que garante maior proteção ao migrante demonstra avanços para os Direitos Humanos. Para além disso, deve-se pensar nos ganhos que a sociedade terá com a migração, como o aumento do desenvolvimento econômico, social e cultural, que acabam sendo ocultados pelos discursos de ódio, xenofobia e preconceito.

Ainda, a Lei de Migração fomenta a questão de políticas públicas para que os migrantes possam ser acolhidos e terem acesso aos seus direitos e garantias constitucionais. Todavia, é preciso pensar em políticas públicas para além do papel e que de fato protejam esses migrantes.

Inicia-se uma nova página com relação à política migratória no Brasil porque a Nova Lei de Migração vem para inovar e assegurar Direitos Humanos, e nós devemos garantir que todas essas medidas venham a ser implementadas e tenham efeitos positivos futuramente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Revogada** **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 ago. 1980.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6815.htm >. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 mai. 2017.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 13 mar. 2018.

GEDIEL, J. A. P.; GODOY, G. G. **Refúgio e hospitalidade.** Curitiba: Kairós, 2016.

IBGE. **Projeção da população do Brasil e das unidades da federação.** Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>> Acesso em: 13 mar. 2018.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.** São Paulo: Método, 2007.

LOPES, Inez. **Crônica 4 – dignidade da pessoa humana e mudança de paradigma da lei de migração no brasil.** Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law, [S.L.], v. 14, n. 2, p. 26-34, 2017.

ONU BRASIL. **Número de migrantes internacionais chega a cerca de 244 milhões, revela ONU.** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/numero-de-migrantes-internacionais-chega-a-cerca-de-244-milhoes-revela-onu/>>,. Acesso em: 13 mar. 2018.

NOVOJURISTA

Artigos e debates sobre Direito e Justiça

06

**O CASO EMBRAER: A GOLDEN SHARE E O
PODER DE VETO DA UNIÃO NA NEGOCIAÇÃO
COM A BOEING**

RAFAEL ALMEIDA OLIVEIRA REIS

<https://novojurista.com/2018/02/04/o-caso-embraer-a-golden-share-e-o-poder-de-veto-da-uniao-na-negociacao-com-a-boeing/>

Após rumores sobre a compra da Empresa Brasileira de Aeronáutica (Embraer) pela gigante norte-americana BOEING, uma série de discussões sobre a viabilidade do negócio foram levantadas pela sociedade brasileira. Economistas dizem se tratar de grande oportunidade para alavancar o setor de tecnologia aeroespacial brasileiro. As Forças Armadas, representadas pelo Ministério da Defesa, são contra a ideia por conta do envolvimento da empresa no desenvolvimento e produção de aeronaves e caças militares e o risco à integridade da soberania nacional. Questões políticas também fazem parte da discussão, com o clássico argumento nacionalista do protecionismo e domínio da tecnologia nacional.

Além dos pontos citados, talvez a mais interessante questão jurídica sobre o assunto seja a titularidade do governo brasileiro de uma ação de classe especial denominada *golden share* ou “ação de ouro”, que lhe garante uma série de prerrogativas, entre elas, o poder de veto em negociações como a anunciada pela BOEING.

O objetivo deste artigo é fornecer uma explicação objetiva acerca dessa exótica classe de ação, bem como o estudo de caso da venda da Embraer e as consequências da sua existência nas sociedades anônimas desestatizadas.

INTRODUÇÃO

As *golden shares* são uma ferramenta de direito público relativamente nova. Visam assegurar ao Estado, ente desestatizante, uma parcela, mesmo que mínima, de ingerência sobre a empresa alienada à iniciativa privada. Num processo de privatização, quando uma empresa originariamente pública é transferida para a iniciativa privada, algumas medidas são necessárias para que o Estado detenha, mesmo após a sua alienação à iniciativa privada, parcela de poder para que interesses públicos e de segurança nacional sejam resguardados e preservados.

Essa classe de ação conferirá poderes especiais aos entes federativos em determinadas matérias, as quais são definidas especificamente nos estatutos sociais da empresa ou instituição privatizada (REQUIÃO, 2010). Tal atitude nem sempre é necessária, pois não são raros os casos em que não há relevante

interesse nacional a ser resguardado na transferência de empresa pública ao setor privado, prevalecendo o entendimento de que manter parcela de poder sob domínio do Estado seria uma interferência não desejada no mercado de capitais.

Importante mencionar que as *golden shares* não são utilizadas apenas no âmbito do direito público. Embora a sua criação tenha sido motivada pelos aspectos já mencionados, notadamente as privatizações, atualmente tem sido comum a utilização da ação de classe especial na técnica societária e empresarial para proteção de patrimônio e planejamento sucessório em sociedades anônimas fechadas (existem discussões se a ferramenta seria compatível com o tipo sociedade anônima aberta (PELA, 2012). Embora o assunto seja interessante, não o abordaremos neste trabalho.

O CASO EMBRAER

No Brasil, a *golden share* foi prevista originalmente pela Lei 8.031 de 12 de abril de 1990. Essa lei instituiu o plano nacional de desestatizações (PND). Ela permitia a transferência, ao setor privado, de direitos assegurados à União em exercer o controle acionário de sociedades empresariais, mas com reserva à União de titularidade de ação de classe especial.

Entre as motivações históricas que deram impulso ao programa nacional de desestatização estavam a crença de que o setor privado teria melhores condições para administrar essas empresas. Um texto de opinião sobre a venda da Embraer veiculado pela Folha de São Paulo em 27 de junho de 1994 retratava esse sentimento:

Há hoje um amplo reconhecimento de que o setor privado tem melhores condições de administrar a empresa. Aliás, não faz o menor sentido o governo gerenciar diretamente uma atividade tão distante de suas funções prioritárias. É muito mais sensato que os escassos – e muitas vezes mal utilizados – recursos sejam direcionados para a melhoria dos serviços públicos essenciais, grande parte dos quais encontra-se em estado lastimável (A Privatização da Embraer, 1994).

A EMBRAER foi incluída no PND em janeiro de 1992, mas somente em abril de 1994 foi publicado o edital “para alienação de ações do capital da companhia”.

O documento trazia no seu item 2.2.1 a referência à criação da ação de classe especial *golden share*, para ser detida exclusivamente pela União, com veto nas seguintes matérias: i) mudança do objeto social; ii) alteração e/ou aplicação da logomarca da empresa; iii) criação e alteração de programas militares que envolvam – ou não – a República Federativa do Brasil; iv) capacitação de terceiros em tecnologia para programas militares; v) interrupção no fornecimento de peças de manutenção e reposição de aeronaves militares; **vi) transferência do controle acionário**; vii) quaisquer modificações no estatuto social que alterem os artigos 9 e 15 e seus parágrafos, ou quaisquer vantagens, preferências ou direitos atribuídos à *golden share*. (PELA, 2012)

Antecipadamente à alienação das ações da companhia foi criada a referida *golden share*, por meio de assembleia Geral Extraordinária que criou o parágrafo único do artigo 5º de seu estatuto:

Art. 5º. O capital social subscrito e integralizado da EMBRAER é de R\$3.136.968.129,42 (três bilhões, cento e trinta e seis milhões, novecentos e sessenta e oito mil, cento e vinte nove reais e quarenta e dois centavos), divididos em 716.424.846 (setecentos e dezesseis milhões, quatrocentos e vinte e quatro mil e oitocentos e quarenta e seis) ações, sem valor nominal, sendo 242.544.447 (duzentos e quarenta e dois milhões, quinhentos e quarenta e quatro mil e quatrocentos e quarenta e sete) ações ordinárias, 1 (uma) ação ordinária de classe especial e 473.880.398 (quatrocentos e setenta e três milhões, oitocentos e oitenta mil e trezentos e noventa e oito) ações preferenciais

§ único. A ação ordinária de classe especial será obrigatoriamente detida pela União Federal (art. 8º da Lei 9.491/97). (VALE, 2016)

Após esse processo, a EMBRAER foi privatizada, no dia 7 de dezembro de 1994, por R\$ 154,1 milhões. O leilão envolveu 55,4% das ações ordinárias (com direito a voto), reduzindo a participação da União na empresa em menos de 20%. Uma semana após a privatização, as ações da companhia já apresentavam alta de 59%. (A Privatização da Embraer, 1995)

Com a criação da *golden share*, foi reservada à União parcela importante de ingerência sobre a tomada de decisões estratégicas da companhia, notadamente aquelas relacionadas à transferência do poder de controle (COMPARATO, 2005) da empresa. Sobre isso, interessante mencionar que o

caso da Boeing não foi o primeiro a suscitar o uso das prerrogativas da ação especial para vetar um negócio envolvendo a EMBRAER.

Em 1999 o então Presidente Fernando Henrique Cardoso avaliou vetar a alienação, pelos controladores da Embraer, de 20% das ações ordinárias da companhia para um grupo francês. Embora o veto não tenha acontecido, houve discussões sobre se tal alienação poderia ser, de fato, caracterizada como transferência de controle acionário (uma das hipóteses de prerrogativa de veto pela União) (PELA, 2012).

A discussão voltou ao cenário nacional no final de 2017, com a formalização pela norte-americana BOEING da intenção de compra da empresa brasileira.

GOLDEN SHARES, UM PROBLEMA OU SOLUÇÃO?

As *golden shares* são uma importante ferramenta no direito societário, principalmente no âmbito público, quando assume uma forma de “reserva de poder” pelo governo titular da ação em assuntos estratégicos. Embora muito utilizada, sua existência sofre críticas desde as primeiras implementações na Inglaterra, França e Itália. (PELA, 2012)

Aqueles que entendem pela ilicitude das *golden shares* abordam questões como a violação de regras e princípios do direito societário, entre eles: i) Proporcionalidade entre direitos e participação acionária; ii) Impessoalidade da participação acionária; iii) Igualdade entre acionistas; iv) Deliberação por maioria; v) Livre circulação de títulos acionários; vi) Tipicidade das espécies e classes de ações.

Além das referidas violações, sustentam os críticos que as *golden shares* causam um grande impacto na estrutura acionária e no poder de controle das companhias, chegando a descaracterizar o tipo “sociedade anônima”, além de incompatibilizar a companhia com o funcionamento eficiente do mercado de valores mobiliários e subordinar o interesse social a interesses alheios à companhia, como por exemplo a soberania nacional dos Estados.

Mais do que isso, o principal argumento utilizado contra as *golden shares* é o efetivo impacto negativo que as mesmas provocam no valor de mercado das

empresas. O eminente risco de interferência estatal no controle das empresas faz com que essas companhias percam valor frente aos seus concorrentes, dificultando a negociação dos seus títulos. No caso da Embraer, a simples existência da ação já foi suficiente para a paralização das negociações, até que o governo brasileiro se posicione sobre suas intenções.

CONCLUSÃO

Embora existam críticas a sua existência, as *golden shares* estão sendo utilizadas na iniciativa privada de forma muito técnica pelos cientistas do direito societário, principalmente em relação às estruturas do poder de controle e no planejamento sucessório em sociedades anônimas fechadas. No direito público são uma poderosa ferramenta que deve ser utilizada de forma pontual e planejada, sob o risco de interferência abusiva e indesejada no mercado de capitais.

BIBLIOGRAFIA

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. Ed.14. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. Ed.5. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

PELA, Juliana Krueger. **As Golden Shares no direito societário brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial – Vol. 2**. Ed.29. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p.342.

