

*Vol. 03 | N.º 01 | 2021 | ISSN 2526-8600*



CADERNOS DE  
**DIREITO**

 **unifeso**

**Foco e Escopo**

Revista destinada, prioritariamente, a publicação e divulgação de Trabalhos de Conclusão (TC's) apresentados no curso de Direito do Unifeso, bem como, a outras publicações fruto de pesquisas e produzidas ao longo do curso. Esta revista também pode receber trabalhos externos para publicação. Assim, têm-se como escopo principal incentivar a produção acadêmica e divulgar conteúdos relevantes fruto de pesquisas realizada no decorrer da graduação em Direito do Unifeso. Destinada a estudantes de Direito, advogados e público interessado em conteúdo jurídico.

**Processo de Avaliação pelos Pares**

Avaliação por pares e critérios de arbitragem: os originais serão submetidos à RMVU que se reserva ao direito de avaliar, sugerir modificações para aprimorar a estrutura, clareza do texto e recusar artigos. Todas as informações prestadas pelos autores são de sua exclusiva responsabilidade.

**Periodicidade**

A Revista de Direito do Unifeso é uma publicação acadêmica eletrônica com periodicidade semestral.

**Política de Acesso Livre**

Esta revista oferece acesso livre ao seu conteúdo, seguindo o princípio de que disponibilizar gratuitamente o conhecimento científico ao público proporciona maior democratização mundial do conhecimento.

**Endereço postal**

Av. Alberto Torres 111,  
Alto, Teresópolis/RJ  
Brasil.

**Contato Principal e Editor**

Lucas Baffi Ferreira Pinto, Unifeso, Brasil  
Editor-chefe  
E-mail: [direito@unifeso.edu.br](mailto:direito@unifeso.edu.br)

**Formatação**

Editora Unifeso (Laís da Silva de Oliveira)

**Capa**

Marketing Unifeso (Thiago Pereira Dantas - Thierry)

**Contato para Suporte Técnico**

E-mail: [sistemas@unifeso.edu.br](mailto:sistemas@unifeso.edu.br)

## SUMÁRIO

<b>Sumário.....</b>	<b>2</b>
<b>EDITORIAL.....</b>	<b>3</b>
<b>FEDERALISMO FISCAL: O IMPACTO DA REPARTIÇÃO DE RECEITAS NA FORMA FEDERATIVA DO ESTADO.....</b>	<b>4</b>
<i>Caio Márcio Gutterres Taranto .....</i>	<i>4</i>
<i>Pedro Serpa Filho.....</i>	<i>4</i>
<b>TESTAMENTO VITAL OU BIOLÓGICO NO CENÁRIO BRASILEIRO .....</b>	<b>4</b>
<i>Litiane Motta Martins Araujo.....</i>	<i>4</i>
<i>Karolayne de Souza Teixeira.....</i>	<i>4</i>
<b>COMPLIANCE COMO MECANISMO DE DESENVOLVIMENTO DE RESPONSABILIDADE SOCIAL NAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS .....</b>	<b>6</b>
<i>Raphael Vieira da Fonseca Rocha.....</i>	<i>6</i>
<i>Lucas Pinto da Fonseca Bonfim .....</i>	<i>6</i>
<b>REPRODUÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA “POST MORTEM” E OS SEUS REFLEXOS NO DIREITO SUCESSÓRIO .....</b>	<b>6</b>
<i>Nathália Pinna do Amaral Rodrigues .....</i>	<i>6</i>
<b>ACESSO À SAÚDE: ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO BRASILEIRO NO ATENDIMENTO AOS IMIGRANTES A PARTIR DOS CONFLITOS COM VENEZUELANOS EM RORAIMA .....</b>	<b>6</b>
<i>Maitê Rezende Vieira de Lima .....</i>	<i>6</i>
<b>A “OPERAÇÃO LAVA JATO” E O DIREITO INTERNACIONAL: COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E SEUS IMPACTOS NO DIREITO PENAL ECONÔMICO.....</b>	<b>6</b>
<i>Raphael Vieira da Fonseca Rocha.....</i>	<i>6</i>
<i>Rodolpho Freitas de Sousa .....</i>	<i>6</i>
<b>GLOBALIZAÇÃO E A INFLUÊNCIA NAS RELAÇÕES LABORAIS: O TELETRABALHO E A LEI 13.467 DE 2017 .....</b>	<b>6</b>
<i>Crislaine Merens Marques.....</i>	<i>6</i>
<i>Lucas Baffi Ferreira Pinto<sup>2</sup> .....</i>	<i>6</i>
<b>ANÁLISE DAS NULIDADES PROCESSUAIS E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO .....</b>	<b>6</b>

<i>Mariana Pimentel Xavier</i> .....	6
<i>Jucinéa Granito da Rosa</i> .....	6

## EDITORIAL

Após recentes reformulações, os Cadernos de Direito do UNIFESO ampliaram seu escopo para a produção docente e discente. O periódico busca o aprimoramento da produção científica e a valorização da pesquisa no âmbito da graduação do curso de direito.

Apesar das dificuldades impostas pela pandemia causada pelo COVID-19, o periódico fortalece as linhas de pesquisa institucionais ao publicar artigos desenvolvidos no Trabalho de Curso (TC) com distintas abordagens teóricas e metodológicas.

Nosso primeiro número de 2020 foca nos estudos em direito processual e penal, responsabilidade empresarial e Justiça restaurativa, trazendo artigos submetidos por discentes e docentes, especialmente a partir da pesquisa realizada no Trabalho de Curso (TC).

Equipe Editorial

# FEDERALISMO FISCAL: O IMPACTO DA REPARTIÇÃO DE RECEITAS NA FORMA FEDERATIVA DO ESTADO

Caio Márcio Gutterres Taranto<sup>1</sup>  
Pedro Serpa Filho<sup>2</sup>

## RESUMO

O Federalismo Fiscal analisa o sistema Federativo Nacional, sob o prisma da arrecadação dos entes federados frente suas atribuições (oferta de serviços públicos). O sistema tributário hoje vigorante no país traz uma grande concentração de tributos na pessoa da União, em detrimento dos outros entes federativo, e tal acumulação provoca sobreposição deste ente federado frente aos demais, negando-lhes autonomia, como deveria ser em uma Federação. Essa disfunção provoca uma assimetria na Federação Brasileira, gerando consequências, pois com a parca receita que sobram aos Estados e Municípios, torna-se impraticável que estes entes cumpram suas funções sociais em âmbito regional (Estado) e local (Município). Outra importante consequência, com graves repercussões, é a dependência dos Estados e Municípios dos repasses de verbas do governo central, fazendo com que estes tenham que se alinhar politicamente as metas do governo central. Como podemos perceber, a forma Federal de Estado adotado pela constituição brasileira ainda não atingiu seu objetivo.

**Palavras-Chave:** Federalismo. Repartição de Receitas. Disfunções do Federalismo Fiscal Brasileiro.

## ABSTRACT

Fiscal Federalism analyzes the National Federative system, from the perspective of the collection of federated entities versus their attributions (provision of public services). The country's current tax system brings a large concentration of taxes in the federal federative entity, to the disadvantage of the others, and this accumulation causes the federated entity to overlap with the others, denying them autonomy, as it should be in a Federation. This dysfunction causes an asymmetry in the Brazilian Federation, generating consequences, due to the little revenue left to the States and Municipalities, it becomes impractical for these entities to fulfill their social functions at the regional (State) and local (Municipal) levels. Another important consequence, with serious repercussions, is the dependence of States and Municipalities on transfers of funds from the central government, making them have to align themselves politically with the goals of the central government. As we can see, the Federal form of state adopted by the Brazilian constitution has not yet reached its objective.

**Keywords:** Federalism. Revenue Sharing. Dysfunctions of Brazilian Fiscal Federalism.

## INTRODUÇÃO

Federalismo fiscal trata de uma divisão de tarefas entre os diferentes níveis de governo, divisão esta relativa à arrecadação de impostos e a provisão de bens e serviços públicos por parte dos diversos entes da federação.

No Brasil, estes níveis de governo são representados por União, Estados e

Municípios (o Distrito Federal acumula as funções e receitas dos Estados e Municípios). Esclarece Dircêo Torrecillas Ramos (2012, p. 730):

O Estado Federal representa a forma pela qual as unidades têm maior autonomia com Constituição e leis próprias, resultado da competência para auto-organização de seus

<sup>1</sup> Juiz Federal e Professor no Curso de Direito na Universidade Serra dos Órgãos.

<sup>2</sup> Auditor Fiscal do Estado do Rio de Janeiro e Bacharel em Direito pela Universidade Serra dos Órgãos.

poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Nesta divisão de tarefas, de um modo bastante amplo, podemos destacar as duas principais de uma unidade federativa sob o foco proposto: arrecadar os tributos de sua responsabilidade (definidos pela Constituição Federal) e ofertar os serviços públicos, também de sua responsabilidade (saúde, educação, segurança, etc.).

O sistema tributário hoje vigente no país traz uma grande concentração de tributos na pessoa da União em detrimento dos outros entes federativos, e tal acumulação provoca sobreposição deste ente frente aos demais federados, negando-lhes autonomia como deveria ser em uma Federação. Como bem preceituou Dircêo Torrecillas Ramos (2012, p. 730):

Muitas vezes somos comparados a outros Estados Regionais ou chamados de Unitários Constitucionalmente Descentralizados. É o caso da Espanha, que tem mais autonomia regional do que o Brasil com relação aos Estados-Membros.

Indagamos, qual o impacto dessa deficiência em nosso sistema sobre a forma Federativa de Estado por nós adotada? Duas grandes consequências se apresentam: a forma Federal de Estado adotada pela Constituição brasileira não atinge seu

objetivo, pois com a parca receita que sobra aos Estados e Municípios, torna-se impraticável que estes entes cumpram suas funções sociais em âmbito regional (Estado) e local (Município). Outra consequência, com graves repercussões, é a dependência que os entes descentralizados têm, pois, a cada projeto social a ser desenvolvido ficam condicionados a repasses de verbas do governo central, governadores e prefeitos precisam recorrer à capital federal com um pires em mão na busca de verbas para subsidiar suas políticas públicas.

Busca-se neste artigo responder ao questionamento feito acima, com base em outros três questionamentos, que são: qual a desproporção de força entre o poder central e os entes descentralizados? Quais as consequências dessa falta de autonomia? O quanto o Federalismo atinge seu real papel proposto em nossa constituição?

Há uma necessidade de revisão do pacto federativo e dos instrumentos disponíveis para gestão fiscal. As agendas políticas demonstram que, em realidade, nunca houve a intenção de ter um pacto federativo pleno, nem mesmo um simulacro, e não se trata de criar um novo, pois nunca tivemos um velho. Precisamos de um real pacto federativo, algo que devido as características históricas e políticas ainda não se formou no Brasil.

## 1.A UNIÃO, OS ESTADOS, O DISTRITO FEDERAL E OS MUNICÍPIOS

A Federação Brasileira, modo de distribuição geográfica e política formada por entidades autônomas, é constituída por três diferentes entes e mais um atípico, o qual terá a competência de outros dois, sendo uma exceção. Todos os entes têm pessoas jurídicas de direito público interno, sendo que sua autonomia se manifesta por três atributos, sejam eles: a auto-organização, o autogoverno e a autoadministração. De acordo com José Afonso da Silva (2005, p. 99):

O federalismo, como expressão do Direito Constitucional, nasceu com a Constituição norte-americana de 1787. Baseia-se na união de coletividades políticas autônomas. Quando se fala em federalismo, em Direito Constitucional, quer-se referir a uma forma de estado, denominada federação ou Estado Federal, caracterizada pela união de coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional, autonomia federativa.

A organização do Estado Nacional está prevista no Título III, Capítulo I da Constituição Federal que prediz a Organização Político-Administrativa, anunciando no artigo 18 que: “A

organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988, online).

A organização do Estado rege-se por alguns princípios. Destacamos alguns mais relevantes ao tema Federalismo Fiscal, sendo estes os princípios sensíveis, os princípios constitucionais extensíveis e os princípios estabelecidos.

Os princípios sensíveis que estão previstos no artigo 34, inciso VII, da Constituição Federal (sejam elas a forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública, direta e indireta; aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde) que se não respeitados poderão ensejar a intervenção federal, ou seja, momento em que a autonomia do ente é posta de lado e permite que a União nele intervenha. Conforme preleciona o ministro Alexandre de Moraes (2017, p. 413):

Os princípios constitucionais sensíveis são assim denominados, pois a sua



inobservância pelos Estados-membros no exercício de suas competências legislativas, administrativas ou tributárias, pode acarretar a sanção politicamente mais grave existente em um Estado Federal, a intervenção na autonomia política.

Os princípios constitucionais extensíveis são um conjunto de regras determinadas em sede constitucional que devem ser seguidas pelos Estados, Municípios e Distrito Federal por força da simetria federativa. São exemplos, as regras do processo legislativo, regras de exercício do poder de auto-organização do estado, etc. De acordo com o ilustre ministro:

Os princípios federais extensíveis são as normas centrais comuns à União, Estados, Distrito Federal e municípios, portanto, de observância obrigatória no poder de organização do Estado. Poder-se-iam colocar nessa classificação os chamados por Raul Machado Horta de “Princípios desta Constituição” (MORAES, 2017, p. 413).

Os princípios estabelecidos, os quais estão expressos ou implícitos no texto da Constituição Federal, e que balizam a poder constituinte do Estado-membro, limitando a

auto-organização destes e estabelecendo preceitos centrais. Podemos citar como exemplo de limitações expressas as constantes dos artigos 19, 37, 41, 150, e limitações implícitas as previstas nos artigos 21, 22, 30, além de outras próprias do sistema constitucional nacional, sendo uma consequência lógica dos princípios eleitos na Constituição Federal atual, por exemplo, o princípio federativo, o princípio do Estado democrático de direito, os princípios da ordem econômica e social e etc. Não menos relevante, segue os ensinamentos de nosso ilustre doutrinador:

Por fim, os princípios constitucionais estabelecidos consistem em determinadas normas que se encontram espalhadas pelo texto da Constituição, e, além de organizarem a própria federação, estabelecem preceitos centrais de observância obrigatória aos Estados-membros em sua auto-organização. Subdividem-se em normas de competência e normas de preordenação (MORAES, 2017, p. 413).

A União é o maior ente federativo, tendo abrangência nacional, possui atribuições internas e externas, sendo a pessoa jurídica que representa o país em suas relações internacionais. Possui personalidade jurídica de direito público interno e tem sua competência determinada

na CRFB, em especial nos artigos 20, 21 e 22.

Cabe destacar que a soberania, prevista no artigo 1º da constituição, sendo um dos princípios que a regerá, é uma característica da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, compreende-se que a União, enquanto ente federativo, não é soberana, possuindo apenas autonomia tal como os Estados, Distrito Federal e Municípios.

Os Estados são entes subnacionais com atribuições regionais, se limitam pelas suas fronteiras com outros estados, possuem personalidade jurídica de direito público interno. Adotam, também, cada um, uma constituição própria, contudo é muito limitada, reproduzindo os princípios e regras previstos na constituição federal, com parca liberdade para inovar. Sua competência está determinada na CRFB, nos artigos 25 e 26, porém, possui uma competência denominada de remanescente ou residual, previsto no parágrafo 1º do artigo 25: “São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.” (BRASIL, 1988, on-line), pois terá como atribuição aquilo que não estiver no âmbito nem da União ou dos Municípios. Por não ser taxativa, cabe aos Estados fazer aquilo que não lhe é vedados. Insta mencionar que a competência remanescente não pode ser entendida como uma carta branca aos desígnios dos

representantes dos Estados e Distrito Federal.

Cabe mencionar que na esfera tributária há a previsão de uma competência residual para instituir impostos ainda não previstos na Carta Magna, e que obedecem a alguns critérios: não podem ser cumulativos, não tenham fato gerador ou base de cálculo própria de outros impostos previstos na Constituição Federal, porém tal competência residual tributária pertence à União, estando prevista no artigo 154 da CRFB, *ipsis verbis*: “A União poderá instituir mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição” (BRASIL, 1988, on-line).

Os Municípios são os menores entes, suas atribuições são locais, não possuem Constituição, regem-se por Leis Orgânicas, devendo observar as constituições Federal e Estadual e tem sua competência delimitada nos artigos 29 e 30 da CRFB. Os municípios possuem poderes no âmbito executivo e legislativo, mas não judiciário como os demais entes, tendo personalidade jurídica de direito público interno. Pode-se subdividir a competência legislativa destes entes em exclusiva e suplementar. A exclusiva refere-se àquela com intuito de tratar de interesses locais, por exemplo, o previsto no artigo 30, inciso I da CRFB. A

suplementar, como seu próprio nome diz, visa suplementar a legislação federal ou estadual, tendo previsão no artigo 30, inciso II da CRFB.

O Distrito Federal é uma unidade federativa atípica, nela se situa a capital federal, Brasília, e não pode ser dividida em municípios, portanto, possui competência legislativa híbrida. Além disso, concentra as atribuições e receitas dos Estados e Municípios e possui personalidade jurídica de direito público interno, sendo regida por lei orgânica.

Existem, ainda, algumas competências que são comuns a todos os entes federativos, estão previstas no artigo 23 da CF, cabendo a todos os entes atendê-las de forma solidária, sem nenhuma subordinação entre eles. Trata-se de matérias de competência administrativa que, de forma geral, são interesses difusos, ou seja, assuntos de interesses da coletividade.

Outras são concorrentes apenas entre a União, os Estados e o DF, não contemplando os Municípios. Frise-se que a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais, o que não o exclui a competência suplementar dos Estados e Distrito Federal em complementar a legislação federal. Ainda, inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados e DF exercerão a competência legislativa plena, para atender as suas

peculiaridades. Em caso de superveniência de edição de regra geral pela União, haverá suspensão do regramento do Estado ou DF.

Para atribuir competência a um determinado ente federativo, o legislador originário lançou mão do critério da predominância do interesse, ou seja, questões afetas a âmbito nacional ficaram a cargo da União, como, por exemplo, as relações internacionais, e couberam aos Estados questões afetas ao âmbito regional e aos Municípios atribuições de âmbito local.

## **2.FEDERALISMO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO**

O Federalismo no Brasil, copiado de modelos internacionais, é, ainda, assimétrico, ou seja, apesar de buscar-se uma descentralização equânime do poder através desta forma de estado, a tendência observada em favor da União deixa esse modelo desarmônico. A descentralização pode ser considerada um elemento indispensável para que o federalismo exista, especialmente em um país de dimensões continentais e multicultural como o Brasil. Portanto, trata-se de decisão acertada do constituinte originário a opção por este modelo, prevista no artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, in verbis:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união

indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...] (BRASIL, 1988, on-line).

Durante o período militar, que se iniciou em 1964, o Brasil atravessou um forte processo de centralização fiscal, fato natural do regime de exceção que o país vivenciou, sendo os recursos e as atribuições direcionados em grande parte para a competência do governo federal. Ou seja, no período que precedeu a Constituição atual, aos entes subnacionais restaram pouca autonomia, e, ainda, havia intensa interferência do governo federal sobre eles. Conforme preceitua José Afonso Silva (2005, p. 99):

A repartição regional de poderes autônomos constitui o cerne do conceito de Estado federal. Nisso é que ele se distingue da forma de Estado Unitário (França, Chile, Uruguai, Paraguai e outros), que possui senão um centro de poder que se estende por todo o território e sobre toda a população e controla todas as coletividades regionais e locais.

Percebe-se que a Carta Magna de 1988 inovou na dinâmica das relações entre os entes estatais, o processo de descentralização ocorre pela atribuição aos

entes federados de determinados serviços públicos que serão custeados por receitas, em sua maior parte derivadas de tributos. Antes do advento da atual constituição havia uma excessiva concentração de poder, seja pela oferta de serviço quanto pela enorme fatia de arrecadação, nas mãos do governo federal, na figura do Chefe do Executivo. Todo o direcionamento da agenda nacional era determinado pelo presidente, tanto na legislação sobre competências tributárias, quanto na atribuição de responsabilidades na execução dos gastos. Ou seja, permitia ao poder central padronizar as políticas públicas perante os demais entes federativos, deixando os Estados ao bel prazer de tais decisões.

Com o advento do regime democrático, devolvido pela atual Constituição, e a necessidade de descentralização do poder, antes concentrado apenas nas mãos do governo federal, atribuiu-se aos demais entes competências tributárias exclusivas e, conseqüentemente, autonomia para legislar sobre seus tributos. A autonomia não se estabelece caso não haja independência financeira em conjunto, portanto a base de receitas foi consideravelmente ampliada, especialmente em relação ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias (ICM), que saiu da competência do governo central

para os estados e incluiu os serviços dentre seus fatos geradores, passando a ser um Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços (ICMS).

Entretanto, o número de atribuições a eles destinadas aumentou exponencialmente, em especial relacionados à saúde e educação, que foram repassados, em especial aos estados, que também não receberam nem pessoal, nem ativos fixos para estes fins, obrigando estes entes a expandirem demais seus gastos, não sendo suprimido pelo aumento de receita, em especial em regiões menos privilegiadas, como o Norte e Nordeste.

As atribuições foram deslocadas da União para os Estados, contudo não remanejaram as respectivas instalações, tão pouco pessoal, sequer metodologia ou tecnologia de trabalho, desta forma os entes menores tiveram que começar do zero a construção de colégios e hospitais, contratação e treinamento de funcionários. A ausência de um programa adequado para transferir os serviços aos Estados fica mais evidente e agravado ao se perceber que estes não tiveram suas atribuições especificadas na constituição, restando o que se declarou competência remanescente, ou seja, tudo aquilo que não for nem da União, nem do Município, mais o que foi atribuído como competência comum, aquilo a ser atendido por todos os entes.

Todavia, a fim de possibilitar a autonomia dos entes federados, a Constituição previu uma repartição de receitas tributárias, também denominada por alguns doutrinadores de equalização fiscal. Trata-se de repasse, sempre do ente federativo maior para o menor, ou seja, da União para os Estados, DF e Municípios, e dos Estados para os Municípios, de receitas tributárias. A CRFB, em princípio, veda a retenção desta repartição, porém elencou algumas condicionantes, como o pagamento de créditos devidos aos entes maiores e a aplicação de recursos mínimos em saúde, portanto, novamente, os entes menores encontram-se condicionados à União, conforme preleciona o artigo 160 e parágrafo único, in verbis:

É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos:

I– ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias;

II– ao cumprimento do disposto no art. 198, §2º, incisos II e III (BRASIL, 1988, on-line).

Conforme bem comenta Dalmo Dalari (2009, p. 258 apud AWAZA, 2018, p. 26), a base jurídica de um Estado Federal é a Constituição; na federação não existe direito de secessão e somente o Estado Federal tem soberania, sendo, portanto, as atribuições dos entes federados descritas na constituição, por meio de distribuições de competências, e a cada esfera de competência se atribuiu uma renda própria, também sendo compartilhado o poder político. Consequentemente, tal digressão demonstrou como o Estado Federal se utiliza da constituição para poder existir de forma plena, e, a estrutura hoje presente em nossa carta magna não permitiu que a federação cumprisse seu papel, tendo um modelo assimétrico, no qual existe uma dependência grande dos entes menores frente à União.

### 3.RECEITAS VS. SERVIÇOS

É imperioso, antes de qualquer pré-julgamento, aferir qual a arrecadação de cada ente federativo e quais são suas obrigações, os bens e serviços que cada um deve prestar à população.

#### 3.1.RECEITAS

São tributos, em vigor, da União: Imposto de Importação (II), Imposto de

Exportação (IE), Imposto sobre a Renda (IR), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), Imposto Territorial Rural (ITR), Contribuições Sociais, Contribuições Domínio Econômico.

São impostos dos Estados e Distrito Federal (DF): Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD), Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), Contribuições Sociais.

São imposto Municipais e do Distrito Federal: Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana (IPTU), Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), Imposto Sobre Serviços (ISS) e Contribuições Sociais. Cabe mencionar, que, em virtude de comando constitucional, o DF acumula os tributos Estaduais e Municipais, acumulando, também, as atribuições.

A primeira vista salta aos olhos o números de tributos pertencentes à União, no total de 8, frente aos demais entes, Estados e Municípios que contam com 4 cada. Porém, é imperioso que se ponha nesta conta as transferências constitucionais que impõe que a União faça em favor dos Estados e Municípios, assim como o Estado também o faz em favor dos Municípios.

Repasse da União para os Estados: i. 100% DO IRRF (imposto de renda retido na fonte) sobre os rendimentos pagos pelos Estados/DF; ii. 10% do IPI proporcionalmente às exportações de produtos industrializados do Estado; iii. 29% do CIDE Combustível; iv. 30% do IOF sobre o ouro utilizado como ativo financeiro ou instrumento cambial conforme a origem da operação.

Repasse da União para os Municípios: i. 100% da arrecadação do IRRF sobre os rendimentos pagos pelo município; ii. 50% do ITR relativos aos imóveis do município (ressalvada a hipótese do art. 153, §4º, III da CF em que os municípios poderão, por convênio com a UNIÃO, arrecadar 100% do ITR); iii. 7,25% do CIDE Combustível; iv. 70% do IOF sobre o ouro utilizado como ativo financeiro ou instrumento cambial conforme a origem da operação;

Repasse dos Estados para o Município: i. 50% do IPVA dos veículos licenciados em seu território; ii. 25% do ICMS; iii. 2,5% do IPI transferido pela União aos Estados proporcional às exportações ocorridas no território estadual (equivale a 25% dos 10% que os Estados receberam a título de IPI).

Ainda temos os fundos de participação: i. Fundo de Participação dos Estados/DF (FPE): 21,5% do IPI e IR, já excluindo o IRRF que pertence integralmente aos Estados; ii. Fundo de

Participação dos Municípios (FPM): 22,5% + 1% da arrecadação do IPI e do IR já excluindo a parcela do IRRF que pertence integralmente aos municípios; iii. Fundos Constitucionais de Financiamento do Norte (FNO), Nordeste (FNE) e Centro-Oeste (FCO): 3% do total da arrecadação do IPI e do IR destinados ao desenvolvimento econômico e social através de programas de financiamento aos setores produtivos das regiões; 50% do FNE são destinados às atividades do semiárido; iv. Fundo de Compensação das Exportações (FPEX ou IPI- Ex): Criado tendo em vista a imunidade que afasta a incidência do ICMS sobre as exportações. Os valores transferidos têm viés compensatório.

Explicado esta variável, posto em números os valores arrecadados por cada ente: União: R\$ 1.342.407.672.349,62 (ano base 2017); Estados: R\$ 1.342.407.672.350,00 (ano base 2017). Com base nestes dados mostra-se que a União sozinha arrecadou, no ano de 2017, o equivalente ao somatório dos 26 Estados mais o Distrito Federal.

### 3.2.SERVIÇOS

Demonstrado a discrepância da arrecadação da União frente aos demais entes, fica o questionamento: a União tem atribuições em todo o território nacional, enquanto os Estados têm limites regionais, será que essa questão territorial não

justificaria tamanha diferença? A resposta é negativa, pois boa parte dos serviços públicos são ofertados aos cidadãos pelos Estados e Municípios, portanto, a União, apesar de ter abrangência nacional, não presta todos os serviços no território brasileiro.

As competências são atribuídas pela CRFB/88 nos artigos 21 a 23, tendo sido discriminados especificamente os dos municípios e da União, sendo aquilo que remanescer de atribuição dos Estados. O princípio que regeu a repartição de competências foi o da predominância do interesse que nas palavras do ilustre ministro do STF, Alexandre de Moraes, significa (2017, p. 436):

Assim, pelo princípio da predominância do interesse, à União caberá aquelas matérias e questões de predominância do interesse geral, ao passo que aos Estados referem-se as matérias de predomínio de interesse regional e aos municípios concernem os assuntos de interesse local. Em relação ao Distrito Federal, por expressa disposição constitucional (CF, art. 32, § 1º), acumulam-se, em regra, as competências estaduais e municipais, com a exceção prevista no art. 22, XVII, da Constituição.

Com base nesse princípio, predominância do interesse, o constituinte originário dividiu em quatro pontos basilares as diretrizes para a repartição de competências administrativas e legislativas. Sendo estes, reservas específicas de competência administrativa e legislativa, competências delegáveis, competências comuns de atuação administrativa paralela e competências de atuação legislativa concorrentes.

Para reservas específicas de competência administrativa e legislativa, a União teve seus poderes enumerados nos artigos 21 e 22 da CRFB/88, para os Estados, os poderes remanescentes estão previstos no artigo 25, §1º da CRFB, para os Municípios, os poderes foram enumerados no artigo 30 da CRFB, para o Distrito Federal, congregando as funções dos Estados e Municípios, está previsto no artigo 32, §1º da CRFB.

As competências delegáveis foram positivadas no artigo 22, parágrafo único da CRFB, o qual prevê que a lei complementar federal poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias de competência privativa da União. As competências comuns de atuação administrativa paralela está prevista no artigo 23 da CRFB e as competências de atuação legislativa concorrentes no artigo 24 do mesmo diploma normativo.



As competências da União, em relação à competência administrativa, as seguintes matérias estão previstas no artigo 21 da CRFB/88. Aos Estados-membros cabe a chamada competência remanescente, ou seja aquela que não fora atribuída nem a União, nem aos Municípios e que também não lhe seja vedada de alguma forma. Conforme preceituou Alexandre de Moraes (2017, p. 439):

É a chamada competência remanescente dos Estados-membros, técnica clássica adotada originariamente pela Constituição norte americana e por todas as Constituições brasileiras, desde a República, e que presumia o benefício e a preservação de autonomia destes em relação à União, uma vez que a regra é o governo dos Estados, a exceção o Governo Federal, pois o poder reservado ao governo local é mais extenso, por ser indefinido e decorrer da soberania do povo, enquanto o poder geral é limitado e se compõe de certo modo de exceções taxativas.

Em relação aos Municípios as competências estão previstas no artigo 30 de nossa constituição.

#### **4. CLÁUSULAS PÉTREAS E O CONTROLE DO STF**

Importante observar que a forma federativa de estado é clausula pétrea,

prevista no artigo 60, §4º, inciso I da CRFB, in verbis: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I- a forma federativa de Estado;” (BRASIL, 1988, on-line). Portanto, na análise do federalismo fiscal é imperioso ter como base que sempre haverá limites nas alterações no sistema tributário nacional, seja por emenda constitucional, ou mesmo por mudanças no ordenamento infraconstitucional. E, ainda, por inúmeras vezes teremos um órgão não político, o Supremo Tribunal Federal (STF), como o fiel da balança para decidir se tal alteração afronta ou não a nossa carta magna.

Como bem aponta o ministro Luís Roberto Barroso (2015, p.194) as cláusulas pétreas desempenham papel mais amplo do que o de simples contenção do poder de reforma constitucional. Justamente por materializarem as decisões políticas essenciais e os valores mais elevados de determinada ordem jurídica, funcionam como princípios fundamentais que orientam a interpretação constitucional, “dando unidade e harmonia ao sistema”. Assim, à medida que temos um afastamento das decisões que, em princípio, caberiam ao Poder Legislativo para mais próximas do âmbito do Poder Judiciário, mais técnico deveria ser o debate e menos político, ademais, tais as mutações propostas no ordenamento tributário já deveriam partir, desde sua formulação no processo

legislativo, das premissas constitucionais, e não já nascerem eivadas de vícios.

Além disso, ao que nos indica as decisões ao longo destes 30 anos da promulgação da CRFB, em deslindes entre as esferas de governo, central e subnacionais, o nosso pretório excelso parece apontar para um viés de centralização. Cabe destacar o fato da federalização do STF, posto que seus membros são indicados pelo Presidente da República e seu orçamento é federal, enfim, o regramento da Corte Constitucional brasileira também é federal.

Embora, o que se esperasse do STF fossem somente decisões técnicas, percebe-se que a corte constitucional vem, ao longo dos anos, fazendo escolhas políticas, como, por exemplo, na ementa do RE 586.224 (BRASIL, 2015, on-line): “2. O Judiciário está inserido na sociedade e, por este motivo, deve estar atento também aos seus anseios, no sentido de ter em mente o objetivo de saciar as necessidades, visto que também é um serviço público”. Nitidamente podemos intuir que as deliberações deste órgão não são meramente técnicas, mas, também, políticas por buscarem saciar aos desejos sociais, muito embora entenda que tal postura do Supremo é derivada da lacuna deixada pelo Poder Legislativo.