NOVOJURISTA

Artigos e debates sobre Direito e Justiça

07

**O BLOQUEIO ADMINISTRATIVO DE BENS E SUA
INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO
FEDERAL**

WELLINGTON ROBERTO SOEIRO CHAVES

<https://novojurista.com/2018/02/18/o-bloqueio-administrativo-de-bens-e-sua-incompatibilidade-com-a-constituicao-federal/>

No dia 10 de janeiro de 2018 foi publicada no Diário Oficial da União a Lei 13.606/2018, que instituiu o Programa de Regularização Tributária Rural (Funrural) e concedeu à Fazenda Pública a possibilidade de bloquear administrativamente bens e direitos dos contribuintes inscritos em dívida ativa da União que não efetuarem o pagamento dentro do prazo de cinco dias após notificação (art. 25 da Lei 13.606/2018).

Além disso, a Fazenda Pública poderá comunicar a inscrição em dívida ativa aos bancos de dados e cadastros relativos a consumidores (SPC – Serasa).

Tal dispositivo afronta não só o art. 5º, LIV da Constituição Federal, que trata do direito de propriedade e do devido processo legal, como também a norma prevista no art. 185-A do Código Tributário Nacional, o que comprova, portanto, a sua inconstitucionalidade.

A Constituição Federal garante o direito à propriedade e não prevê restrições ao patrimônio do contribuinte em razão de suas dívidas fiscais. Consoante impossibilita a privação dos bens e direitos sem o devido processo legal. (art. 5º, LIV)

Com o bloqueio a que se refere o art. 25 da Lei 13.606/2018, todo regramento previsto no texto constitucional é esquecido, uma vez que a União passa a desrespeitar os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

O Código Tributário Nacional estabelece em seu art. 185-A que a indisponibilidade de bens deve ser tratada como medida excepcional no processo de execução, sendo sua autorização condicionada à comprovação de fraude e/ou esvaziamento patrimonial do contribuinte.

De acordo com o referido artigo, compete exclusivamente ao juiz determinar a indisponibilidade de bens e direitos do contribuinte quando este, após citação, não realizar o pagamento da dívida ou não nomear bens à penhora, vejamos:

Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de

transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial.

Autorizar a União (credora da obrigação tributária) a determinar a indisponibilidade dos bens significa extrapolar limites constitucionais, competindo, portanto, exclusivamente ao juiz tal determinação.

Não bastasse, o regramento trazido pela Lei 6.830/1980 também é descumprido. Este prevê a distribuição do processo de execução ao juiz competente para que seja determinada a citação do contribuinte para quitação do débito ou nomeação de bens à penhora com o devido acesso ao contraditório para discussão da obrigação tributária mediante embargos à execução, o que não ocorre neste caso, pois a União passa a antecipar os atos executórios com a penhora de bens dos contribuintes na esfera administrativa.

Por fim, cumpre salientar que a tal penhora pode gerar diversas consequências, como por exemplo: (I) a constrição de um bem de família²³; (II) a constrição de bens e direitos de contribuinte que opta por discutir judicialmente a cobrança do tributo ao invés de realizar o pagamento no prazo estipulado; (III) a constrição de bens em razão de dívida indevida.

Portanto, não há outra conclusão: o art. 25 da Lei 13.606/2018 é inconstitucional por ferir os preceitos constitucionais do direito à propriedade, princípio do contraditório e ampla defesa, devido processo legal, bem como desrespeitar a sistemática do processo de execução, prevista na Lei 6.830/1980, e o disposto no art. 185-A do Código Tributário Nacional.

Diante disso, o Partido Socialista Brasileiro (PSB) propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.881 na tentativa de afastar a aplicação do art. 25 da Lei 13.606/2018, a qual atualmente aguarda análise do Ministro Marco Aurélio.

Em meio a esse cenário, alguns contribuintes já conseguiram na justiça o deferimento de medidas liminares em caráter preventivo para afastar o bloqueio

²³ De acordo com o art. 1º da Lei 8.009/1990 “o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam.”

administrativo de bens pela União – Fazenda Nacional. Afinal, forçar a aplicação do art. 25 da Lei 13.606/2018 é desprezar o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 Fev. 2018

BRASIL. LEI Nº 6.830, DE 22 DE SETEMBRO DE 1980. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm>. Acesso em: 17 Fev. 2018

BRASIL. LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 17 Fev. 2018

BRASIL. LEI Nº 13.606, DE 9 DE JANEIRO DE 2018. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13606.htm>. Acesso em: 17 Fev. 2018

BRASIL. LEI Nº 8.009, DE 29 DE MARÇO DE 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm>. Acesso em: 17 Fev. 2018

NOVOJURISTA

Artigos e debates sobre Direito e Justiça

08

**CUMPRIMENTO DE SENTENÇA SOBRE
DIREITOS HUMANOS NO BRASIL?**

ISABELLA LOUISE TRAUB SOARES DE SOUZA

<https://novojurista.com/2018/01/14/cumprimento-de-sentenca-sobre-direitos-humanos-no-brasil/>

Muitos não sabem que existe uma Corte para atuar nos casos de violações de Direitos Humanos. Outros acreditam que uma condenação internacional por violações de Direitos Humanos é meramente simbólica, pois não conseguem visualizar o cumprimento das sentenças em âmbito interno. O Brasil já foi condenado nos casos: Damião Ximenes Lopes, Arley José Escher e outros, Sétimo Garibaldi, Julia Gomes Lund e Outros, Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde e Favela Nova Brasília.

Primeiramente, será esclarecido quanto ao procedimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), e quais órgãos o compõem. Posteriormente, como se dá a execução de sentenças estrangeiras e internacionais. Por fim, será esclarecida a forma como é feita a execução de sentenças da CrIDH, e como o Brasil tem lidado e cumprido estas decisões.

O SIDH se desenvolveu dentro da Organização dos Estados Americanos (OEA), quando os Estados das Américas adotaram instrumentos internacionais em prol da proteção e promoção dos Direitos Humanos. Dentro deste sistema há dois órgãos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a CrIDH. Este sistema conta com normativas como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e diversos protocolos e convenções com temas específicos, como por exemplo a Convenção para Prevenir e Punir a Tortura, a Convenção sobre o Desaparecimento Forçado, entre outros.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece direitos, garantias e liberdades que devem ser respeitados pelos Estados. Estabelece ainda que a CIDH e a CrIDH são os órgãos competentes para zelarem pelo estabelecido na Convenção.

Para fazer parte do SIDH o país deve assinar e ratificar o Pacto de San José da Costa Rica e o Protocolo de San Salvador. Para fazer parte da CrIDH é necessário também o reconhecimento expresso de sua competência contenciosa, que será explicada futuramente. O Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica, em 1992, ratificou o Protocolo de San Salvador, em 1999, e aceitou a jurisdição obrigatória da CrIDH, em 1998.

A CIDH é uma das entidades do SIDH e da OEA, e tem como objetivo principal a proteção e promoção dos Direitos Humanos nas Américas. É sediada em Washington, EUA, e seu mandato surge da Carta da OEA e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Possui como funções e atribuições:

A Comissão tem como função principal promover a observância e a defesa dos direitos humanos, e no exercício do seu mandato:

- a) Receber, analisar e investigar petições individuais que alegam violações dos direitos humanos, segundo o disposto nos artigos 44 a 51 da Convenção;
- b) Observar o cumprimento geral dos direitos humanos nos Estados membros, e quando o considera conveniente, publicar as informações especiais sobre a situação em um estado específico;
- c) Realizar visitas in loco aos países para aprofundar a observação geral da situação, e/ou para investigar uma situação particular. Geralmente, essas visitas resultam na preparação de um relatório respectivo, que é publicado e enviado à Assembleia Geral.
- d) Estimular a consciência dos direitos humanos nos países da América. Além disso, realizar e publicar estudos sobre temas específicos como, por exemplo, sobre: medidas para assegurar maior independência do poder judiciário; atividades de grupos armados irregulares; a situação dos direitos humanos dos menores, das mulheres e dos povos indígenas.
- e) Realizar e participar de conferencias e reuniões com diversos tipos de representantes de governo, universitários, organizações não governamentais, etc... para difundir e analisar temas relacionados com o sistema interamericano de direitos humanos.
- f) Fazer recomendações aos Estados membros da OEA acerca da adoção de medidas para contribuir com a promoção e garantia dos direitos humanos.
- g) Requerer aos Estados membros que adotem “medidas cautelares” específicas para evitar danos graves e irreparáveis aos direitos humanos em casos urgentes. Pode também solicitar que a Corte Interamericana requeira “medidas provisionais” dos Governos em casos urgentes de grave perigo às pessoas, ainda que o caso não tenha sido submetido à Corte.
- h) Remeter os casos à jurisdição da Corte Interamericana e atuar frente à Corte em determinados litígios.
- i) Solicitar “Opiniões Consultivas” à Corte Interamericana sobre aspectos de interpretação da Convenção Americana (CIDH).

Para Deisy Ventura e Raísa Cetra, a CIDH é considerada em parte como órgão político e órgão quase judicial, isso porque suas atribuições e funções permeiam sobre os dois âmbitos. O primeiro tem relação ao fato de que é encarregado do controle do comportamento dos Estados, podendo requerer aos Estados que adotem “medidas cautelares”, realizar visitas in loco, elaborar pareceres e relatórios. Já com relação sobre ser um órgão quase judicial, se dá pelo fato de que é a CIDH quem faz a admissibilidade das denúncias de violações aos Direitos Humanos, podendo fazer soluções amistosas, ou encaminhar o caso para a CrIDH.

A CrIDH tem sede em San José, Costa Rica, e é um entre três tribunais regionais que protegem Direitos Humanos, além da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. De acordo com o artigo 1º de seu Estatuto:

Artigo 1. Natureza e regime jurídico

A Corte Interamericana de Direitos humanos é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A Corte exerce suas funções em conformidade com as disposições da citada Convenção e deste Estatuto.

Ainda, a CrIDH possui duas funções: consultiva e contenciosa. A função consultiva dá-se por meio de questionamentos formulados pelos Estados membros da OEA ou de seus órgãos, com relação a compatibilidade de normas internas e internacionais, a interpretação da Convenção e demais instrumentos normativos, entre outros.

A função contenciosa refere-se ao disposto nos artigos 61 e seguintes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, prevendo que para resolver casos conforme os dispositivos citados, é necessário que tenha ocorrido o prévio esgotamento dos recursos internos e a subsidiariedade – o que não caracteriza a CrIDH como uma 4ª instância.

Ainda, os casos que chegam à CrIDH são submetidos pela CIDH ou pelos Estados que tenham aceitado a jurisdição obrigatória ou em caso concreto.

No caso de a CrIDH analisar o processo, e decidir que ocorreram violações de Direitos Humanos, decidirá solicitando reparações e medidas, além do pagamento de indenização.

As sentenças proferidas pela CrIDH são de caráter obrigatório, definitivas e inapeláveis, conforme os artigos 67 e 68, § 1º, da Convenção Americana. Além disso, possuem caráter vinculante, ou seja, os juízes dos tribunais nacionais devem se atentar e ter como fonte inspiradora a doutrina e jurisprudência da CrIDH. Essas sentenças são consideradas internacionais, o que diferencia a forma como entram no âmbito nacional.

Para produção de efeitos de sentença no Brasil, existem três tipos de sentença, sendo as sentenças nacionais ou internas que possuem seu cumprimento logo após a decisão; as sentenças estrangeiras que são produzidas em tribunais internos estrangeiros, amparados pela soberania de um Estado, e para que possam ter efeito em âmbito interno, é preciso que tenham sido homologadas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), posteriormente é possível executar aquela decisão; e as sentenças internacionais, que são decididas por um tribunal internacional. No caso das sentenças internacionais o procedimento é diferente pois não precisa de homologação pelo STJ. A sentença entra automaticamente em âmbito interno, e o cumprimento desta decisão se dará por via de cumprimento de sentença. O Brasil deveria cumprir as sentenças internacionais espontaneamente.