A nosso ver, a jurisprudência do STF caminha na direção centralizadora, confirmando uma assimetria no federalismo

nacional. Pode-se identificar tal posicionamento em dois julgados - números RE 234662 e RE 543943 - nos quais o Supremo entendeu ser possível a União celebrar tratado internacional que estabeleça isenções de tributos estaduais e municipais. Tratam-se de isenções heterônomas, sendo esta a situação em que um ente federativo isenta sujeito passivo do pagamento de determinado tributo de ente federativo diverso. Nesse sentido, se expõe os seguintes julgados:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. ICMS. NÃO INCIDÊNCIA. IMPORTAÇÃO DE BACALHAU. ISENÇÃO DE TRIBUTO ESTADUAL PREVISTA EM TRATADO INTERNACIONAL FIRMADO PELA UNIÃO. INCISO III DO ART. 151 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ISENÇÃO HETERÔNOMA. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 229.096, firmou entendimento de ser legítimo à União, no campo internacional, dispor

sobre a isenção de impostos da competência estadual. 2. Agravo regimental desprovido (BRASIL, 2009, on-line).

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – GASODUTO BRASIL-BOLÍVIA – ISENÇÃO DE TRIBUTOS MUNICIPAL (ISS) CONCEDIDA PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL MEDIANTE ACORDO BILATERAL CELEBRADO COM A REPÚBLICA DA BOLÍVIA – A QUESTÃO DA ISENÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS E/OU MUNICIPAIS OUTORGADA PELO ESTADO FEDERAL BRASILEIRO EM SEDE DE CONVENÇÃO OU TRATADO INTERNACIONAL – POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL – DISTINÇÃO NECESSÁRIA QUE SE IMPÕE, PARA ESSE EFEITO, ENTRE O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO (EXPRESSÃO INSTITUCIONAL DA COMUNIDADE JURÍDICA TOTAL), QUE DETÉM “O MONOPÓLIO DA PERSONALIDADE INTERNACIONAL”, E A UNIÃO, PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

INTERNO (QUE SE QUALIFICA, NESSA CONDIÇÃO, COMO SIMPLES COMUNIDADE PARCIAL DE CARÁTER CENTRAL) – NÃO INCIDÊNCIA, EM TAL HIPÓTESE, DA VEDAÇÃO ESTABELECIDA NO ART. 151, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, CUJA APLICABILIDADE RESTRINGE-SE, TÃO SOMENTE, À UNIÃO, NA CONDIÇÃO DE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO INTERNO –

RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A cláusula de vedação inscrita no art. 151, inciso III, da Constituição - que proíbe a concessão de isenções tributárias heterônomas - é inoponível ao Estado Federal brasileiro (vale dizer, à República Federativa do Brasil), incidindo, unicamente, no plano das relações institucionais domésticas que se estabelecem entre as pessoas políticas de direito público interno. Doutrina. Precedentes. – Nada impede, portanto, que o Estado Federal brasileiro celebre tratados internacionais que veiculem cláusulas de exoneração tributária em matéria de tributos locais (como o ISS, p. ex.), pois a

República Federativa do Brasil, ao exercer o seu treaty-makingpower, estará praticando ato legítimo que se inclui na esfera de suas prerrogativas como pessoa jurídica de direito internacional público, que detém - em face das unidades meramente federadas - o monopólio da soberania e da personalidade internacional. - Considerações em torno da natureza político-jurídica do Estado Federal. Complexidade estrutural do modelo federativo. Coexistência, nele, de comunidades jurídicas parciais rigorosamente parificadas e coordenadas entre si, porém subordinadas, constitucionalmente, a uma ordem jurídica total. Doutrina (BRASIL, 2011, on-line).

Esta espécie de isenção é vedada no ordenamento jurídico nacional<sup>3</sup>, porém, neste caso, o STF entende que não ocorreu nesses casos, justificando que a União estaria representando a República Federativa do Brasil, portanto, não se sujeitando as mesmas restrições que

ocorrem nas relações internas. Entretanto, há que se pesar que estamos diante de uma renúncia de receita, na qual não é dado ao ente federativo lesado, seja este um Estado ou um Município, o direito de opinar, nem, muito menos, uma forma de compensação desta perda. Apesar de ser de interesse da república, verifica-se uma forte afronta a autonomia deste ente prejudicado.

### 5.A COMPLEXA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NA CONSTITUIÇÃO

A instituição de repartição de competência é atribuição dada à Carta Magna, haja vista seu caráter federal. Previu em título próprio o Capítulo I que cuidou do Sistema Tributário Nacional trazendo na Seção VI as regras atinentes à repartição.

Princípio ordinário deste sistema prediz que sempre ocorrerá a repasse do ente maior para o ente menor, e nunca o inverso, portanto, a União repassa parte de sua arrecadação aos Estados e Municípios, de mesma forma os Estados repassam parte de sua arrecadação aos Municípios, conforme disposto no item 3.1 deste artigo.

<sup>3</sup> Conforme ditames do art. 151, III da Constituição Federal, é vedado à União instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos:

I- ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias;

II- ao cumprimento do disposto no art. 198, § 2º, incisos II e III (BRASIL, 1988, on-line).

Conforme preleciona Sabbag (2009, p. 504):

A repartição de parcela da arrecadação tributária, entre as entidades impositoras é meio garantidor da autonomia política dos entes federados, uma vez que esta inexistente se estiver dissociada da autonomia financeira.

Tal previsão buscou compensar o que já nasceu desequilibrado, pois enquanto a União recebeu competência de seis impostos, os Estados e Municípios receberam somente três cada um, ou seja, a União possui o mesmo que a soma dos demais entes federativos.

### 5.1. DISFUNÇÕES DO FEREALISMO FISCAL

Tem-se como regra de ouro, para que funcione o sistema de partilha das receitas adotado pela Constituição, que a pessoa instituidora e arrecadadora do tributo repasse fielmente as percentagens devidas aos entes beneficiados. É por isso que o artigo 160 tem cautela a instituir:

É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

Como se percebe, a princípio, é vedado retenção da parcela devida pela União aos demais entes, entretanto, como é de praxe no direito, seguindo a máxima “a toda regra tem há uma exceção”, existem situações excepcionais que resultam em restrições a entrega dos recursos. A primeira restrição é muito coerente, pois se algum ente deve a União, cabe a ela o poder de reter aquilo que deve repassar, contudo, o segundo inciso traz uma regra em que a União atuará como verdadeiro ente superior aos demais, pois, caso Estado e Municípios não cumpram os limites estabelecidos na constituição em ações e serviços públicos de saúde, a União poderá reter.

É muito claro que a saúde é um serviço essencial e de enorme relevância aos cidadãos, contudo, eleger a União para ser o regulador deste sistema está nitidamente em dissonância com um Estado Federal, pois coloca um ente em superioridade em relação aos demais.

Importa registrar, ainda, que por expressa determinação constitucional, a repartição de receitas não alcança todas as modalidades de tributo, mas somente os impostos e a CIDE - contribuição exclusiva, sobre os combustíveis. Logo, são excluídas as taxas e as contribuições de melhorias, assim como os empréstimos compulsórios. Posto que os tributos elencados, excluídos os impostos, demandam uma

contraprestação estatal, não seria razoável haver repartição deles.

Não obstante o constituinte originário ter fundado o sistema de repartição de receitas, com o fulcro de mitigar as distorções derivadas do desequilíbrio fiscal, como analisa Ribeiro (2009, p. 257):

[...] a simples transferência constitucional do produto da arrecadação dos impostos federais para os Estados não garante a autoadministração, haja vista que o exercício das competências materiais conferidas aos Estados não pode depender exclusivamente do exercício da competência tributária da União.

Ou seja, não podem os demais entes dependerem de receitas a serem arrecadadas pela União e, posteriormente, serem repassadas aos Estados-membros e Distrito Federal e Municípios, como forma de sanar as distorções.

É possível compreender que tal disfunção em nosso federalismo possa ser derivada, também, de sua origem, da forma como foi instituído no Brasil. Ao contrário do federalismo norte-americano, que não foi instituído, mas gerado de uma necessidade, haja vista o sistema de Confederação não ter prosperado neste país, o nosso foi estabelecido. Como bem pronunciou Sacha Calmon (1999, p. 177):

O federalismo brasileiro é artificial e, portanto, lógico e estrutural, ao contrário do norte-americano que é empírico e histórico. Ao norte, colônias que se tornaram Estados autônomos reuniram-se primeiramente numa Confederação frustrada e depois numa federação, a princípio débil, com o Poder Central incorporando prerrogativas lentamente. Aqui, a Federação surgiu com a República já na Constituição de 1892, dos escombros do Império Unitário dos Orleans e Bragança, por consideração de ordem política, privilegiando a descentralização. Ao longo do devir histórico foi paulatinamente tomando as feições da nação brasileira.

Entretanto, é importante mencionar que alguns autores entendam que esta assimetria na forma de Estado nem sempre será maléfica ou despropositada, tendo alguns objetivos, como o desenvolvimento regional de locais mais pobres e correção de desigualdades. Nesta seara, Dircêo Torrecillas Ramos aponta (2012, p. 721):

Apesar das dificuldades fala-se em um Estado Federal em uma confederação ou em um Estado com arranjos federais. Esta solução certamente, acredito, será através da experiência de um federalismo assimétrico. Este consiste em uma assimetria “de fato” entre os componentes da federação, que exige uma assimetria “de

direito” para corrigi-la. Poderá ocorrer uma desigualdade pela dimensão; pela riqueza; pela população: quantidade, carências, etnias, raças; autonomia; representação de direitos; poder quanto a Emendas Constitucionais etc. A assimetria não se confunde com a cooperação; a assimetria envolve sempre uma cooperação e a cooperação nem sempre envolve a assimetria. Por exemplo, quando um Estado membro permite a circulação de mercadorias e envia a outro Estado-membro em que é proibida, qualquer unidade intermediária poderá interceptar a circulação como cooperação. A assimetria requer um tratamento desigual para corrigir desigualdades.

A respeito do federalismo fiscal brasileiro, e da discussão acerca da necessidade de uma reforma no sistema, mormente quanto à transferência de recursos para os Estados-membros e Municípios, e a conseqüente diminuição nas mãos da União, Fernando Ferreira (2019, p. 9) preleciona:

[...] a solução estaria na realização de uma nova reforma tributária, visando “conceder maior autonomia fiscal aos estados e aos municípios”, tornando- os

“financeiramente independentes do governo federal” [...]. Essa questão - “crise” do federalismo fiscal brasileiro - deve ser analisada com o devido cuidado, visto que é preciso uma anterior e minuciosa verificação se o hodierno desequilíbrio fiscal da União decorre da estruturação fiscal decorrente da Constituição Federal de 1988 ou de conseqüências posteriores do modelo econômico federal, vinculado a uma crescente necessidade quanto ao pagamento de juros, gerando demandas cada vez maiores de recursos financeiros. Essa dúvida ainda não foi suficientemente debatida e explicitada. Todas as modificações examinadas no âmbito do Congresso Nacional tendem a uma evidente redução das autonomias estaduais e municipais, passando o governo central a dispor sobre questões anteriormente afeitas tão somente ao âmbito interno de cada ente federado.

## 6. PROPOSTAS DE REFORMA TRIBUTÁRIA

Atualmente tramitam duas propostas de reforma tributária, uma na Câmara dos Deputados, a Propostas de Emenda a Constituição, PEC 45/2019 (BRASIL, 2019, on-line), e outra no Senado, PEC

110/2019 (BRASIL, 2019, on-line), todas buscam prioritariamente realocação dos tributos de forma a desonerar o setor produtivo em detrimento dos serviços e ou ganhos pessoais. A carga tributária total deverá ser mantida, mudando a forma de cobrança, e a redistribuição dos recursos arrecadados. Em linhas gerais, os textos das propostas de emenda à constituição que propõe reformas tributárias buscam simplificar a cobrança de tributos com a unificação de vários impostos em um só.

Na proposta que tramita na Câmara dos Deputados, PEC 45/2019, capitaneada pelo Deputado Baleia Rossi, tem as seguintes diretrizes: A União continuará com os tributos sobre o comércio exterior, Imposto de Renda, contribuições previdenciárias e com tributos regulatórios (como a CIDE), o IPI será incorporado ao Imposto sobre Valor Agregado - IVA, e o ITR passará para a competência dos Municípios. O IOF será possivelmente extinto. Quanto às contribuições sociais, a CSLL será incorporada ao Imposto de Renda, e o Pis, ao IVA. Para reduzir a contribuição previdenciária sobre a folha de salários, será criada uma contribuição sobre movimentação financeira (BRASIL, 2019, on-line).

Nas palavras do Deputado Haully (2019, p. 02):

Como se pretende deslocar parte da carga tributária da

tributação do consumo para a da renda, não será possível simplesmente o aumento de alíquotas, mas sim uma reformulação total do sistema, buscando-se alcançar bases antes pouco exploradas. Além disso, deve-se garantir sua efetiva progressividade, de modo a taxar, de fato, mais gravosamente os ricos.

As competências dos Estados e do DF serão profundamente alteradas. O ICMS será incorporado ao IVA; o IPVA passará para a competência dos Municípios; e o ITCMD passará para a competência dos Municípios ou da União. Os Estados passarão a contar com o Imposto sobre Valor Agregado, que agregará os antigos ICMS, IPI, PIS, Cofins e ISS, e será regulado por lei federal, com arrecadação centralizada e fiscalização pelos Estados e pelo Distrito Federal. Esse imposto não será cumulativo, com concessão de crédito financeiro (tudo o que a empresa adquire e usa na atividade gera crédito), cobrado “por fora” (sem incidência de imposto sobre imposto), com arrecadação integral para o Estado de destino, e não onerará bens do ativo fixo nem produtos exportados. Além disso, terá alíquotas mais baixas para medicamentos e produtos alimentares. Para trazer a alíquota do IVA para valores compatíveis com a média dos países desenvolvidos, sugerem, também, um



Imposto Seletivo monofásico sobre alguns produtos, como petróleo, combustíveis e lubrificantes de qualquer origem, energia elétrica, bebidas alcoólicas e não alcoólicas, aparelhos eletroeletrônicos e eletrodomésticos, veículos automotores, supérfluos, telecomunicações, e qualquer outro produto ou serviço indicado em lei complementar.

Os Municípios perderão o ISS, que será incorporado ao IVA. Por outro lado, receberão a competência do IPVA e do ITR, mas regulados por legislação federal. Quanto ao ITCMD, a ideia original é também entregá-lo aos Municípios, igualmente regulado por lei federal, concentrando a tributação do patrimônio na esfera local. Contudo, ainda se considera a possibilidade de elevá-lo à esfera federal, como um significativo imposto sobre o patrimônio, em substituição ao Imposto sobre Grandes Fortunas, como é feito nos Estados Unidos.

Para arrecadar os novos IVA e Imposto Seletivo, entendo ser importante a criação de um novo órgão, que agregará todos os Fiscos Estaduais, e será de competência conjunta dos Estados e do Distrito Federal. Esse órgão será dirigido por um Secretário Nacional, contará com Superintendentes em cada unidade federada, e terá estruturas de carreira e remuneratória unificadas.

A partilha, ponto que muito interesse ao escopo do presente artigo, haja vista impactar diretamente na autonomia dos entes federados, o Deputado Haully argumenta (2019, p. 5):

Como já esclarecido, pretendemos garantir que os Entes Federados sejam sócios do sucesso do país, exigindo que todos compartilhem do resultado de suas arrecadações. Assim, evita-se que se concentre a arrecadação em tributos não partilháveis, como foi feito pela União com as contribuições sociais. Nesse sentido, garantiremos que Estados, DF e Municípios recebam uma parte do Imposto de Renda, bem como que a União e os Municípios tenham direito a um quinhão do IVA e do Imposto Seletivo.

É unânime que há uma necessidade de desoneração da indústria e cadeia de consumo a fim de que os impostos indiretos, como o ICMS, sejam reduzidos, pois atingem num percentual maior a renda dos mais pobres e ainda afetam diretamente as indústrias, o que ocasiona a redução do emprego.

De outro do Poder Legislativo, em trâmite paralelo no Senado Federal, a PEC 110/2019, derivada do texto da PEC 293/04, a qual fora aprovada em comissão especial da Câmara no ano de 2018, sob a relatoria

do ex-deputado Luiz Carlos Hauly. De mesmo modo, também buscou a redução do número de tributos, notadamente os incidentes sobre a produção e o consumo, propondo a condensação do IPI, IOF, PIS, COFINS, ISS, ICMS, Salário-Educação e CIDE- Combustíveis, em dois tributos, o Impostos de Bens e Serviços (IBS) e pelo Imposto Seletivo (IS).

O IBS teria competência estadual, porém seguiria a uma legislação federal na tentativa de evitar guerras fiscais. O IS incidiria sobre produtos específicos, como petróleo e derivados, combustíveis e lubrificantes, cigarros, energia elétrica e serviços de telecomunicações, competindo a Lei Complementar defini-los, conforme consta em suas justificativas “lei complementar definirá quais os produtos e serviços estarão incluídos no Imposto Seletivo. Sobre os demais produtos, incidirá o IBS estadual” (BRASIL, 2019, on-line).

A proposta ainda prevê a incorporação da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) ao Imposto de Renda, que, por conseguinte, teria suas alíquotas elevadas. Outra mudança prevista é a alteração da competência do ITCMD, atualmente na esfera estadual, passando à União, porém com a possibilidade da receita ser transferida aos municípios, isto teria como finalidade compensar a perda da União dos tributos IPI, IOF, IPI, COFINS,

CIDE-Combustíveis e do Salário-Educação.

A PEC 110/19 trouxe um prazo de 15 anos para a transição para o novo sistema, dividido em três etapas. A proposta prevê um período de convivência entre o sistema antigo e o novo, e, gradativamente, desaparecerá vigorando somente o novo sistema constante na PEC 110/2019.

Assim como a PEC/45, a proposta que tramita no Senado busca a simplificação do sistema tributário nacional sem abrir mão da atual carga tributária, e, ambas, de forma semelhante, buscam reduzir a tributação sobre o consumo em detrimento do serviço.

Recentemente, alinhado ao entendimento que a forma federativa brasileira está dissonância com aquilo que se propõe e entendendo a necessidade de corrigir este problema aumentando a autonomia dos Estados, o atual governo lançou um pacote de PECs chamado de Mais Brasil que, dentre outros temas, visa sanar esta assimetria, o qual teve como apelido de PEC do Pacto Federativo.

A PEC visa reorganizar o Pacto Federativo tendo por alvo assegurar fundamentos mais sólidos para o funcionamento dos estados e municípios. Com as mudanças no pacto federativo, poderão ser transferidos a estados e municípios de R\$ 400 bilhões a R\$ 500 bilhões nos próximos 15 anos.

São três propostas de emenda à Constituição (PECs): a emergencial, que pretende reduzir gastos obrigatórios, a do pacto federativo, que muda a distribuição de recursos entre União, estados e municípios, e a que revisa fundos públicos.

Tem como uma de suas metas aplicar a promessa de campanha do atual presidente, Jair Bolsonaro, de “mais Brasil, menos Brasília”, ou seja, promover a descentralização dos recursos hoje concentrado nas mãos da União, a fim de aumentar a autonomia de estados e municípios.

Nas palavras do Ministro da Fazenda, o economista Paulo Guedes, busca-se com estas medidas um aperfeiçoamento da responsabilidade fiscal. Atualmente temos a Lei de Responsabilidade Fiscal, (LC 101/00), porém nas não temos a cultura desta responsabilidade fiscal, em especial com a res pública. Para isto, serão implementadas ferramentas de auto ajuste que permitirão correção com mecanismos automáticos ou complementares de desequilíbrios fiscais. Também será promovido a descentralização dos recursos, a fim de buscar uma democracia participativa, pois entendem que o “dinheiro deve ir para a ponta, onde o povo está”. É um fortalecimento da Federação, uma das medidas é a transferência, num período de 8 anos, dos recursos do pré-sal que atualmente 70% vai para União e 30%

para Estados e Municípios, invertendo estes valores, ou seja, 30% para União e 70% para os outros entes. Declarou ser o principal objetivo, deste ponto do pacote, a descentralização dos recursos para o fortalecimento da Federação, contando com a coordenação dos poderes para exercer o controle.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É incontestável a existência de uma desproporção de força entre o poder central e os entes descentralizados, o que afeta diametralmente o pacto federativo, sendo extremamente negativo para que a Federação cumpra seu papel, apesar de alguns entenderem ser necessário, pois entendem que a União deva se sobrepor aos demais entes a fim de reduzir igualdades. Todavia, essa falta de autonomia dos estados e municípios derivada da parca receita que lhes é atribuída pelo atual sistema tributário, provocando a necessidade de se manterem seguindo as mesmas políticas de atuação e, em muitas vezes, partidária da União a fim de que possam receber receitas do ente federal.

Deste modo, embora haja necessidade de provocar um maior equilíbrio em âmbito nacional, como nossa opção constitucional foi por um Estado Federal, deveríamos deixar o Federalismo atingir seu real papel, buscando novas formas de trazer um maior equilíbrio aos entes nacionais.

Para atribuição de competências a um determinado ente federativo, o legislador originário lançou mão do critério da predominância do interesse, ou seja, questões afetas a âmbito nacional ficaram a cargo da União, como, por exemplo, as relações internacionais; para os Estados couberam às questões em âmbito regional, e aos Municípios atribuições de âmbito local. Pode-se perceber que já há um equilíbrio no sistema atual, portanto, há espaço para que a União promova maior igualdade material, sem necessariamente termos, como hoje temos, uma desigualdade entre os entes federativos.

A Constituição Federal de um país é a base jurídica de qualquer Estado Federal, não comportando, por conseguinte, o direito de secessão. Apenas o Estado Federal tem soberania, assim as atribuições dos Estados, Municípios e Distrito Federal é prevista na constituição, através da repartição de competências, e, como consequência, para cada ente federativo se atribuiu uma renda própria, sendo, de igual forma, compartilhado o poder político. Logo, percebe-se como o Estado Federal se vale da constituição a fim de atingir sua forma plena, e, o modo como hoje se estrutura não permiti que a federação cumpra sua função, assumindo um modelo assimétrico, no qual a União está em posição de prevalência frente aos demais.

A União, apesar de ter abrangência nacional, não presta todos os serviços no território brasileiro, pois boa parte dos serviços públicos são ofertados aos cidadãos pelos Estados e Municípios, conforme preleciona os artigos 21 a 23 da CRFB/88, nos não tendo sido discriminados especificamente os dos municípios e da União, sendo aquilo que remanescer de atribuição dos Estados.

Ressaltando que a forma federativa de estado é clausula pétrea, portanto, qualquer proposta de alteração no sistema tributário nacional estará sempre limitada pelo federalismo fiscal, por mudanças no ordenamento infraconstitucional ou, até mesmo, que seja por emenda constitucional ou mesmo. Cabe a nossa corte suprema, Supremo Tribunal Federal, controlar se as alterações propostas afrontam ou não a nossa constituição. Porém, por muitas vezes o STF indica uma direção centralizadora, confirmando uma assimetria no federalismo nacional, pois já se manifestou ser possível a União estabelecer isenções de tributos estaduais e municipais. Justificando que, neste caso, a União representa a República Federativa do Brasil, contudo, há uma renúncia de receita sem uma contrapartida de compensação desta perda, e sem ser dado ao ente lesado a possibilidade de manifestação com a alegação de ser de interesse da república.

As atuais propostas de reforma tributária, tanto a que tramita na Câmara dos Deputados, PEC 45/2019, quanto a que tramita no Senado Federal, PEC 110/2019, propõem a realocação dos tributos, tem como escopo principal desonerar o setor produtivo em detrimento dos serviços e ou ganhos pessoais, entretanto atingirão, de forma inequívoca, a repartição de receitas, já que ambas preveem a criação de um único imposto, nos moldes de valor adicionado, em detrimento de diversos tributos, os quais pertencem a diversos entes diferentes.

Com o Pacto Federativo, a carta promulgada em 05 de dezembro de 1988, foram estabelecidas diversas regras concernentes às obrigações, legislações e de recursos, e, de mesmo modo, definiu o repasse de parcela de tributos arrecadados pela União entre os estados e municípios.

Ao longo dos anos, percebeu-se que há a necessidade de um novo Pacto Federativo, posto que modelo atual de federalismo brasileiro não assegura aos entes a devida capacidade de financiar suas responsabilidades e não dispõe de mecanismos necessários para a eficiência da gestão. A assimetria na Federação atual se mostra vulnerável às crises que historicamente acometem o País, inviabilizando a proteção social das populações e regiões menos desenvolvidas. As propostas, em especial dos gestores

estaduais, é de uma reforma que torne mais justa e equânime a divisão dos recursos entre os entes federados, e que pondere aspectos como a descentralização, as distorções tributárias causadas pela concentração de receitas na União e a interferência das alternâncias políticas no governo central.

### REFERÊNCIAS

AWAZU, Luís Alberto de Fischer. O Federalismo Brasileiro e o Desenvolvimento Nacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ALVES, Raquel de Andrade Vieira. Federalismo Fiscal Brasileiro e as Contribuições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Proposta de Emenda à Constituição nº 110, de 2019. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Autoria: Senador Davi Alcolumbre e outros. Atividade Legislativa. Senado Federal, 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137699>>. Acesso em: 06 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Proposta de Emenda à Constituição n° 45, de 2019. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Autoria: Deputado Federal Baleia Rossi e outros. Câmara dos Deputados, 2019 Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2196833>>. Acesso em: 06 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Poder Judiciário. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 543943 AgR/PR. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 14/02/2011. STF, 2011. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28543943%2EEN%2E+OU+543943%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y5f9mtf6>>. Acesso em: 06 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Poder Judiciário. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 234662 AgR/BA. Relator: Ministro Carlos Britto. DJ: 13/10/2009. STF, 2009. Disponível em:

<[http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28234662%2EEN%2E+OU+234662%2EACMS%2E%29%28%40JULG+%3E%3D+20091013%](http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28234662%2EEN%2E+OU+234662%2EACMS%2E%29%28%40JULG+%3E%3D+20091013%2)

2

9&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4o8t5kb>. Acesso em: 06 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Poder Judiciário. Tribunal Pleno. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 586.224/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 08/05/2015. STF, 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8399039>>.

Acesso em: 06 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério da Economia. Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Arrecadação por Estado. Disponível em: <<http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/arrecadacao/arrecadacao-por-estado>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério da Economia. Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Relatórios do Resultado da Arrecadação. 2019. Disponível em:

<<http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/arrecadacao/arrecadacao-por-estado>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONTI, José Maurício. Federalismo Fiscal e Fundos de Participação. São Paulo: Juarez Oliveira, 2001.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. O controle de constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

- DOMINGUES, José Marcos. Federalismo Fiscal Brasileiro, p. 137-143. NOMOS-Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Edição Comemorativa dos 30 anos do Mestrado em Direito/ UFC, Fortaleza, 2007, v. 26, n.1, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20115>>. Acesso em: 28 ago. 2018.
- FERREIRA, Fernando Guimarães. O Federalismo Fiscal Brasileiro na Perspectiva da Imunidade Intergovernamental Recíproca. Disponível em: <[http://submissoes.al.rs.gov.br/index.php/estudos\\_legislativos/article/download/85/6](http://submissoes.al.rs.gov.br/index.php/estudos_legislativos/article/download/85/6)>. Acesso em: 25 mar. 2019.
- HAULY, Luiz Carlos. Principais Linhas da Proposta de Reforma Tributária. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/reforma-tributaria/documentos/outros-documentos/resumo-hauly>>. Acesso em: 06 out. 2019.
- LIMA, Edilberto Pontes. O STF e o Equilíbrio Federativo: Entre a Descentralização a Inércia Centralizadora, p. 35-50. NOMOS- Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 37, n.1, jan./jun. 2017. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/3383>>. Acesso em: 13 jan. 2019.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. NASCIMENTO, Carlos Valder do. Tratado de Direito Constitucional. Vol. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.
- OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. Temas de Federalismo Fiscal Brasileiro. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. Temas de Direito Constitucional Tributário. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- VOLKWEISS, Roque Joaquim. Direito Tributário nacional. 3. ed. rev., atual. e ampl. Incluindo até a EC 33/01. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

# TESTAMENTO VITAL OU BIOLÓGICO NO CENÁRIO BRASILEIRO

Litiane Motta Martins Araujo<sup>4</sup>  
Karolayne de Souza Teixeira<sup>5</sup>

## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 BIOÉTICA E BIODIREITO: PRINCÍPIOS NORTEADORES FUNDAMENTAIS; 1.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 1.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE PRIVADA 1.3 DIREITO À MORTE DIGNA; 2 A TERMINALIDADE DE VIDA; 2.1 EUTANÁSIA; 2.2 DISTANÁSIA; 2.3 ORTOTANÁSIA; 2.4 SUICÍDIO ASSISTIDO; 3 O TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO; 3.1 NATUREZA JURÍDICA DO TESTAMENTO VITAL; 3.2 CAPACIDADE; 3.3 FORMA; 3.4 VALIDADE; 3.5 LEGISLAÇÕES JURISPRUDÊNCIAS NO CENÁRIO JURÍSDICIONAL; 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS; 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

## RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a efetivação do Testamento Vital ou Biológico no Cenário Brasileiro explicando o que é, e para que esse instituto é utilizado, bem como os amparos de sua legalidade. Abordará também sobre as diretivas antecipadas de vontade onde se tem a concretização da vontade do paciente em estado terminal, sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da autonomia da vontade e o direito à morte digna, com análises de julgados pertinentes ao tema a fim de entender melhor a complexidade e a extensão do Testamento Vital na via jurídica e na realidade médica. Será abordado ao longo do trabalho o papel do médico, o papel da família e do indivíduo no processo de tomada de decisão quanto à aplicação ou não da diretiva antecipada. No Brasil ainda não se tem uma lei específica sobre o tema, mas existem resoluções do conselho federal de medicina, jurisprudências, julgados e doutrinas que amparam a verificação da validade da declaração de vontade do paciente.

**Palavras-chave:** Diretivas Antecipadas de Vontade. Testamento Vital. Paciente Terminal.

## ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the effectiveness of the Vital or Biological Testament in the Brazilian scenario, explaining what it is and what it is used for, as well as the protection of its legality. It will also address the advance directives of will, where the will of the terminally ill patient is realized, from the perspective of the principle of human dignity, the principle of autonomy of the will and the right to dignified death, with analyzes of pertinent judgments. to the theme in order to better understand the complexity and extent of the Vital Testament in the legal and medical reality. The role of the doctor, the role of the family and the individual in the decision-making process regarding the application or not of the advance directive will be addressed throughout the work. In Brazil, there is still no specific law on the subject, but there are resolutions of the Federal Council of Medicine, jurisprudence, judgments and doctrines that support the verification of the validity of the patient's declaration of will.

**Keywords:** Anticipated Directives of Will. Vital Testament. Terminal patient.

---

<sup>4</sup> Magistério Superior e Advocacia. Avaliadora ad hoc INEP/MEC Institucional Presencial / EAD; Coordenadora do Curso de Direito da Unigranrio; Professora da Fundação Educacional Serra dos Órgãos (UNIFESO). Doutoranda em Direito pela Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Civil e Processo Civil. Pesquisadora dos Grupos de Pesquisas: “Observatório dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” e “Estado, Cidadania e Direitos Humanos”.

<sup>5</sup> TEIXEIRA, Karolayne de Souza, Bacharel em Direito. Trabalho apresentado na Graduação do Curso de Direito do UNIFESO – Centro Universitário Serra dos Órgãos (UNIFESO).



## INTRODUÇÃO

A morte é um evento natural, razão pela qual o fato de que a vida possui um limite é, por vezes, um tabu que não é debatido e sequer compreendido pela sociedade. Esta situação deriva da ideia de que a morte é necessariamente um acontecimento negativo, que só trará dor e tristeza aos indivíduos que estão ao redor do falecido.

Todavia, é necessário considerar que para algumas pessoas a morte pode ser de longe a pior opção. Para ilustrar essa afirmação, podemos usar o exemplo de um paciente em estágio terminal, que não tem prognóstico de melhora e que sofre com dores insuportáveis. Em casos como esses, muitos prefeririam morrer do que ter que suportar as dores causadas por sua moléstia.

Apesar de parecer ser uma ou talvez a única alternativa para muitas pessoas, a abreviação voluntária da vida humana envolve uma série de questões polêmicas, dentre as quais destacamos o testamento vital ou biológico como objeto de estudo.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo analisar o testamento vital ou biológico no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse contexto, através do método analítico e de uma pesquisa de cunho bibliográfico e documental, esse estudo visa demonstrar que mesmo com a falta de legislação específica, o testamento

vital é válido no Brasil, com base nos princípios que preservam os valores dos indivíduos, bem como a dignidade da pessoa humana, a autonomia da vontade e o direito à morte digna, princípios estes que estão previstos na Constituição Federal.

Além disso, a resolução do Conselho Federal de Medicina que trata do testamento vital está em consonância com os referidos princípios constitucionais

O presente artigo está inserido na linha de pesquisa e área temática dos “Direitos fundamentais e novos direitos”. Para seu desenvolvimento lógico, o presente trabalho foi dividido em três seções. A primeira seção teve como objetivo promover uma análise acerca das questões relativas a bioética e ao biodireito, tendo sido trabalhados seus princípios norteadores.

Por sua vez, na segunda seção, tivemos como objetivo analisar questões referentes a terminalidade de vida, analisando as diferenças e as peculiaridades das diferentes formas de interrupção voluntária da vida, com ênfase na eutanásia, distanásia, ortotanásia e suicídio assistido.

Por fim, a terceira seção teve como objeto o testamento vital, tendo sido analisada sua natureza jurídica, os requisitos para sua forma e validade, bem

como a legislação e a jurisprudência acerca do tema.

Foi possível observar que as resoluções do Conselho Federal de Medicina autorizam os médicos a limitar os tratamentos do paciente quando esta é a sua vontade, visando respeitar os desejos dos indivíduos que se encontram em estado terminal.

Para tanto, foi possível analisar que é necessário que a vontade do paciente tenha sido redigida e documentada quando este ainda se encontrava em posse de sua plena capacidade civil para declarar, antecipadamente, a quais tratamentos médicos deseja ser submetido no momento em que se encontra doente ou em fase terminal.

Além disso, buscamos demonstrar que o instituto do testamento vital não pode ser confundido com a eutanásia, distanásia, ortotanásia ou o suicídio assistido, pois o testamento nada mais é que a renúncia dos excessos de tratamento que podem prolongar a vida do paciente, ainda que este se encontre debilitado por estar em estágio terminal de uma doença.

Assim, certos tratamentos médicos acabam prolongando o sofrimento e adiando a morte que para certos pacientes é considerada inevitável e iminente. Deste modo, o testamento vital nada mais é do que uma forma de garantir ao enfermo a

realização da sua vontade quando este não se encontrar mais em pleno gozo de suas faculdades mentais e de sua capacidade civil.

## **1 BIOÉTICA E BIODIREITO: PRINCÍPIOS NORTEADORES FUNDAMENTAIS**

A morte é tratada como um tema multidisciplinar, alcançando várias áreas do conhecimento, tais como a antropologia, a história, a sociologia, a psicologia, a medicina e o direito. Além disso, as discussões que giram em torno da morte dos indivíduos, são travadas com base na interdisciplinaridade da bioética, em função de fenômenos emergentes na sociedade.

As discussões que permeiam a bioética surgiram na década de 70, a partir das obras dos americanos Van RensSelaer Potter, Tom L. Beauchamp e James F. Childress. Com o intuito de apresentar a bioética como uma forma racional e cautelosa, imprescindível para o processo de evolução biológica e cultural, os referidos autores se dedicaram a definir e manejar os valores compreendidos nas relações dos profissionais de saúde e de seus pacientes.

Para uma melhor compreensão da bioética, Pessini e Barchifontaine (1994, p. 14) defendem que: “Já a palavra “ética”, “é uma tentativa para se determinar os valores fundamentais pelos quais vivemos. Quando vista num contexto social, é uma tentativa

de avaliar as ações pessoais e as ações dos outros de acordo com uma determinada metodologia ou certos valores básicos”.

Assim, conforme se depreende das lições dos doutrinadores supracitados, a bioética pode ser considerada como uma ciência que tem como objetivo principal apontar os limites e as finalidades da intervenção humana sobre a vida. Além disso, a bioética visa identificar os valores de referência que devem nortear as decisões que envolvem os conflitos derivados da introdução de novas tecnologias na área das ciências médicas, trazendo soluções adequadas aos dilemas morais que se apresentam.

Segundo Maria Helena Diniz (2002, p. 08), o biodireito pode ser considerado o estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a bioética e a biogenética, tem a vida como objeto principal, assumindo como premissa básica o fato de que a verdade científica não pode sobrepor-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não pode acobertar os crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade

O biodireito também é o ramo jurídico que trata das teorias, das legislações e das jurisprudências referente às normas reguladoras da conduta humana

perante os avanços da biotecnologia e da medicina.

Assim, a bioética e o biodireito caminham juntos, sendo norteados pelo reconhecimento e pela proteção da dignidade pessoa humana.

A afirmar que o fim do ser humano está em si mesmo implica reestruturação de toda juridicidade em torno da relação social permanentemente confrontada pela resistência à inovação jurídica de reexame do verdadeiro motivo de toda a elaboração legislativa – a pessoa humana. Assim, dispõe Raquel Hogemann:

[...] Superadas as considerações acerca da relação existente entre a teoria da constituição e o valor da dignidade da pessoa humana, em um contexto de busca por sua efetivação, a partir do neoconstitucionalismo, passa-se, neste momento, à análise do direito fundamental ao feto, corolário do valor supremo que fornece sentido e razão ao Estado Democrático de Direito. Cumpre dizer, de antemão, que a grande problemática contemporânea da teoria da constituição parte da ausência de uma situação clássica (HOGEMANN; SOUZA, 2013, p.74).

No ordenamento jurídico brasileiro ainda não existem legislações específicas sobre o tema. Em que pese as referidas lacunas legais, serão abordados nos próximos tópicos três princípios que norteiam as discussões referentes ao testamento vital.

### 1.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana tutela um dos principais direitos fundamentais inerentes a todo ser humano. Na Constituição Federal de 1988, o Estado Democrático de Direito consagrou a proteção aos direitos humanos como cláusula pétrea em seu artigo 1º, inciso III.

O legislador ao delinear este princípio, estabeleceu que se trata de um direito essencial, de onde derivam os demais direitos estabelecidos na Constituição que precisam ser respeitados para que seja respeitada a dignidade da pessoa humana (MILLON, 2007).

A dignidade é, portanto, um princípio fundamental a todo o ser humano, que deve ser respeitada e protegida independente de etnia, sexo, idade, religião ou condição socioeconômica, pois este direito é inerente a pessoa. A dignidade é tão cara ao ser humano que deve ser respeitada em todos os momentos da vida, inclusive, na morte.

Sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 62) define a dignidade da pessoa humana como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Dessa forma este princípio presa pela autodeterminação da pessoa, levando em consideração que ela é capaz de fazer suas próprias escolhas em prol da construção de sua vida digna. Todo o ser humano tem direito de ter uma vida digna, razão pela qual deve ser encarada como uma consequência lógica a conclusão de que deverá ter assegurado o direito de ter uma morte digna.

## 1.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE PRIVADA

O princípio da autonomia da vontade privada está previsto de forma implícita no artigo 5º da Constituição Federal e concede ao indivíduo, em algumas situações, o direito de decidir questões de sua vida privada de acordo com seus interesses e vontades.

A autonomia da vontade é uma forma da pessoa expressar seus interesses, desde que não prejudique os direitos de outras pessoas. Cada ser humano possui o direito de se autodeterminar e de lutar por seus interesses tanto na esfera patrimonial quanto na existencial.

Para Perlingieri (2002, 2014) a autonomia privada é o poder outorgado pelo sistema jurídico a cada indivíduo para que ele se expresse de uma forma livre, mas ciente das consequências jurídicas de seus atos.

Para o filósofo Kant a autonomia da vontade é uma faculdade da razão pura de ser, seguidora do princípio prático no que cerne da teoria moral kantiana. Presume-se que para ele, o homem como ser livre (e também todos os seres racionais em geral), tem uma vontade pura capaz de agir conforme seus interesses (KANT, 2002, p. 81).

O princípio da autonomia da vontade privada no testamento vital, busca proteger as escolhas do indivíduo dando-lhe

autonomia para escolher os procedimentos e tratamentos aos quais quer ser submetido quando estiver em um leito de morte, ou seja, em uma situação extrema na qual possa exprimir sua vontade.

## 1.3 DIREITO À MORTE DIGNA

O avanço da medicina a partir do emprego das novas tecnologias acabou por aumentar as possibilidades de prolongamento da vida. Contudo, em que pese os pontos positivos desse aumento da expectativa de vida promovido pelos tratamentos médicos, alguns efeitos colaterais podem ser observados a partir dessas transformações, como por exemplo os conflitos bioéticos relacionados ao direito à autonomia do indivíduo e à dignidade da pessoa humana em seu estado terminal.

Na perspectiva de Genival França (FRANÇA, 2017, p. 534) é:

[...] difícil definir a morte, pois ela não é um fato instantâneo, mas uma sequência de fenômenos gradativamente processados nos vários órgãos e sistemas de manutenção da vida. O médico hoje, no entanto, com os novos meios semiológicos e instrumentais disponíveis, pode diagnosticá-la mais precocemente.

Na terminalidade da vida, temos a materialização da dignidade, tendo em vista

que envolve a forma como a pessoa vai viver os últimos dias de sua existência, buscando minimizar o sofrimento e garantir ao máximo o conforto físico e mental da pessoa que se encontra em estado terminal.

Enquanto para a medicina a terminalidade da vida representa a cessação das atividades cerebrais, para o direito, esse momento representa o fim da personalidade civil do sujeito. Isto é, trata-se da fase na qual a pessoa deixa de contrair direitos e obrigações, razão pela qual cabe a medicina estabelecer o momento em que termina a vida humana.

Sobre o tema, Letícia Ludwing Moller (2012, p.152), defende que a morte digna pode ser observada na atitude de um indivíduo que luta contra a morte até o último instante ou até mesmo na de uma pessoa que escolhe morrer sem dor, sem sofrimento e sem um prolongamento artificial da vida. Desse modo, os ditames da dignidade da pessoa humana impõem que se permita que cada indivíduo tome as rédeas da sua vida e da sua morte de acordo com suas crenças e valores.

Conclui-se, portanto, que o direito a morte digna deve ter proteção na área da saúde e na jurídica. Assim, deve ser respeitado o desejo daqueles que acreditam que uma morte digna deve obedecer à forma natural e que não desejam utilizar nenhum

tipo de procedimento artificial para prolongar a vida.

## 2 A TERMINALIDADE DA VIDA

Na existência humana existem duas verdades naturais, o nascimento e a certeza de que um dia encontraremos a morte. Assim, a morte pode ser uma certeza para todos os seres vivos, mas as pessoas ainda não conseguem enxergá-la com naturalidade devido a dor e as incertezas que cercam esse evento.

Os artigos 2º a 6º do Código Civil disciplinam as questões relativas a personalidade e a capacidade civil da pessoa humana. Conforme se depreende da leitura dos referidos dispositivos legais, a personalidade civil da pessoa tem seu início a partir do nascimento com vida, sendo necessário destacar que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Por sua vez, a lei reconhece a morte como termo final da existência humana.

Assim, para falar da terminalidade da vida é fundamental abordar questões relativas à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que se existe a necessidade de reconhecer e garantir a dignidade da pessoa em vida, também é necessário assegurar a ela uma morte digna.

A medicina e seus avanços tecnológicos que permitiram a criação de métodos de prolongamento da vida desencadearam as discussões travadas no

campo da bioética, que buscam esclarecer e minimizar os impactos negativos dos progressos da medicina.

O Ministro Barroso (2017, p.4), dispõe sobre os conceitos inseridos nos últimos tempos:

Nos últimos anos, os estudiosos da bioética têm procurado realizar uma determinação léxica de alguns conceitos relacionados ao final da vida. Muitos fenômenos que eram englobados sob uma mesma denominação passam a ser identificados como categorias específicas. Este esforço de limpeza conceitual deveu-se à necessidade de enfrentar a intensa polissemia na matéria, que aumentava, pela incerteza da linguagem, as dificuldades inerentes a um debate já em si complexo. Como intuitivo, facilita a racionalidade da circulação de ideias que se faça a distinção entre situações que guardam entre si variações fáticas e éticas importantes. Em certos casos, as distinções são totalmente nítidas; em outros, bastante sutis. Ainda assim, é conveniente identificar, analiticamente, as seguintes categorias operacionais: a) eutanásia; b) ortotanásia; c) distanásia; d) tratamento fútil e obstinação terapêutica; e) cuidado paliativo; f) recusa de

tratamento médico e limitação consentida de tratamento; g) retirada de suporte vital (RSV) e não-oferta de suporte vital (NSV); h) ordem de nãoressuscitação ou de não-reanimação (ONR); e i) suicídio assistido<sup>4</sup>. Algumas dessas categorias, como se verá, são espécies em relação ao gênero (2017, p.4)

O avanço da medicina tem uma grande relevância para que exista uma morte digna. Porém, os médicos não podem recorrer a meios considerados ilegais para concretizar a vontade do paciente de colocar fim a própria vida.

A eutanásia é considerada crime em nosso ordenamento jurídico, estando tipificada como homicídio qualificado no art. 121, § 3º do Código Penal que prevê a aplicação de uma pena de reclusão de três a seis anos para os casos em que o autor do crime agiu por compaixão, a pedido da vítima imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave.

Do mesmo modo, o Código de Ética da Medicina (Resolução nº 1.931 de 2009), em seu artigo 41, proíbe que os médicos abreviem a vida dos pacientes, mesmo a pedido destes ou de seus familiares.

Assim, apesar de ter sua autonomia reconhecida, a vontade dos pacientes não pode ser considerada absoluta, tendo em

vista que existem situações em que o paciente ou até mesmo entes de sua família poderão pedir que o profissional da saúde deixe de realizar certos procedimentos médicos. A título de exemplo, podemos citar o caso em que um paciente em estado terminal não deixou testamento vital, não tem mais condições de exprimir sua vontade e algum membro de sua família insiste que os médicos deixem de aplicar um certo tratamento pois este supostamente seria contrário a vontade do paciente.

Nesses casos, surge o questionamento se o médico poderia invocar a cláusula de consciência, para tentar se eximir das consequências de uma conduta que pode ser considerada crime, como é o caso da eutanásia e do auxílio ao suicídio. Além das leis penais e civis que devem ser respeitadas pelos profissionais da saúde, estes também devem respeitar o Código de Ética e as resoluções do Conselho Federal de medicina.

Em razão da relevância do tema, traçaremos uma breve análise acerca das distintas formas de se chegar ao fim da vida, quais sejam: a eutanásia, a distanásia, a ortotanásia e o suicídio assistido.

## 2.1 EUTANÁSIA

No Brasil a eutanásia se difere do testamento vital, sendo ela ilegal, podendo ser enquadrada nas modalidades de homicídio ou auxílio ao suicídio conforme

previsão legal no Código Penal brasileiro. Esta modalidade de morte assistida visa unicamente antecipar o fim da vida para que o paciente com doença terminal ou doença incurável não passe por mais nenhum tratamento que possa lhe causar ainda mais sofrimento.

A eutanásia é uma forma de permitir que o paciente expresse a sua vontade de dar fim a sua vida. Está decisão deverá ser tomada quando o paciente ainda estiver em plenas condições de expressar sua vontade. Porém, no ordenamento jurídico, o consentimento do paciente para cessar a sua vida é irrelevante, pois a conduta é típica, ilícita e culpável e será considerada como homicídio, não havendo que se falar em descaracterização da conduta.

Existem alguns países em que essa prática é permitida, como na Holanda e na Bélgica, desde que os pacientes estejam em estado terminal ou que sejam portadores de doenças incuráveis.

Assim, na eutanásia, os profissionais da saúde se valem de meios médicos para que o paciente não sinta dores ao dar fim à própria vida.

A eutanásia possui duas modalidades: ativa e passiva. Sobre o tema, Joseane Cauduro (2007, p. 21) destaca que a eutanásia ativa é comissiva, pois consiste no ato deliberativo de provocar a morte sem o sofrimento do paciente, com fins mais



misericordiosos. Por sua vez, a eutanásia passiva ou indireta acontece em virtude de uma omissão médica, caracterizada pela suspensão do tratamento ou de algum procedimento que poderia prolongar a vida, sendo semelhante a ortotanásia.

Por fim, a eutanásia acontece quando um profissional da saúde utiliza meios técnicos da medicina para interromper a vida do paciente, a seu pedido ou de outrem. Geralmente, pode ser observada em casos de pessoas que possuem doenças terminais.

## 2.2 DISTÂNASIA

A distância é o oposto da eutanásia. Nesse sentido, Flávio Tartuce (2018, p. 424) esclarece que a distanásia pode ser considerada como o prolongamento do processo de morte através de mecanismos artificiais, que embora prolonguem a vida, acabam trazendo mais sofrimento ao paciente.

Nesse ponto, a distanásia é vista como uma crítica a busca de métodos de prolongamento da vida humana a qualquer custo, que não levam em consideração os procedimentos que serão adotados e nem mesmo refletem sobre o quão dolorosos podem ser os procedimentos empregados para manter a vida.

A partir do século XX, a sociedade começou a mudar sua maneira de lidar com a morte. Antes, a morte era usual e ocorria, na maior parte dos casos, dentro da própria

casa da pessoa. Atualmente, as mortes geralmente ocorrem em leitos de hospitais e na maior parte das vezes, sem que nenhum conhecido esteja presente, razão pela qual o médico passa a ter um papel importante na assistência da morte do paciente. Além disso, é necessário chamar atenção para o fato de que a morte do paciente, para o profissional da saúde, é considerada como um mau desempenho de suas atividades, o que cria um paradoxo.

O desenvolvimento da medicina proporcionou muitos recursos de prolongamento da vida, o que acaba permitindo que o paciente escolha a hora que deseja morrer.

Sendo assim, com base nos princípios constitucionais e bioéticos, principalmente a observância e o respeito da dignidade da pessoa humana da autonomia da vontade, prevalece a ideia de que é necessário utilizar todos os procedimentos terapêuticos para tentar alcançar uma cura ou até mesmo para salvar à vida do paciente.

No entanto, a partir do momento em que se percebe que o paciente não responde aos tratamentos que lhe são oferecidos pelas novas tecnologias médicas, seria preciso existir uma tomada de consciência e uma mudança no tratamento, para deixar de buscar a cura e passar a garantir uma

amenização dos sintomas do paciente na sua fase terminal.

Contudo, em nosso ordenamento jurídico o auxílio na interrupção da vida é considerado ilegal, razão pela qual a distanásia é o método mais utilizado quando se busca a cura de pessoas que se submetem a qualquer tipo de tratamento.

### 2.3 ORTOTANÁSIA

A ortotanásia é considerada como a morte natural, pois se dá quando o paciente em fase terminal dispensa tratamentos que prolonguem artificialmente sua vida.

Para Flávio Tartuce (2018, p. 425): “A ortotanásia é prática utilizada para não gerar ao paciente um sofrimento físico, psicológico e espiritual, presente, por exemplo, pelo não emprego de técnicas terapêuticas inúteis de prolongamento da vida”.

O tratamento para prolongar a vida é inútil em determinados casos, por se tratar de pacientes cuja morte é iminente ou que possuem doenças incuráveis. Porém, isso não quer dizer que o paciente deixará de receber cuidados paliativos, mas sim que se buscará diminuir o sofrimento daquela pessoa que se encontra no fim da vida.

Esta modalidade é comparada com a eutanásia passiva, no entanto são institutos muito diferentes, pois a eutanásia passiva é a impossibilidade do profissional da saúde realizar os procedimentos médicos eficazes

ou paliativos, já a ortotanásia ocorre quando o paciente se nega a dar continuidade aos tratamentos que prolonguem sua vida de modo artificial.

Desta forma, existe um meio termo, nem a antecipação da morte e nem o seu retardamento, permitindo que a vida siga seu curso natural, sem adotar procedimentos de delongas ou acelerações e, o mais importante, sem o sofrimento do paciente, devendo ser mantidos apenas os cuidados terapêuticos que buscam uma morte tranquila e sem dor.

### 2.4 SUICÍDIO ASSISTIDO

O suicídio assistido muitas vezes é confundido com a eutanásia, de fato, existe um ponto semelhante, qual seja, o paciente em estado terminal ou com uma doença incurável buscando provocar a sua própria morte. No entanto, apesar desta semelhança, na prática elas são muito diferentes, pois a eutanásia exige uma ação direta de um terceiro. Por sua vez, o suicídio assistido consiste no auxílio de um terceiro para realizar a vontade do paciente em dar o fim a sua vida.

Sobre o tema, Santoro (2010, p. 124) sustenta que:

Ademais, o auxílio de terceiro para este fim é essencial à caracterização do suicídio assistido, pois é ele quem viabiliza os meios necessários à realização da conduta do

paciente terminal. Sem essa participação, o fato jurídico restringe-se à prática de suicídio simples, motivado por sofrimento demasiado decorrente de enfermidade incurável.

Ressalta-se que no suicídio assistido quem estimula a morte é o próprio paciente terminal, o terceiro somente contribui para o ato sendo de forma direta ou indireta, aquele que providencia os meios e condições para colocar em prática a vontade do indivíduo.

A legislação brasileira não considera o suicídio como um ilícito penal, visto que o suicida é o sujeito ativo e passivo da conduta. Porém, no que tange ao auxílio ao suicídio, tal conduta é tipificada pelo artigo 122 do Código Penal

Além disso, não se pode confundir os termos indução, instigação e auxílio ao suicídio, mas é válido ressaltar que todos são considerados ilícitos penais. A indução parte da ideia de se criar um desejo suicida na mente da vítima. Já a instigação parte de um estímulo para que a pessoa cometa o suicídio, sendo considerado um reforço a uma ideia já existente. Por sua vez, o auxílio ao suicídio consiste em uma participação material, onde a pessoa ajuda e fornece meios para que o suicídio ocorra.

Em relação ao auxílio ao suicídio, há o sujeito ativo e o passivo, o sujeito passivo

pode ser qualquer pessoa, salvo o suicida, e o sujeito passivo também pode ser qualquer pessoa desde que possua plena capacidade de tomar a decisão de eliminar a própria vida. Assim, caso se trate de um incapaz que atente contra a sua vida mediante auxílio de terceiro, quem auxiliou será considerado sujeito ativo pelo crime de homicídio.

Dessa forma, tanto o auxílio ao suicídio, quanto a instigação e a indução são ações penalizadas pela legislação brasileira, ou seja, toda conduta que gera algum auxílio ao suicídio é considerada como ilícita e está sujeita a ser penalizada nos termos do artigo 122 do Código Penal Brasileiro.

O que se observou é que até mesmo em outros países é comum existir uma resistência quanto a eutanásia, principalmente quanto a aprovação de normas que regulem e permitam que tal prática ocorra. Em nosso país não é diferente, existe uma grande resistência às discussões que envolvem a eutanásia e até mesmo o testamento vital. Todavia, os princípios que imperam sobre o ordenamento jurídico brasileiro fornecem subsídio para que seja descriminalizada a eutanásia, uma vez que por força do princípio da dignidade da pessoa humana, devem ser valorizadas a autonomia do indivíduo, suas liberdades e seus direitos fundamentais.

### 3 O TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil, ainda não há uma legislação específica que rege o tema das diretivas antecipadas da vontade. No entanto, isso não quer dizer que o testamento vital realizado no país seja inválido.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 dispõe sobre os princípios constitucionais, dentre os quais se destaca o princípio da dignidade da pessoa humana que está no artigo 1º, III da Constituição.

Na mesma esteira, temos o princípio da autonomia privada que é considerado pela doutrina como um princípio implícito no artigo 5º, III da CFRB/88 que dispõe sobre o tratamento desumano. Assim, com esse respaldo da legislação, é válido reconhecer que existe um permissivo para que seja realizada a implementação e regulamentação do testamento vital no país, pois os fundamentos constitucionais buscam conferir o direito à vida digna e a autonomia das pessoas, o que também pode ser alcançado através desse instituto.

O testamento vital também encontra fundamento legal no artigo 15 do Código Civil Brasileiro que dispõe que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico, ou intervenção cirúrgica”.

Desta forma, Ferreira (2015, p. 55) assevera que:

[...] há situações em que a vida do indivíduo pode-se encontrar comprometida, sendo este o caso do enfermo incurável, em que a postergação de sua morte certa não lhe trará nada a não ser dor e sofrimento, tanto para si como para os familiares.

Nesse diapasão, ao reconhecer o direito à vida digna e à autonomia da vontade do ser humano, pode-se perceber a notória contradição em submeter uma pessoa a um tratamento o qual não é de sua vontade e que tampouco trará de volta a sua vida a dignidade que uma vez existiu.

No que tange à ética médica, o Código de Ética Médica e as resoluções do Conselho Federal de Medicina regulamentam a atuação dos profissionais, disciplinando as infrações éticas, dentre as quais se incluem o desrespeito das disposições constantes nos artigos 22 a 24 do Código de Ética Médica de 2010.

Desta forma, em uma interpretação das referidas vedações, podemos considerar como condutas abusivas e humilhantes, submeter, sem o consentimento, os pacientes a determinados tratamentos médicos dolorosos e invasivos que talvez não acarretem a cura da doença.

Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina (CFM) redigiu a resolução nº 1995/2012 que recepcionou o testamento vital. A aplicabilidade desta resolução é restrita, por ser aplicável somente aos profissionais da medicina registrados pelo Conselho Federal de Medicina (CMF). No entanto, é facultado ao paciente que deverá registrar seu testamento vital no seu prontuário médico. Apesar de não ter eficácia *erga omnes*, a resolução pode ser considerada um grande avanço ao vincular o desejo do paciente aos tratamentos médicos que ele receberá.

Com isso, o artigo 2º da referida resolução dispõe que o médico responsável pelo paciente deverá levar em consideração suas diretivas antecipadas de vontade quando o enfermo não puder mais manifestar sua vontade.

Nesse sentido, diversas clínicas e centros médicos especializados em oncologia tem oferecido aos seus pacientes a opção de expressar através do testamento vital os procedimentos médicos aos quais deseja ser submetido em caso de doenças graves ou terminais (CORADAZZI, 2015, p.1).

### 3.1 NATUREZA JURIDICA DO TESTAMENTO VITAL

No que tange a natureza jurídica do testamento vital, a doutrina não é unânime. O entendimento que vem prevalecendo é

que o testamento vital possui natureza declaratória, o que o torna semelhante as demais formas de testamento abrangidas pelo nosso ordenamento jurídico (TARTUCE, 2017, p. 406).

Se houvesse uma legislação que regulamentasse o tema, teríamos um conceito definido de testamento vital e também sua forma material e formal.

Sobre o tema, preciosas são as lições de Rodrigo Santos Neves (2013, p. 18):

A expressão “testamento vital” não pode ser considerada da mesma forma que o testamento utilizado como declaração de última vontade, como forma de transmissão de herança. Isso porque o testamento mesmo é documento com eficácia diferida até a morte do declarante. O testamento vital – ou testamento de vida, ou diretiva antecipada de vontade dos pacientes – é manifestação de vontade pela qual o paciente, ciente de sua condição de enfermidade, declara, antecipadamente, suas escolhas quanto ao tratamento que deverá receber em caso de inconsciência.

Além da dificuldade de se estabelecer a natureza jurídica do testamento vital, o referido instituto também recebe críticas relacionadas a sua nomenclatura. Nesse sentido, Flávio Tartuce (2017, p. 408)

sustenta que não se trata de um testamento em si, mas sim de um ato jurídico *stricto sensu* unilateral, que pode, sim, produzir efeitos, uma vez que o seu conteúdo é perfeitamente lícito.

Para o autor supracitado, a validade do testamento vital também deriva do princípio da legalidade, segundo o qual tudo aquilo que não é proibido, é permitido para os particulares.

### 3.2 CAPACIDADE

A capacidade é fundamental para a legitimação de qualquer negócio jurídico. Deste modo, para elaborar o testamento vital é essencial que o indivíduo esteja em pleno gozo de sua capacidade, tendo em vista que nele disporá sua vontade sobre o fim de sua vida.

Portanto, para auferir a validade do testamento vital, é necessário observar se no momento da elaboração do documento seu subscritor estava em posse plena de suas faculdades mentais e detinha condições de decidir o que era melhor para si mesmo, pois existe uma grande chance de que a progressão da doença terminal faça com que o paciente fique impossibilitado de manifestar sua vontade.

Segundo Daniela Moraz (2015, p. 60), a capacidade para elaborar as diretivas antecipadas de vontade com a finalidade de suspender o esforço terapêutico é a mesma

determinada pelo Código Civil, devendo ser elaborada antes da perda da sua capacidade.

Ainda conforme as lições de Daniela Moraz (2012, p. 265), é válido considerar que a Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina ao utilizar o termo “autonomia da vontade” deixa claro que para redigir um testamento vital, é necessário que o paciente esteja em posse de sua plena capacidade civil, ou seja, deve ser maior de idade e ter pela consciência. (2012, p. 265).

É importante destacar que segundo o artigo 1860, parágrafo único do Código Civil, a partir dos dezesseis anos de idade já se faz presente a capacidade para testar.

Porém, há uma grande discussão em relação a capacidade do indivíduo para elaboração de um testamento vital, tendo em vista que a verificação da capacidade é requisito fundamental e indispensável para a validade de um testamento vital. Como o tema ainda não está pacificado, ainda não há um consenso acerca das questões que envolvem a validade de um testamento vital elaborado por uma pessoa com dezesseis anos, razão pela qual esses casos deverão ser resolvidos de forma casuística, com base nos princípios que regem o tema.

### 3.3 FORMA

A forma para elaborar o testamento vital é um ponto controvertido pela doutrina, principalmente pela ausência de

legislação que discipline expressamente o assunto, por isso muitas pessoas têm receio ao realizar um testamento por conta de futuras alegações de nulidade do documento.

Desta forma, o testamento vital, que também é conhecido como diretivas antecipada de vontade, não pode conter disposições de caráter patrimonial, pois este documento contém manifestações da vontade que deve conter única e exclusivamente disposições volitivas acerca da aceitação ou recusa a submissão de certos tratamentos médicos e cuidados paliativos. Além disso, é altamente recomendável que o testador nomeie um terceiro de confiança para decidir em seu nome quando estiver incapaz de manifestar a sua vontade (DADALTO, 2013, p. 23, apud BUSS 2018, p. 40).

A manifestação de vontade do paciente no testamento vital deve ocorrer de forma escrita, podendo ser registrada por instrumento público ou particular, e, nesse último caso, devendo ser subscrito por duas testemunhas que não sejam testamentários ou herdeiros legítimos do testador.

Segundo Júlia Cardoso Prado (2017, p. 41), o testamento vital tem a sua forma livre, conforme dispõe o artigo 107 do Código Civil, não estando ligado às formalidades que um testamento comum

tem, se tratando, assim, de uma declaração unilateral de vontade.

Sobre o testamento vital, Daniela Moraz (2015, p. 62) menciona que esse documento pode ser redigido através de: “uma escritura feita em cartório, na qual o paciente declara não aceitar a obstinação terapêutica, nem se manter vivo por aparelhos, especificando, ainda, que tipo de tratamento tolerará”.

Apesar de não existir lei que defina o registro do testamento vital, pode-se afirmar que a realização por escritura pública, diante a um tabelião de notas, serviria para garantir a sua efetividade, pois os tabeliões possuem fé pública.

Porém o Conselho Federal de Medicina não tem competência para impor a obrigatoriedade de que as diretivas antecipadas da vontade sejam registradas obrigatoriamente em cartórios. Entretanto, está formalidade da lavratura por escritura pública das diretivas antecipadas de vontade servem para garantir a segurança jurídica do documento e garantem que vontade do testador será seguida. (PRADO, 2017, p.41).

O testamento vital pode ser realizado pela *internet*, de acordo com o site RENTV (Registro Nacional de Testamento Vital), e o seu registro é feito de forma fácil, rápida e sem burocracia. Contudo, o próprio site eletrônico informa que para ter uma

segurança maior recomenda-se que o testamento vital seja registrado em Cartório de Notas, com o intuito de dar publicidade ao ato e resguardar o documento de futuras alegações de nulidade.

### 3.4 VALIDADE

Por mais que não exista legislação específica no Brasil, tanto o Conselho Federal de Medicina (CFM), quanto o poder judiciário, determina a validade do testamento vital.