A CrIDH é quem faz o acompanhamento do cumprimento de sentença, primeiramente solicita informações ao Estado sobre o desenvolvimento dos efeitos da sentença, que possuem prazo estabelecido pela CrIDH, além de requisitar as observações realizadas pela CIDH e vítimas ou seus representantes. Posteriormente, analisará as ações que estão sendo feitas, e orientará o Estado para que cumpra com suas obrigações. Quando necessário, a CrIDH convoca o Estado e os representantes das vítimas a uma audiência, para supervisionar o cumprimento.

O acompanhamento do cumprimento de sentença pela CrIDH, faz parte da implementação efetiva e eficaz das decisões proferidas, bem como a garantia do acesso à justiça.

Além destas questões, o Brasil não pode alegar que determinado dispositivo da sentença da CrIDH não pode ser cumprido por violar alguma normativa interna. Este não cumprimento geraria um descumprimento a uma obrigação internacional, explicado abaixo por André de Carvalho Ramos (2008, p. 458):

Assim, caso, por exemplo, o Brasil venha a descumprir o comando de uma sentença definitiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos em virtude de decisão do nosso Supremo Tribunal Federal, o Estado brasileiro será responsável internacionalmente pela violação da obrigação de cumprir em boa-fé seus compromissos internos (no caso, o compromisso estabelecido no artigo 63 da Convenção Americana de Direitos Humanos de cumprir as sentenças da Corte).

Há um dever de cumprimento das obrigações estabelecidas na decisão proferida pela CrIDH, ou seja, quando condenado, o Brasil deve garantir eficácia e cumprimento. (RAMOS, 2013, p.372). No Brasil, não há instrumentos para que as decisões da CrIDH sejam imediatamente implementadas. No que tange as indenizações de cujo pecuniário, de acordo com o artigo 68, § 2º da Convenção Americana, podem ser executadas no país responsável mediante procedimento interno previsto para execução de julgamentos proferidos contra o Estado. Entretanto, no Brasil, a parte receberia a indenização por meio de precatórios, o que poderia intensificar a violação que já fora sofrida.

As sentenças proferidas pela CrIDH são títulos executivos judiciais. O pagamento destas condenações é realizado pela União, pois é quem representa o Brasil nas questões internacionais. Desta forma, a responsabilidade pelo pagamento, num primeiro momento é da União, logo, a competência para julgamento deste caso é da Justiça Federal. Todavia, há na doutrina a possibilidade de litisconsórcio passivo, ou seja, contra a União e contra o ente federado responsável pela violação.

Para executar as decisões da CrIDH, o Brasil precisou criar meios para conseguir cumprir as obrigações. No caso Ximenes Lopes, o cumprimento se deu por meio do Decreto nº 6.185/2007, autorizando “a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República a dar cumprimento à sentença exarada pela Corte Interamericana de Direitos”.

Além das condenações de indenização pecuniária, existem as reparações materiais, como garantia de não repetição do ilícito, alteração da legislação interna, revisão dos procedimentos judiciais e administrativos, instalação de comissões, novas investigações, entre outros. Para estas reparações, não há dispositivo na Convenção Americana ou no Protocolo de San Salvador, entretanto não significa que o Brasil não deverá cumprir com estas obrigações.

Infelizmente, o Brasil não tem cumprido integralmente as obrigações internacionais estabelecidas. A indenização é paga às vítimas, mas as reparações – obrigações de fazer e não fazer – acabam por não serem observadas e cumpridas integralmente.

O Brasil já foi demandado sete vezes na CrIDH, sendo os casos: Damião Ximenes Lopes – indenização paga, não cumprimento integral da sentença; Gilson Nogueira de Carvalho – absolvido; Arley José Escher e outros – indenização paga, não cumprimento integral da sentença; Sétimo Garibaldi – indenização paga, não cumprimento integral da sentença; Julia Gomes Lund e Outros – criação da Comissão da Verdade, mas o cumprimento integral da sentença não foi efetivado; Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde – aguardando cumprimento; Favela Nova Brasília – aguardando cumprimento.

Há no Senado um projeto de Lei nº 220 de 2016, de autoria do Senador Randolfe Rodrigues, que dispõe sobre o cumprimento das decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Um projeto interessante, que estabelece que as decisões ou sentenças da CIDH e as da CrIDH, de natureza cautelar, de mérito, reparação ou solução amistosa, que versem sobre responsabilidade internacional fundada em tratado ratificado pela República Federativa do Brasil, produzem efeitos jurídicos imediatos no âmbito do ordenamento interno brasileiro (SENADO).

Desta forma, é possível verificar que muito tem que ser feito no Brasil com relação ao cumprimento das sentenças proferidas pela CrIDH. O pagamento das indenizações é apenas parte do cumprimento da sentença. Devem ser analisados os aspectos que estão impedindo o cumprimento efetivo das sentenças proferidas pela CrIDH, e promover a proteção aos Direitos Humanos, para além de serem criadas normativas e implementadas políticas que atendam os objetivos das sentenças.

REFERÊNCIAS

CIDH. **CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS**. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 01 jan. 2018.

CIDH. **ESTATUTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/v.Estatuto.Corte.htm>>. Acesso em 01 jan. 2018.

CIDH. **O QUE É A CIDH**. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/que.port.htm>>. Acesso em: 02 jan. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. A Execução das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. In: SOARES, Guido Fernando Silva; CASELLA, Paulo Borba; CELLI JUNIOR, Umberto; MEIRELLES, Elizabeth de Almeida, Fabrício Bertini Pasquot Polido (Orgs.). **Direito Internacional, humanismo e globalidade**. São Paulo: Atlas, 2008.

SENADO. **Projeto de Lei do Senado nº 220, de 2016**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125951>>. Acesso em: 02 jan. 2018.

VENTURA, D.; CETRA, R. O. **O BRASIL E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: DE MARIA DA PENHA À BELO MONTE**. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos-site/Ventura%20Cetra%20O%20Brasil%20e%20o%20SIDH%202012%20\(2\)\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos-site/Ventura%20Cetra%20O%20Brasil%20e%20o%20SIDH%202012%20(2)(1).pdf)>. Acesso em 01 jan. 2018.

NOVOJURISTA

Artigos e debates sobre Direito e Justiça

09

**A INCOMPATIBILIDADE ENTRE A TEORIA DO
DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

ALINE TORTATO DE ARAUJO BASTOS

[https://novojurista.com/2018/05/20/a-incompatibilidade-entre-a-teoria-do-direito-penal-
do-inimigo-e-o-estado-democratico-de-direito/](https://novojurista.com/2018/05/20/a-incompatibilidade-entre-a-teoria-do-direito-penal-do-inimigo-e-o-estado-democratico-de-direito/)

Em 1985 Gunther Jakobs, professor Alemão e catedrático da Universidade de Bonn, um dos discípulos de Wezel, criou a teoria do Direito Penal do Inimigo, baseada em políticas públicas de combate à criminalidade nacional e internacional.

Tal teoria é fundamentada no funcionalismo sistêmico, também de autoria de Jakobs, no qual preceitua que o Direito Penal tem como função principal a proteção da norma e apenas indiretamente tutelar os bens jurídicos fundamentais.

No Direito Penal do Inimigo existe a crença de que somente é possível eliminar o agente responsável pelo cometimento de delitos da sociedade através da supressão das garantias fundamentais pela antecipação da punição do inimigo frente ao perigo que ele representa, de adoção de penas desproporcionalmente altas e de um direito prospectivo e preventivo.

Cria-se um Direito Penal de exceção, na medida em que reproduz a adoção de medidas excepcionais em tempos de paz, aplicação efetiva das normas mesmo quando deslegitimadas perante a ocorrência de um fato delituoso.

O autor propõe a divisão do Direito Penal em dois tipos: o Direito Penal do Cidadão, norteado pelos princípios e garantias constitucionais e processuais penais e o Direito Penal do Inimigo, norteado por um ideal não garantista.

Segundo o Direito Penal do Inimigo, a privação e negação da qualidade de pessoa são possíveis na medida em que se reconhece que a personalidade não é, em princípio, algo dado pela natureza, mas sim uma atribuição normativa, seja de caráter moral, social ou jurídico.

Neste contexto, o cidadão titulado pelo Direito como tal, pode cometer delitos acidentalmente e abusos de conduta nas relações sociais em que participa, permanecendo vinculado às normas. Assim, o indivíduo infrator é chamado a restaurar o equilíbrio da vigência normativa, visto que não representa um perigo cognitivo ao Estado, o que se dá por meio de sua submissão a uma sanção penal, que tem por finalidade a reafirmação da norma. Gunther Jakobs (2003. p.175) exemplifica a assertiva dizendo que

Além da certeza de que ninguém tem direito a matar, deve existir também a de que com um alto grau de probabilidade ninguém vai matar. Agora, não somente a norma precisa de um fundamento cognitivo, mas também a pessoa. Aquele que pretende ser tratado como pessoa deve oferecer em troca uma certa garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa, sem essa garantia, ou quando ela for negada expressamente, o Direito Penal deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra o adversário.

Já o inimigo é o indivíduo considerado pelo Estado como uma constante fonte de perigo, que deve ser privado de direitos próprios do cidadão, apresentando atitudes que revelam um distanciamento em relação às regras de direito. A condição de inimigo implica a sua desconsideração como pessoa. Neste sentido, Gunther Jakobs (2012. p. 47) afirma que:

Quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Essa guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é o Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído.

A política criminal de Jakobs tem como ideal basilar o combate a perigos, para isso defende a punição dos atos meramente preparatórios e a antecipação da tutela penal. Assim, em face da presunção de dano ou de perigo, é indiferente que a conduta chegue a produzir qualquer resultado. Para isso o autor mitiga princípios básicos como o da ofensividade, da exteriorização do fato, da imputação objetiva, legalidade, igualdade, presunção de inocência e utiliza a prisão em flagrante e ações preventivas e cautelares.

Ainda, afirma o doutrinador alemão que a pena não possui fins sociais, e nem de reparação do dano, e sim de garantir as expectativas normativas, o que explica a adoção de medidas preventivas e de penas severas e desproporcionais.

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, instaurou-se o Estado Social e Democrático de Direito, comprometido com uma sociedade plural e sem preconceitos, cujo princípio fundamental consiste na efetivação da dignidade da pessoa humana.

Apesar da inflexibilidade punitivista da teoria mencionada e da sua indiscutível incompatibilidade no ordenamento jurídico nacional, ela vem se expandindo no

ordenamento pátrio, por meio da legislação infraconstitucional, do impulso da mídia e nas decisões de alguns magistrados.

Tal ambiguidade é um reflexo do crescente aumento da criminalidade no Brasil, que está estampado em números e dados, o que gera o sentimento acentuado de insegurança que permeia a sociedade como um todo, sentimento este, potencializado pelos meios de comunicação. Essa insegurança provoca, segundo Zygmunt Pastana (2008. p .21), “um generalizado desejo de punição, uma intensa busca de repressão e uma obsessão por segurança. A lei passa a ser a tábua de salvação da sociedade e, quanto maior for a sua dureza, mais satisfeita ela estará.” Neste sentido, Eduardo Medeiros Cavalcanti (2005. p. 91) preleciona que:

A mudança dos comportamentos e a complexidade dos crimes da modernidade (crimes econômicos, terrorismo, crimes sexuais, tráfico de drogas e de pessoas), afetou o Direito Penal, em dois aspectos fundamentais: crescimento da tipificação penal e utilização de delitos abstratos. Houve uma expansão criminalizadora inclusive de tipificações que poderiam estar na área administrativa sem maiores problemas.