A resolução permite que o paciente, deixe um testamento relatando sua vontade, e que possibilite a nomeação de um representante para que a sua pretensão seja cumprida mesmo que não haja o consentimento de seus familiares. (BENEVENUTE, 2014, Apuld, PRADO, 2017, p. 42)

Ao elaborar o testamento vital, é aconselhável a procurar um advogado e um médico que seja de confiança, pois para que ele seja valido é necessário que trate da interrupção ou suspensão de tratamento extraordinário, que visa apenas prolongar a vida do paciente. (BENEVENUTE, 2014, Apuld, PRADO, 2017, p. 42)

Para serem validos os testamentos perante o ordenamento jurídico brasileiro, o paciente não poderá dispor dos cuidados paliativos, sendo este o garantidor do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à morte digna.

### 3.5 LEGISLAÇÕES JURISPRUDÊNCIAS NO CENÁRIO JURÍSDICIONAL

Será apresentado nesta seção uma análise sobre a aplicabilidade das jurisprudências sobre o tema, com enfoque nas antecipações de vontade com demonstrativos de julgados das cortes e dos tribunais brasileiros.

No Brasil a realização da antecipação de vontade pelo testamento vital é possível por conta da interpretação do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal Brasileira (CFB), que dispõe sobre o princípio fundamental do ordenamento jurídico que é o da dignidade da pessoa humana, e o artigo 5º, inciso II e III também da CFB que garante o direito à vida, liberdade, a sua autonomia da vontade, e ainda a proibição de tratamentos degradantes e desumanos, considerando ainda a interpretação dos artigos 11 e 15 do Código Civil Brasileiro, são assegurados por estes o direito da personalidade e a não submissão a tratamentos médicos no qual não se deseja realizar.

No Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, houve um julgado de uma Apelação Cível no dia 20 de novembro de 2013 sobre o tema:

APELAÇÃO CÍVEL.  
ASSISTÊNCIA À SAÚDE.  
BIODIREITO.  
ORTOTANÁSIA.  
TESTAMENTO VITAL. 1. Se



o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer

que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida. (RIOGRANDE DO SUL, 2013).

O presente caso tratado na apelação cível não expressa o testamento vital, pois não se trata de morte certa, por existir a possibilidade de cura, no entanto o seu testamento vital seria no sentido de não se submeter a amputação de um dos seus pés, devendo assim ser respeitado a sua dignidade e a sua autonomia.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana ganhou papel de destaque no ordenamento jurídico nacional, informando e conformando os demais ramos do direito.

Assim, uma série de direitos foi elevada à categoria de direitos fundamentais. Apesar de não estar previsto de forma explícita na constituição e nas leis

brasileiras, o que se observa é que a legislação nacional dá respaldo para uma interpretação do direito a uma morte digna como decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme foi demonstrado ao longo deste trabalho, o debate das formas de interrupção voluntária da vida humana, como é o caso da eutanásia, são extremamente relevantes para a sociedade por ser uma decorrência do mais importante princípio do ordenamento jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana.

Verificou-se que existem diferenças entre as diversas modalidades de interrupção voluntária da vida humana e que o termo eutanásia frequentemente é utilizado de maneira incorreta. Conforme restou demonstrado, a eutanásia consiste nos casos em que o agente provoca a morte do paciente movido por um sentimento de piedade para com o sofrimento da pessoa, podendo tomar tal atitude até mesmo a pedido da vítima.

Para a concretização dos objetivos deste estudo, o presente trabalho foi dividido em três seções. Na primeira seção analisamos questões afetas a bioética e ao biodireito, tendo sido trabalhados seus princípios norteadores.

Por sua vez, no segundo capítulo, verificamos questões referentes a

terminalidade de vida, analisando as diferenças e as peculiaridades das diferentes formas de interrupção voluntária da vida, com ênfase na eutanásia, distanásia, ortotanásia e suicídio assistido.

Por fim, no terceiro capítulo, verificamos questões relativas a natureza jurídica, os requisitos para sua forma e validade, bem como a legislação e a jurisprudência acerca do tema.

Portanto, o que se observou com a realização do referido trabalho a extrema importância de refletir sobre as questões que envolvem o testamento vital, tendo em vista que se trata de um documento que pode ser um poderoso instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana.

Além disso, restou demonstrado que a própria principiologia que impera sobre o ordenamento jurídico brasileiro fornece um subsídio para que sejam aceitas as formas de interrupção voluntária de tratamentos e para que sejam reconhecidas as disposições de vontade manifestadas através do testamento vital, uma vez que por força do princípio da dignidade da pessoa humana, devem ser valorizadas a autonomia do indivíduo, suas liberdades e seus direitos fundamentais.

Além disso, concluímos que é necessário que a vontade do paciente tenha sido redigida e documentada quando este ainda se encontrava em posse de sua plena

capacidade civil para declarar, antecipadamente, os tratamentos médicos que deseja ser submetido no momento em que se encontra doente ou em fase terminal.

Diante do exposto, considerando que o direito à vida é um direito do paciente, não um dever, concluímos que inexistente razão jurídica capaz de impedir a decisão de interrupção do tratamento que preserva artificialmente a dolorosa sobrevivência do enfermo, razão pela qual os testamentos vitais, que observam os requisitos necessários para sua elaboração, devem ser respeitados.

## REFERÊNCIAS

- Barroso, Luis Roberto e outra. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. Disponível em: [https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/a\\_morte\\_como\\_el\\_a\\_e\\_dignidade\\_e\\_autonomia\\_no\\_final\\_da\\_vida.pdf](https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/a_morte_como_el_a_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf). Acesso em 13.08.2020;
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).> Acesso em: 03 ago. 2019.
- \_\_\_\_\_. Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 2.217/2018. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2019.
- \_\_\_\_\_. Código Penal Brasileiro. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm)> Acesso em 07 ago. 2017.
- BUSS, Beatriz Prá. A viabilidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/5068/TCC%20Beatriz%20Assinado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 16 mai. 2019.
- DINIZ, Maria. Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GENOVEZ, Juliane dos Santos. O testamento vital e o melhor interesse do paciente à luz dos princípios da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/3250/1/TCC%20%20vers%C3%A3o%20final.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2019.
- HOGEMANN, Edna Raquel. Conflitos bioéticos: clonagem humana. 2.ed. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013a.
- KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.
- MORAZ, Daniela. O testamento vital como meio de efetivação do direito à morte com dignidade. Disponível em: <http://repositorio.upf.br/bitstream/riupf/784/1/CAS2015DanielaMoraz.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

PRADO, Julia Cardoso. O testamento vital: a legislação atual e a viabilidade da implantação do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em:

<<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/18600/6/TestamentoVitalLegislacao.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2019.

ROCHA, Renata. Eutanásia, suicídio, distanásia, ortotanásia e testamento vital: aspectos éticos e jurídicos acerca da morte digna. Revista Cruzeiro do Sul. Disponível em:

<[http://revistapos.cruzeirosul.edu.br/index.php/jus\\_humanum/article/view/891/707](http://revistapos.cruzeirosul.edu.br/index.php/jus_humanum/article/view/891/707)>. Acesso em: 06 maio 2019.

SALVADOR, George Murillo. as diretivas antecipada de vontade: Testamento Vital. 2017. Disponível em:

<<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/55506/GEORGE%20MURILLO%20DE%20SALVADOR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

SANTOS, Guilherme Soares. Testamento vital e diretivas antecipadas da vontade. 2016. Disponível em:

<<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/1316/1/Guilherme%20Soares%20dos%20Santos.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na

constituição federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito da Sucessões. Rio de Janeiro: Método, 2017.

RIDOLPHI, Alencar Cordeiro. O testamento vital em pauta: a autonomia da vontade à luz dos princípios norteadores da bioética Revista Científica Interdisciplinar. Disponível em:

<<http://www.multiplosacessos.com/multacess/index.php/multacess/article/view/15/15>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

# COMPLIANCE COMO MECANISMO DE DESENVOLVIMENTO DE RESPONSABILIDADE SOCIAL NAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

Raphael Vieira da Fonseca Rocha<sup>6</sup>

Lucas Pinto da Fonseca Bonfim<sup>7</sup>

## RESUMO

Em 2013, a Lei nº 12.846 foi editada para combater a corrupção, criando mecanismos para desestimular as empresas de se envolverem com esses atos temerários. Sabe-se que as micro e pequenas empresas compõem a maior parte da economia. Diante das exigências legais e do mercado, os pequenos empresários precisam se adaptar para sobreviverem à competitividade. Grande diferencial é a empresa que se utiliza do conceito de responsabilidade social em sua missão. A solução para que os pequenos negócios se adequem às novas realidades consiste nos programas de *compliance*, mencionado na lei anticorrupção como ferramenta destinada a levar as empresas a atuarem dentro das normas, com ética e integridade.

**Palavras-Chave:** *Compliance*. Responsabilidade Social. Micro e Pequena Empresa.

## ABSTRACT

In 2013, Federal Law No. 12.846 was enacted to fight corruption, creating mechanisms to discourage the involvement of companies in reckless acts. It is known that micro and small business make up the major portion of the economy. In face of the legal and market requirements, small business owners need to adapt to survive competitiveness. The great differential is when the company uses the concept of social responsibility in its mission. The solution for small businesses to adapt to new realities consists of *compliance* programs, mentioned in the anti-corruption law as a tool designed to lead companies to act within the rules, with ethics and integrity.

**Keywords:** *Compliance*. Social Responsibility. Micro and Small Business.

## INTRODUÇÃO

Observando o cenário de corrupção no Brasil e os impactos na economia, o Poder Público precisou tomar medidas que afetariam significativamente as relações privadas. Para reduzir as ocorrências de atos lesivos contra a Administração Pública, foi elaborada a Lei 12.846/2013, com denominação de Lei Anticorrupção.

Esta regulamentação versa sobre a responsabilização civil e administrativa de

pessoas jurídicas pela prática de condutas lesivas em face da Administração Pública, instituindo pesadas penalidades para aqueles que se envolverem com ações temerárias. A imposição de suas sanções trará sérios prejuízos ao funcionamento da organização empresária.

Diante da Lei Anticorrupção e da insegurança que assola o mercado e as transações comerciais no âmbito privado, frutos da corrupção, passou-se a exigir

<sup>6</sup> Bacharel em Direito pela UFRJ. Mestre e Doutorando na linha de pesquisa em Direito Internacional pela UERJ. É professor do Centro Universitário Serra dos Órgãos (UNIFESO) e Advogado. Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9013801581071031>.

<sup>7</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Serra dos Órgãos (UNIFESO). Pós graduando em Direito Civil e Empresarial pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus e Advogado.

novas posturas das empresas, relacionados à transparência e comportamentos éticos e de integridade.

Urge mencionar que a Lei 12.846/2013 não se dirige apenas às grandes empresas. As microempresas e empresas de pequeno porte também são alvo dos mandamentos da legislação. Mesmo tendo estruturas menores, os riscos de causarem danos ao Poder Público existem e devem ser combatidos. Surge, pois, a necessidade de se moldarem, proporcionalmente às suas condições, aos deveres trazidos nas normas jurídicas.

Para suprir às metas delineadas na Lei Anticorrupção e às exigências de novas posturas, apresenta-se como ferramenta o programa de *compliance*. A sua implementação nas empresas revela-se como método eficaz de busca de proteção da organização em face de envolvimento com atos lesivos, agindo principalmente de forma preventiva. O *compliance* proporcionará significativas mudanças na estrutura empresarial, promovendo a ética.

Entretanto, os objetivos das sociedades empresárias ao adotarem programas de *compliance* como meio de satisfação da lei e das cobranças do mercado não devem parar por aqui. Para uma organização se estabilizar e consagrar no mercado é imprescindível abrir o horizonte da visão empreendedora contemporânea. O

simples cumprimento das leis não se mostra suficiente, é preciso trabalhar um conceito mais coletivo da empresa.

Trata-se do instituto da responsabilidade social, sendo uma forma de gerir os negócios levando-se em conta interesses fora do objeto das atividades econômicas, resguardando direitos de funcionários, clientes e fornecedores. A exploração das atividades pela pessoa jurídica de forma responsável é grande diferencial para adquirir credibilidade no mercado.

Nestes termos gerais, é objetivo da presente obra analisar as noções gerais do direito empresarial para melhor compreensão das regras e princípios aplicáveis às sociedades empresárias. Em especial, foca-se nas microempresas e empresas de pequeno porte, perpassando pela lei que institui o regime de tratamento especial (Lei Complementar 123/06).

Será analisado o *compliance*, articulando seu conceito, principais objetivos e como que pode influenciar positivamente uma empresa, seguindo as normas da Lei 12.846/2013, interpretando-se conjuntamente com o Decreto 8.420/2015 e a Portaria 909/2015 de autoria da Controladoria Geral da União, na qual estabelecem os caminhos para a criação de um programa condizentes com a realidade

da a microempresa e empresa de pequeno porte.

Por fim, a exploração do tema se direcionará para a responsabilidade social, analisando seus conceitos, sua importância para definir o papel da empresa na sociedade, traçando-se um paralelo com o princípio da função social. O cerne da discussão na presente obra repousa se o *compliance* é mecanismo ideal para desenvolver a responsabilidade social na ME e EPP. Os instrumentos a serem utilizados para investigação científica do tema serão as pesquisas bibliográficas e legislativas, empregando o método hipotético-dedutivo.

### **CONSIDERAÇÕES GERAIS DO DIREITO EMPRESARIAL**

O direito tende naturalmente a acompanhar as evoluções da sociedade nos mais variados aspectos, seja social, familiar, econômico, ambiental, como também na esfera do direito privado, mais especificamente no ramo do direito empresarial.

O Código Civil de 2002 veio trazer inúmeras evoluções para o arcabouço jurídico, no que tange às novas estruturas principiológicas, regras e conceituações. A vinda do diploma civil se deu para responder aos novos paradigmas da Carta Magna de 1988. As áreas tratadas pelo Código Civilista adquiriram sublime

tratamento, incluindo o direito das empresas.

O direito empresarial, denominado também de direito comercial, possui amparo, no que diz respeito aos princípios, natureza jurídica e formas de gestão, na Constituição Federal (Art. 170 e ss), no Código Civil (Livro II – Do Direito da Empresa) e em legislação especial, como a Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção), Lei Complementar 123/2006, entre outras.

Depreende-se da doutrina uma formulação do que vem a ser o direito comercial ou empresarial. Entende-se que é conjunto de regras que cuidam da atividade econômica organizada chamada de empresa. O campo de incidência das normas recai no meio socialmente estruturado com conflitos de interesses englobando empresários. Nesses parâmetros, é o ramo jurídico voltado a assuntos significativos aos empresários e a maneira de como se estrutura a produção e a negociação de bens e serviços (COELHO, 2008 p. 5).

Mesmo a doutrina se dedicando em definir conceitos intrínsecos com o ramo do direito empresarial para a sua adequada aplicabilidade, há grande dificuldade em chegar a um acordo conclusivo, decorrente de ausências legislativas.

Expõe-se o fato que a legislação não define a empresa, mas o empresário, tendo seu conceito descrito no *caput* do Art. 966 do Código Civil: “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

A visão disciplinada neste artigo passou por diversas alterações legislativas, perpassando por três fases até se formar a atual teoria da empresa. Prefacialmente, a expressão designada para este ramo era apenas direito comercial, inexistindo a ideia de sociedades empresárias.

A primeira fase nos remete em meados da Idade Média, momento em que já existia produção de bens e troca entre as pessoas e comunidades. Com a efervescência da atividade mercantil, surgiu a necessidade de gerar um direito aplicável para as controvérsias próprias das relações negociais. Pela descentralização política e ausência do Estado que havia, esse serviço ficou a cargo das Corporações de Ofícios, primeiras organizações a produzir legislação referente ao tema.

Portanto, a primeira fase do direito comercial é conhecida como subjetivista, em razão de as normas serem aplicáveis apenas para os membros das corporações, sendo um direito feito por comerciantes para os comerciantes (RAMOS, 2016, p. 33).

Tempos depois, veio a codificação napoleônica, realizando a bipartição do direito privado em direito civil e direito comercial, dando início à segunda fase do direito comercial. O código civil atendia aos interesses da classe da nobreza fundiária, já que se preocupava em tutelar o direito da propriedade. O código comercial, por sua vez, refletia os interesses da burguesia comercial e industrial, por condecorar a riqueza e as atividades comerciais.

Os dois códigos pertenciam ao direito privado, surgindo a necessidade de se delimitar a incidência das normas, ou seja, criar um critério de aplicação dos dois regimes, evitando misturar relações civis com as comerciais.

Foi então que a doutrina francesa criou a teoria dos atos de comércio. Aquele que praticasse os atos de comércio (definidos em lei) era qualificado como comerciante. Percebe-se que a criação desta teoria alterou a natureza do direito comercial, deixando de ser subjetivista para ser objetivista (era definido pelo sujeito e passa a ser definido pelo objeto).

A teoria dos atos de comércio compreendia a atividade de circulação de bens e de serviços e as trocas de produtos, deixando de lado práticas mercantis relevantes, como a prestação de serviços. Verifica-se que a teoria não englobava a amplitude das mais variadas formas de



relação comercial, mostrando-se obsoleta (RAMOS, 2016, p. 33).

Avança o direito comercial, dessa forma, para mais uma fase. Era preciso formular uma nova visão, mais moderna e capaz de abarcar as diferentes relações de natureza econômica. Vem então a teoria da empresa, gerada pelo Código Civil Italiano em 1942, com intuito de adequar as leis às novas relações mercantis nascidas na sociedade, gerando novo critério para aplicação das regras referentes ao regime jurídico empresarial.

O jurista italiano Alberto Asquini formulou uma visão de empresa como fenômeno econômico poliédrico, que se modificou com o tempo para o que conhecemos como os três perfis da empresa: perfil subjetivo (empresa como pessoa – o empresário); perfil funcional (empresa como atividade econômica organizada) e perfil objetivo (empresa como estabelecimento empresarial) (RAMOS, 2016, p. 39).

As três realidades da empresa, portanto, são o empresário, o estabelecimento empresarial e a atividade empresarial. A terceira fase do direito comercial revela-se como de grande evolução, na qual o direito comercial, o tradicional direito do comerciante ou do ato de comércio, passou a ser o direito

empresarial, englobando várias relações jurídicas.

Os conceitos do direito empresarial giram em torno da formulação de Asquini. Retirando as construções teóricas dos perfis da empresa, conclui-se as definições adotadas pelo Código Civil. Empresário é aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada e estabelecimento é o conjunto de bens afetados para o exercício de atividade econômica organizada.

A inovadora formulação da teoria da empresa para o direito comercial, agora digno de ser chamado de direito empresarial, concedeu nova delimitação para a injunção das normas referentes à matéria. O direito empresarial aplica-se a qualquer atividade econômica exercida de forma empresarial, ou seja, é a forma de exercer uma atividade que define a aplicação das regras deste ramo do direito privado.

### **AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS**

A legislação brasileira empenhou-se em construir um ambiente propício para o desenvolvimento de diferentes modelos de negócio, considerando os grandes e os pequenos. Na maior parte dos casos os empresários não possuem recursos para fundar uma grande sociedade, devendo começar com um negócio simplificado,

adequado à sua realidade, o que exige normas que forneçam condições especiais para o regular crescimento.

Levando-se em conta as diferentes estruturas empresariais, passa-se ao exame das micro e pequenas empresas.

Não havia no arcabouço legislativo brasileiro uma sistematização de normas referentes às microempresas. A matéria detinha apenas leis esparsas para a sua regulamentação. No mais, em regra os pequenos empreendimentos se submetiam às mesmas regras das grandes sociedades empresariais, “razão pela qual ou optavam pela sonegação de impostos e fraude administrativa, ou estavam fadados ao insucesso” (RAMOS, 2016, p. 851).

Nesse ínterim, foi editada a Lei nº 7.256/1984 – o primeiro Estatuto da Microempresa. Fornecia aos microempresários certos benefícios tributários, creditícios, trabalhistas, administrativos e para o fomento do desenvolvimento empresarial, sendo posteriormente absorvidos pela Constituição Federal, ao dispor no Art. 179:

a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela

simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Cabe expor que a Emenda Constitucional nº 6/1995 incluiu na lista dos princípios gerais da atividade econômica o tratamento favorecido para os pequenos empreendedores (Art. 170, IX).

Foi na Lei nº 8.864/1994 que nasceu a figura da empresa de pequeno porte, com o objetivo de tornar gradual a passagem do pequeno empreendedor sob o regime empresarial especial para o geral, uma vez que não suportaria uma brusca transição para um regime com maiores exigências administrativas e fiscais.

Pela Emenda Constitucional nº 42/2003, intitulada de Reforma trabalhista, exigiu-se que o tratamento diferenciado e simplificado dispensado para a microempresa (ME) e empresa de pequeno porte (EPP) fosse disciplinada por lei complementar. O comando foi obedecido com a edição da Lei Complementar 123/2006, o novo Estatuto das MEs e EPPs. A partir de então, foi possível extrair uma definição da ME e da EPP, restando claro o campo de incidência do novo estatuto. Para a Lei Complementar 123/06, no Art. 3º:

consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I – no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

Nota-se que o objetivo central da LC 123/06 é tornar simplificado alguns requisitos para a criação e atuação das ME's e EPP's. Urge mencionar que para essas empresas está dispensada a obrigação de realização de assembleias e reuniões (Art. 70 da lei citada). A burocracia para consolidação de deliberações nas micro e pequenas empresas não são exigíveis (TOMAZETTE, 2017, p. 829).

Pode-se afirmar que várias regras vantajosas nasceram com essas inovações legislativas. É o caso do acesso à justiça. Em busca de facilitar o ajuizamento de ação no Poder Judiciário para soluções de controvérsias, informa o Art. 74 da LC 123/06: “aplica-se às microempresas e às empresas de pequeno porte de que trata esta Lei Complementar o disposto no § 1.º do art. 8.º da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995 [...]”.

Destarte, ao micro e pequeno empresário é outorgado a possibilidade de ingressar nos Juizados Especiais Cíveis com demandas judiciais. Colabora substancialmente nesse sentido o jurista André Santa Cruz Ramos (2016, p. 884) ao dizer:

essa norma é importantíssima, uma vez que propicia aos microempresários e aos empresários de pequeno porte uma significativa redução de custos e assegura a eles uma maior rapidez na solução de suas controvérsias judiciais.

Outro aperfeiçoamento promovido pelo Estatuto da ME e EPP foi o regime simplificado de tributação. Os estatutos anteriores elencaram grandes privilégios para o micro e pequeno empresário em questões administrativas, creditícia e outras; porém não o tributário, que apenas veio a ser regulamentada na Lei 9.317/1996.

Obedecendo a Constituição Federal, a lei em apreço (revogada posteriormente pela LC 123/06) trouxe a previsão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES. Dessa forma, aqueles que adotarem essa modalidade tributária, pagam variados tributos, como o PIS, IPI, ICMS e ISS, com um único recolhimento mensal proporcional (COELHO, 2008 p. 35).

Pois bem, pelos efeitos da Lei Complementar 123/2006, do sistema diferenciado e simplificado, foram abertas oportunidades para que ao micro e pequeno empresário montem seus negócios de forma estável. O novo regime dispensado ofertará um campo fértil para o crescimento e amadurecimento diante do mercado. Afinal, é o escopo vital da lei: favorecer o desenvolvimento empresarial dos pequenos empreendedores.

### **COMPLIANCE: SUA DEFINIÇÃO E IMPORTÂNCIA**

No cenário brasileiro, a proporção dos escândalos de corrupção, além dos danos causados no setor público, criou instabilidade no âmbito das relações comerciais, pondo-se em xeque a confiança entre os empresários. Considerando que a base econômica do país repousa nas transações comerciais praticado pelos particulares, era de se esperar certa queda da

atuação do mercado, observando-se ainda que a maior parte da composição das sociedades empresariais é por micro e pequena empresa.

Os índices de corrupção no Brasil afetam, portanto, a economia, a geração de empregos e o mundo empresarial. Tirar a confiança e credibilidade do mercado desestimula os investimentos e as negociações dos empresários.

Nesta linha, novos anseios originaram-se nas relações entre estes entes. Surgiram exigências de novas posturas das empresas pela sociedade moderna, requerendo a desenvoltura de uma consciência social (LUCCA, 2009, p. 329).

Em complemento a este fato, a legislação brasileira precisava se adaptar a este cenário. Era preciso iniciar medidas decisivas para contornar a situação. Foi então que em 2013 o Governo editou a Lei nº 12.846/13 - Lei Anticorrupção. Há no arcabouço brasileiro outras legislações pertinentes ao tema, mas foi a referida lei que trouxe esperanças de sucesso do combate a corrupção no país.

O novo diploma legal se mostra como real estimulador para a geração das novas condutas no seio empresarial no combate à corrupção, guiado por política ética através de programas de integridade (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 2).

Grande novidade trazida pela Lei Anticorrupção é a adoção de mecanismos de desestímulo e prevenção à atos de corrupção, ao instituir a responsabilidade objetiva para as empresas. A modalidade objetiva da responsabilidade (XAVIER, 2015, p. 41):

independe de dolo ou culpa – às empresas que praticarem os atos lesivos. Mais especificamente, o estabelecimento de responsabilidade objetiva se traduz na punição da pessoa jurídica independentemente de sua concordância com a prática ilícita.

Verifica-se que o mecanismo da responsabilidade objetiva em relação às pessoas jurídicas de direito privado é verdadeira estratégia para que a política de combate à corrupção surta efeitos. São as considerações doutrinador Tomazette (2017, p. 342) que

A essência da referida lei é uma responsabilização objetiva, tanto para fins civis quanto para fins administrativos, em razão de atos lesivos praticados contra a administração nacional ou estrangeira. Constituem atos lesivos, práticas que vão desde a

corrupção, passando por fraudes em licitações até a imposição de obstáculos a fiscalização governamental.

Qual seria a solução para os empresários, tanto os grandes quanto os pequenos, uma vez que todos são submetidos à lei, para continuarem com o desenvolvimento de seus negócios protegidos de envolvimento em atos de corrupção? Eis que chegamos ao ponto. A solução trazida pela mencionada lei vem a ser o *compliance*.

Uma definição apresentada pela advogada Alessandra Gonzalez<sup>8</sup> (2018), pode-se aduzir que “é uma palavra de origem inglesa, é um substantivo que se origina do verbo *to comply with*, que significa agir de acordo com, isto é, agir de acordo com uma lei, uma norma, um regulamento, uma política interna”. A partir do Art. 7º, inciso VIII da Lei nº 12.846/13, observa-se que o *compliance*, de forma sucinta, é um regime de conformidade (CARVALHOSA, 2015, p. 324).

A abrangência do referido termo se ampliou e não significa apenas cumprir leis e regras de forma fria. Os programas de *compliance* têm o escopo de (SIMONI, 2017, p. 1):

---

<sup>8</sup> Sócia fundadora da *Legal Ethics Compliance* (LEC), uma empresa brasileira dedicada à difusão de cultura de *compliance* do mundo.

designar os esforços adotados pela iniciativa privada para garantir o cumprimento de exigências legais e regulamentares relacionadas às suas atividades e observar princípios de ética e integridade corporativa. [...] Muito mais do que a mera observância às normas [...] objetivando que a organização seja mais eficiente e rentável de forma sustentável, atentando-se às regras e evitando condutas temerárias.

Enfim, o *compliance* é o regime de conformidade que tem por finalidade estabelecer a padronização das condutas empresariais em consonância com a lei através de adoção de Código de Ética, treinamento do quadro profissional da empresa e criação de Auditorias Internas com competências para analisar a procedência das transações praticadas pela dita pessoa jurídica. Tudo isto se propondo a combater a prática de atos ilícitos no âmbito das empresas (CARVALHOSA, 2015, p. 30).

Examina-se que a lei anticorrupção prevê incentivos para a adoção de programas de integridade pelas empresas. É válido expor a visão de que tais incentivos variam sob óticas positivas e negativas.

Pontos positivos fornecidos pela lei, como exemplo, é a atenuação de penalidade a ser imposta na sociedade empresária

perante uma conduta ilícita, em razão de possuir um programa de “integridade”.

Este termo, usado como sinônimo de *compliance*, nos indica que na aplicação de sanções será levada em consideração a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade na empresa punida (Art. 7º, VIII, Lei nº 12.846/13), desde que comprove possuir e aplicar um programa de *compliance*. É a defesa que a empresa dispõe numa eventual penalização (GIEREMEK, 2015, p. 1).

A perspectiva negativa da Lei Anticorrupção, por sua vez, cite-se que (XAVIER, 2015, p. 450)

a Lei nº 12.846/13 prevê pesadas sanções às condutas ilícitas, a maioria de caráter punitivo indenizatório e natureza pecuniária. Assim, caso seja constatada a prática de condutas consideradas lesivas à Administração Pública, a pessoa jurídica se sujeitará às sanções administrativas ali previstas.

Os programas de *compliance* são importantes para preservar a reputação das empresas, pois o seu valor está diretamente ligado à sua opinião pública. Empresas que se envolveram com escândalo de corrupção terão um largo caminho a percorrer para reverter os danos e a sua imagem perante o mercado.

Em síntese, a função de um programa de *compliance* é prevenir, detectar e renegar a prática de desvios de condutas por funcionários, colaboradores, administradores e os sócios, que colocam a empresa sujeita a riscos reputacionais e de sanções previstas na Lei Anticorrupção. A empresa que adota um regime de conformidade produz confiança e credibilidade no mercado, conquistando fornecedores, investidores e clientes.

É válido ressaltar que o *compliance* supre a necessidade de se criar uma cultura de integridade e transparência na empresa, atendendo às exigências do mercado e da lei. Podemos entender que (TOMAZETTE, 2017, p. 532)

pela transparência, devem ser prestadas todas as informações necessárias a manter os acionistas e os investidores potenciais completamente informados acerca da efetiva situação da companhia. Pela integridade, equidade ou lealdade, deve haver um respeito aos interesses dos minoritários e um efetivo cumprimento da lei, tornando a sociedade mais confiável.

Urge expor que o *compliance*, numa visão mais inteligível, é uma questão estratégica, com potencialidades aos mais variados tipos de organizações (grandes ou pequenos). A utilização do *compliance* é

um acerto para a consumação de uma cultura ética e de integridade. Sua função se estende a fortificação da imagem das empresas e na confiança negocial (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 2).

### **A RESPONSABILIDADE SOCIAL NO MUNDO EMPRESARIAL**

As sociedades empresárias têm o escopo basilar de acumular riquezas e distribuí-las aos seus sócios, beneficiando outros interessados indiretamente, como os colaboradores e o fisco. O objetivo de gerar lucros precisou se harmonizar com as novas exigências contemporâneas que passaram a questionar a missão das empresas enquanto ente social.

A atividade econômica adquiriu novos contornos sobre seus valores, recebendo um *upgrade* pelos princípios contidos no Art. 170, CF/88, ou seja, obteve um viés social. Além da consecução do fim lucrativo, o desenvolvimento social é uma meta concomitante.

Impende expor a influência da Constituição Federal de 1988 na seara privada ao tutelar fortemente direitos metaindividuais. O direito privado passa a ter uma abordagem baseada na justiça social, já que as relações de caráter privado não podem ofender os bens jurídicos conservados pelo Estado. Restou construída uma visão mais humanista do direito empresarial, passando a inserir a empresa

num contexto social (LANNES, 2016, p. 16-21).

A empresa, sendo ente gerador de riquezas, também é agente de transformações na sociedade. Considerando que o lucro é o fim maior da ordem econômica, a atividade econômica ganha novo papel ao lado do Estado na promoção da igualdade social (GUEDES; BARBOSA, 2016, p. 04).

Na Carta Magna, a previsão no Art. 170 preconiza que “a ordem econômica (mundo do ser) deverá estar fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa”. Substitui-se a ordem econômica liberal por uma intervencionista, porém comprometida com a preservação do capitalismo (GRAU, 2012, p. 71 Apud ADAMS, 2016, p. 08).

Os valores e princípios da ordem econômica resguardam com prioridade o trabalho humano sobre outros valores da economia de mercado, tendo como exemplos a propriedade privada e sua função social; a busca do pleno emprego e a livre concorrência.

O tema da responsabilidade social é compreendido, por conseguinte, como obrigação constitucional (Art. 170 e incisos) a ser seguida pelos empresários. A ordem econômica conecta a economia capitalista a uma finalidade humana, objetivando manter intactos os ditames da

justiça social e a vida digna das pessoas (ADAMS, 2016, p. 09-10).

O empreendedorismo com o cunho social é de observância obrigatória pelo Estado (para garantir os direitos), bem como daqueles que exercem uma atividade empresarial. Destarte, a responsabilidade social exige dos empresários uma atuação com ética, não se excluindo o fim lucrativo, por ser um ente de relevância social (ADAMS, 2016, p. 06).

Com a análise da proteção constitucional de direitos sociais e a influência no direito privado, é mister investigar um princípio basilar do direito empresarial, ligado com a responsabilidade social, de modo que caminham lado a lado: a função social da empresa.

As sociedades empresárias evoluíram o conceito de ser mera produtora de bens ou prestadora de serviços, levando-se em conta a sua relevância social. São fontes geradoras de riqueza e emprego, com objetivos econômicos determinados e em constante expansão. O Estado democrático de direito vincula o crescimento econômico ao desenvolvimento social.

A partir desta visão, verifica-se a presença da função social, sendo as suas implicações: a) os bens de produção devem ter uma destinação compatível com os interesses da coletividade; b) a produção e a distribuição de bens úteis à comunidade; c)



gerar riquezas e empregos (LANNES, 2016, p. 16).

Assim sendo, é válido expor que a função social da empresa “constitui o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres” (FILHO, 2003, p. 40 Apud LANNES, 2016, p. 17).

Dessa forma, a empresa necessita ter uma postura responsável, explorando a atividade econômica, com a finalidade lucrativa, de forma ética e íntegra. O princípio da função social da empresa “impõe ao proprietário ou a pessoa que controla a empresa o dever de exercer esse poder em benefício de outrem e não apenas em prejuízo desses” (ADAMS, 2016, p. 07-13).

Verifica-se de plano que, apesar da preocupação da atividade econômica em respeitar os valores sociais constitucionais (livre iniciativa, dignidade humana, etc.), a função social não reprime que o lucro é a finalidade basilar da empresa. A obtenção de lucros não pode ser encarada como algo maléfico, uma vez que a sociedade empresária tem importância “para uma determinada comunidade na medida em que gera empregos, recolhe tributos, etc” (ADAMS, 2016, p. 07).

Posto isso, torna-se descomplicada a inquirição da responsabilidade social, premissa que caminha paralelamente com a função social da empresa, que apesar de guardarem similaridades, são institutos distintos. A responsabilidade social é o caminho para que as relações da empresa estejam balizadas por uma ética de compromisso, dado que são formalizados com diversos segmentos, como funcionários, consumidores, fornecedores, meio ambiente, mercado e comunidade (OLIVEIRA, 2017, p. 06).

Em termos gerais, a responsabilidade social é uma busca por promoção de melhores condições de vida para as pessoas envolvidas com a atividade empresarial, preservando valores comunitários, elevando ao ápice a dignidade humana. Neste passo, vale apontar uma distinção diante do princípio da função social. A diferença central é que a responsabilidade social corresponde a “uma conduta adotada pelas empresas voluntária ou espontaneamente, ou seja, sem que haja qualquer tipo de imposição legal” (OLIVEIRA, 2017, p. 07-08).

A responsabilidade social guarda conexão com a função social da empresa no sentido de que condicionam as metas de desenvolvimento da sociedade empresária à obediência da ética, transparência e respeito às normas, o que leva a conclusão de

promoção da justiça social previstos nas normas constitucionais (LANNES, 2016, p. 20).

Partindo do ideal de uma empresa socialmente responsável (aquela que se preocupa com os direitos alheios) abre espaço para o empresário se manter no mercado, gerando rendas, recolhendo tributos, transmitindo mais credibilidade, prosperando o negócio. Fica afastada a premissa de que a empresa serve apenas para perseguir o lucro (LANNES, 2016, p. 21).

A observância das normas relativas aos direitos coletivos contidas na CF/88 pelos empresários mostra-se uma estratégia de sobrevivência, haja vista que a sua atuação de forma responsável será reconhecida pela comunidade local, elevando sua boa imagem reputacional.

Resta claro que a empresa que assume a responsabilidade pelas questões sociais ligadas à atividade econômica possui um diferencial no mercado, tendo a seu lado mais uma vantagem competitiva, cumprindo conseqüentemente com a função social (imposição legal).

#### **A INSERÇÃO DO COMPLIANCE NAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS E OS SEUS EFEITOS PARA A RESPONSABILIDADE SOCIAL**

Assente no Art. 41 do Decreto nº 8.420/2015, é de fácil percepção de que o programa de *compliance* idealizado na lei, a

priori, foi direcionado para as grandes empresas. A referida norma aponta mecanismos que se incorporados levam a efeito o programa de integridade, como auditoria, canais de denúncia e códigos de ética. São ferramentas que não se adequam às pequenas empresas, que normalmente são familiares.

Além do mais, a implantação de um robusto programa de *compliance* é relativamente onerosa para os pequenos negócios. Como visto na seção 1.1 da presente obra, o faturamento das ME e EPP são (e devem) ser abaixo do teto previsto na LC 123/06, o que significa não possuírem recursos para investirem em programas de integridade, diferente das grandes empresas, detentores de boas condições financeiras (VIANA, 2017, p. 14).

Não obstante os desafios para se implementar um programa de *compliance* nas pequenas empresas, há um caminho que torna possível a adaptação destas empresas à lei e às exigências do mercado. O que há de se fazer é a “ponderação em relação a forma de implementação do programa de *compliance* na microempresa e na empresa de pequeno porte” (VERONESE, 2016, p. 14).

Valendo-se da flexibilização, os pequenos devem desenvolver seu próprio programa de conformidade, padronizando-o conforme a sua realidade (TOMAZETI et

al, 2016, p. 12). Portanto, perfazer uma investigação da realidade da sociedade e estudar suas especificidades acerca do contexto na qual está situada, é o caminho seguro e ideal para iniciar um modelo de programa eficaz (VIANA, 2017, p. 11).

Não se trata apenas de tese doutrinária, na qual a possibilidade de ponderar um programa de *compliance* possui amparo legal. Basta observar o Art. 41, parágrafo único do Decreto nº 8.420/2015, determinando que o programa de integridade seja estruturado e aplicado de acordo com as características e riscos das atividades de cada pessoa jurídica, visando a sua efetividade (VERONESE, 2016, p. 15).

O permissivo legal do parágrafo único do Art. 41 do decreto em comento não foi o suficiente para que as empresas pequenas criem programas de integridade eficazes, em razão de ser uma norma com conceito aberto. Destarte, foi publicada a Portaria Nº 909/2015, da Controladoria Geral da União:

a fim de especificar quais as medidas de integridade devem ser adotadas por essas empresas para que possam demonstrar seu comprometimento com a ética e integridade, de modo a se adequar às exigências das normas inseridas na Lei nº 12.846/13 e no Decreto nº

8.420/2015 (VERONESE, 2016, p. 16).

A Portaria em exame conferiu maior eficácia ao decreto por dar grande enfoque à flexibilização da implementação do programa. A título de exemplo, temos o Art. 3º e seus incisos, disciplinando que a pequena empresa elaborará um relatório abordando sua estrutura organizacional e o quantitativo de empregados, funcionários e colaboradores.

É evidente que a flexibilização fornecida pela Portaria nº 909/2015 viabiliza as pequenas empresas a moldarem um programa de *compliance* à sua sistemática, não sendo correto copiar o modelo de uma grande empresa.

Avaliando-se todos os esforços para implementar um programa de *compliance* adaptado às micro e pequenas empresas, indaga-se se realmente é importante os pequenos empreendimentos adotarem este regime de conformidade, visto que são os grandes negócios que se envolvem com o setor público, encarando grandes riscos de se envolverem com atos corruptos, submetendo-se às penalidades da Lei Anticorrupção.

De plano, afirma-se categoricamente que as micro e pequenas empresas devem instituírem programas de *compliance*, sendo ferramenta que fornecerá uma série

de benefícios para se prevenir das penas da lei e se diferenciar no mercado.

É certo que uma ME ou EPP não suportaria as pesadas penas da lei anticorrupção. Podem ser citados dois exemplos. Dispõe o Art. 6º a possibilidade de fixar multa no valor de 0,1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento da empresa. Levando-se em conta que o faturamento de uma ME ou EPP é limitado pela LC 123/06, a quantia da multa arbitrada poderá ser crucial para inviabilizar a continuidade das atividades da pessoa jurídica, por não ostentar condições financeiras para pagar a dívida (VERONESE, 2016, p. 10-16).

Outra sanção aplicável está disposta no Art. 5º da referida lei, contemplando que, vindo a condenação por via judicial da pessoa jurídica, a decisão será publicada em meios de comunicação com elevada circulação no local do cometimento da infração. Nesta linha, a publicação da decisão poderá ser tão negativa quanto à multa, haja vista que o pequeno empreendimento não possui com uma gama variável de clientes, sendo certo que o dano à sua imagem conduzirá a perda de credibilidade.

Diante disso, vale o investimento em um programa de integridade adaptado para o porte da pequena empresa. Não obstante a prevenção e segurança que envolverá o

negócio, é sabido que é ferramenta que a colocará em posição de vantagem no mercado, transmitindo confiança em razão da atividade estar amparada pela lei e pelos padrões de conduta éticos.

Posto isso, parte-se para a discussão acerca do diálogo entre o *compliance* e a responsabilidade social, abarcando-se num giro retórico as correlações entre os institutos e possíveis efeitos a serem gerados pelas empresas que o adotam.

No paradigma conceitual da responsabilidade, apresenta-se o modelo das “Quatro Dimensões”, proposto por Carroll. As principais responsabilidades sociais de um empreendimento incluem a lucratividade (responsabilidade econômica); a obediência às leis (responsabilidade legal); o agir corretamente sem causar danos a outrem (responsabilidade ética) e a cidadania da empresa (responsabilidade filantrópica). Para o referido doutrinador, a responsabilidade social exige o desempenho concomitante das quatro responsabilidades (CARROLL, 1979, p. 500 Apud BRAGATO, 2017, p. 35).

Pois bem, adentrando na questão, cabe listar a distinção entre os tipos de responsabilidade social. A responsabilidade ética consiste na visão de fazer o que é certo, agir com retidão. A responsabilidade legal significa ter as ações atentas às leis,

aos regulamentos, cumprindo-os rigorosamente, sendo chamado de *compliance*. A responsabilidade social, por sua vez, é a sociedade empresária cidadã, isto é, atua espontaneamente em favor da comunidade, colaboradores e clientes. Por fim, a responsabilidade econômica é a incumbência da organização em produzir resultados, gerar lucros (ANTONIK, 2016, p. 75 Apud BRAGATO, 2017, p. 38).

A partir de então, verifica-se que o *compliance* se encaixa na responsabilidade legal. Este instituto guarda similaridade com a responsabilidade social, não sendo, entretanto, sinônimo. Visualiza-se que o *compliance*, como mecanismo com a finalidade de prestigiar uma atuação empresarial vinculado a um contexto ético, estabelece conexão com o conceito de responsabilidade social, devido a “ambos fixar-se na noção de fortalecer a empresa enquanto ator, não tão somente econômico, mas social” (DUPONT, 2014, p. 51).

Ressalta-se que ambos os institutos não são sinônimos pelo fato de a responsabilidade social ser espontânea e caso fosse obrigação legal, assumiria a roupagem de responsabilidade legal (*compliance*).

A sociedade empresária que adota *compliance* realiza a função social. Esses dois regimes possuem seus berços na lei (imposição legal). Por sua vez, a

responsabilidade social é um agir que vai além dos ditames legais, revelando-se como a procura de efetivar ideias comunitários e sociais (HUSNI, 2007, p. 175-176 Apud BRAGATO, 2017, p. 38-39).

Feitos esses apontamentos, é clarividente o diálogo entre *compliance* e a responsabilidade social. Ambos possuem suas finalidades direcionadas à proteção da sociedade empresária em suas atuações concomitantemente com a preservação da comunidade e meio social inserido. Pode-se dizer que as “práticas da responsabilidade social devem ser suportadas e monitoradas pelo *compliance*” (GRANDIS, 2017).

A empresa socialmente responsável adota espontaneamente mecanismos para garantir a transparência, a ações com estrita observância legal e a adequação de suas atividades aos interesses da comunidade, de clientes e fornecedores. Assim, a responsabilidade social chama também os pequenos empresários a cumprir uma série de deveres que tendem ao favorecimento e amparo da comunidade onde se situam como também atuam. O *compliance* mostra-se como o caminho perspicaz para adequar a empresa aos ditames da responsabilidade social (LUCCA, 2009, p. 327).

Enfim, considerando os objetivos traçados pelo *compliance*, na qual se propõe combater atos lesivos contra o Poder

Público e à sociedade, impedindo a sua responsabilização pela Lei 12.846/2013, principalmente pelas grandes consequências que recairiam sobre as ME e EPP, conclui-se que

a potencialidade de diálogo entre *compliance* e responsabilidade social empresarial é latente, sobretudo quando o primeiro é adotado pelas empresas de forma voluntária, com vistas à incorporação de padrões éticos voltados à prevenção de danos à sociedade decorrentes de sua atuação (DUPONT, 2014, p. 61-62).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com os apontamentos gerais do direito empresarial, constatou-se que é um ramo que disciplina a atividade econômica e dos seus agentes produtivos a partir de um complexo de regras e princípios, além de regulamentar as relações comerciais, bem como da sistematização dos tipos e formas de sociedades empresariais.

A Constituição Federal de 1988 adotou a política de incentivo ao empreendedorismo ao preceituar em seu Art. 170, IX, o tratamento favorecido dirigido para os pequenos negócios. O comando legal foi obedecido com a edição da Lei Complementar 123/06, trazendo regramento especial para a ME e EPP,

sendo fundamental para garantir o desenvolvimento dos pequenos empreendimentos.

É notável o surgimento de um novo paradigma acerca da corrupção, com visão de que é um inimigo que precisa ser verdadeiramente combatido. A ferramenta eficaz proposta pelo Poder Público foi a edição da Lei Nº 12.846/2013. Grandes inovações provieram deste diploma legal, como a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, as pesadas penalidades e o incentivo a adoção de programas de integridade.

Perante as premissas da lei anticorrupção e das exigências de posturas éticas e de transparência pela sociedade, observou-se a necessidade de adoção do programa de *compliance* pelas organizações empresárias, principalmente pelas ME e EPP. Constatou-se que é preciso aplicar um programa adaptado, isto é, flexibilizado para pequenos negócios a fim de que surta efeitos, proporcionando confiança do mercado, segurança nos negócios e prevenção de riscos.

As exigências de posturas íntegras e transparentes dos empresários não se concentram apenas na lei. Nasceram das atualizações concernentes do papel social das sociedades empresárias, em virtude do princípio da função social da empresa disposto na CF/88. As empresas

socialmente responsáveis são aquelas que adotam voluntariamente posturas éticas além da lei, fundada em eticidade, respeitando os direitos da comunidade nela inserida.

Por fim, conclui-se que é possível uma empresa exercer uma atividade econômica de forma responsável. Restou claro que o caminho para garantir que a responsabilidade social se desenvolva numa microempresa e empresa de pequeno porte se dá pela utilização do *compliance*, tendo em vista que, com observância das leis, normas e regulamentos internos, acaba agindo dentro dos padrões éticos, atingindo a função social e disseminando uma cultura íntegra no seio empresarial.

## REFERÊNCIAS

BRAGATO, Adelita Aparecida Podadera Bechelani. *Compliance* no Brasil: empresa entre a ética e o lucro. Disponível em:

<<https://bibliotecatede.uninove.br/bitstream/tede/1646/2/Adelita%20Aparecida%20Podadera%20Bechelani%20Bragato.pdf>>.

Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.

Acesso em: 20 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto

Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/lcp/lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/lcp/lcp123.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_at](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_at)

o2015-2018/2015/decreto/D8420.htm>.

Acesso em: 20 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 155 de 27 de outubro de 2016. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, para reorganizar e simplificar a metodologia de apuração do imposto devido por optantes pelo Simples Nacional; altera as Leis nos 9.613, de 3 de março de 1998, 12.512, de 14 de outubro de 2011, e 7.998, de 11 de janeiro de 1990; e revoga dispositivo da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp155.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp155.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Portaria 909/2015 CGU. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria\\_cgu\\_909\\_2015.pdf](http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgu_909_2015.pdf)>.

Acesso em: 20 ago. 2020.

CAMPELLO, Livia Gaigher Bosio; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. Responsabilidade social e função social da empresa. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/z3071234/gei62151/8hYF25asipu16YE7.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade social empresarial e efetividade. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/z>

3071234/gei62151/yvaT3j7ielC6qL84.pdf>

.

Acesso em: 20 ago. 2020.

CARVALHOSA, Modesto. Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas: Lei 12.846/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUPONT, Bruna. *Compliance* empresarial monografia. Disponível em: <[https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/11592/Dupont\\_Bruna.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/11592/Dupont_Bruna.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 20 ago. 2020.

FARIA, Edimur Ferreira de; NETO, Miguel Kfourri. Aplicabilidade do *compliance* na me e epp. Disponível em:

<<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/1m82505v/QrZSU8xWe7i3CNVh.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

FEITOSA, Raymundo Juliano; LUIPIO, Andre Lipp Pinto Basto. Papel da empresa na sociedade: conciliando a função social. Disponível em:

<<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/s724w721/y1SrCvwgWg6rj1ZE.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

FILHO, Calixto Salomão. O Novo Direito Societário. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

GIEREMEK, Regeria. Programas de *Compliance* e as Pequenas e Médias



Empresas. Disponível em: <http://www.lectnews.com/artigos/2015/11/24/programas-de-compliance-e-as-pequenas-e-medias-empresas/>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

GRANDIS, Simone de. Responsabilidade social frente às práticas de *compliance*. Disponível em: <http://www.lectnews.com/artigos/2017/07/11/responsabilidade-social-empresarial-frente-as-boas-praticas-de-compliance/>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

GREGORI, Isabel Christine Silva de; OLIVEIRA, Ricardo. A função e a responsabilidade social da empresa: globalização e América do Sul. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/4221v3i3/RRu1x5Bbj5sGf754.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

LUCCA, Newton de. Da Ética Geral à Ética Empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo; GUIMARÃES, Fernanda Pereira Macedo. Responsabilidade social das empresas e sua relevância para a evolução social. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/direitoempresarial/article/view/3776/pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito empresarial esquematizado. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira, DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance* e Lei Anticorrupção nas Empresas. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril\\_v52\\_n205\\_p87.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p87.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2020.

SILVA, Marina Nogueira Resende. A Nova Lei Anticorrupção e a Importância dos Programas de Integridade Nas Empresas Brasileiras. V Congresso Nacional da FEPODI. In: Evento promovido pelo CONPEDI - O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/696vp84u/bloco-unico/Ow4WQ3wq176dG54Z.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

SIMONI, Alexandre Magno. Esta é a Hora e a Vez das Práticas de *Compliance*. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/noticias/cotidiano/esta-e-a-hora-e-a-vez-das-praticas-de-compliance/121059/>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito

societário. Vol. 1. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019.

TOMAZETI, Rafael Sgoda Et. al. A importância do *compliance* com a lei anticorrupção. Disponível em:

<<http://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisvinci/article/viewFile/1693/1131>>.

Acesso em: 20 ago. 2020.

VIANA, Larissa Christine Campos; OLIVEIRA, Fabrício Vasconcelos de. A Importância Social do Programa de *Compliance* nas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte do Brasil. V Congresso Nacional da FEPODI. In: Evento promovido pelo CONPEDI - O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito. Disponível em:

<<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/696vp84u/bloco-unico/1tngCuc38H03cYf6.pdf>>.

Acesso em: 20 ago. 2020.

XAVIER, Christiano Pires Guerra. Programas de *Compliance* Anticorrupção no Contexto da Lei 12.846/13: Elementos e Estudo de Caso. Dissertação de mestrado realizado na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Publicação em 05/2015. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/13726>>.

Acesso em: 20 ago. 2020.

# REPRODUÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA “*POST MORTEM*” E OS SEUS REFLEXOS NO DIREITO SUCESSÓRIO

Nathália Pinna do Amaral Rodrigues<sup>9</sup>

## Resumo

O presente trabalho tem como objetivo analisar as diversas formas de reprodução artificial nas relações homólogas, que são aquelas cujo material genético pertencem ao casal que almeja a concepção de um filho. No entanto, diz respeito especificamente às fecundações ocorridas após a morte do cônjuge (*Post Mortem*). Os principais questionamentos que surgem quanto à concepção após a morte do genitor, por meio da reprodução assistida, são as concernentes aos direitos sucessórios do concebido e este estudo abrangerá seus efeitos na esfera jurídica das sucessões, tendo em vista a ausência de regulamentação do assunto.

**Palavras-chave:** Reprodução Assistida, Homóloga, Inseminação Artificial, Inseminação In Vitro, Gestação por Substituição, Direito Sucessório, *Post Mortem*.

## ABSTRACT

The present study aims to analyze the different forms of artificial reproduction in homologous relationships, which are those whose genetic material belongs to the couple who want to conceive a child. This kind of relationship concerns specifically the fertilization that occur after the death of the spouse (*Post Mortem*). The main questions that arise about this assisted reproduction are those related to the succession rights of those conceived. This study addresses its effects in the legal sphere of successions, in view of the lack of regulation on this subject.

**Keywords:** Assisted Reproduction, Homologous, Artificial Insemination, In Vitro Insemination, Pregnancy by Substitution, Right of Succession, *Post Mortem*.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo busca abordar a problemática que envolve a evolução humana através da técnica de reprodução homóloga “post mortem” e suas implicações no âmbito jurídico para o nascido por esse meio.

Com a possibilidade de conservação dos materiais genéticos coletados, tornou-se exequível a fecundação em momento a ser escolhido pelo casal que se submeterá à técnica. Diante disso é perfeitamente possível a fecundação do material genético e implantação do embrião após a morte do

doador do sêmen, e este é estudo deste trabalho, a reprodução assistida após a morte do doador do material genético especificamente nas relações homólogas e o direito sucessório do concebido em relação ao genitor falecido.

Atualmente esse procedimento só é permitido sob a condição de autorização prévia e específica, deixada pelo falecido (RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017, nº 2.168). Abordaremos o direito sucessório do concebido através desse método, as condições e consequências decorrentes

---

<sup>9</sup>Bacharel em Direito pela Fundação Educacional Serra dos órgãos – UNIFESO. Advogada.

dessa relação, uma vez que não há legislação que regule tal fato.

A bioética trata do estudo pormenorizado do agir do homem frente aos avanços no campo das ciências da vida, tecnologias e saúde, em ponderação com princípios morais e éticos (DINIZ, 2007, p.10). Enquanto que o biodireito surge para frear os efeitos dos avanços médico-científicos, é a positivação jurídica do conjunto de normas ético-morais voltada para as ciências da vida, ou seja, positivação dos princípios fundamentais da Bioética.

Vale destacar, ainda, as legislações que tratam alguns pontos pertinentes ao tema do presente trabalho, como por exemplo a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, a Lei de Biossegurança 11.105/2005 e a Resolução do Conselho Federal de Medicina 2.168/2017.

A problemática gera discussão doutrinária e jurisprudencial, uma vez que não há legislação específica que sedimente tais direitos. Parte da doutrina entende que este nascituro, ao nascer com vida, é detentor de todos os direitos inerentes à filiação, enquanto que outros doutrinadores entendem apenas que este terá o reconhecimento do vínculo de paternidade, posto que a concepção se deu por expressa autorização do falecido (COLOMBO, 2012, p. 169).

## 1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A REPRODUÇÃO ASSISTIDA HUMANA

A reprodução humana assistida é o conjunto de formas denominadas “artificiais” de se conceber, ou seja, são intervenções médicas no processo reprodutivo. Atualmente a medicina conta com uma gama tecnológica para auxiliar os procedimentos, que poderão ser feitos tanto dentro quanto fora do útero a ser implantado o embrião.

Os métodos utilizados para concepção artificial são inseminação artificial, fecundação “in vitro” e gestação por substituição ou Cessão temporária de útero. Já as técnicas para realização dos procedimentos são denominadas: reprodução assistida homóloga, reprodução assistida heteróloga e reprodução assistida post mortem.

Para melhor entendimento, basicamente o que diferencia a técnica homóloga da heteróloga é que naquela o material genético masculino utilizado é do marido/companheiro da mulher em que serão implantados os gametas, enquanto que na técnica heteróloga o material genético masculino provém de terceiros, doadores anônimos.

## 2. PRINCÍPIOS NORTEADORES- BIOÉTICA E BIODIREITO.

A bioética e o biodireito andam necessariamente juntos com os direitos humanos. Surgiram da necessidade de regular a vida social a partir das inovações científicas e objetivam romper a sobreposição do avanço científico modernista ao respeito da dignidade da pessoa humana.

A Bioética faz parte do ramo da filosofia moral, e possui duas faces, são elas: o discurso e a prática. Por Bioética entende-se a aplicação da ética puramente teórica, no campo das ciências da vida e da saúde, a partir da reflexão de valores morais de uma determinada sociedade, trás reflexões acerca do bem e do mal, do certo e do errado, sempre com o condão de solucionar os conflitos éticos concretos. Uma espécie de balança onde se pesa o conhecimento médico e o valor humano (GAMA, 2003. p. 104).

No que se refere ao tema deste artigo, a bioética vem acrescentar no que tange aos limites éticos do profissional em relação a reprodução medicamente assistida.

Além disso é importante traçar a diferença entre ética e moral. Enquanto a ética é universal e abstrata, a moral se refere aos grupos determinados, muitas vezes por estabelecer ligação com a cultura local,

costumes, tradições de lugares específicos, etc (GAMA, 2003, p. 1050).

Diante de todas as questões atuais, é a moral algo subjetivo para cada indivíduo e, na ausência de legislação pertinente, é que vem sendo publicadas algumas resoluções médicas, como por exemplo a Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, onde dispõe critérios éticos e funcionais para a realização da Reprodução Assistida.

O Biodireito é definido como o ramo do direito que trata da teoria e da legislação relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da biologia, biotecnologia, biogenética, biomedicina e da medicina (ARNAUD, 1999. p. 76).

Esse princípio surge com o fito de limitar, regular e ponderar o direito à liberdade científica assegurada no Art. 5º, IX, CRFB/88 e os direitos fundamentais, dentre eles a vida, Art.5º, caput, CRFB/88, e a privacidade, Art.5º, X, CRFB/88, e havendo conflitos com a livre expressão da atividade científica se sobreporá o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, contido no Art.1ª, III, CRFB/88.

Segundo (AGUIAR, 2005, p. 6) o Biodireito é caracterizado pela sua multidisciplinariedade, por ser formado por quatro esferas do conhecimento: direito,

filosofia, medicina e tecnologia, mas, conforme prescreve (DINIZ, 2007, p. 11) possui como fontes imediatas a bioética e a biogenética.

Em geral as problemáticas que envolvem o biodireito e a bioética tem repercussões polêmicas por tratarem de questões afetas a moral e a modificação de determinados costumes.

É um complexo de normas capazes de regular a atividade da biotecnologia de modo geral, e especialmente na Reprodução Assistida.

### **3. ASPECTOS LEGISLATIVOS DA REPRODUÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM**

A respeito do direito sucessório do filho nascido post mortem, os direitos assegurados no ordenamento jurídico brasileiro, a jurisprudência, as normas e as resoluções infra legais é que balizam as decisões do judiciário nos casos concretos (REVISTA SÍNTESE DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2011, n. 65, p.7). Entretanto, a ausência de regulamentação específica desacompanha a realidade social. À propósito, em 09 de março de 1999 foi proposto pelo senador Lúcio Alcântara um projeto de lei a fim de regulamentar e fixar normas para a realização da reprodução assistida, além de delimitar regras acerca de questões decorrentes desse instituto. Ocorre que em 28 de fevereiro de 2007 o referido

projeto de lei foi arquivado sem motivos plausíveis aparentes. (BRASIL, PL SENADO nº 90, 1999, <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=1304](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1304)>)

#### **3.1 CÓDIGO CIVIL 2002**

O código civil de 2002 reconhece a existência do instituto em análise, pois o cita em alguns de seus dispositivos, como por exemplo o Art.1.597, III disciplinando algumas poucas situações acerca da reprodução assistida homóloga post mortem.

No que se refere à técnica realizada após a morte do pai, podemos observar o artigo 1.597, III, CC, que inclui os nascidos por meio dessa técnica na presunção filial. Além de ratificar, juntamente com o art.1.596,CCB, a equiparação dos filhos disposta no artigo 227, §6º, CRFB/88. (BRASIL, Código Civil, Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Art. 1.596).

O art.1.798 do código amplia o rol dos herdeiros quando legitima os nascituros a suceder, pois só considera capaz de herdar os nascidos ou concebidos à época da abertura da sucessão. (BRASIL, Código Civil, Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Art. 1.798)

Em compensação não atinge os concepturos, os filhos que por ventura poderão ser concebidos através da técnica da reprodução assistida homóloga post

mortem. É importante destacar que a prole eventual, ou seja, os conceptuos, estão submetidos à regra do art.1.799, I, CC, que disciplina a sucessão testamentária, o que quer dizer que legalmente é imprescindível que o testador indique e destine bens à futura prole. Porém, o artigo condiciona esse direito ao nascimento do filho no momento da abertura da sucessão. O §4º do art.1.800, CC, indica o prazo de dois anos para que o futuro herdeiro seja concebido, sob pena de perder os bens reservados para os herdeiros legítimos, ou seja, os filhos já nascidos na época da abertura da sucessão, que diga-se de passagem são filhos igualmente. Ora, o mesmo diploma que assegura a equiparação filial e a realização da técnica de reprodução assistida homóloga post mortem, diferencia a forma de herdar e impõe prazo decadencial de uma expectativa de direito. (BRASIL, Código Civil, Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Art. 1.799, I)

Devido a isso conclui-se que o código civil de 2002 não desautoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas procura solucionar alguns problemas decorrentes da realização da técnica. Desta forma, não soluciona integralmente, e no intuito de resolver acaba por contradizer alguns pontos e omitir outros.

### **3.2 ENUNCIADOS 104, 106, 129 DA I JORNADA DE DIREITO CIVIL DO CJF E 267 DA III JORNADA DE DIREITO CIVIL DO CJF**

Corroborando a máxima latina: “*mater semper certa est et pater is est quem nuptiae demonstrant*” (a maternidade é sempre certa, a paternidade é presumida), foi fixado o entendimento elaborado o enunciado nº 104 da I jornada de direito civil, o qual determina que no emprego da técnica de inseminação artificial heteróloga, a presunção é determinada pela manifestação expressa ou implícita do marido ou companheiro. (BRASIL, Jornada de direito civil, 2007).

Outrossim, no que se refere ao emprego da técnica homóloga, o Enunciado 106 do CJF pode-se observar que a linha de entendimento do CJF (BRASIL, Jornada de direito civil, 2007) condiciona a existência de dois requisitos, são eles: a condição de viúva, ou seja, a necessidade dos cônjuges terem formalizado a união, e a autorização expressa deixada pelo marido. Vale destacar que o requisito que se refere à “a condição de viúva”, deve ter seus efeitos estendidos aos casos de união estável formalizada, ou seja, a mesma regra valerá para a companheira sobrevivente, acompanhada do consentimento do companheiro (COLOMBO, 2012. p.163).

O enunciado nº 129, é uma proposta legislativa que trata dos casos em que a

gestante, ou seja, mãe substituta, cria problemas em relação a entrega do produto da concepção à mãe de direito, que é a doadora do material genético ou que, planejando a gestação, tenha se valido do uso de material de terceiros, na forma heteróloga.

O enunciado nº 267, que também versa sobre questões relativas à reprodução assistida, faz menção à questão sucessória dos embriões, determinando que sejam estendidos os efeitos da vocação hereditária. No entanto, frise-se que a questão patrimonial deverá submeter-se às regras de petição de herança, arts. 1.824 a 1.828, CC, não sendo, portanto, uma transmissão automática, uma vez que o concebido deverá pleiteá-la através deste instituto (BRASIL, III JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2005)

### **3.4 RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA Nº 2.168/2017**

A Resolução vigente vem sedimentando algumas questões, dentre as quais destacamos as seguintes: A idade limite para doação de gametas é de 35 anos para as mulheres e 50 anos para os homens. A idade limite para que a mulher se submeta à alguma técnica de reprodução assistida será de até 50 anos, e as regras se estendem às mulheres que servirão como útero de substituição.

Também dispôs regras relativas a quantidade de embriões a serem implantados de cada vez, a depender da idade da receptora, sendo portanto: mulheres até 35 anos: até 2 embriões; mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; O número de embriões a serem transferidos não pode ser superior a quatro. (RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017, nº 2.168)

Após a implantação e resultado positivo de gravidez múltipla, fica terminantemente proibida qualquer técnica que vise reduzir os embriões implantados com sucesso.