Nesse contexto, o medo e a insegurança permitem que o Estado tome medidas simbólicas cada vez mais autoritárias como a criação de leis com punição mais severa, empresas de segurança e legitima os discursos de ódio e os discursos sobre o aumento da violência como resultado de uma sociedade em decadência. E deste modo, o Direito Penal do Inimigo passa a ter a imagem de solução fácil de problemas sociais visto que a sociedade exige.

Motivados por movimentos em favor da segurança, são editadas leis cujo conteúdo inclui a perda de direitos e garantias fundamentais. Ao inimigo não se aplicam benefícios e direitos penais, processuais e constitucionais estabelecidos e protegidos com o intuito de eliminar o perigo.

Como exemplo da aplicabilidade da teoria de Jakobs em território nacional, cita-se a Lei do Abate (Lei nº 7.565/86), a qual autoriza que as aeronaves suspeitas sejam destruídas, relativizando o princípio do processo legal, o direito à vida e até mesmo a vedação a pena de morte. Tal lei teve as suas regras estendidas ao período da Copa do Mundo e das Olimpíadas no ano de 2016.

Outro caso em que é possível vislumbrar o Direito Penal do Inimigo é a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), que prevê pena de reclusão de 03 a 10 anos para a associação de duas ou mais pessoas para o tráfico de drogas, mais grave do que a prevista na Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), em seu art. 8º, que prevê que a pena de associação de três ou mais pessoas para o cometimento de crimes hediondos (incluindo o tráfico de drogas), é de 03 a 06 anos de reclusão. Isso evidencia o tratamento diferenciado aos traficantes de entorpecentes.

Também é possível observar o Direito Penal do Inimigo na lei que dispõe sobre o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), que é um regime mais rigoroso de cumprimento de pena aos indivíduos que possuem fundadas razões de suspeita de envolvimento ou participação em organizações criminosas.

Ademais, outro exemplo importante é a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), a qual foi inserida no ordenamento jurídico em razão de anseios midiáticos e populares por leis penais mais severas, restringindo garantias processuais.

Tal linha de pensamento é observada também em julgados, que utilizam argumentos tais como comoção nacional, nacionalismo, autoritarismo e direito penal do autor. Como exemplo disso, temos na primeira fase de aplicação da pena a análise da personalidade do agente onde pune-se o agente não pelo que ele fez, mas sim pelo que ele é em uma análise estritamente moral.

A severidade das instituições penais e a propagação do medo pelos meios de comunicação, estimuladas pelo desejo de vingança e vontade de punir, acaba estimulando o ciclo de violência que tentam combater. É inquestionável que as pessoas amedrontadas acreditarão que a única saída no combate ao crime é a exasperação das leis. Além disso, o medo acarreta reações violentas desproporcionais da própria população, que tenta fazer justiça com as próprias mãos.

Não se questionam os motivos pelos quais os crimes ocorrem ou as razões de a violência aumentar cada vez mais.

Assim, o fenômeno de expansão do Direito Penal está diretamente relacionado com o sentimento social, principalmente quando se trata de segurança pública. Esse sentimento se agrava em virtude da complexidade social a que somos submetidos.

Com a expansão da teoria houve o desrespeito ao limite de atuação do Direito Penal, que invadiu o campo das atribuições, competências e responsabilidades estatais em prover e disponibilizar métodos de garantia da segurança. O acesso à segurança não é sinônimo de exasperação de leis penais e sim um reflexo do alcance do estado de bem-estar social maximizado pela oferta e garantia a todos dos direitos constitucionalmente garantidos. O que pode ser realizado é a implementação de políticas e programas sociais visando à melhora na condição de vida da população, como acesso à educação, trabalhos dignos e demais direitos sociais.

O processo não pode ser visto como um instrumento do poder punitivo, mas como um limitador do mesmo, visto que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade.

Deste modo, o Direito Penal do Inimigo é absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito, visto que fere o princípio da dignidade da pessoa humana na medida em que o inimigo não é visto como pessoa, o princípio da presunção de inocência, culpabilidade e responsabilidade penal pelo fato, pois a pena é imposta independentemente da comprovação da culpa e por fim o princípio da isonomia, ao passo que há discriminação entre as categorias de cidadão e inimigo.

Conclui-se que há um retrocesso na aplicação dos fundamentos da teoria no Direito, os quais colocam em risco o acesso a direitos e garantias fundamentais, sendo evidentemente inconstitucional na medida em que viola princípios basilares do Direito Penal Brasileiro.

BIBLIOGRAFIA

CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e sociedade complexa**. Campinas: LZN. 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manoel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados. 2012.

JAKOBS, Gunther. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal**. São Paulo: Manole. Vol. 1. 2003.

JAKOBS. Gunther. **Sociedade, norma e pessoa**. São Paulo: Manole. Vol. 6. 2003.

LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva. 2016.

PASTANA, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Zahar. 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: RT. Vol.1. 2010.



NOVOJURISTA

Artigos e debates sobre Direito e Justiça

10

CONTRATOS COLIGADOS

ANA LÚCIA BARELLA

<https://novojurista.com/2017/11/17/contratos-coligados>

Antes do advento do Código Civil de 2002 (CC/2002), os contratos eram focados na autonomia da vontade, que fazia lei apenas entre as partes. A partir 2002, o Código Civil passou a atribuir finalidade aos contratos. Assim, a interpretação relativa dos contratos, em que se isolava cada contrato e seu objeto, deu lugar à interpretação pela teoria da coligação contratual, que permite a visualização de uma paraeficácia, entendida como a possibilidade de reflexos de um contrato em outro pela finalidade específica de ambos.

Nesse sentido, considera João Rubens Pires Balbela que

Apercebendo-se das rápidas mudanças que a crescente complexidade na realidade social vinha causando no direito dos contratos, a teoria dos contratos se dedica há décadas ao estudo dos ditos contratos coligados: contratos que por uma relação funcional-econômica encontram-se de tal sorte atrelados que se tornaria impossível serem interpretados separados. (BALBELA, p. 14)

Para o autor “o tema nasce no cenário internacional, na década de 30, por meio da doutrina italiana (...) [que se valeu] de expressões como *contratti collegati* e *collegamento negoziale*, presos à noção de coligação, pelo qual se tornou célebre a temática tratada.” (BALBELA, p. 17)

Explica Ricardo Xavier Leonardo que no direito italiano e no direito português a interligação entre contratos estruturalmente diferenciados é tratada predominantemente sob a expressão *contratos coligados*; que no direito espanhol a expressão utilizada é *contratos conexos*, que no francês usa-se *grupos de contratos*; e que no direito anglo-americano opta-se por contratos ligados (*linked contracts* ou *linked transaction*) ou *networks* contratuais, termo a partir do qual, segundo o autor, origina-se *redes contratuais*, comum ao direito argentino. (LEONARDO, p. 7)

Segundo Balbela, “na doutrina brasileira, porém, a questão apenas começou a ser trabalhada com o afincado devido na década passada”. (BALBELA, p. 14) Para o autor, “a teoria da coligação contratual surge da superação da clausura da individualidade dos contratos, da percepção de que, mesmo em uma pluralidade de instrumentos, pode estar designada uma unidade de operações econômicas, representada em uma pluralidade de contratos”. (BALBELA, p. 19-20)

A mudança na dinâmica contratual fez com que a própria ideia de contrato passasse a ser revista em todos os seus aspectos, distanciando-se da noção inicial de contratos que estabeleciam vínculos estáticos em relações autônomas. “Trata-se de uma sofisticação contemporânea no desenvolvimento de atividades econômicas, por intermédio das chamadas redes de negócios”. (LEONARDO, p. 5).

Isto posto, a presente pesquisa voltar-se-á ao que se propôs, à introdução do tema Contratos Coligados.

CONCEITO

Antes de mais nada, começaremos com o termo coligação contratual que, segundo Ricardo Xavier Leonardo, “em sentido amplo, significa apenas e tão-somente uma ligação, um vínculo entre relações jurídicas contratuais diferentes que conformam uma operação econômica unificada”. (LEONARDO, p. 5) Onde é possível extrair-se, na lição de Balbela, que “a coligação é diferente de uma mera soma desordenada dos contratos-elementos que a compõem”. Isto porque, para o autor, “define-se pela existência de um todo orgânico e ordenado de contratos constituído em razão de uma operacionalidade comum entre os vários agentes, interessados em potencializar benefícios e minimizar os riscos”. (BALBELA, p. 22)

Para ele, “o vínculo se daria, nessa senda, em uma ligação finalística e, normalmente, funcional. São os interesses concretos das partes envolvidas na coligação que constituem a chave para a interpretação e qualificação da coligação contratual”. (BALBELA, p. 23)

Nesse sentido, Francisco Paulo de Crescenzo Marino entende que “os contratos coligados podem ser conceituados como contratos que, por força de disposição legal, da natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito) encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca”. (MARINO, p. 99)

Leonardo entende o termo coligação contratual como gênero que retrata “duas ou mais diferentes relações contratuais se encontram vinculadas”, o que

promoveria, segundo ele, uma eficácia paracontratual, “ou seja, alguma eficácia ao lado daquela que se desenvolve internamente ao contrato”. A paracontratualidade seria justificada “pelo reconhecimento duma operação econômica unificada que se sobrepõe àquela decorrente de cada um dos contratos que se encontram coligados”. Para o autor, a diferença entre coligação contratual e outras espécies de vínculos contratuais é a existência de “uma causa sistemática, por alguns autores chamada de causa intercorrente, própria à operação econômica unificada”. Assim, “para além da causa de cada um dos contratos elemento da conexão, que permanece íntegra e evidente, seria perceptível uma outra, a chamada causa sistemática, própria ao conjunto (sistema) de contratos”. (LEONARDO, p. 8)

Diante disso, entende Marcelo Piazzeta Antunes que “os contratos não perdem totalmente a autonomia e individualidade, mas o contexto sistemático em que estão inseridos faz surgir às partes o dever de colaboração para a sobrevivência de todo o sistema, preservando-se a causa sistemática nascente com a conexão entre os vínculos”. (ANTUNES, p. 597)

Dessa pluralidade de contratos com dependência unilateral ou recíproca podem ser extraídas as espécies de contratos coligados.

ESPÉCIES DE CONTRATOS COLIGADOS

A fonte de junção dos contratos nem sempre é a mesma e tem a mesma intensidade. As espécies analisadas aqui foram pautadas pela ideia de fonte do vínculo contratual.

Considerando o conceito de Marino, os contratos coligados, enquanto gênero, podem ter 3 (três) espécies de coligação: *ex lege*, natural e voluntário.