No que diz respeito à técnica assistida *post mortem*, a única consideração abordada foi no sentido de que a técnica somente será realizada mediante autorização prévia específica do falecido(a). A referida autorização diz respeito ao consentimento deixado pelo de cujus, que será abordado no tópico 5.3.

A referida resolução tenta preencher uma lacuna existente na legislação brasileira, que não tem lei específica para a prática da reprodução assistida, entretanto, não possui força legal, apenas ético-disciplinar.



#### 4- CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA POST MORTEM NO DIREITO SUCESSÓRIO

A evolução genética no campo da medicina trouxe como consequência o desencadeamento de vários questionamentos jurídicos, e, sendo assim, coube a ciência do direito se adaptar a esses novos fatos.

Nessa esteira, indaga-se por exemplo qual direito sucessório será cabível ao concebido postumamente? Ou então, será possível a diferenciação filial após a igualdade estabelecida na Constituição de 1988? E ainda se haverá a possibilidade de um filho se ver na condição de não-herdeiro? (COLOMBO, 2012, p. 169) Todas essas perguntas espelham a insegurança jurídica que pairou sobre os operadores do direito no que concerne a este tema, e é o que vamos detalhar a seguir.

##### 4.1 DA ABERTURA DA SUCESSÃO

A sucessão é o instituto jurídico que cuida da transferência da titularidade dos bens de uma pessoa após seu falecimento. A sucessão inicia-se com a morte, isso é o que dispõe o princípio de *saisine*, (GONÇALVES, 2012, p.65) segundo o qual o domínio e a posse da herança deixada pelo *de cuius* é transferida de forma automática, conforme podemos observar no texto legal contido no art. 1.784, CC:

*“Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.*

##### 4.2 DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Podemos entender por vocação hereditária a ordem sucessória adotada pelo ordenamento jurídico, destinado a estabelecer os herdeiros dos bens do *de cuius*. (COLOMBO, 2012, p. 206)

A vocação hereditária divide-se em sucessão legítima e sucessão testamentária. A primeira envolve os herdeiros necessários e/ou os facultativos. Enquanto que a testamentária depende da expressa declaração do falecido por meio do testamento. Logo, herdeiro legítimo é o apontado pela lei, e, herdeiro testamentário é o nomeado por testamento. (TARTUCE, 2013, p. 23)

A maior problemática pertinente à vocação hereditária e o tema do presente trabalho diz respeito a não inclusão do concepturo no rol dos herdeiros necessários. Parte da doutrina, legislação e jurisprudência entendem que o concebido post mortem somente poderá integrar a sucessão se contemplado no testamento. Desta forma, em alguns casos o concepturo só será considerado herdeiro se estiver incluído na forma testamentária.

Ocorre que tal prática acaba por violar alguns princípios constitucionais, como a igualdade entre os filhos e isonomia.

#### 4.2.1 Da sucessão legítima- análise dos arts. 1.829 e 1.798 do código civil de 2002

A sucessão legítima é a determinada legalmente, e trata dos herdeiros denominados necessários e facultativos.

Os necessários são os apontados nos incisos I, II, III e IV do art. 1.829 do código civil. Como herdeiros facultativos podemos citar os colaterais até o 4º grau e, para parte da doutrina, o companheiro. (TARTUCE, 2013. p.270)

No inciso II do Art. 1.829, o legislador determinou que estarão aptos a suceder os descendentes.

No entanto, o Art. 1.798 excepciona que pessoas concebidas no momento da abertura da sucessão também serão legítimas a suceder.

É importante destacarmos a diferença entre concepturo e nascituro. O concepturo é o produto genético ainda não implantado/fecundado, ou seja, é um potencial nascituro. Enquanto que o nascituro é o produto da concepção já implantado/fecundado e se encontra em formação dentro do útero.

Muito embora, uma vez nascido o produto da concepção da reprodução assistida *post mortem* seja considerado descendente, enquanto concepturo não está incluído neste rol, o que afasta a segurança de seus direitos sucessórios pela vocação hereditária legítima.

#### 4.2.2 Da sucessão testamentária- análise dos arts. 1.799, I e 1.800 do código civil de 2002 e o instituto do Fideicomisso

De acordo com (MENEZES, 2018), “a sucessão testamentária é conduzida pelo testamento, sendo um princípio de direito sucessório o respeito à vontade do extinto. O testamento pode contemplar herdeiros, que sucedem a título universal, e legatários, que sucedem a título singular.”

E, ainda de acordo com o professor citado, “testamento é negócio jurídico solene pelo qual alguém, nos termos da lei, dispõe de seus bens, no todo ou em parte, para depois de sua morte.”

No que se refere ao tema deste artigo, alguns doutrinadores indicam 2 institutos regulados pelo código civil, para contemplar o concepturo em testamento, são eles: o instituto da disposição em favor de prole eventual, contido no art.1799, I (BRASIL, Código Civil, Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Art. 1.799, I) e o instituto do Fideicomisso, regulado nos arts. 1.951 ao 1.960 do Código civil. (TARTUCE, 2013, p. 28)

Na disposição em favor de prole eventual, a disposição testamentária é feita diretamente e, de forma especificada, ao concepturo, e após a partilha deverá o juiz indicar curador ou administrador para o bem confiado, de acordo com o caput do art.1.800, CC.

O Art.1799, I, CC nos remete a uma corrente adotada por parte da doutrina que entende somente ser possível a sucessão do concebido post mortem pela via testamentária. Como adepta desta corrente podemos citar Maria Helena Diniz, quando afirma:

Filho póstumo não possui legitimação pra suceder, visto que foi concebido após o óbito de seu pai genético e por isso é afastado da sucessão legítima ou ab intestato. Poderia ser herdeiro por via testamentária, se inequívoca for a vontade do doador do sêmen de transmitir a herança ao filho ainda não concebido, manifestada em testamento. (DINIZ, 2008, p.527)

No entanto, vale atentar-se ao fato de que o produto da concepção deverá ter nascido ou ao menos já estar concebido no ventre materno à época da abertura da sucessão, o que exclui a aplicação nos casos de Reprodução Assistida Post Mortem, uma vez que a abertura da sucessão opera-se no momento do evento morte e este será concebido a posteriori. Desta forma concluímos não ser aplicável o dispositivo 1.799, I e 1.800, caput ao concebido post mortem.

Já o instituto do fideicomisso se trata de uma transmissão sucessória concomitante, plenamente cabível a sucessão do concebido após a morte do testador, conforme podemos observar pela leitura do Art. 1.952 do código civil.

No Fideicomisso temos a figura do fideicomitente (testador), fiduciário (beneficiário imediato) e o fideicomissário (o beneficiário cuja sucessão se resolverá após o termo ou condição estabelecida pelo testador).

O fiduciário difere do curador do art. 1.800 do Código civil, que só administra. Além disso, o fiduciário pode se tornar proprietário pleno se o fideicomissário não nascer, conforme Art. 1.958, CC.

#### **4.3 DO CONSENTIMENTO DO DOADOR NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA**

O consentimento expresso do cônjuge, para realização da técnica reprodutiva, é questão intrigante entre os doutrinadores e as regras sedimentadas no ordenamento, vejamos:

No artigo 1.597 do código civil, o inciso III (BRASIL, Código Civil, Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Art. 1.593, III) dispõe sobre a presunção de filiação nos casos do emprego da técnica homóloga *post mortem*, mas é omissa quanto ao consentimento do doador do material

genético para a realização da técnica. Enquanto que no inciso V do mesmo artigo (BRASIL, Código Civil, Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Art. 1.596, V), o legislador determinou expressamente a necessidade da autorização do marido na técnica heteróloga, para que o concepturo seja presumido seu filho. (COLOMBO, 2012, p. 144)

Ademais, é bom destacar que a Lei de Biossegurança também não trata do consentimento do cônjuge na reprodução assistida homóloga.

Porém, atualmente é necessário que o cônjuge homem exteriorize sua permissão para que ocorra uma eventual fecundação póstuma em sua esposa/companheira, mas isso é determinado pela Resolução do conselho federal de medicina, que não possui força legal. (RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017, nº 2.168)

Além disso, como já vimos no tópico 4.2, há entendimento sedimentado pelo Conselho da Justiça Federal, na I Jornada de direito civil, quando lavrou o enunciado nº 106 que determina a obrigatoriedade da condição de viúva e possua a autorização escrita deixada pelo marido falecido. (COLOMBO, 2012, p. 146)

Acentua-se que, além dos diplomas mencionados, tramita junto à Câmara dos

Deputados, projeto de lei que trata do tema do presente trabalho, e, inclusive, inclui a condição do consentimento informado pelo falecido. No entanto, não exaure a questão, visto que não cuida de outras implicações relativas ao instituto, como por exemplo, eventuais direitos sucessórios.

Existe divergência doutrinária acerca da exigibilidade da autorização prévia do falecido, porém, majoritariamente os juristas tomam por necessária a autorização prévia. De acordo com Rolf Madaleno é necessário o consentimento expresso daquele que depositou seu material genético junto à Clínica especializada, entretanto, também vale como prova de manifestação de vontade, alguma eventual disposição testamentária ou documento que exteriorize nesse sentido. (MADALENO, 2011 apud COLOMBO, 2012, p. 147)

Ainda podemos apontar o entendimento de Maria Helena Diniz que, em concordância com a legislação espanhola, expõe sua opinião no sentido de exigir, por instrumento público ou testamento, a anuência do marido. (DINIZ, 2008, p. 527)

#### **4.3.1 Inseminação artificial homóloga post mortem com o consentimento expresso deixado pelo marido**

De acordo com Cristiano Colombo, podemos elencar 3 situações hipotéticas sobre o consentimento a ser deixado pelo

falecido, a primeira delas diz respeito ao emprego da técnica da reprodução assistida homóloga *post mortem* com o consentimento expresso deixado pelo falecido.

Quando a técnica da reprodução assistida *post mortem* tiver sido realizada com a anuência expressa do marido, não há maiores complicações, uma vez que estarão cumpridos os requisitos indicados no enunciado do conselho da justiça federal, além de também estarem de acordo com as normas indicadas na resolução do conselho federal de medicina. (COLOMBO, 2012, p. 161)

#### **4.3.2 Inseminação artificial homóloga *post mortem* sem consentimento e sem oposição deixada pelo marido**

Como já exposto acima, nos casos em que não há o consentimento expresso deixado pelo marido ou companheiro, o Conselho Federal de Medicina e o Conselho da Justiça Federal posicionam-se contrariamente à realização da técnica reprodutiva.

Entretanto, Cristiano Colombo cita alguns fundamentos embasadores para que a realização da técnica seja permitida e a paternidade seja estabelecida sem a expressa autorização, (COLOMBO, 2012, p. 164) são eles: A constitucionalização do direito privado, como forma de garantir a aplicação do princípio da dignidade da

pessoa humana; Outro fundamento seria a ausência da exigência expressa pelo código civil de 2002, do consentimento do falecido, diferente da norma estabelecida para a inseminação artificial heteróloga, e como o que não é proibido é permitido, segundo o princípio da legalidade, pode-se entender que o que a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir - "ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus", (SÃO PAULO, CR 3577755300)- desta forma, por não haver amparo legal que obrigue a formalização do expresso consentimento, conclui-se pela realização da reprodução assistida e pelo estabelecimento da paternidade. (COLOMBO, 2012, p. 165)

Acrescenta-se também, a importância de viver em sociedade e pensar coletivamente, ressaltando a importância do bom acolhimento ao concepturo a ser gerado. Colombo destacou a relevância da evolução tecnológica andar em compasso com o avanço social, moral e jurídico, de modo que a aceitação aos procedimentos disponibilizados atualmente conte com menos burocracia.

Além dos fundamentos citados, devemos considerar a igualdade de filiação assegurada constitucionalmente (BRASIL, Constituição Federal, 1988, Art.227); o princípio do melhor interesse do menor (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069 de 13 de Julho de

1990, Art.3º); o princípio da solidariedade, no sentido de reconhecer a condição de vulnerável e cooperar para desenvolvimento da pessoa humana; E por fim, destaca o critério biológico decorrente dessa relação, que exprime o projeto do casal.

Pode-se presumir que, depositar seu material genético em uma clínica destinada a criopreservação espermática seja por si só prova de que o falecido já tenha externado sua vontade de procriar através da técnica artificial, o que invoca, inclusive, o princípio “*non venire contra factum proprio*” (JUSBRASIL, O que é venire contra factum proprio?, 2008). Ademais, enquanto casal, é assegurado pela Constituição Federal o princípio do planejamento familiar no §7º do art.226, e §2º do art.1.565 do código civil.

#### **4.3.3 Inseminação artificial homóloga post mortem com manifestação expressa de oposição**

Nos casos de oposição expressa deixada pelo *de cuius*, é consolidado entendimento contrário à realização do procedimento de reprodução assistida, bem como o estabelecimento da filiação.

Há quem intitule a realização da reprodução assistida nessas condições de “adultério casto”.

A realização da reprodução assistida nessas condições feriria o princípio da

dignidade da pessoa humana, uma vez que não estaria de acordo com a vontade do doador do material genético. Também ofenderia o princípio da eticidade, boa-fé, socialidade, tendo em vista estimularia atos ilícitos, fraudulentos, e contrários à vontade do falecido. Outrossim, não estaria em consonância com o princípio da operabilidade, que, por sua vez, preza o avanço tecnológico de acordo com as normas da bioética e do biodireito. (COLOMBO, 2012, p. 167)

É importante salientar que, mesmo se tratando de fraude, tendo a técnica atingido seu fim com sucesso, e o concepturo nascido com vida, parte da doutrina entende estar assegurada a aplicação do princípio do melhor interesse do menor, contida na Constituição Federal.

Na opinião de Cristiano Colombo, nessa hipótese não caberia o estabelecimento da filiação. (COLOMBO, 2012, p. 168)

Já para Fábio Ulhoa Coelho, mesmo nesses casos, deve ser admitido o reconhecimento da paternidade, aplicando-se a teoria do risco, pelo fato de que, uma vez submetido à técnica de fertilização assistida homóloga, o homem assume o risco de ter seu material genético utilizado e ser pai. E além disso, na opinião do referido doutrinador, os filhos concebidos teriam direito ao reconhecimento da paternidade,

uma vez que não poderiam ser atingidos pela fraude cometida por terceiros. (COELHO, 2011 apud COLOMBO, 2012, p. 148)

#### **4.4 DO DIREITO SUCESSÓRIO DO CONCEBIDO APÓS A MORTE NO CÓDIGO CIVIL 2002**

A divergência doutrinária no que diz respeito ao direito sucessório do concebido post mortem se dá em razão da ausência de legislação específica para regular o assunto.

Há quem entenda que o filho concebido pela reprodução assistida post mortem não possui nenhum direito sucessório, em virtude do Art. 1.798 do código civil.

É importante frisar que, de acordo com esses posicionamentos, um filho, nascido enquanto ambos os pais estão vivos, é considerado herdeiro legítimo, enquanto outro filho, nascido através de inseminação artificial após a morte do pai, seria, no máximo considerado herdeiro testamentário (Revista Síntese Direito de Família n.65, Julho de 2011, p.7), uma vez que deverá constar expressamente os bens que o serão destinados. Essa problemática viola a equiparação da filiação assegurada pela Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002.

O concepturo de que trata o tema do presente trabalho deveria ser considerado um herdeiro legítimo, uma vez que, através

da técnica homóloga, é filho biológico do falecido e lhe é garantido o direito ao reconhecimento filial. Entretanto, não o é, visto que, ao tempo da abertura da sucessão, ainda não adquiriu a personalidade civil, de acordo com artigo 2º do código civil/2002 ((BRASIL, Código Civil, Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Art. 2º). Sendo, somente, considerado herdeiro, ao tempo da abertura da sucessão, caso tenha sido incluído no testamento do falecido, ou seja, como herdeiro testamentário.

Saliente-se que, o ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina e a jurisprudência brasileira posicionam-se de forma majoritária pelo não acolhimento da sucessão legítima do concebido post mortem, ou seja, entendem que esse concepturo será considerado tão somente herdeiro testamentário. Temos como adeptos dessa teoria, por exemplo, Eduardo Oliveira Leite (LEITE, 2004 apud COLOMBO, 2012, p. 223) e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. (HIRONAKA, 2007, apud COLOMBO, 2012, p. 223)

Ademais, vale informar que o entendimento da impossibilidade jurídica de sucessão legítima do concebido post mortem, também é o posicionamento da maior parte dos diplomas estrangeiros, como o código civil argentino.

(ARGENTINA, CÓDIGO CIVIL, 2015, artículo 3.290)

O código civil italiano possui entendimento idêntico ao adotado no Brasil, assim como na França e na Suíça. (ITÁLIA, CODICE CIVILE, 1865, art. 462)

Em Portugal é vedada a inseminação artificial post mortem, contudo, caso ocorra, à criança serão garantidos todos os direitos inerentes à filiação e à sucessão.

Outro ponto relativo ao direito sucessório do concebido post mortem no Brasil, é a aplicação do art. 1.952 do código civil através do instituto do Fideicomisso.

Pode-se entender por fideicomisso a disposição testamentária do testador, beneficiando pessoas não nascidas ao tempo do testamento ou da abertura da sucessão, por meio de substituição sucessória.

Segundo Rafael de Menezes “é uma espécie de substituição onde o substituto não herda no lugar do substituído, mas após o substituído, beneficiando pessoas não concebidas ao tempo da morte do testador”. (MENEZES, 2018)

Vale ressaltar que a regra da vocação hereditária na sucessão testamentária para a prole eventual, art.1799, I, não se confunde com o instituto do Fideicomisso, apesar de muito parecidos.

Essa prole eventual mencionada pela lei pode já

existir ou não quando da abertura da sucessão. Ela refere-se a filhos concebidos antes ou depois do testamento, antes ou depois da morte. Não existindo ainda essa prole, por um período mais ou menos longo, os bens desse quinhão deverão ficar sob guarda provisória. Há ainda uma partilha provisória que depois poderá transformar-se em definitiva. Há ainda o problema de saber de quantos filhos se constituirá essa prole. Essa provisoriedade poderá perdurar por tempo indeterminado. Deve o patrimônio cabente à prole eventual ficar sob o guarda provisória de um administrador, que o vigente código denomina curador, que se nada o impedir, poderá ser o pai ou a mãe da futura prole, uma vez que os pais administram, por lei, os bens dos filhos menores, tendo seu usufruto legal. (VENOSA, 2007, p.188)

Saliente-se que o §4º do art.1.800 estabelece o prazo de dois anos para a concepção do herdeiro esperado, não tendo o falecido disposto de forma diversa no testamento, sob pena dos bens reservados serem redistribuídos aos demais herdeiros.



#### 4.5 DA OPONIBILIDADE DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CONCEBIDO POST MORTEM EM INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA - Novo herdeiro, Herdeiro Aparente e Terceiro

O concebido post mortem é tido por alguns doutrinadores como “o novo herdeiro”, e, conforme art.1.824 e 1.973 do código civil, poderá requerer o rompimento do testamento para garantir seu direito sucessório, exceto nos casos em que o testador tenha disposto de sua metade disponível.

Nessa esteira, a doutrina também indica a figura do “herdeiro aparente”, que se trata daquele que em algum momento expectou herdar, contudo, ao tempo da abertura da sucessão não adquiriu tal direito. Ou ainda, pode-se entender como herdeiro aparente, aquele que possui de boa-fé a posse de algum bem do falecido, entretanto, não deveria.

Já o “terceiro”, que é aquele que celebrou negócio jurídico com o “herdeiro aparente”, e se subdivirá em: terceiro de boa-fé e terceiro de má-fé. No que diz respeito ao primeiro, o bem alienado pelo herdeiro aparente, onerosamente, para o terceiro, configurará direito adquirido, não devendo a restituição ao “novo herdeiro”. Enquanto que, em se tratando do terceiro de má-fé, caberá a este a restituição dos bens ao “novo herdeiro”, conforme

entendimento de François Gorphe. (COLOMBO, 2012, p. 238 e 239)

#### 4.6 A NECESSÁRIA REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Atualmente não há, em nível de instrumento normativo, lei especial para dar solução às questões que envolvem o tema do presente estudo, sobretudo as implicações sucessórias do concebido *post mortem*, limitando-se apenas as normas já estabelecidas no código civil 2002, as disposições ético-disciplinares regulamentadas pelo Conselho Federal de Medicina, a Lei de Biossegurança nº 11.105/2005 e os enunciados das jornadas de direito civil do CJF.

Há que se mencionar que tramita junto ao Senado Federal o projeto de lei nº 90/1999, que visa regulamentar as técnicas de reprodução assistida, mas não supre todos os detalhes da temática, além de, atualmente, encontrar-se arquivado. (BRASIL, PL SENADO nº 90, 1999, <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=1304](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1304)>)

A divergência doutrinária a respeito desse tema gira em torno da aceitação e não aceitação da possibilidade de procriar após a morte. E por essa razão, existem basicamente duas correntes. (AGUIAR, 2005)

Os contrários à realização de técnicas *post mortem*, baseiam suas ideias no princípio da paternidade responsável e do melhor interesse da criança, uma vez que este concepturo já está fadado à nascer órfão, e, isso não é, num primeiro momento, interessante para o desenvolvimento do menor.

Além disso, alegam que por muitas vezes, a busca por procriar postumamente pode estar travestida de interesse emocional, no que diz respeito ao sentimento de perda abatido no cônjuge sobrevivente, ou interesse patrimonial, nesses casos o filho seria buscado como um meio e não como um fim, o que fere o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para a outra parte da doutrina não há empecilhos de natureza moral, mas tão somente legal, visto que a ausência de norma regulamentadora atinge diretamente o fruto da técnica reprodutiva, qual seja: o concepturo.

Tais doutrinadores afastam o fundamento de que o procedimento fere o princípio da paternidade responsável, uma vez que atualmente não é incomum encontrarmos famílias monoparentais. Além disso, muito se discute acerca do consentimento a ser deixado pelo finado, o que implica a realização ou não da referida técnica e a contemplação ou não do concepturo na sucessão patrimonial.

Entendo que, no que se refere ao direito sucessório, o herdeiro esperado deveria ser considerado herdeiro legítimo necessário, assim como são os filhos já concebidos e nascidos. A diferenciação estabelecida entre os filhos viola diretamente o princípio constitucional da equiparação filial, o que já a torna inconstitucional.

Ante o exposto, conclui-se que a omissão legislativa gera insegurança jurídica e desse modo, a sugestão majoritária é pela promulgação de uma lei especial que regule o tema, em todas as suas vertentes, e, inclusive, no que atenta ao direito sucessório do concebido *post mortem*, e que enfim o direito acompanhe de forma digna a evolução da sociedade ou proíba a prática da reprodução assistida homóloga *post mortem*.

## 5 CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico pátrio infelizmente não acompanhou a evolução das técnicas médicas. Como pôde ser analisado este tema possui muitas vertentes e não se esgota apenas sob o enfoque forense. É bem verdade que leis não são perfeitas, mas a ausência delas torna a resolução dos casos concretos mais tormentosa e insegura do ponto de vista jurídico.

Não foram exauridas juridicamente todas as nuances que envolvem a

reprodução assistida *post mortem*, ao contrário, muitas dúvidas ainda pairam sobre o mundo forense no que se refere aos efeitos após a morte de um doador de material genético, como por exemplo: em qual momento se inicia a vida? Os embriões criopreservados são considerados nascituros, são capazes de possuírem direitos sucessórios como os demais herdeiros? É possível um concebido após a morte ter resguardados direitos como nome e filiação, e, não possuir direitos sucessórios?

Diante dessa situação, até o momento podemos destacar que o estudo da Bioética e do Biodireito possuem enorme importância no que diz respeito à reprodução humana assistida *post mortem* pois se trata de assunto polêmico a depender do ponto de vista ético, moral, cultural e etc.

Devemos refletir sobre a vulnerabilidade que se encontram os concebidos por esta técnica. O direito brasileiro não pode admitir que haja tratamento desigual entre filhos, nem tampouco minoração aos direitos garantidos pelo princípio constitucional da igualdade entre os filhos, previsto no art. 227, § 6º, da Constituição Federal.

Enfim, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, não há que se discriminar um filho pelo simples fato dele

não ter sido gerado da maneira natural/tradicional.

Importante destacar, todavia, a urgência na elaboração de uma legislação em consonância com o estágio atual dos avanços médico-científicos e, levando em conta, ainda, os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, adequando-se, desta forma, o ordenamento jurídico, para a solução deste e outros conflitos desenvolvidos em face das técnicas de reprodução assistida.

Concluimos que é extremamente necessária a formulação de diretrizes legislativas para o deslinde de questões jurídicas sobre reprodução assistida e seus efeitos. Portanto, entende-se que o caminho para a resolução da problemática não é a simples negativa do direito sucessório ao concebido *post mortem*, em razão da ausência de legislação.

Os interesses dos concepturos, independentemente da forma como serão gerados, devem ser garantidos. Enquanto o poder legislativo não elaborar lei que discipline de forma adequada as técnicas de reprodução humana assistida, entendemos que o direito sucessório dessas pessoas deva ser protegido e interpretado à luz da Constituição Federal de 1988. (JUS, REFLEXOS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST

MORTEM NO ÂMBITO DO DIREITO SUCESSÓRIO, 2018)

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. Direito à Filiação e a bioética. Rio de Janeiro, Forense, 1ª ed, 2005.

ARNAUD, André-Jean. Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

BRASIL, Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina. <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>

COLOMBO, Cristiano. Da Reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima- Porto Alegre: verbo jurídico, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil: família, sucessões. São Paulo. Saraiva., 2011.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito- 4. Ed. Ver. E atual conforme a Lei n. 11.105/2005- São Paulo; Saraiva, 2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação- o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade- filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga- Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito das Sucessões. São Paulo, Vol 4, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões. São Paulo; Revistas dos tribunais, 2007, p.124 APUD COLOMBO, Cristiano. Da Reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima. Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões. São Paulo; Forense, 2004, vol.21, p.110 APUD COLOMBO, Cristiano. Da Reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima. Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2012.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. Rio de Janeiro; Forense, 2011. Apud Revista Síntese Direito de Família n.65, Julho de 2011.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil 6, Direito das sucessões. 6 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, forense. São Paulo, Método, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil; Direito das sucessões, 7 ed. São Paulo, Atlas, 2007

## SITES CONSULTADOS

I JORNADA DE DIREITO CIVIL. Enunciado 104; Acesso em 21-10-2018 Disponível em:

<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/735>

I JORNADA DE DIREITO CIVIL.

Enunciado 106; Acesso em 21-10-2018  
Disponível em

<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>

III JORNADA DE DIREITO CIVIL.

Enunciado 267; Acesso em 21-10-2018:  
<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/526>

11º Relatório do Sistema Nacional de  
Produção de Embriões (SisEmbrio).pdf  
(Versão 1.0)

Projeto de Lei do Senado nº 90 de 1999;  
Acesso em 21-10-2018 Disponível em:  
[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=1304](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1304)

Direito das Sucessões Profº Rafael de  
Menezes Acesso em: 21-10-2018  
Disponível em:  
<http://rafaeldemenezes.adv.br/aula/direito-das-sucessoes/aula-9-6/>

Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP -  
Apelação Com Revisão : CR 3577755300  
SP. Acesso em 21-10-2018 <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6897872/apelacao-com-revisao-cr-3577755300-sp>>

Estatuto da Criança e do Adolescente.  
Disponível em

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)> Acesso em 21-10-2018.

Vedações de comportamento contraditório/  
comportamentos excludentes entre si.  
Disponível em:

<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/20745/o-que-e-venire-contra-factum-proprium>

Acesso em 21-10-2018

ARGENTINA, Código civil. Buenos Aires.  
Disponível em:

[http://campus.usal.es/~derepriv/refccarg/ccargent/libro4\\_secc1\\_titulo1al5.htm#titulo1](http://campus.usal.es/~derepriv/refccarg/ccargent/libro4_secc1_titulo1al5.htm#titulo1)

Acesso em: 21-10-2018

ITÁLIA, Codice Civile, Milano. Disponível  
em: <https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-secondo/titolo-i/capoo-ii/art462.html>

Acesso em 21-10-2018.

Disponível em

<http://rafaeldemenezes.adv.br/aula/direito-das-sucessoes/aula-12-5/> Acesso em: 21-10-2018

Disponível em:

[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=1304](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1304) Acesso em: 21-10-2018

Reflexos da inseminação artificial  
homóloga post mortem no âmbito do direito  
sucessório Acesso em 21-10-2018

<<http://jus.com.br/artigos/23960/reflexos-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem-no-ambito-do-direito-sucessorio/4>>

# ACESSO À SAÚDE: ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO BRASILEIRO NO ATENDIMENTO AOS IMIGRANTES A PARTIR DOS CONFLITOS COM VENEZUELANOS EM RORAIMA

Maitê Rezende Vieira de Lima<sup>10</sup>

## RESUMO

O presente artigo objetiva analisar a situação dos imigrantes venezuelanos no Brasil e seus desdobramentos jurídicos no tocante ao acesso à saúde, uma vez que, diante da crise venezuelana o Estado de Roraima virou importante porta de entrada para eles, especialmente a partir de 2015. Para tal, será abordado inicialmente o fluxo migratório dos últimos anos no Brasil, a fim de compreender o papel exercido pelos cidadãos venezuelanos na migração para o território brasileiro mais recentemente. Como foco principal, será elencado o direito de acesso à saúde dos imigrantes, com base na legislação pátria e em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. A metodologia utilizada pode ser classificada como quali-quantitativa, objetivando produzir uma maior noção sobre os números referentes à imigração dos venezuelanos, bem como suas consequências em relação ao acesso à saúde, considerando as devidas análises normativa, doutrinária e jurisprudencial. Logo, tornar-se-á imprescindível reconhecer os direitos dos imigrantes com base na Lei 13.445/2017 e à luz da Constituição Federal de 1988. Desta forma, será explanado que, com base no reconhecimento dos Direitos Humanos, o direito à saúde dos venezuelanos imigrantes no Brasil não deve ser inferiorizado em relação ao direito dos brasileiros.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Imigração venezuelana. Tratados internacionais.

## ABSTRACT

This article aims to analyze the situation of Venezuelan immigrants in Brazil and their legal developments with regard to access to health, since, in the face of the Venezuelan crisis, the State of Roraima became an important gateway for them, especially from 2015 onwards. As such, the migratory flow of recent years in Brazil will be addressed initially, in order to understand the role played by Venezuelan citizens in the migration to Brazilian territory more recently. As the main focus, immigrants' right to access health care will be listed, based on national law and international treaties to which Brazil is a signatory. The methodology used can be classified as quali-quantitative, aiming to produce a greater notion about the numbers referring to the immigration of Venezuelans, as well as their consequences in relation to access to health, considering the due normative, doctrinal and jurisprudential analyzes. Therefore, it will become essential to recognize the rights of immigrants based on Law 13.445/2017 and in light of the Federal Constitution of 1988. In this way, it will be explained that, based on the recognition of Human Rights, the right to health of Venezuelans immigrants in Brazil should not be inferior in relation to the rights of Brazilians.

**Keywords:** Right to health. Venezuelan immigration. International treaties.

## INTRODUÇÃO

O artigo objetiva analisar os efeitos da migração venezuelana nos serviços de saúde do Estado de Roraima e a responsabilidade do Estado brasileiro no tocante à matéria.

Tendo como enfoque a defesa dos direitos dos estrangeiros, baseando-se na Lei de Migração - 13.445/2017, em tratados internacionais e na absoluta Constituição Federal de 1988, este artigo procura esmiuçar a garantia de direito universal à saúde e, por fim, demonstrar a distância

---

<sup>10</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Serra dos Órgãos – Unifeso - Teresópolis.

entre o tratamento ideal e o que, de fato, tem sido ofertado.

Para tal, será realizado um levantamento quantitativo sobre os indivíduos venezuelanos que se dirigiram ao Brasil e como esses números afetaram as estruturas de saúde. Em seguida, serão elencadas doutrinas sobre o tema e, ainda, será realizada uma análise jurisprudencial sobre como a Ação Civil Originária (ACO) número 3.121 em Roraima trouxe à lume problemas antes ignorados pelo restante do território brasileiro e as consequências da decisão proferida pela Ministra Rosa Weber para os municípios do estado de Roraima.

## **1. APANHADO HISTÓRICO DA MIGRAÇÃO NO TERRITÓRIO BRASILEIRO**

Em primeiro momento, é necessário construir um curto apanhado histórico da migração no território brasileiro, a fim de dimensionar o movimento migratório dos venezuelanos e compará-lo com a migração das demais etnias, para entender melhor a proporção e influência da migração venezuelana nas estruturas de saúde do Brasil.

Nas décadas de 1980 e 1990, observou-se no Brasil um fluxo migratório internacional negativo de aproximadamente 1,5 milhão de pessoas. Esses números refletem não só a redução do número de entrada de estrangeiros no Brasil, como

também, o alto índice de brasileiros que estavam buscando por melhores condições de vida em países considerados de primeiro mundo.

Nesse período, a migração para o Brasil apresentou dois perfis diversos: o primeiro foi de estrangeiros vindos dos países vizinhos, principalmente do Paraguai e Bolívia, que enxergavam no Brasil uma forma de refúgio para miséria encontrada nos seus países de origem, enquanto o segundo, destaca-se por ser de profissionais vindos da Europa e Estados Unidos, para ocupar importante cargos em empresas que haviam acabado de ser privatizadas.

Nos anos de 2000 a 2014, segundo dados colhidos no Observatório das Migrações Internacionais – Obmigra -, através do Sistema Nacional de Cadastramento de Registro de Estrangeiros (SINCRE), 768.547 (setecentas e sessenta e oito mil quinhentas e quarenta e sete) pessoas migraram para o território brasileiro.

Outra importante informação apresentada pelo Obmigra é referente à nacionalidade dos imigrantes no território brasileiro nesse mesmo período: a maior parte dos imigrantes era composta por bolivianos, americanos e argentinos. Sendo certo que, até o 2014, os venezuelanos não eram nacionalidade expressiva na migração

para o território brasileiro, segundo os dados do Ministério da Justiça.

### **1.1 A MIGRAÇÃO VENEZUELANA E SEUS EFEITOS PARA O SISTEMA DE SAÚDE NO BRASIL**

Conforme abordado acima, a migração no Brasil ocorreu e continua ocorrendo por diversos motivos: econômicos, sociais e políticos, porém, a partir do ano de 2015, o movimento migratório de venezuelanos para o Brasil cresceu expressivamente.

Decorrente à eleição do presidente Nicolás Maduro em 2013, alguns fatores foram cruciais para o desencadeamento do aumento da migração dos venezuelanos para o Brasil, destacando-se a variação do preço do barril do petróleo, a inflação acima de 800% (oitocentos por cento) ao ano e consequente aumento do valor de alimentos e demais itens essenciais à subsistência, a crescente criminalidade, dentre outros problemas. Com isso, a Venezuela adentrou em um estado crítico de colapso econômico e social, o que fez com que os cidadãos venezuelanos fossem impelidos a deixar seu país de origem para procurar melhores circunstâncias de vida em outros países da América do Sul.

O tema foi abordado em uma matéria do site El País:

Até certo ponto, a crise humanitária de refugiados está

diminuindo na Europa, mas está se deslocando para a América Latina e agora as principais preocupações têm a ver com os venezuelanos que deixam seu país rumo aos vizinhos", disse Stefano Scarpetta, diretor da unidade de Emprego, Trabalho e Assuntos Sociais da OCDE.

A “crise humanitária”, citada pelo diretor da unidade de Emprego, Trabalho e Assuntos Sociais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), surtiu inúmeros efeitos nas estruturas dos países vizinhos à Venezuela, considerando que os países de destino não possuíam estruturas adequadas para o recebimento de números expressivos desses indivíduos - que demandavam atenção social e financeira.

Esses problemas foram fortemente sentidos no Brasil e, mais especificamente, no Estado de Roraima - fronteiro à Venezuela-, que já sofria com a precariedade dos serviços em geral, especificamente com os de saúde pública. Com o grande número de indivíduos entrando pelo Estado de Roraima, começaram a surgir inúmeros conflitos entre venezuelanos e brasileiros, isto porque as estruturas públicas de educação, saúde e demais serviços básicos não foram capazes de atender todas as demandas da população local, somadas às demandas dos



venezuelanos recém-chegados, o que gerou conflitos.

O cenário encontrado pelos venezuelanos era de superlotação das estruturas públicas, desemprego, fome e preconceito sofrido, resultando em conflitos internos, aumento da criminalidade, miséria e inúmeros casos de xenofobia. Foram veiculadas inúmeras notícias em jornais amplamente conhecidos pelo Brasil a fora, dando conta dos problemas sociais e econômicos que o Estado de Roraima estava atravessando, em decorrência da enorme escalada de migração.

Para ilustrar a dimensão do fluxo migratório, vejamos os números apresentados pelos órgãos de apoio e controle. Entretanto, é imprescindível manter em mente que, ao se tratar da migração venezuelana, os números podem ser maiores do que os dados oficiais disponíveis para consulta, tendo em vista a situação precária (caracterizando-se, como tal, a falta de documentos para seu reconhecimento) que muitos imigrantes se encontram ao adentrar no Brasil.

Nesta toada, frisa-se que a natureza da migração venezuelana abordada aqui é de caráter forçado, ocasionada pela ausência de alimentos, remédios, empregos, estruturas básicas de saúde e afins. Desse modo, a migração abordada no presente artigo se difere completamente da migração

voluntária (motivada por eventual oferta de trabalho, estudo, lazer etc.), posto que as razões que ensejam a migração forçada são de caráter emergencial.

Ressalta-se a definição de Berner e Parreira (2013, p. 293) quanto à natureza das migrações:

A migração forçada ou involuntária é aquela decorrente de guerras, desastres naturais e/ou provocados pela ação do homem, perseguições políticas, religiosas e raciais. [...] Por outro lado, a migração voluntária ocorre quando o deslocamento se dá com vistas a melhores condições de vida, muitas vezes impulsionado pela busca por mais oportunidade de trabalho (Fonte: FUNJAB).

Tratando-se de números oficiais, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados - (ACNUR) realizou um levantamento no período de 2013-2019 sobre o quantitativo de solicitações de refúgio de venezuelanos, por ano, no Estado de Roraima, onde o total de solicitações de refúgio de venezuelanos imigrantes na localidade, até julho de 2019, foi de 122.759 (cento e vinte e dois mil, setecentos e cinquenta e nove).

Salienta-se que a população do estado de Roraima no ano de 2019, segundo

o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – (IBGE), era composta por 605.761 (seiscentas e cinco mil setecentas e sessenta e uma) pessoas, o que demonstra que, da análise dos dados apresentados, aproximadamente para cada cinco habitantes do estado de Roraima, haveria um imigrante venezuelano.

A mesma análise deve ser traçada quanto aos habitantes de Pacaraima que, segundo o IBGE, em 2019, eram estimadas em 17.401 (dezesete mil quatrocentas e uma) pessoas, o que demonstra a dimensão da expressiva chegada de 110.647 (cento e dez mil seiscentos e quarenta e sete) migrantes venezuelanos no período de 2013 a julho de 2019.

Outro dado importante ao tema, foi disponibilizado pelo Comitê Nacional para os Refugiados (Conare), do Ministério da Justiça e Segurança Pública em conjunto com o ACNUR, através de uma Plataforma Interativa de Decisões sobre a determinação da condição de refugiado no Brasil, que de janeiro de 2018 até janeiro de 2019, os venezuelanos integram 69,8% dos imigrantes solicitando refúgio no Brasil, dentre 92 (noventa e duas) nacionalidades - o que ilustra a dimensão do fluxo migratório de tais indivíduos -. Depreende-se, também, segundo o levantamento realizado, que Roraima é o estado com maior número de solicitações por refúgio.

Em que pese às informações elencadas até o presente momento, deve-se ter em mente que os números supracitados são referentes tão somente à solicitação de refúgio, o que traduz apenas uma parcela dos imigrantes venezuelanos.

Quanto aos números relacionados diretamente ao atendimento de venezuelanos no sistema de saúde de Roraima, destaca-se o afirmado pelo, à época, Secretário Estadual de Saúde, César Penna, em dezembro de 2016 em entrevista à *BBC News Brasil*: “O número de acompanhamentos pré-natal prestados a venezuelanas foi maior do que os atendimentos a brasileiras entre janeiro e agosto de 2016.”

Com o decorrer do tempo, os problemas na área da saúde foram se intensificando, em grande parte pela ausência de uma intervenção significativa do governo Federal e demais órgãos de apoio. Em 2018, o então Secretário de Saúde Estadual, Marcelo Batista, afirmou que: “O volume de atendimentos a venezuelanos nas unidades hospitalares do Estado no ano passado foi 2.349 vezes maior do que o de 2014. No ano inicial de referência, a rede atendeu 766 pacientes venezuelanos e, em 2017, 18 mil (Fonte: *BBC News Brasil*)”.

Dentre outros dados, Batista informou o crescimento de atendimento de

venezuelanos com sarampo e malária, acrescentando que, em apenas um hospital do município de Pacaraima, 90% dos pacientes são venezuelanos e, dessa

porcentagem, 70% são atendidos por malária (Fonte: *BBC News Brasil*).

Outro dado relevante ao assunto, foi disponibilizado pela Universidade Federal de Roraima, conforme tabela abaixo:

Figura 5: Distribuição relativa dos imigrantes venezuelanos, por sexo, segundo serviços públicos que utiliza em Boa Vista, 2017.

Tipo de serviço	Total	Homens	Mulheres
Total	100,0	100,0	100,0
Saúde	38,9	38,4	39,9
Educação	10,4	8,8	13,0
Assistência social	2,2	2,3	2,2
Nenhum	48,4	50,6	44,9

Fonte: Cátedra Sérgio Vieira de Mello/UFRR, Pesquisa Perfil Sociodemográfico e Laboral da Migração Venezuelana no Brasil, 2017.

Do que se depreende dos dados apresentados acima, no ano de 2017, 38,4% dos homens venezuelanos e 39,9% das mulheres venezuelanas utilizaram o sistema de saúde público de Boa Vista, Roraima.

Em 2018, com a chegada de auxílios federais e de Organizações Não Governamentais (ONG's), o atendimento aos imigrantes venezuelanos foi intensificado, crescendo, portanto, o número de atendimentos na área de saúde. Dentre inúmeras iniciativas, a Operação Acolhida – estruturada pelo Governo Federal Brasileiro - foi responsável por mais de 886 mil atendimentos na fronteira com a Venezuela e, ainda, a administração de mais de 330 mil doses de vacina,

conforme informações disponibilizadas pelo próprio Governo Federal (Fonte: Governo do Brasil).

Tais auxílios externos foram capazes de desafogar, parcialmente, o sistema público de saúde dos municípios de Roraima, entretanto, deve-se observar que foram apenas paliativos para o real problema enfrentado: a precariedade das estruturas de saúde para atender a população roraimense, acrescida pela chegada dos venezuelanos.

## 2. FONTES DO DIREITO BRASILEIRO E SUAS GARANTIAS QUANTO À SAÚDE DOS ESTRANGEIROS

Após análise dos fatores que deram ensejo à problemática de garantia à saúde dos venezuelanos em território brasileiro, especificamente no estado de Roraima, o presente capítulo elenca as fontes do direito brasileiro e sua estrutura. Tal ponto é necessário para determinar os fundamentos jurídicos da obrigação em relação à garantia da saúde dos estrangeiros.

Inicialmente, a palavra fonte transmite a ideia de origem. No âmbito jurídico, conforme lecionou Nelson de Souza Sampaio (1982, p. 51 e 53): “Fonte jurídica” seria a origem primária do direito, confundindo-se com o problema da gênese do direito. Trata-se da fonte real ou material do direito, ou seja, dos fatores reais que condicionaram o aparecimento da norma jurídica”.

A autora Maria Helena Diniz (2017, p.1) traçou uma classificação sobre as fontes do direito brasileiro, diferenciando, de maneira específica, as fontes formais das fontes materiais. Quanto às fontes formais, observa-se:

As fontes formais podem ser estatais e não estatais. As estatais subdividem-se em legislativas (leis, decretos, regulamentos etc.) e jurisprudenciais (sentenças,

precedentes judiciais, súmulas etc.). A isso podemos acrescentar as convenções internacionais, pelas quais dois ou mais Estados estabelecem um tratado, daí serem fontes formais estatais convencionais. As não estatais, por sua vez, abrangem o direito consuetudinário (costume jurídico), o direito científico (doutrina) e as convenções em geral ou negócios jurídicos.

Por outro lado, as fontes materiais, continua Maria Helena Diniz (2017, p. 1):

Fontes materiais ou reais são não só fatores sociais, que abrangem os históricos, os religiosos, os naturais (clima, solo, raça, natureza geográfica do território, constituição anatômica e psicológica do homem), os demográficos, os higiênicos, os políticos, os econômicos e os morais (honestidade, decoro, decência, fidelidade, respeito ao próximo), mas também os valores de cada época (ordem, segurança, paz social, justiça).

No tocante às fontes formais, deve ser pontuada a existência de uma hierarquia de normas no sistema jurídico brasileiro, que delimita sua organização para aplicação na sociedade. No topo desta hierarquia, está fixada a Constituição Federal de 1988. No mesmo nível hierárquico das emendas

constitucionais, estão os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados conforme expresso no art. 5º, §3º da CRFB/88: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Além das fontes elencadas anteriormente, os princípios fundamentais são norteadores desse sistema jurídico e estão diretamente presentes na análise e resolução de conflitos no âmbito do Direito, conforme bem observado por Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2003, p. 150): “[...] princípios e regras desfrutam igualmente do status de norma jurídica e integram, sem hierarquia, o sistema referencial do intérprete”.

Após breve síntese da estrutura normativa brasileira, essencial para o estabelecimento do grau de importância dos princípios, tratados e convenções internacionais e da Constituição Federal na observância do direito à saúde, adentramos no cerne da questão: a garantia à saúde dos estrangeiros.

O artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal de 1988, regramento soberano do direito, é taxativo em afirmar: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de

qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”.

Logo, a proteção do direito à vida – dentre a qual inclui-se o direito à saúde –, dos estrangeiros residentes no País é garantida, da mesma forma, o direito à igualdade também é resguardado. Portanto, conforme será abordado mais especificamente a seguir, são inúmeras as fontes de proteção do direito à saúde dos estrangeiros no ordenamento jurídico no Brasil.

## 2.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como citado anteriormente, a Constituição Federal está no topo da hierarquia normativa do Brasil, sendo amplamente considerada como regramento soberano.

A promulgação da Constituição de 1988 marcou um novo olhar sobre os direitos fundamentais dos indivíduos, baseando-se no regime democrático de direito e tendo como objetivo a promoção do bem de todos e a redução das desigualdades sociais, conforme descrito em seu artigo 3º e seus incisos.

Da breve leitura realizada sobre o artigo acima, a promoção do tratamento isonômico a todos os indivíduos é

inequívoca. O legislador, pautado na isonomia, elencou, também, o artigo 5º, “caput”, máxima dos direitos e garantias fundamentais.

O direito à vida consiste, obviamente, na garantia à saúde. Ocorre que, para garanti-lo, é necessária uma estruturação, por parte dos Estados, para concretizar tal direito, a ponto que ele seja acessível a todos. Sobre o assunto, Ventura (et. al., 2010, p. 82) pontuaram:

O direito à saúde é reconhecido, em leis nacionais e internacionais, como um direito fundamental que deve ser garantido pelos Estados aos seus cidadãos, por meio de políticas e ações públicas que permitam o acesso de todos aos meios adequados para o seu bem-estar. O direito à saúde implica, também, prestações positivas, incluindo a disponibilização de serviços e insumos de assistência à saúde, e tendo, portanto, a natureza de um direito social, que comporta uma dimensão individual e outra coletiva em sua realização.

A dimensão individual abordada pelas autoras, diz respeito à garantia do bem estar – físico e emocional -, de cada indivíduo, enquanto a dimensão coletiva abrange a proteção da universalidade da

saúde, protegendo a sociedade como um todo como.

Outro dispositivo da Constituição que visa proteger a saúde, é o artigo 6º, que classifica o direito à saúde como um direito social.

Sobre a caracterização dos direitos sociais, Gonet (2000, p. 103) lecionou:

Os direitos sociais caracterizam-se por serem direitos a prestações materiais (direitos a prestação em sentido estrito, isto é, exigem que o Estado aja prestando serviços ou atividades, para melhorar as condições de vida e o desenvolvimento da população, tentando atenuar desigualdades e moldar o país para um futuro melhor.

A saúde possui tamanha importância na CRFB/88, que recebeu uma seção própria e, novamente, o legislador definiu a saúde como direito de todos e dever do Estado, “garantido mediante políticas sociais e econômicas (...) **acesso universal e igualitário às ações e serviços**” (grifo nosso).”

Depreende-se que a Constituição Federal é clara e firme ao garantir o direito à saúde sem qualquer tipo de distinção, ou seja, trazendo para o tema do presente artigo, os imigrantes venezuelanos no

estado de Roraima têm o direito de acesso à saúde plenamente resguardado.

Frisa-se, ainda, que o artigo 197 da CRFB/88 atribui ao Poder Público a responsabilidade em promover ações e serviços de saúde.

Conclusivamente, certo é que, independente das causas e efeitos da migração venezuelana no estado roraimense, a responsabilidade em prover os meios necessários para a preservação do direito à saúde destes indivíduos é também do Estado Brasileiro, com fulcro na Constituição de 1988.

## 2.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os princípios são norteadores gerais das decisões que englobam o direito dos indivíduos, exercendo papel fundamental para a aplicação de inúmeras garantias individuais e coletivas, dentre as quais, o direito à saúde. Nessa toada, o princípio da dignidade da pessoa humana merece análise detalhada, que será realizada na presente subseção.

A Constituição Federal de 1988 elenca, em seu artigo 1º, inciso III, a Dignidade da Pessoa Humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito. Logo, mister refletir sobre os aspectos integrantes de tal princípio.

Deve ser pontuada, antes da importância dada ao referido princípio na Constituição Federal de 1988, sua relevância no cenário mundial, uma vez que, após os absurdos casos de desrespeito à integridade física e moral de indivíduos ocorridos na 2ª Guerra Mundial, foi explicitada a carência de um mecanismo que coibisse os abusos à dignidade da pessoa humana, sem fazer distinções de sexo, raça, cor ou religião.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (que será melhor abordada posteriormente), baseando-se na liberdade, justiça e paz mundial, todos os países do mundo passaram a adequar progressivamente suas legislações para a garantia dos pontos anteriormente referidos.

Tal adoção foi consolidada pelo Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Com esse diploma, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana tornou-se norteador de todo o direito brasileiro, como bem definiu Ricardo Maurício Freire Soares (2010, p. 18):

Esse princípio da dignidade da pessoa humana permite reconstruir o modo de compreensão e aplicação dos direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro, potencializando a realização da justiça ao oportunizar: a aceitação da aplicabilidade direta e imediata dos direitos

fundamentais, o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais de cunho prestacional, a inadequação dos conceitos de “reserva do possível” no constitucionalismo brasileiro, a aceitação da ideia de vedação ao retrocesso no campo dos direitos fundamentais; e a recusa à hipertrofia da função simbólica dos direitos fundamentais.

No âmbito da fundamentalidade dos direitos sociais de cunho prestacional, citada anteriormente pelo autor, se encontra a obrigatoriedade do Estado em garantir, sem quaisquer tipos de distinção - inclusive quanto à origem da nacionalidade -, meios dignos para a garantia à saúde.

Importante elencar, ainda, a relevância do reconhecimento do presente princípio, de acordo com o explicitado por Eduardo de Azevedo Paiva (2012, p. 53): “Reconhecer a dignidade da pessoa humana implica que se tome o indivíduo como aquilo que há de mais importante e que merece ser amparado com um mínimo existencial em prol de uma vida digna, não podendo ser coisificado.”

Pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana é basilar dos direitos humanos, definidos pela Organização das Nações Unidas como:

Direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição. Os direitos humanos incluem o direito à vida e à liberdade, à liberdade de opinião e de expressão, o direito ao trabalho e à educação, entre e muitos outros. Todos merecem estes direitos, sem discriminação.  
Fonte: ONU Brasil.

A alusão à definição dos direitos humanos mencionada, é essencial para o dimensionamento do direito à saúde, visto se tratar de componente essencial ao tema. Nesse ponto, destaca-se a asseveração sobre o assunto, realizada por Guerra e Ventura (2017, p. 127): “O direito à saúde discutido sob a perspectiva dos direitos humanos, pressupõe o respeito à dignidade humana e o dever dos Estados em garantir condições para o exercício deste direito através de leis e políticas públicas.”

Outrossim, o princípio da dignidade da pessoa humana, componente essencial à garantia dos direitos humanos, é a base que sustenta a proteção do direito à saúde, sendo certo que tal garantia não diferencia seus receptores. Ou seja, esse princípio é o principal esteio quanto à obrigação do Estado brasileiro em garantir a todos,



inclusive aos imigrantes venezuelanos presentes no estado de Roraima, o acesso à saúde, visando a manutenção e proteção da dignidade de cada indivíduo.

### 2.3 DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

Ponto essencial para o desdobramento da garantia à saúde dos imigrantes venezuelanos no ordenamento jurídico brasileiro é a abordagem sobre a aplicação dos tratados e convenções internacionais.

Inicialmente, deve ser abordada a definição de tratado internacional, lecionada por *Husek* (2008, p. 21): “Tratado é o acordo formal concluído entre os sujeitos de Direito Internacional Público – Estados, organismos internacionais e outras coletividades – destinado a produzir efeitos jurídicos na órbita internacional.”

Certo é que, em que pese a denominação empregada aos tratados internacionais, de acordo com a Convenção de Viena de 1969, não influenciam o caráter jurídico destes instrumentos.

Tal como os direitos e garantias fundamentais garantidos pela Constituição, os tratados ou convenções internacionais visam refrear as violações aos direitos humanos que ocorreram até o fim da Segunda Guerra Mundial, desse modo, a Constituição brasileira previu a recepção de tratados internacionais no direito interno, conforme extrai-se do artigo 5º, §2º: “Os

direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O legislador reforçou a aplicação desses dispositivos internacionais, elevando os que versarem sobre os direitos humanos à emenda constitucional, como elencado a seguir: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais aprovados na forma deste parágrafo [...]”.

Destaca-se que a regulamentação da incorporação dos tratados e convenções internacionais está presente na CRFB/88 em seus artigos 21, inciso I, 49, inciso I e 84, inciso VIII. Os referidos diplomas legais tratam sobre a recepção dos tratados e convenções internacionais no direito interno brasileiro.

Alguns tratados internacionais são determinantes para o tratamento e garantia à saúde dos imigrantes. Ocorre que, alguns deles, se destacam pela importância.

Em primeiro momento, deve ser pontuada a Constituição da Organização Mundial da Saúde, realizada na cidade de

Nova York - Estados Unidos da América -, no ano de 1946 e da qual o Brasil é signatário, promulgando-a através do Decreto nº 26.042, de 17 de dezembro de 1948.

Segundo Helena *Nygren-Krug* (2004, p. 14), o referido tratado foi determinante para reconhecer a saúde no plano internacional.

Em segundo momento, merece destaque a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi criada para a garantia e proteção dos direitos humanos, como seu título deixa claro. Nela, são enumerados os direitos de cada cidadão, inclusive, o direito à liberdade e à igualdade. Como não poderia ser esquecido, o artigo 3º defende o direito à vida e, ainda, o direito à saúde e ao bem-estar.

É de suma importância reconhecer a magnitude da Declaração Universal dos Direitos Humanos, posto que foi a investida inicial dos Estados em assegurar parâmetros humanitários para a garantia de direitos que, mais tarde, se tornariam fundamentais.

O destaque da referida Declaração é tão significativo, que a própria Constituição Federal de 1988 se inspirou, em muitos aspectos, nos valores lá contidos.

Se tratando especificamente da garantia dos direitos do estrangeiro, merece análise a Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado, elaborada em 1951, que trouxe

à lume os indivíduos que, por motivos sociais, políticos ou econômicos, necessitavam sair de seus países de origem e ingressar em território diverso, tendo seus direitos e garantias fundamentais resguardados.

A referida convenção foi implementada (tardiamente) no ordenamento jurídico através da Lei nº 9.474/97 e determinou a criação do Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE -, órgão responsável até os dias atuais pela análise dos pedidos de refúgio no Brasil.

De certo que o Estatuto do Refugiado atualmente encontra suporte também na Lei de Migração de 2017 (conforme abordado mais à frente), uma vez que a última facilitou o trato dos imigrantes, bem como sua aplicação fática. De toda forma, considerando a evolução da garantia dos direitos dos imigrantes, é inegável que o Estatuto do Refugiado significou uma instrumentalização do direito de entrada e permanência dos imigrantes ao território brasileiro.

Frisa-se, ainda, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, elaborada em 1969 e aplicada no Brasil através do Decreto nº 678 de 1992, como parte desse arcabouço normativo aplicável aos estrangeiros.

Versando dentre outras coisas, sobre a liberdade individual, justiça social e respeito aos direitos humanos essenciais, merece destaque a consideração inicial da Convenção, que traz uma atenção especial à proteção dos atributos da pessoa humana, independentemente de sua nacionalidade e localização geográfica. Tal consideração se enquadra, mais uma vez, à garantia do direito à saúde dos estrangeiros no território brasileiro, visto que o Brasil é seu signatário.

Da análise normativa realizada até o presente momento, pode-se afirmar que o Brasil, em diferentes momentos e mediante assinatura de inúmeros tratados e convenções internacionais, se responsabiliza em assegurar os direitos e garantias fundamentais para o pleno desenvolvimento humano, despidendo-se de qualquer possibilidade de discriminação de cunho racial, religioso, sexual, étnico ou qualquer outra. Tal garantia fundamental abrange, precisamente, o direito à saúde.

A seguir, veremos a inovação apresentada pela Lei de Migração e como ela foi determinante para o trato e atendimento aos imigrantes no território brasileiro.

## 2.4 A LEI DE MIGRAÇÃO

Sancionada em 24 de maio de 2017, após longo processo de discussão e consulta popular, a Lei nº 13.445 instituiu a Lei de

Migração, dispondo sobre os direitos e deveres do migrante e do visitante, regulando, ainda, sua entrada e permanência no Brasil, além de estabelecer princípios e diretrizes para as políticas públicas do emigrante.

A lei supra mencionada revogou a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, responsável pela definição da situação jurídica do estrangeiro no Brasil. Em que pese a existência de lei antecessora à Lei de Migração no ordenamento jurídico brasileiro, algumas ressalvas foram elencadas por Guerra (2017, p. 1) e merecem destaque:

A matéria sobre a situação jurídica do estrangeiro estava concebida numa lei criada no período da ditadura militar, cuja lógica estava alicerçada na segurança nacional. Todavia, este cenário foi modificado ao ser publicada a Lei 13.445/2017 que contemplou a Lei de Migração no Brasil, ancorada na proteção dos direitos humanos.

Outrossim, considerando que a Lei nº 13.445 (Lei de Migração) foi sancionada já no contexto da Constituição cidadã, mantenedora dos princípios e garantias fundamentais, é crucial a afirmação de que a Lei de Migração contempla mais satisfatoriamente os fatores componentes da dignidade dos estrangeiros no Brasil.

Nesse contexto, impende salientar alguns princípios e garantias regentes da política migratória mais recente, descritos no art. 3º: universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, acolhida humanitária e repúdio a práticas de expulsão ou deportação coletiva.

Estes incisos são determinantes quanto ao tratamento adequado e esperado pelo Estado quanto aos direitos dos migrantes em território brasileiro. Destaca-se que, mais uma vez, o legislador assinalou os direitos humanos como constante na legislação, o que demonstra sua influência no tema.

Outro ponto focal para o presente artigo, está contido no inciso VI do mesmo dispositivo legal, posto que, a situação em que os venezuelanos se encontravam antes de migrarem para o estado de Roraima (como abordado na subseção 1.1) pode ser classificada como de crise humanitária e, portanto, o recebimento destes no território brasileiro possui natureza de acolhida humanitária.

Ademais, deve ser pontuado o inciso XXII, que é de extrema importância quanto ao assunto abordado mais à frente, no tocante à análise da Ação Cível Originária 3121/RR.

Seguindo a corrente protetora dos direitos e garantias - delineada em todo ordenamento jurídico brasileiro desde a

Constituição de 1988 -, o artigo 4º protege, expressamente, a inviolabilidade do direito à vida e o acesso a serviços públicos de saúde, repudiando tratamento discriminatório pela a nacionalidade e a condição migratória.

Nesse sentido, *D'Angelis* (2017, p.

1) asseverou:

A nova lei de Migração, em contrapartida, trata o imigrante como um sujeito de direitos, e não como um forasteiro indesejável. Além disso, a legislação migratória finalmente adequa-se à Constituição Federal, que determina tratamento igualitário a brasileiros e às pessoas vindas de fora. Assim sendo, a lei novidadeira institui o repúdio à xenofobia, ao racismo e a outras formas de discriminação, além de garantir o acesso às políticas públicas [...] Outro ponto que deve ser destacado é que a nova lei se pauta pelo princípio da não criminalização da migração, o que, na prática, significa garantir a esses estrangeiros o acesso a serviços de educação, saúde, assistência jurídica e seguridade social.

Logo, influi-se que a Lei de Migração trouxe inúmeras novidades quanto à garantia dos direitos dos

imigrantes, integrando a estrutura jurídica brasileira no sentido de assegurar o direito de acesso à saúde, componente essencial do direito à vida.

Merece destaque o Decreto nº 9.285 de 15 de fevereiro de 2018, que reconheceu a situação de vulnerabilidade decorrente do fluxo migratório provocado pela crise na Venezuela. Tal decreto pode ser reconhecido como elementar marco jurídico para a expansão do tratamento e atenção empregados aos venezuelanos no território brasileiro.

Importante abordar, ainda, a Lei nº 13.684 de 21 de junho 2018, que dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocada por crise humanitária. Esse dispositivo expressou a urgência na tomada de providências quanto à situação dos venezuelanos em território brasileiro e, dentre outras coisas, visou ampliar as políticas de atenção à saúde, conforme disposto em seu artigo 5º, inciso II.

### 3. ANÁLISE DA ACO 3121 RR

O presente tópico é imprescindível para a discussão suscitada nesse artigo, uma vez que a Ação Cível Originária (ACO) 3.121 - ajuizada pelo Estado de Roraima em face da União -, evidenciou os conflitos ocorridos na região fronteira do Brasil com a Venezuela e atraiu a atenção da

sociedade nacional e internacional para aquela localidade.

Preliminarmente, é importante elencar alguns aspectos sobre a Ação Cível Originária, tais como sua definição, competência para ajuizá-la e julgá-la e seus efeitos para, então, elucidar as razões que ensejaram seu ajuizamento pela governadora do estado de Roraima e, por fim, relatar os reflexos causados por tal ação.

A competência para o julgamento de Ação Cível Originária é do Supremo Tribunal Federal (STF), determinada pelo artigo 102, inciso I, alínea “f” da Constituição Federal e, no presente caso, consistiu em dirimir o conflito ocorrido entre o estado de Roraima e a União, conforme será melhor abordado a frente.

Inicialmente, merece destaque o Decreto nº 25.681/2018 RR, que determinava a “atuação especial das forças de segurança pública e demais agentes públicos do Estado de Roraima em decorrência do fluxo migratório de estrangeiros em território do Estado de Roraima e outras providências”. Motivo de inúmeras polêmicas no âmbito jurídico, o decreto foi alvo de críticas e objeto de pedido incidental de suspensão, formulado pela União na ACO 3.121 RR.

A Ação Cível Originária foi ajuizada pelo estado de Roraima

(protocolada em 13/04/2018) em face da União. Em suma, o estado de Roraima, na pessoa de sua governadora – Suely Campos - formulou pedido liminar para o fechamento temporário da fronteira do Brasil com a Venezuela, argumentando a autora que o impedimento de entrada dos venezuelanos no território roraimense visava a minimização e correção dos impactos sociais e econômicos causados pela entrada de milhares de venezuelanos na localidade.

O teor da ação gerou tamanha comoção, que ingressaram com o pedido de “amicus curae” inúmeros órgãos e instituições.

No dia 18 de maio de 2018 ocorreu a audiência de conciliação entre as partes, que restou frustrada. Em 06 de agosto de 2018, a ministra Rosa Weber indeferiu liminarmente o pedido formulado pela autora, bem como suspendeu cautelarmente o Decreto supracitado.

O Estado de Roraima opôs Embargos de Declaração da decisão que indeferiu liminarmente o pedido formulado pela autora, rejeitado pela ministra em 24 de agosto de 2018.