Os contratos coligados *ex lege* são chamados por Leonardo de Contratos Coligados em Sentido Estrito. Para o autor, “há coligação em sentido estrito quando a ligação entre dois ou mais contratos se dá por aplicação da Lei que, ao tratar de determinado tipo contratual, prevê a coligação e a operação econômica supracontratual”. (LEONARDO, p. 9)

A interconexão entre as diferentes operadoras de telefonia, ou seja, “a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar -se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis” ilustra esse tipo de contrato, uma vez que a melhoria na qualidade do atendimento ao cliente depende dessa relação entre operadoras. (Parágrafo Único do artigo 146 da Lei nº 9.472/1997. In. LEONARDO, p. 12)

Segundo Marino, a coligação natural seria aquela obtida “da própria natureza acessória típica de um dos contratos envolvidos na coligação”. (MARINO, p.105) Nesse sentido, Leonardo considera esse tipo de contrato como Contrato Coligado por Cláusula Expressamente Prevista pelas Partes em que “os contratantes, em dois ou mais contratos, estabelecem cláusulas que, em maior ou menor medida, vinculam uma relação contratual a outra. (...) por intermédio de cláusulas contratuais, se estende, em medida variável, os efeitos de um contrato sobre os diversos outros que a partir dele são ou serão convenionados.” (LEONARDO, p. 13)

Essa coligação tem como exemplo a que ocorre, comumente, quando da realização de contratos de arras com cláusula de condição resolutiva para contratos de compra e venda nos casos em que não se obteve financiamento para adimpli-lo. “Neste caso, por disposição expressa, se estabelece um vínculo, uma ligação contratual entre o contrato de arras, um contrato de mútuo e um contrato de compra e venda. Trata-se de um exemplo de vínculo de acessoriedade entre contratos coligados”. (LEONARDO, p. 13)

Já a coligação voluntária, de acordo com Marino, pode ser expressa ou implícita, assim “a união ‘voluntária’ entre contratos pode advir de cláusulas contratuais que expressamente disciplinem o vínculo intercontratual (‘coligação voluntária expressa’), ou pode ser deduzida a partir do fim contratual concreto e das circunstâncias interpretativas (‘coligação voluntária implícita’).” (MARINO, p. 107)

Nas palavras de Leonardo, esse tipo de vínculo diz respeito aos Contratos Conexos em Sentido Amplo, divididos, segundo o autor, em Redes Contratuais e Contratos Conexos em Sentido Estrito.

No que toca às Redes Contratuais, explica o autor que “no mundo contemporâneo, formam-se redes de contrato para viabilizar a produção, a industrialização, a distribuição, o pós-venda e inúmeras outras situações em que se compõem uma autêntica teia de relações para concorrer e alcançar consumidores”. Para ele, “o nexos que se institui nas redes contratuais, além de econômico e funcional, também é sistemático”. (LEONARDO, p. 17)

Leonardo apresenta como exemplo de redes contratuais a contratação de pacotes de turismo que, de acordo com o autor, “englobam diversas relações em cadeia, promovem a responsabilidade do agente de turismo que indica os demais prestadores que, em conjunto, realizarão o serviço ao consumidor. Trata-se de situação de Redes Contratuais com vínculo de coordenação centrífuga, centralizada no contrato celebrado com a operadora de turismo, que se expande aos demais contratos”. (LEONARDO, p. 18-9)

Acerca dos Contratos Conexos em Sentido Estrito, o autor dispõe que essa espécie “se justifica pela percepção de que o conjunto contratual exerce uma função social diversa daquela que é própria aos contratos singulares que se encontram vinculados”. Segundo ele, é possível “defender a existência de efeitos paracontratuais aos contratos conexos em sentido estrito, em virtude de um dever geral de proteção em favor do sistema explicitado nos diversos deveres laterais provenientes dos objetivos de ordem sistemática”. (LEONARDO, p. 24)

Considerando que o Código de Defesa do Consumidor tem regulamento específico a respeito das cadeias de contratos que pretendem atingir aos consumidores; então, tratando-se aqui de contratos empresariais, pode-se afirmar que os Contratos Conexos em Sentido Estrito não têm relação com o Direito do Consumidor, e, ainda, por exclusão dos demais contratos supracitados, não estão previstos em lei ou não têm cláusulas expressas pelas partes.

Leonardo aponta indícios para verificação da ocorrência desse tipo de contrato, considerando que nem todos os indícios podem estar presentes concomitantemente. São eles (LEONARDO, p. 25):

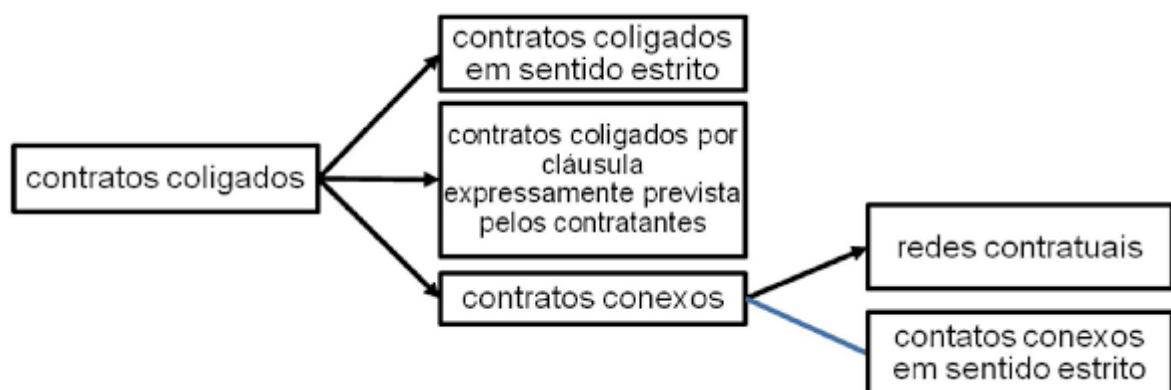
- a) proximidade temporal na realização dos diferentes contratos que compõem o conjunto;
- b) atuação empresarial conjunta na oferta de produtos e/ou serviços parcelares que se complementam (como, v.g., ocorre em uma loja de automóveis que oferta crédito para a aquisição do bem ou funciona em parceria com a oferta de consórcios para aquisição de produtos);
- c) a retribuição econômica pela prestação inserta em um contrato se dá por uma prestação integrante de outro contrato;
- d) utilização conjunta de estratégias e meios de publicidade para a oferta de produtos e serviços;
- e) mecanismos de controle de qualidade, produtividade ou de operação exercidos entre as partes dos diferentes contratos;
- f) estabelecimento de metas comuns, prazos ou objetivos integrados;
- g) fixação de garantias que geram consequências para as diferentes partes que integram o conjunto contratual.

Pelo exposto é possível notar que os contratos de coligação voluntária expressa de Marino dizem respeito às Redes Contratuais de Leonardo, assim como acontece com os contratos de coligação voluntária implícita e os Contratos Conexos em Sentido Estrito.

CONCLUSÃO

A evolução da teoria dos contratos proporcionou o desenvolvimento das possibilidades de coligação contratual aqui observadas. Assim, ao longo da pesquisa apresentaram-se três espécies de contratos coligados, em que um deles se subdivide em dois.

No intuito de facilitar a compreensão do que se observou, encerra-se o breve estudo com a ilustração de tais espécies a partir da imagem disponível na obra de Leonardo. (LEONARDO, p. 11)



BIBLIOGRAFIA

BALBELA, João Rubens Pires. **Inadimplemento nos contratos coligados: o descumprimento e seus efeitos para além do contrato**. Monografia UFPR. 2014. Orientador Rodrigo Xavier Leonardo. 126 páginas. Dissertação de mestrado.

MARINO, Francisco Paulo Crescenzo. **Contratos Coligados no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009

ANTUNES, Marcelo Piazzeta. A causa sistemática e a teoria das redes contratuais: a influência do elemento causal na para-eficácia dos contratos. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, v. III, p. 589-614.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo. **Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera**. Porto Alegre: Lejus, 2013.

NOVOJURISTA

Artigos e debates sobre Direito e Justiça

11

**PRECISAMOS FALAR SOBRE A REDUÇÃO
DA MAIORIDADE PENAL**

FERNANDA LUISE GASPARIN

<https://novojurista.com/2017/10/01/precisamos-falar-sobre-a-reducao-da-maioridade-penal/>

A Comissão de Constituição e Justiça no Senado Federal está próxima de enfrentar o projeto que busca reduzir a maioridade penal. Sua aprovação permitirá que adolescentes acima de 16 anos possam ser julgados como adultos, segundo o que estabelece o Código Penal (CP), e não mais o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei 8.069/1990.

O projeto, originalmente proposto pelo senador Aloysio Nunes e atual ministro das Relações Exteriores, parece ter apoio no Congresso Nacional. O atual Projeto de Emenda à Constituição (PEC) prevê a imputabilidade penal dos adolescentes que cometeram crimes hediondos, homicídio doloso, lesão seguida de morte e aos reincidentes em roubos qualificados.

Dentre os “fundamentos” trazidos pelos favoráveis à aprovação da PEC 33/2012 está a alegação de que adolescentes aos 16 anos já possuem discernimento suficiente para entender o carácter ilícito de seus atos e responder por estes.

Além disso, o apoio popular seria um grande argumento, já que em 2015, segundo pesquisa do Datafolha, 87% dos brasileiros manifestaram aprovação da redução da maioridade penal. Ainda, 27% defendem a mudança apenas para determinados casos e 73% concordam com a redução para qualquer crime.

Dentre os fundamentos favoráveis ao projeto está a alegação de que o Estatuto da Criança e do Adolescente não dá conta de “punir” os adolescentes, vez que prevê a internação pelo prazo máximo de 03 (três) anos, conforme leciona o artigo 121, §3, do ECA, o que gera revolta na população e grande sensação de impunidade.

Além do mais, segundo sustentam alguns, a redução da maioridade penal diminuiria o aliciamento de adolescentes para o cometimento de crimes, em especial o tráfico de drogas, já que se punidos o aliciamento perderia a razão.

Em contrapartida, diversos juristas e aproximadamente 11% da população pesquisada são contrários a esta mudança, posição com a qual compactuo.

Dezenas são os fundamentos razoáveis a defender a manutenção da maioridade penal aos 18 anos, dentre eles a necessidade de educação básica de qualidade. Educar, além de ser uma obrigação do Estado, é mais eficaz do que punir e busca evitar que a criminalidade faça parte da criação e infância de crianças e

adolescentes. Enquanto o Estado não estiver voltado a resolver os seus problemas estruturais, dentre eles a deficiência educacional brasileira, a criminalidade e a punição de adolescentes se torna fadada ao fracasso.

A mudança proposta fará com que milhares de adolescentes sejam presos e colocados em penitenciárias, o que permitirá que o jovem tenha contato maior com o mundo e “escola do crime”.

Não estamos defendendo os ilícitos cometidos por adolescentes, apenas a forma como a sociedade busca uma punição, que é inconsequente.

Há uma falsa concepção social de que se não há cárcere, não há punição. Ocorre que nos termos do ECA adolescentes menores de 18 anos serão submetidos a medidas socioeducativas pelos atos infracionais cometidos, dentre eles: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviço à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade; internação em estabelecimento educacional, dentre outras.

As imposições destas medidas estão previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, que serão determinadas de acordo com a capacidade de seu cumprimento, circunstâncias e gravidade da infração.

O código penal brasileiro adota a teoria biológica para explicar a imputabilidade penal dos menores de 18 anos, estabelecendo tratamento especial, já que os considera com desenvolvimento mental incompleto. Nesse sentido, haverá aplicação de medidas socioeducativas a adolescentes infratores e, buscando estas medidas, a inserção do menor infrator em processos educativos.

Em janeiro deste ano havia o déficit de 250 mil vagas no sistema carcerário. Permitindo a redução da maioridade penal, a crise atual nas penitenciárias brasileiras só se agravaria.

Segundo estabelece o CNJ, cada vaga no sistema prisional custa entre R\$ 40 mil e R\$ 50 mil aos cofres públicos. Diante de tais valores voltamos ao debate inicial: quanto custa ao Estado a inclusão de uma criança no ensino educacional? Quanto custaria a promoção de projetos sociais profissionalizantes a jovens?

E assim voltamos novamente a falar de problemas estruturais.

Está na hora de abirmos os olhos e enfrentarmos os problemas.

Não estamos diante de um problema legal, estamos diante de um grande problema social que envolve educação, segurança e demais valores familiares. A decisão de redução da maioria penal é uma decisão política punitivista que não busca enfrentar os grandes problemas atuais evidentes na sociedade.

Reduzir a maioria penal é jogar a responsabilidade para debaixo dos tapetes, “esconder” o problema dentro de carceragens que se encontram em condições desumanas e medievais, punindo de forma irresponsável adolescentes que não tiveram uma educação mínima.

Nas palavras de Paulo César Busato (2013), é uma *“aberrante proposta punitiva para solução de problemas sociais e não merece qualquer consideração ou trato científico, mas somente uma advertência: uma atitude dessa natureza ampliaria a faixa de pessoas suscetíveis aos nefandos e degradantes efeitos da intervenção do sistema penal, piorando mais a condição social e agravando os problemas que o discurso punitivo falacioso diz resolver.”*

Reduzir a maioria penal é uma atitude insequente, e é assim que agem adolescentes. Da mesma forma como estes sofrerão, seremos punidos em um futuro próximo por nossas decisões.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Lei 8.069/1990, 13 de julho de 1990.

BUSATO, **Paulo César. Direito Penal. Parte Geral**. Ed. Atlas. 2013

UOL. **87% é a favor da redução da maioridade penal no Brasil**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/06/22/87-e-a-favor-da-reducao-da-maioridade-penal-no-brasil-diz-datafolha.htm>>.

ESTADÃO. **País precisa de R\$ 10 bi para acabar com déficit prisional, diz CNJ**. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,pais-precisa-de-r-10-bilhoes-para-acabar-com-deficit-prisional-diz-cnj,10000099100>>.

NOVOJURISTA

Artigos e debates sobre Direito e Justiça

12

**A APLICAÇÃO DO VISTO HUMANITÁRIO NO
BRASIL**

ISABELLA LOUISE TRAUB SOARES DE SOUZA

<https://novojurista.com/2017/08/28/a-aplicacao-do-visto-humanitario-no-brasil/>

O visto humanitário é uma ferramenta de grande importância, principalmente por ter um caráter humanitário. O Brasil tem adotado a prática de conceder vistos humanitários aos migrantes, tendo em vista a situação de vulnerabilidade em que aqueles que o solicitam se encontram, por não se enquadrarem nos critérios de asilo ou refúgio.

Primeiramente, cabe diferenciar o instituto refúgio do visto humanitário. O refúgio teve evolução durante o século XX, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, visto que milhões de pessoas se deslocavam por toda a Europa fugindo das perseguições realizadas pelo exército nazista. Em 1950 foi criado o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), para analisar as demandas e problemáticas com relação a estas pessoas que estavam fugindo e que passaram a ser consideradas refugiadas, como forma de amenizar os danos causados pela situação (JUBILUT, 2007).

Em 1951 surge a Convenção relativa ao Estatuto do Refugiado, que estabelece que é considerado refugiado aquele que por fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a grupo social ou opinião política, encontre-se fora do seu país de origem, ou seja, tenha cruzado fronteira internacional. Esta Convenção possuía uma limitação geográfica e temporal, pois os países que a assinaram tinham o poder discricionário para escolher se aceitariam refugiados do mundo todo ou somente da Europa. Devido a essa discricionariedade criou-se o Protocolo de 1967 acabando com tais limitações (JUBILUT, 2007).

Com o passar do tempo foi verificada a importância de uma ampliação para o conceito de refúgio, abrangendo também grave e generalizada violação aos Direitos Humanos, o que vem a ser confirmado pela Convenção Relativa aos Aspectos Específicos dos Refugiados Africanos de 1969 e pela Declaração de Cartagena de 1984. Ampliação que foi adotada pelo Brasil no Estatuto dos Refugiados (Lei 9484/97).

Ainda, o refúgio tem como base o princípio do *non-refoulement*, a proibição da devolução do solicitante de refúgio ou refugiado para o seu país de origem, ou terceiros países em que possa ter o risco de perseguição.

Para além destas questões, o refúgio tem caráter temporário, cessando a partir do momento em que o refugiado voltar ao seu país de origem. Entretanto, esta característica tem sofrido alterações, pois a situação de crise vai aumentando de forma que não há condições de voltar. Tendo em vista o aumento do fluxo migratório por diversos motivos, que vão para além das condições de refúgio, surgiu a necessidade da criação do visto humanitário.

Em 2010, com o terremoto no Haiti, muitos haitianos vieram para o Brasil, todavia a vinda destas pessoas foi causada por aspectos econômicos e ambientais. Não podem ser considerados como refugiados, pois possuem proteção por parte do seu país de origem, partem por vontade própria e não por um motivo de perseguição ou fundado temor. Desta forma, são considerados migrantes em razão de sua posição não estar prevista nas condições de refúgio, e possuem visto humanitário para entrada e permanência no Brasil.

O ACNUR diferencia os migrantes dos refugiados afirmando que: “Os refugiados não escolheram sair de seus países: eles foram forçados a fazê-lo por medo de perseguição. Os migrantes, no entanto, gozam da proteção de seus países de origem, mas decidem partir por vontade própria, por exemplo, para melhorar a sua situação econômica ou por causa de laços familiares”. (UNHCR, 2005).

Com o terremoto no Haiti, que devastou o país, muitos haitianos perderam suas casas, empregos e familiares, milhões de pessoas ficaram desabrigadas, sem acesso a água, alimento, saúde, educação. Ao chegarem em território brasileiro foi utilizado o instituto do refúgio como forma de entrada e permanência. O instituto do refúgio foi utilizado porque a partir do momento em que o refúgio é solicitado há uma proteção em relação ao solicitante, que não poderá ser expulso do país até o momento do julgamento do reconhecimento do *status* de refugiado.

Tendo em vista que não cabia o instituto do refúgio para estas pessoas, o Comitê Nacional de Refugiados (CONARE) levou as solicitações de refúgio para o Conselho Nacional de Imigração (CNIg). O Governo Federal aprovou a Resolução Normativa nº 97 de 2012 do CNIg, concedendo visto permanente, por

tempo determinado, por razões humanitárias²⁴, como forma de facilitar a vinda dos haitianos para o Brasil, tentando coibir o tráfico de pessoas. Os vistos humanitários são concedidos na Embaixada do Brasil em Porto Príncipe, capital do Haiti, para um prazo de 5 anos, podendo ser renovado ou concedido em caráter permanente.

Além dos haitianos, os sírios também foram contemplados com o visto humanitário. Desde 2010 a República Árabe Síria está assolada por uma guerra civil sem perspectiva de fim, fazendo com que milhões de pessoas decidam sair de seu país de origem em busca de uma vida melhor em outro lugar, longe da guerra e das bombas, que matam milhares de pessoas todos os dias.

Os sírios se enquadram no conceito de refúgio, desta forma possuem direitos e deveres como estabelece a Convenção de 1951 e o Estatuto dos Refugiados, de acordo com a Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997. Todavia, devido à instabilidade e ao perigo causado pela guerra naquele país, o Brasil entendeu necessária a concessão de visto humanitário para os solicitantes de refúgio provenientes da Síria, conforme a Resolução Normativa nº 17 de 2013 do CNIG, permitindo que a saída destas pessoas se torne mais célere.

Assim que chegam em solo brasileiro, o visto humanitário concedido aos sírios, é convertido em solicitação de refúgio, que é analisada pelo CONARE, responsável por julgar a concessão, cessação ou exclusão do refúgio e, além disso, orientar medidas de proteção, assistência e proteção, apoio social, econômico e jurídico, garantindo a integridade, liberdade e principalmente a vida destas pessoas. (JULIBUT, 2016).

Por estas medidas, o Brasil recebeu elogios por parte das organizações e instituições de Direitos Humanos, pelo acolhimento daqueles que precisam de ajuda. A concessão do visto humanitário é discricionária do Estado, ou seja, o país é quem escolherá quais povos receberão o visto.

O visto humanitário foi utilizado como resposta ao aumento considerável do fluxo de pessoas que vieram do Haiti e da Síria, como forma de facilitar a entrada legal

²⁴ Consideram-se razões humanitárias, de acordo com a **Resolução Normativa CNIG nº 97/2012**, em seu artigo 1º: “aquelas resultantes do agravamento das condições de vida da população haitiana em decorrência do terremoto ocorrido naquele país em 12 de janeiro de 2010”.

no Brasil. A aplicação deste instituto assegura às pessoas que estão fugindo da guerra ou de catástrofes naturais proteção, acolhimento e integração, até que possam voltar ao seu país de origem ou permanecer definitivamente no Brasil.

Atualmente, com a Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), o visto humanitário teve uma alteração de nomenclatura, chamando-se acolhida humanitária, prevista no rol de princípios e garantias do artigo 3º, no inciso VI. Para aqueles que forem contemplados com a acolhida humanitária poderá ser concedido visto temporário com o intuito de estabelecer residência por tempo determinado, podendo ser concedido ao apátrida ou nacional de qualquer país em situação grave ou que esteja passando por instabilidade institucional, conflito armado, calamidade de grande proporção, desastres ambientais, graves violações de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, conforme será previsto em forma de regulamento, conforme disposto no artigo 14, §3º.

A identificação de uma pessoa com acolhida humanitária poderá ser feita com a apresentação de qualquer documento que o imigrante dispuser. A residência poderá ser autorizada nos casos em que se aplique este instituto. A repatriação não será realizada para quem estiver sob proteção da acolhida humanitária, de forma a garantir a vida, integridade pessoal e liberdade da pessoa.

Contudo, por mais que a nova Lei de Migração estabeleça o instituto da acolhida humanitária, este ainda carece de regulamentação. A definição de acolhida humanitária será regulamentada por portaria interministerial, que até o momento não foi elaborada e não há indícios de que o seja pelos próximos meses. É preciso determinar o conceito, a quem se destina e qual o órgão responsável para reconhecer e lidar com tal situação.

A não regulamentação do artigo 14, §3º, da Lei de Migração, nos mostra que muito há que ser feito para o acolhimento humanitário funcionar, aumentando as garantias e proteção de direitos, criando Políticas Públicas que atendam às necessidades destas pessoas, de forma a abranger o maior número de pessoas, sem distinções e pela prevalência da igualdade.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **Coletânea de Instrumentos de proteção nacional e internacional de refugiados e apátridas**. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2012/Lei_947_97_e_Coletanea_de_Instrumentos_de_Protecao_Internacional_de_Refugiados_e_Apatridas.pdf?view=1>. Acesso em: 13 ago 2017.

ACNUR. **CONVENÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DE UNIDADE AFRICANA**. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bpointer%5D=0&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bsort%5D=doctitle,sorting,uid&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bdownload%5D=yes&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bdownloadtyp%5D=stream&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Buid%5D=586&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bmode%5D=1>. Acesso em: 13 ago 2017.

ALMEIDA, P. S. **Conselho Nacional de Imigração (CNIg): Políticas de Imigração e Proteção ao Trabalhador Migrante ou Refugiado**. In: REFÚGIO, migrações e cidadania. Caderno de Debates 4, Brasília: ACNUR; IMDH, 2009. p. 24.

BRASIL. **Concessão de visto humanitário para haitianos é prorrogada**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/08/concessao-de-visto-humanitario-para-haitianos-e-prorrogada>>. Acesso em: 13 ago 2017.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. **Institui a Lei de Migração**. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 mai. 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 13 ago 2017.

DEDICH. **CONARE renova medida que facilita emissão de vistos a pessoas afetadas pelo conflito na Síria**. Disponível em: <<http://www.dedihc.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=3528>>. Acesso em: 13 ago 2017.

JUBILUT, L. L. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

JUBILUT, L. L. **Visados humanitarios: la experiencia de Brasil como base**
Disponível em: <<http://www.fmreview.org/es/proteccion-comunitaria/jubilut-andrade-madureira.html>>. Acesso em: 13 ago 2017.

UNHCR. **Module d'autoformation 1**: Introduction à la protection internationale: protéger les personnes relevant de la compétence du HCR. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/fr/publications/legal/4ad2f81618/module-dautoformation-1-introduction-protection-internationale-protoger.html>>. Acesso em: 13 ago 2017.

VENTURA, D. **Qual a diferença entre visto humanitário e refúgio**. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2016/06/20/Qual-a-diferen%C3%A7a-entre-visto-humanit%C3%A1rio-e-ref%C3%BAgio>>. Acesso em: 13 ago 2017.

NOVOJURISTA

Artigos e debates sobre Direito e Justiça

13

**AS TUTELAS ASSECURATÓRIAS NO DIREITO
DE FAMÍLIA E A GARANTIA A UM PROCESSO
JUSTO E RAZOÁVEL**

RAFAEL ALMEIDA OLIVEIRA REIS

<https://novojurista.com/2017/11/05/as-tutelas-assecutorias-no-direito-de-familia-e-a-garantia-a-um-processo-justo-e-razoavel/>

O processo é, antes de mais nada, uma garantia de acesso à justiça. É por meio dele que diversos princípios constitucionais são garantidos ao cidadão e, de certa forma, ao próprio Estado, quando este assume um dos polos, ativo ou passivo, de uma ação. Importante lembrar, entretanto, que o processo não é um fim em si mesmo. A prestação jurisdicional tem como objetivo máximo a tutela de direitos e deveres por meio de um procedimento justo.

Por justo entendemos a tutela estatal que leva em consideração a expressão única do conflito, garantindo uma justiça isonômica e equidistante entre as partes. Este, inclusive, é o entendimento que permeia moderna obra do professor Luis Guilherme Marinoni:

O direito ao processo justo visa a assegurar a obtenção de uma decisão justa para as partes e a unidade do Direito para a sociedade civil. Ele é o meio pelo qual se exerce pretensão à justiça (Justizanspruch) e pretensão à tutela jurídica (Rechtsschutzanspruch). Esse é o seu objetivo central dentro do Estado Constitucional. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017)

Portanto, a clássica noção que o processo deve ser regido seguindo o princípio do devido processo legal já não é mais suficiente. É necessário garantir às partes um processo justo e isonômico, para aí então vermos consolidados na relação processual diversos princípios constitucionais, tais como o da razoabilidade, da função social, da razoável duração, do direito de ação e, por fim, do acesso à justiça.

Há, todavia, entendimento equivocado por parte de alguns intérpretes de que tais mandamentos constitucionais têm como destinatário final tão somente as partes de uma relação processual. Embora essa seja sua principal função, o termo “processo justo” tem acepção muito mais abrangente, devendo ser um verdadeiro guia para todo o ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, a atuação da administração judiciária deve ser dirigida à concretização do direito ao processo justo, tendo o juiz papel fundamental na interpretação e aplicação da legislação processual, inserindo-se como igual destinatário dos princípios constitucionais, cooperando para os modos alternativos de resolução de conflitos e primando pela pacificação social.

Por isso, entendemos que o procedimento judicial deve ser adaptativo, levando em consideração a natureza e o objeto da demanda a ser apreciada pelo aparato judiciário. Não falamos aqui em flexibilização de normas, mas sim no respeito às garantias constitucionais do processo.

Já vislumbramos tal adaptação com a diferenciação entre o processo civil e o processo penal. O legislador, ao perceber a natureza única desses ramos do Direito, tratou de criar diplomas processuais totalmente distintos, visando, para ambos, princípios e regras próprias.

Em contrapartida há no processo civil demandas de diversas naturezas, mas que, por falta ou impossibilidade de um regramento mais específico, são tratadas de forma genérica, causando, por muitas vezes, injustiças difíceis de serem reparadas.

O direito de família, por sua vez, é o ramo do direito que por definição merece um tratamento diferenciado. Suas demandas são complexas e subjetivas e demandam uma decisão rápida e assertiva do Estado, sob pena de danos irreversíveis naquela que é a entidade civil mais protegida do nosso ordenamento jurídico. Nossa Carta Magna eleva, em seu artigo 226, a família como a “base da sociedade”, merecendo, portanto, especial proteção do Estado. Segundo Rolf Madaleno, tal é a importância da família que:

A convivência humana está estruturada a partir de cada uma das diversas células familiares que compõem a comunidade social e política do Estado, que se encarrega de amparar e aprimorar a família, como forma de fortalecer a sua própria instituição política. (MADALENO, 2013)

É por esse motivo, e agora falamos exatamente do objeto de estudo desse modesto trabalho, que as tutelas de urgência, conforme a nomenclatura adotada pelo Novo Código de Processo Civil (art. 300), assumem especial importância quando falamos em demandas que envolvam esse importante ramo do direito.

Antes de verticalizarmos o assunto, importante esclarecer a natureza jurídica desse instituto que foi modificado pelo Novo CPC. Em suma análise, a tutela de urgência poderá ser satisfativa (antecipação de tutela) ou preventiva (cautelar)

aos “direitos mediante provimentos provisórios fundados em cognição sumária” (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017). Em ambos os casos os requisitos são os mesmos: existência de elementos que evidenciem a probabilidade de direito e perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Podemos utilizar como exemplo de medidas cautelares em sede de direito de família aquelas que tratam da busca e apreensão de menores incapazes, guarda provisória dos filhos, separação de corpos e afastamento de um ou mais genitores em caso de abuso, omissão ou agressão ao menor. Estes são apenas alguns exemplos de medidas urgentes, seja de cunho patrimonial ou não, que podem ser utilizadas de forma estratégica pelos advogados que buscam alterar situações de risco reportadas pelos jurisdicionados.

O tempo, afinal, mostra-se determinante nessas demandas. Fernanda Tartuce, ao versar sobre tema, é clara ao afirmar que “por ser pautada em relações continuadas, a família pode ir, ao longo do tempo, considerando de forma diferente as diversas ocorrências que envolvem suas interações, razão pela qual recomenda-se um olhar atencioso em relação ao fator tempo” (TARTUCE, 2017). Essa também é a opinião dos professores Rolf Madaleno e Luiz Fux, que destacam “a íntima ligação da tutela de urgência com a tutela dos direitos de família: como esse ramo versa sobre direitos fundamentais e indisponíveis, constitui um campo onde a urgência se faz presente a exigir uma pronta atuação do Poder Judiciário” (FUX, apud TARTUCE, 2017).

Há, dessa forma, uma forte relação entre o direito de família e as medidas emergenciais. Os direitos tutelados são de ordem fundamental, inerentes à condição humana, fato que exige uma prestação jurisdicional efetiva e sobremaneira assertiva, rápida e – principalmente – justa. Entendemos, nesse sentido, que a urgência é uma medida intrínseca à natureza do direito familiar.

Estabelece-se aqui um paradigma difícil de ser solucionado. Como já vimos, definimos as tutelas assecuratórias como aquelas destinadas a prestar uma tutela cautelar mediante “provimentos provisórios fundados em cognição sumária”.

Deverá, então, o juiz analisar tão somente os pressupostos para concessão da medida (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), em atividade cognitiva restrita, sem o exaurimento dos fatos e direitos submetidos à prestação jurisdicional.

Tal análise sumária enseja uma decisão rápida, acautelando o direito do requerente com o intuito de cessar lesão ou ameaça ou assegurar o resultado útil do processo.

Em eventual decisão, porém, deverá a tutela jurisdicional prover decisão rápida, mas, impreterivelmente, justa. Para isso, é de fundamental importância a análise cuidadosa do processo, em verdadeira mitigação da cognição sumária, para que a justiça seja realizada no caso concreto.

Como exemplo, a medida de segurança que visa o afastamento de um dos genitores do convívio familiar, se não julgada em definitivo rapidamente, pode desencadear em um processo irreversível de perda da afetividade, principalmente em ambientes familiares suscetíveis à alienação parental. Nestes casos, ainda que injustiças sejam identificadas e o convívio reestabelecido, o impacto psicológico na prole restará por consolidado, sendo extremamente difícil a recuperação do *status quo ante*.

Em suma, ainda que o assunto seja extenso e caibam maiores digressões sobre o tema, o direito de família, por seu caráter eminentemente fundamental, deve ser tratado de forma excepcional, exigindo, por parte dos magistrados, maior aprofundamento em sede de tutelas de urgência, primando pelo princípio da cooperação, e, no que se refere ao exercício da advocacia, fundamentação inequívoca dos direitos pleiteados com o fim de transpor necessária barreira a cognição sumária em direito de família.

BIBLIOGRAFIA

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5ª edição. Porto Alegre: Editora Forense, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil vol. II**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

TARTUCE, Fernanda. **O tempo, a demanda familiar e a tutela de urgência**. Disponível em: jusbrasil.com.br Acesso em 05 nov. 2017.

MORAIS, Soraya de. **Medidas Cautelares no direito de família**. Disponível em: ambitojuridico.com.br. Acesso em 05 nov. 2017.

NOVOJURISTA

Artigos e debates sobre Direito e Justiça

14

**REFORMA TRIBUTÁRIA – UMA EXPOSIÇÃO DE
PROPOSTAS QUE MERECEM DESTAQUE**

WELLINGTON ROBERTO SOEIRO CHAVES

<https://novojurista.com/2017/10/29/reforma-tributaria-uma-exposicao-de-propostas-que-merecem-destaque/>

Há tempos se discute a necessidade de uma reformulação no sistema tributário brasileiro devido a sua notória complexidade, fato que inibe o crescimento adequado do mercado interno, retraindo investimentos por parte das empresas e aumentando o preço de produtos e serviços ofertados ao consumidor.

Assim, visando simplificar²⁵ o sistema tributário e conseqüentemente viabilizar o crescimento econômico, iniciou-se um grande debate sobre a necessidade de uma imediata reforma para facilitar a tributação, transformando o sistema tributário nacional em um sistema neutro com função unicamente arrecadatória.

A primeira proposta a ser analisada é a apresentada pelo Economista Bernard Appy pelo Centro de Cidadania Fiscal (CCIF). Esta proposta defende a substituição, mediante emenda constitucional²⁶, dos cinco tributos incidentes sobre bens e serviços, quais sejam: ICMS, ISS, PIS, COFINS e IPI, pelo Imposto sobre Bens e Serviços – IBS, nos mesmos moldes do imposto sobre valor agregado²⁷, sendo que a receita deste tributo será compartilhada entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Nesta proposta, o IBS teria uma base de cálculo ampla, incidente sobre todos os bens e serviços, e possuiria uma alíquota única a fim de evitar qualquer benefício fiscal ou diferenciação que possa acarretar oneração de outra categoria dentro do sistema tributário. Tal alíquota única, segundo o autor da proposta, teria como consequência a diminuição do contencioso tributário, pois não existiriam interpretações divergentes quanto à alíquota aplicável em relação a determinado produto ou serviço.

Ao analisar a fundo a proposta, nota-se que a ideia é criar uma alíquota única federal que serviria como referência para todos os Estados, sendo que cada um deles poderia fixar sua própria alíquota interna do IBS, em decorrência do

²⁵ Isso mesmo, simplificar e não diminuir. Não há como pensar em diminuição da carga tributária nacional, tendo em vista dois aspectos principais: (I) os gastos necessários para a manutenção do funcionamento do Estado; (II) a vinculação constitucional de receitas em Saúde, Educação e Segurança Pública.

²⁶ Sendo que o seu detalhamento será feito por Legislação Complementar.

²⁷ O IVA (Imposto sobre Valor Agregado) é um imposto não cumulativo que incide sobre todas as etapas de produção e comercialização de determinado produto ou serviço, de modo a garantir em cada uma das etapas o crédito correspondente ao que foi pago na etapa posterior. Um IVA bem estruturado desoneraria as exportações e os investimentos e tributaria as importações de maneira equivalente ao praticado no mercado interno.

princípio da autonomia dos entes federados, sendo que nos casos de operações interestaduais o valor do tributo devido seria o do Estado de destino.

O fato gerador do IBS seria a operação onerosa de bens e serviços e teria como contribuinte as pessoas físicas e jurídicas. O valor do referido tributo não engloba a base de cálculo da tributação, ou seja, ocorreria a chamada incidência “por fora”.

A apuração contábil do IBS seria feita no sistema “débito-crédito”, ou seja, o valor devido do IBS seria a diferença entre o imposto apurado nas vendas e o imposto incidente nas compras realizadas pela pessoa jurídica.

Neste ponto, destaca-se que a apuração seria por estabelecimento, porém, a arrecadação seria unificada na matriz da pessoa jurídica, assim seria possível a utilização de crédito de uma filial para abatimento de débito de outra filial para apurar o real montante de tributo devido pela empresa.

Com o propósito de aumentar a produtividade por meio da simplificação tributária, a proposta defende ainda uma desoneração da tributação dos investimentos realizados pelas pessoas jurídicas em seus ativos imobilizados, fato que geraria crédito automático do Imposto sobre Bens e Serviços, o qual seria restituído em até 60 (sessenta) dias ou compensado com outros débitos perante o fisco.

Outra questão interessante é que o IBS seria cobrado e arrecadado pela União, ocorrendo posteriormente o rateio entre os demais entes da administração, como é feito hoje pelo Simples Nacional.

A fiscalização deveria ser de forma coordenada pelos entes federados, de modo que as discussões judiciais tributárias seriam concentradas na Justiça Federal e o contencioso administrativo, em 1ª instância, na Justiça Estadual e na 2ª instância, na Federal.

Por fim, cumpre ressaltar que a referida proposta estabelece um período de transição de 10 (dez) anos para o novo sistema de tributação, sendo que nos 2 (dois) primeiros anos ocorreria uma fase de testes com a nova alíquota do Imposto sobre Bens e Serviços.

Concomitante a isso ocorreria uma diminuição progressiva nas alíquotas do ICMS, IPI, PIS, COFINS e ISS enquanto haveria um aumento da alíquota do IBS até o limite necessário para manter a arrecadação e diminuir o impacto financeiro com a troca repentina do sistema de tributação. Assim teríamos:

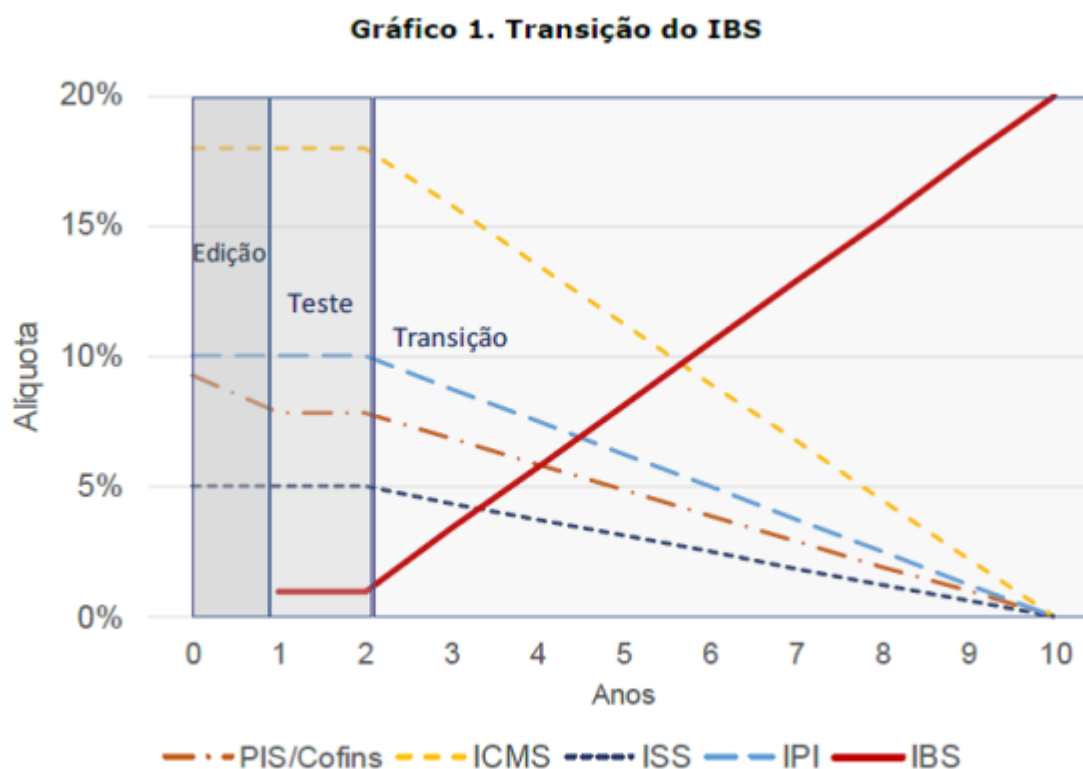


Figura 1 - Disponível em: <http://www.ccif.com.br/wp-content/uploads/2017/08/NT-IBS-v1.1.pdf>.

Em um primeiro momento, nota-se que teremos mais um tributo incidente sobre bens e serviços até que ao final do período de transição a tributação seja unificada pelo Imposto sobre Bens e Serviços, simplificando toda a sistemática tributária atual.

Concomitante a esta proposta, o Deputado Federal Luis Carlos Hauly (PSDB/PR) propôs uma reforma tributária amplificada, com maior seletividade em alguns produtos e serviços e desoneração da tributação em outros.

Tal reforma está em discussão na Câmara dos Deputados e aborda os seguintes pontos:

a extinção do IPI, IOF, CSLL, PIS, PASEP, COFINS, SALÁRIO-EDUCAÇÃO, CIDE COMBUSTÍVEIS, ICMS e ISS que seriam substituídos pelo Imposto sobre

Operações com Bens e Serviços (IBS), nos mesmos moldes de um Imposto sobre Valor Agregado, e pelo Imposto Seletivo;

realocação de alguns tributos de modo a alterar o ente federado competente para sua instituição e cobrança. Aqui podemos citar o IPVA que passaria para a competência dos Municípios, o IBS que seria de competência Estadual e o Imposto de Renda e Imposto Seletivo de competência da União.

Assim caso seja aprovada a PEC em discussão teremos a seguinte situação:

Tributação atual	Tributação com a Reforma
União – IRPJ, CSLL, PIS, COFINS, IOF, IPI, SALÁRIO-EDUCAÇÃO, CIDE, COMBUSTÍVEIS, etc.	União – IRPJ, IBS, Imposto Seletivo e o ITCMD ²⁸ .
Estados – IPVA, ITCMD, ICMS	Estados – IBS
Municípios – ITBI, IPTU, ISS e taxas	Municípios – IPVA, ITBI, IPTU, ITR e taxas

Como já mencionado, esta proposta prevê ampla seletividade, ou seja, haveria uma maior tributação sobre produtos que não são considerados “necessários” aos consumidores, como por exemplo, pneu, bebidas, cigarros etc. Enquanto de outro lado ocorreria a minimização da tributação sobre os alimentos, remédios e cestas básicas com objetivo de diminuir o preço final destes produtos ao consumidor.

Neste ponto é nítida a diferença entre as propostas apresentadas, pois de um lado há o pensamento de uma alíquota única referencial para a simplificação do sistema sem a necessidade da existência de benefícios fiscais ou desoneração da tributação sobre remédios e cesta básica. De outro há o pensamento da manutenção dos benefícios fiscais e da desoneração de tributação sobre alguns produtos essenciais, em decorrência da aplicação do princípio da seletividade.

²⁸ Pelo teor da proposta, o ITCMD ficaria na competência da União para ser possível uma melhor fiscalização, sendo que as receitas oriundas deste tributo seriam repassadas integralmente aos Municípios, a exemplo do que ocorreria com as receitas do IPVA.

Nada obstante, a proposta do Deputado prevê alterações no sistema de tributação do Imposto de Renda, eis que o foco principal do seu projeto é uma equalização do sistema tributário, a fim de que a tributação sobre a renda seja a maior fonte de receitas, diferente do que acontece atualmente no país, em que a maior fonte de receitas é a incidência de tributos sobre o consumo e a produção de bens e serviços.

Em seguida, o autor da proposta defende a criação de um “Superfisco” apto a fiscalizar a arrecadação e a cobrança do IBS e também do Imposto Seletivo, cuja composição se daria por todos os fiscos estaduais representados por seus Superintendentes e contaria com um Secretário Nacional.

Com a criação deste “Superfisco”, a Receita Federal ficaria incumbida de fiscalizar a arrecadação do Imposto de Renda e demais contribuições previdenciárias, dos tributos aduaneiros e regulatórios, bem como da contribuição sobre movimentação financeira.

Portanto, podemos notar que as duas principais propostas de reforma tributária em discussão atualmente, ainda que sigam em caminhos distintos, possuem o mesmo objetivo: a simplificação do sistema tributário por meio da aplicação de um tributo com as características de um Imposto Sobre Valor Agregado, já aplicado em outros países do mundo, principalmente no que diz respeito aos tributos incidentes sobre bens e serviços, com o objetivo de possibilitar um maior desenvolvimento do mercado interno, seja em produção, comercialização ou consumo de uma maneira geral.

Porém, ao que tudo indica, tais projetos não estão na pauta principal de discussão no Congresso Nacional, ainda mais pelo instável cenário político que assola o nosso país. Tal fato dificulta qualquer discussão efetiva sobre a aplicação e/ou aprovação destas propostas que se demonstram de suma importância para a simplificação do sistema tributário e, por conseguinte, do desenvolvimento do mercado interno pela desoneração das exportações e dos investimentos.

REFERÊNCIAS

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de reforma tributária apresentada pelo Deputado Federal Luiz Carlos Haully do PSDB do Paraná.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/reforma-tributaria/documentos/outros-documentos/propostas-apresentadas-pelo-relator-em-22-08.17>>. Acesso em: 29 out. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Resumo da proposta de reforma tributária apresentada pelo Deputado Federal Luiz Carlos Haully do PSDB do Paraná.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/reforma-tributaria/documentos/outros-documentos/resumo-haully>>. Acesso em: 29 out. 2017.

CENTRO DE CIDADANIA FISCAL, **órgão responsável por desenvolver proposta de simplificação do sistema tributário nacional.** Disponível em: <<http://www.ccif.com.br/>>. Acesso em: 29 out. 2017.

CENTRO DE CIDADANIA FISCAL, **proposta de reforma tributária.** Disponível em: <<http://www.ccif.com.br/wp-content/uploads/2017/08/NT-IBS-v1.1.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2017.