No dia 07 de dezembro de 2018 ocorreu audiência de conciliação quanto à adoção de medidas administrativas nas áreas de saúde e demais serviços básicos. Naquela ocasião, o estado de Roraima

propôs algumas medidas conciliatórias, tais como: compensação financeira pelos gastos gerados pela presença dos venezuelanos em território roraimense, repasse mensal dos valores gastos com atendimentos médico-hospitalares aos venezuelanos na rede pública estadual, continuidade da interiorização dos venezuelanos nos demais estados brasileiros, continuidade da “Operação Acolhida”, dentre outras.

Frisa-se que a Operação Acolhida - que teve seu início em março de 2018 e é coordenada pela Força-Tarefa Logística Humanitária do Exército, em conjunto com órgãos federais, estaduais e municipais -, objetiva apoiar o acolhimento dos venezuelanos através da doação de materiais, organizacionais e de pessoas e foi essencial para seu atendimento.

Com a proposta de conciliação, foi oferecido prazo de 30 (trinta) dias para manifestação da União, que o fez. Nesse sentido, a Defensoria Pública da União, atuante como “amicus curae”, manifestou-se de acordo com os pontos propostos pela autora.

Em 09 de abril de 2019, em comum acordo com a União Federal, a parte autora requereu a suspensão do feito pelo prazo de 6 (seis) meses, tendo a Procuradoria-Geral da República se manifestado favoravelmente ao pedido.

Destaca-se que, até o presente momento, a ACO 3.121 RR ainda está em curso, porém, os efeitos decorrentes da decisão que indeferiu o pedido formulado pela autora foram de importante relevância para a manutenção da acolhida aos venezuelanos.

Algumas medidas foram realizadas pelo Governo Federal e órgãos de proteção, como o ACNUR, para atuar na acolhida dos venezuelanos em território brasileiro, dentre elas, a “Operação Acolhida” (anteriormente citada), foram determinantes para o processo de assimilação desses migrantes no território brasileiro.

Certo é que a proteção aos direitos desses indivíduos, principalmente o direito à saúde, foi garantida por inúmeros fatores, dentre os quais, atua como estrutura basilar a legislação brasileira sobre a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, inclusive dos migrantes.

### **3.1 ASPECTOS DA DECISÃO DA MINISTRA ROSA WEBER**

Até aqui, foram explorados os dispositivos jurídicos presentes no direito interno e internacional, garantidores do direito de acesso à saúde dos estrangeiros, bem como os efeitos causados ao sistema de saúde do território roraimense, decorrente do expressivo número de cidadãos venezuelanos em que lá se encontravam. Porém, é relevante para a discussão abordar

alguns aspectos da decisão que indeferiu o pedido de fechamento da fronteira Brasil x Venezuela, proferida pela Ministra Rosa Weber.

Em primeiro momento, Rosa Weber mencionou a competência para o fechamento das fronteiras e assuntos relacionados à imigração, citando o artigo 22, inciso XV da Constituição Federal, aduzindo que compete à União legislar sobre tais assuntos, conforme será desenvolvido mais à frente.

Apesar da abordagem realizada no presente artigo quanto aos tratados e convenções internacionais em que o Brasil figurou como signatário e, portanto, foram incorporados na estrutura jurídica brasileira, a relatora da ACO 3.121 RR trouxe, em sua decisão, outros institutos que merecem observação.

Um deles é o Acordo sobre Cooperação Sanitária Fronteiriça, como mencionado pela relatora, tal acordo merece destaque pois nele, conforme destacado pela Ilustre ministra, ambos os países (Brasil e Venezuela) se comprometeram, reciprocamente, a não realizar o fechamento de suas fronteiras com base na prevenção e controle de doenças.

Imprescindível a citação deste acordo, por se tratar de compromisso firmado justamente pelos países envolvidos na situação problema e, ainda, pelo fato da

governadora de Roraima utilizar do argumento de prevenção à saúde para o fechamento da fronteira do Brasil com a Venezuela no decreto nº 25.681 de Roraima.

A Excelentíssima Ministra abordou exaustivamente a definição de “refugiado” de acordo com doutrinadores e, ainda, segundo os tratados e convenções internacionais que, conforme breve amostragem, foram se desenvolvendo e abarcando o sentido de refugiado de maneira mais ampla.

Mereceu destaque, ainda, a Declaração de Cartagena (1984) que aduziu ao termo “refugiado” o critério de violação maciça de direitos humanos. Salienta-se que apesar da Declaração de Cartagena não ser formalmente vinculativa, se tornou alicerce da política sobre refugiados e foi incorporada na legislação nacional brasileira, segundo afirmado por *Phillipe Lavanchy* (2009, p. 3).

Delineou-se, em que pese as fontes internacionais protetoras dos direitos dos migrantes, a proteção pelo direito interno brasileiro sobre o assunto:

Abordou-se, ainda, a incrementação da regulamentação responsável pelo trato e relação dos migrantes através da Lei de Migração, nº 13.445/2017 (que revogou o Estatuto do Estrangeiro) e trouxe a

“acolhida humanitária” como princípio regente da política migratória brasileira.

Não obstante, mereceu ênfase o artigo 1º, inciso III – que versa sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana - e o artigo 4º, inciso II – que versa sobre a prevalência dos direitos humanos na relação internacional, constantes à Constituição Federal de 1988.

Por fim, tendo sido indeferido o pleito de fechamento temporário das fronteiras entre o Brasil e a Venezuela, bem como o pedido de limitação de ingresso dos refugiados venezuelanos no Brasil, a Excelentíssima ministra relatora, pautada pelos fundamentos da Constituição Federal, das leis brasileiras e dos tratados ratificados pelo Brasil, zelou pelos direitos fundamentais dos migrantes venezuelanos, dentre eles, o de acesso à saúde.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do que se infere de todo o exposto no presente artigo, observa-se que a migração venezuelana se intensificou em meados do ano de 2015, causando uma sobrecarga nos sistemas de serviços básicos de todo estado de Roraima, por ser fronteira com a Venezuela e, portanto, abrigo para esses indivíduos.

Após análise dos dispositivos legais (nacionais) e dos internacionais incorporados ao direito interno, foi possível afirmar que o direito à saúde dos imigrantes



é protegido e deve ser ofertado sem qualquer natureza discriminatória, diferente do conteúdo do Decreto nº 25.681/18, assinado pela então governadora de Roraima, Suely Campos.

Observa-se, portanto, que a decisão da ilustre ministra do Supremo Tribunal Federal, Rosa Weber, na Ação Cível Originária nº 3.121 RR foi acertada em suspender a decisão da governadora de Roraima quanto ao fechamento da fronteira Brasil x Venezuela e, ainda, em garantir o livre acesso dos venezuelanos aos sistemas básicos, especialmente o sistema de saúde, por se tratar de garantia fundamental.

Merece atenção os números referentes ao atendimento dos venezuelanos no tocante aos sistemas de saúde do estado de Roraima, posto que os números apresentados durante o presente artigo apontam para uma carência nas estruturas de saúde roraimense. Portanto, tal sistema deve ser ampliado para possibilitar o atendimento aos cidadãos roraimenses e, da mesma maneira, aos cidadãos venezuelanos presentes no estado de Roraima.

Observa-se que, com a intervenção federal naquela área – notadamente através do Decreto nº 9.286, de 15 de fevereiro de 2018, que dispôs sobre o “comitê federal de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente do fluxo migratório provocado

por crise humanitária” - e a cooperação de outros órgãos de apoio, os conflitos estão sendo administrados, na medida do possível, razão pela qual faz nos crer que o problema inicial tenha sido superado.

Surge, superada a fase inicial, a preocupação de interiorizar todos esses imigrantes, garantindo-lhes o apoio à longo prazo, para que essas pessoas não se transformem em uma equação a ser resolvida momentaneamente, mas que sejam reconhecidos como parte das obrigações do Estado brasileiro na garantia de direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, Mariana. A cronologia da crise migratória em Pacaraima, na fronteira entre Brasil e Venezuela. Publicado em 20 de agosto de 2018. [S.I]: BBC News Brasil. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45242682>>. Acesso em: 11 maio 2020.
- AYUSO, Sylvia. Êxodo venezuelano desloca crise migratória da Europa para a América do Sul. Publicado em Paris no dia 18 de setembro de 2019. [S.I]: Jornal El País. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/18/internacional/1568808067\\_804228.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/18/internacional/1568808067_804228.html)>. Acesso em: 11 maio 2020.
- BAHIA, Claudio José Amaral;  
ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. A

justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. UNIMAR. In: Revista de Direito nº 10, 2009, p. 295-318.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: Revista de Direito Administrativo | e-ISSN: 2238-5177. Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690/45068>>. Acesso em: 10 maio 2020.

BOND, Letycia. Roraima: atendimento a venezuelanos no SUS cresceu 2,3 mil vezes em quatro anos. Publicado em 22 de fevereiro de 2018. [S.I]: Agência Brasil. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-02/roraima-atendimento-venezuelanos-no-sus-cresceu-23-mil-vezes-em-quatro-anos>>. Acesso em: 11 maio 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Governo do Brasil. Operação Acolhida: integração e recomeço para milhares de imigrantes venezuelanos.

Publicado em 16 de janeiro de 2020. [S.I]: Gov.br. Disponível

em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/01/operacao-acolhida-integracao-e-recomeco-para-milhares-de-venezuelanos>>. Acesso em: 11 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rr/pacarama/panorama>>. Acesso em: 15 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.684, de 21 de junho de 2018. Dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/Lei/L13684.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13684.htm)>. Acesso em: 20 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça e Segurança Pública (Governo Federal). Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/refugio-em-numeros>>. Acesso em: 09 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça e Segurança Pública (Governo Federal). Disponível em: <<https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/dados/microdados/1733-obmigra/dados/microdados/401205-sismigra>>. Acesso em: 20 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Saúde e direitos humanos / Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). ACO 3.121 RR - andamento do processo 0069076-95.2018.1.00.0000. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5437155>>. Acesso em: 19 maio 2020.

D'ANGELIS, Wagner Rocha. A nova lei migratória e a garantia dos direitos fundamentais aos imigrantes. Publicado em 25 de maio de 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/259359/a-nova-lei-migratoria-e-a-garantia-dos-direitos-fundamentais-aos-imigrantes>>. Acesso em: 17 maio 2020.

DINIZ, Maria Helena. Fontes do direito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (Coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire

(Coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbetes/157/edicao-1/fontes-do-direito>>. Acesso em: 11 maio 2020.

Escola de Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ). Curso de Constitucional: normatividade jurídica. Publicado em 2012, Rio de Janeiro. Normatividade Jurídica. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013, p. 51-59.

GUEDES, Ana Lucia; OLIVEIRA, Wagner (Coords.) e et. al.. A economia de Roraima e o fluxo venezuelano: evidências e subsídios para políticas públicas. Fundação Getulio Vargas, Diretoria de Análise de Políticas Públicas. - Rio de Janeiro: FGV DAPP, 2020.

GUERRA, Kátia; Ventura, Miriam. Bioética, imigração e assistência à saúde: tensões e convergências sobre o direito humano à saúde no Brasil na integração regional dos países. In: Cad. Saúde Colet., 2017, Rio de Janeiro, 25 (1), p. 123-129.

GUERRA, S. (2017). Alguns aspectos sobre a situação jurídica do não nacional no Brasil: da Lei do Estrangeiro à Nova Lei de migração. In: Revista Direito Em Debate, 26(47), p. 90-112. Disponível em: <<https://doi.org/10.21527/2176-6622.2017.47.90-112>>. Acesso em: 10 maio 2020.

GUIMARÃES, Antônio Marcio da Cunha; GOMES, Eduardo Biacchi; LEISTER, Margareth Anne (Org.). Direito Internacional dos Direitos Humanos. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

HUSEK, Carlos Roberto. Curso de direito internacional público. 8. ed. São Paulo: LTr, 2008.

MELO, Raimundo Simões de. O ingresso dos tratados internacionais no Direito brasileiro. Publicado em 10 de maio de 2019. [S.I]: Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/reflexoes-trabalhistas-ingresso-tratados-internacionais-direito-brasileiro>>. Acesso em: 16 maio 2020.

ONU. Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 16 maio 2020.

\_\_\_\_\_. O alto comissariado das nações unidas para os refugiados e a situação dos refugiados nas américas (américa latina). Organização: Cátedra e Departamento de Antropologia, FFLCH-USP. Expositor: Philippe Lavanchy, chefe do Escritório das Américas do Alto Comissariado da ONU para os Refugiados (ACNUR). Publicado em 24 de abril de 2009. Disponível em: <[https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/estrangeiros/art\\_lavanchy.pdf](https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/estrangeiros/art_lavanchy.pdf)>. Acesso em: 19 maio 2020.

SAMPAIO, Nelson de Souza. Fontes do direito-II. Enciclopédia Saraiva do direito. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181423>>. Acesso em: 11 maio 2020.

SIMÕES, Gustavo da Frota (Org.). Perfil sociodemográfico e laboral da imigração venezuelana no Brasil. Curitiba: CRV, 2017.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENTURA, Miriam e et. al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. In: Physis Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 20 [ 1 ], 2010, p. 77-100.

# A “OPERAÇÃO LAVA JATO” E O DIREITO INTERNACIONAL: COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E SEUS IMPACTOS NO DIREITO PENAL ECONÔMICO.

*THE “LAVA JATO” OPERATION AND THE INTERNATIONAL RIGHTS: INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION AND THEIR IMPACTS ON THE ECONOMIC CRIMINAL LAW.*

Raphael Vieira da Fonseca Rocha<sup>11</sup>

Rodolpho Freitas de Sousa<sup>12</sup>

## Resumo

O presente artigo tem como objetivo a discussão da associação entre a operação lava jato e o seu legado no direito internacional através de uma análise clara e objetiva da aplicação do instituto da cooperação jurídica internacional no âmbito do direito penal e econômico e do legado desta utilização para direito internacional.

**Palavras-Chave:** Cooperação jurídica internacional. Auxílio-direto. Operação lava jato.

## Abstract

This article aims to discuss the association between the “Lava Jato” operation and its legacy in international law through a clear and objective analysis of the application of the institute of international legal cooperation in the scope of criminal and economic law and the legacy of this use for international law.

**Keywords:** International legal cooperation. Mutual assistance. Operation “Lava Jato”.

## INTRODUÇÃO

As intensas mudanças após o período entre guerras e, posteriormente, à guerra fria, culminaram em um mundo altamente globalizado, conectado e em ebulições constantes de temas que se tornam atuais e merecem discussão, seja pelo ordenamento jurídico de determinado país, seja pela comunidade internacional.

Fato é que as fronteiras constituídas na formação dos Estados Modernos parecem perder cada vez mais força, o modelo geopolítico do mundo tem sofrido mutações e conseqüentemente o ordenamento jurídico tende a acompanhar. Na medida em que os países se interligam junto com os modernos meios de comunicação se torna cada vez mais

<sup>11</sup> Doutorando e Mestre em Direito Internacional pela UERJ. Bacharel em Direito pela UFRJ. Professor de Direito do UNIFESO. Consultor e advogado.

<sup>12</sup> Bacharel em Direito pelo UNIFESO, advogado, pós graduando em Direito Internacional e Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

cintilante a necessidade da cooperação entre Estados soberanos, principalmente no que tange a problemática jurídica.

Já não é mais possível um ataque terrorista a milhares de quilômetros de distância passar despercebido ante vários países, já não é mais possível uma mera empatia com conflitos internacionais, pois, graças a essa potência de relações e globalizações os países encontram-se cada vez mais conectados.

As empreitadas jurídicas de cada nação, caso não existam pontes internas e externas capazes de encontrar uma solução para a lide, acabam por se tornar uma ilha isolada. É por essa razão que a cooperação diplomática vem evoluindo para uma cooperação jurídica internacional, cooperação essa que usando das atribuições de cada Nação vem a criar mecanismos úteis para a plena eficácia da jurisdição local e também do fazer valer a justiça em união com diversos órgãos de diferentes países.

O presente trabalho se torna atual em ansiar pela busca de respostas que apresentará os bastidores do combate à corrupção no Brasil pela ótica da cooperação jurídica internacional, mecanismo fundamental não apenas pela busca da justiça e validação da cidadania, mas também como meio de estreitar laços

diplomáticos em mútua colaboração com outros Estados soberanos.

Analisaremos a aplicação dos institutos da Cooperação Jurídica Internacional dentro de uma das maiores operações jurídico-policiais da atualidade brasileira, a “Operação Lava Jato”, com o intuito de buscar desenvolver a aplicação de institutos tão importantes e demonstrar os resultados obtidos por meio da Cooperação no combate a crimes de colarinho branco envolvendo políticos, doleiros, partidos, empresários brasileiros e também de outras nacionalidades.

Buscaremos apresentar na Seção 1 o conceito e os institutos da Cooperação Jurídica Internacional, compondo-o com a visão da mais doutra doutrina acerca do tema e também pela visão prática do Ministério Público Federal e do Ministério da Justiça, entre outros órgãos e instituições ligadas ao funcionamento dos meios de cooperação.

No desenvolver da Seção 2, analisaremos a evolução jurídico-histórica da legislação internacional que rege o combate à corrupção, tal como a Convenção de Mérida e outras Convenções e Tratados que inspiraram o Brasil a buscar a sua participação entre os mesmos e, também, a criar uma ampla rede legislativa e um papel participativo em comunhão com outros países em combater os chamados crimes de colarinho branco.

A Seção 3 abordará o que é a “Operação Lava Jato”, como ela tem se desenvolvido e apresentará a legislação pátria moldada para incorporar as inspirações advindas dos Tratados e Convenções Internacionais no combate à corrupção e outras modalidades e tipificações em paralelo ao crime de corrupção e lavagem de dinheiro, dentre os quais apresentaremos e trataremos da Lei 12.846 de 2013, a “Lei anticorrupção”.

Já na 4ª e última Seção, analisaremos a aplicabilidade dos institutos da Cooperação Jurídica Internacional pela “Operação Lava Jato” e de que forma esses institutos estão contribuindo para resultados efetivos da Operação.

O presente artigo utiliza-se de metodologia dedutiva com base em estudo bibliográfico documental cujas fontes variam em artigos, doutrinadores na seara do Direito Civil, Direito Penal, Direito Internacional e Direito Processual Civil e Penal, manuais do Ministério Público Federal, informações disponibilizadas pelo Ministério da Justiça e revistas jurídicas, tal como leis, convenções e Tratados Internacionais.

## 1 A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

### 1.1 CONCEITO E INSTITUTOS

O instituto da Cooperação Jurídica em âmbito internacional se dá sob o pretexto de

viabilizar e criar pontes de diálogo entre Estados no que tange à necessidade de comunicação de jurisdições. A comunicação e a colaboração entre Estados soberanos, nesse aspecto, é uma necessidade do movimento de transconstitucionalismo, isto é, uma necessidade contemporânea para as mais diferentes colaborações em pluralidades de matérias. (HISSA; BARBOSA, 2016, p. 288). Somada às problemáticas contemporâneas que não conhecem fronteiras e muitas vezes tornam-se igualmente desenvolvidas em vários Estados através de diversas faces, por exemplo, temáticas referentes aos crimes de corrupção, pois a cooperação entre Estados para fazer valer suas próprias leis é vital para a manutenção de uma ordem legal efetiva.

Nesse ponto, a cooperação jurídica internacional é “instrumento por meio da qual um Estado, para fins de procedimento no âmbito da sua jurisdição, solicita outro Estado medidas administrativas ou judiciais” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 7). É, portanto, um mecanismo para que países possam exercer um auxílio mútuo em suas atribuições jurisdicionais, aqui há de se falar em um meio pelo qual o próprio Direito encontra caminhos para acompanhar um intenso processo de globalização em todas as áreas abarcadas

pelo Estado, tal como pessoas, informações, serviços e principalmente capital.

Nesse entendimento, serve a cooperação como meio legal de resolução de problemáticas frente a uma diversidade de jurisdições uma vez que “é possível que o processo em curso necessite de diligências a serem realizadas fora dos limites territoriais do país em que tramita o processo que exijam que a decisão proferida em uma jurisdição produza efeitos em outra” (DOLINGER; TIBURCIO, 2017, p. 613).

A terminologia ora apresentada como Cooperação Jurídica Internacional, já enraizada e consagrada como tal (BARROSO; TIBURCIO, 2006, p. 797-810), encontra ainda maior sentido ao vislumbrarmos que tal cooperação transborda das meras atuações jurisdicionais e abraça também as atuações administrativas dos próprios Estados por meio do contato entre seus entes (ARAUJO, 2013, p. 2).

Historicamente, Toffoli e Cestari citam os estudos de Kimberly Prost que revelam um dos remanescentes do ato de cooperação ainda no antigo Egito no ano de 1280 a.C quando Ramsés II celebra um dos primeiros instrumentos cooperativos ao

permitir o retorno extradicional de criminosos em um tratado de paz celebrado com o povo Hitita (2009, p. 6).

Em tempos atuais e no panorama nacional, dentro de nosso ordenamento pátrio, a Constituição Federal de 1988, ora vigente, consagra a Cooperação Jurídica Internacional no artigo 4º, inciso IX através do princípio norteador da cooperação entre os povos para culminar no progresso da humanidade. A própria Carta Magna apresenta meios de cooperação dentro de seu texto, tal como pedidos de extradição (art. 102, I, “G”, CF), homologação de sentenças estrangeiras (art. 105, I, “I”, CF) e das cartas rogatórias (art. 109, X, CF). A previsão desses mecanismos também está expressa no Novo Código de Processo Civil, por exemplo, em seu artigo 36. Contudo, não há de se falar em lei específica para a Cooperação em si.

As modalidades para essa cooperação entre Estados podem ser divididas em três pontos, a título de melhor elucidação pedagógica, sendo eles: cartas rogatórias, homologação de sentença estrangeira e auxílio direto.<sup>13</sup> A posição do Estado brasileiro mudará conforme sua atuação dentro da cooperação. Sendo o Brasil quem solicita a cooperação a um país estrangeiro,

---

<sup>13</sup> O presente trabalho apresentará os conceitos das cartas rogatórias, homologação de sentença e auxílio direto, contudo, se aterá mais no auxílio

direto em consequência de sua ligação íntima como ferramenta de combate à corrupção



essa será denominada como uma cooperação ativa, todavia, quando o Estado estrangeiro realiza tais solicitações ao Brasil, essa será uma cooperação passiva (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 7).

Destarte, frisa-se que os meios de Cooperação presentes no Código de Processo Civil deverão reger-se, segundo Alexandre Câmara (2016, p. 46), sob a:

Observância ao devido processo legal no Estado requerente, (art. 26, I, CPC); a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência jurídica aos necessitados (art. 26,II, CPC); a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente (art. 26,III, CPC); a existência de autoridade central para designação específica do tratado – o Ministério da Justiça (art. 26, § 4º, CPC); a espontaneidade na transmissão de informações e autoridades estrangeiras (art. 26, V, CPC).

A cooperação dar-se-á através de matéria penal ou de matéria civil pelas modalidades já supracitadas.<sup>14</sup> Para tanto, as bases jurídicas para uma Cooperação, além dos dispostos no ordenamento legal brasileiro tal como a própria Constituição Federal e o Código de Processo Civil, poderá advir o exercício pelos Estados em razão de acordos bilaterais, tratados regionais e multilaterais, além da própria reciprocidade<sup>15</sup>(MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 8). Nessa seara, sendo o tratado um “acordo formal onde se exprime, com precisão, em determinado momento histórico, seu teor de contornos bem definidos” (REZEK, 2014, p. 40), e segundo a Congresso de Viena sobre o Direito dos Tratados em seu artigo 2º, 1, “a”: “‘Tratado’ significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”, a cooperação advinda desse acordo formal tomará legitimidade ante a figura de uma autoridade central responsável pela cooperação. No Brasil essa autoridade é exercida pelo Ministério da

<sup>14</sup> Há de se explorar mais a Cooperação Jurídica Internacional no âmbito penal quanto ao auxílio direto em razão dos objetivos do presente tema.

<sup>15</sup> Entende por reciprocidade um princípio onde “um Estado somente aplicaria o direito de um

Estado estrangeiro se este estivesse também aberto a aplicar direito de outros Estados” (JUBILUT; MÔNACO, 2012, p. 84).

Justiça através do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) e da Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania (DRCI/SNJ), conforme Artigo 12, Anexo I do Decreto nº 9.360 de 07 de maio de 2018, cuja competência é de análise e tramitação de pedidos de extradição e transferência de pessoas condenadas, já o DRCI é responsável pela análise e tramitação da pluralidade de pedidos com base na Cooperação.

A Cooperação poderá se realizar por meio das cartas rogatórias, conhecidas como meio tradicional e antigo de Cooperação entre Estados no modo específico de interação entre as Jurisdições interessadas. Sendo a carta rogatória um meio comum para comunicações processuais, ela deverá respeitar elementos previstos no art. 961 do CPC, tal como homologação ou concessão do “exequatur”, cuja competência, hoje, recai sobre o STJ, mesmo após ter havido muitas discussões que abarcaram o próprio STF no que diz respeito às competências e constitucionalidade da expedição (DOLINGER; TIBURCIO, 2017, p. 614). Em se tratando de um pedido formulado pelo Brasil para um Estado estrangeiro (como já dito, chama-se cooperação ativa), o mesmo será encaminhado para a autoridade central brasileira e só então

haverá de ser encaminhado ao Estado estrangeiro, conforme disposto no art. 37 do CPC, respeitando o disposto sobre a tradução dos documentos expresso no art. 38 do mesmo Código. Quanto ao pedido passivo, cabe ressaltar a possibilidade de sua recusa em se tratando de uma ofensa à ordem pública brasileira, conforme disposto no artigo 39 do mesmo Código processualístico (CÂMARA, 2016, p. 48).

Noutro giro, como complementar aos propósitos da carta rogatória, mas também sendo mecanismo e instituto dentro da Cooperação Jurídica Internacional, reconhece a homologação da sentença estrangeira. Com competência fixada pela Constituição Federal ao STJ pelo artigo 105, I, “i”, a homologação de sentenças estrangeiras ganha destaque no plano nacional já que em outros países como Alemanha, França, Canadá, Suíça e Itália a decisão de homologação cabe a juízes de 1ª instância. O CPC em seu artigo 963 enumerou requisitos para a homologação (DOLINGER; TIBURCIO, 2017, p. 624).

O instrumento de homologação, embora não tão querido como as cartas rogatórias, constitui-se um meio vultoso para dar eficácia às cooperações, cabe realçar medidas como a introduzida pela Resolução nº 9/2005 do STJ que permitiu a tutela de urgência na homologação de sentenças estrangeiras, repetido pelo art.

216-G do Regimento interno da mesma Corte. Destarte, o Código de Processo Civil em uma de suas inovações também prevê que em certas leis e/ou tratados seja possível dispensar algumas modalidades de sentença na concessão do “*exequatur*” (DOLINGER; TIBURCIO, 2017, p. 626).

O terceiro meio de Cooperação é o auxílio direto, meio esse envolto em inúmeras possibilidades e muito utilizado atualmente nos enfrentamentos judiciais e administrativos no combate à prática de crimes mais robustos, tratado intensamente na Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal.

O auxílio direto é meio mais recente utilizado na cooperação entre os Estados soberanos. Nessa senda, o pedido poderá ser feito ao magistrado de primeira instância sem deliberações mais burocráticas de juízo prévio do STJ, sendo a autoridade central responsável pela tramitação desses pedidos (HISSA; BARBOSA, 2016, p. 290). A priori, a autoridade central brasileira responsável pela tramitação em auxílio direto será o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça. Destacam-se como diferenças entre o auxílio direto e os demais institutos ligados a cooperação, “o direito aplicável e a origem da decisão que enseja o pedido” (DOLLINGER; TIBURCIO, 2017, p. 629).

No que diz a jurisprudência da Suprema Corte do país em decisões monocráticas, entende-se que tratados também podem estabelecer o auxílio direto entre os Estados, ou seja, não se residirá apenas em diplomas legais nacionais o nascedouro de um auxílio, mas também haverá de reconhecer Tratados, isto é, expressão de vontades entre Estados soberanos como fonte capaz de fazer criar o auxílio entre as partes. (Vide: STF, DJU 12.12.2004, CR 10.922, Rel. Min. Maurício Corrêa; STJ, DJe 19.12.2011, HC 147.375/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi e artigo 13 do Código de Processo Civil). Observa, nesse sentido, o disposto no artigo 13 do Código de Processo Civil que prevê a possibilidade de disposições específicas em Tratados, convenções e acordos internacionais em que o Brasil seja parte de exercer jurisdição civil, além das normas processuais brasileiras.

Ademais, destaca-se como meio para obtenção de auxílio, além de Tratados, a ação do Estado brasileiro para receber um regime de reciprocidade, uma vez que é pela porta da reciprocidade que o auxílio direto vem sendo um meio mais célere de Cooperação. Costumeiramente, por meios judiciais e administrativos conseguem encontrar caminhos para apressurar os meios de Cooperação tradicionais tendo em

vista a morosidade por suas implicações protocolares (ARAÚJO, 2013, p. 13).

Em se tratando de auxílio direto em matéria penal, que em razão de sua importância no combate à corrupção vale trazer à baila, ressalta-se que a preocupação internacional no que tange o combate à corrupção ganhou força e está presente em dispositivos legais internacionais que serão tratados mais adiante, entretanto, por si só já revelam a extrema importância do diálogo entre Estados soberanos. Isso se dá para que, administrativa e judicialmente, possam romper barreiras inerentes às suas condições quanto à soberania e encontrem na Cooperação uma estrada segura e eficaz no combate ao crime em geral, principalmente aos crimes que usurpam os cofres públicos.

Esgotados os mecanismos clássicos de cooperação no que diz respeito a sua eficiência em determinados quadros particulares, o auxílio direto apresenta-se como um mecanismo mais arrojado capaz de contribuir com medidas como a comunicação de atos processuais, oitiva de testemunhas, quebra de sigilo bancário, sequestro de bens, repatriação de bens ou valores enviados ao exterior de forma ilícita (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 21). Em suma, é um meio capaz de enfrentar as estruturas mais complexas ligadas aos crimes de colarinho branco.

## 2 EVOLUÇÃO

### 2.1 CONVENÇÃO DE MÉRIDA E DEMAIS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

O avanço do processo de globalização tem tornado mais nítida a perda dos poderes fronteiriços entre as nações, por haver cada vez mais a criação de uma consciência em nível global através de cooperações entre Estados e a tendência ao isolamento tem sido menor conforme o passar dos anos. Nesse mesmo compasso, os desafios internos de cada país têm tomado proporções maiores a ponto de extravasar suas fronteiras e, conseqüentemente, requerer auxílio de mecanismos capazes de um trabalho conjunto.

A participação do Brasil em normas internacionais na forma de Tratado, sendo de forma bilateral, ou não, consegue exprimir não apenas a preocupação da comunidade internacional no que tange essa temática, mas também como esforços que entram diretamente em vigor perante o ordenamento jurídico pátrio. O Tratado, per se, sendo um acordo formal e dotado de “animus contrahendi”, produz efeitos obrigacionais entre as partes concordantes, culminando em acordo formal entre os Estados que é o ato jurídico que ao produzir a norma, produz efeitos de direito, gerando obrigações e prerrogativas (REZEK, 2014, p. 42).

Não obstante, cabe ressaltar que a participação do Brasil em Tratados e Convenções parte da internalização dos mesmos no direito brasileiro e isso se dá nos seguintes moldes: primeiramente com a negociação das partes e a assinatura do texto final, cumprindo o disposto no que se refere ao papel do Presidente da República no art. 84, VII da Constituição Federal e do Congresso Nacional no art. 84, VIII da mesma Carta Magna; aprovação pelo Congresso nos termos do art. 49, I da Constituição Federal; ratificação pelo Chefe do poder Executivo ou adesão onde seus efeitos equivalem aos de ratificação e por fim a promulgação e publicação (DOLINGER; TIBURCIO, 2017, p. 59).

A Cooperação jurídica internacional é exercida sob os vastos campos férteis que servem como base primeira para os acordos bilaterais, tratados regionais e multilaterais além de ações com base na promessa de reciprocidade junto a alguns países com os quais o Brasil possui acordo. Por meio desses instrumentos internacionais o Brasil adquire o direito da solicitação de cooperação aos outros

Estados Partes e também se compromete a conceder pedidos oriundos desses mesmos países (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p.8).

Os diplomas internacionais e a própria atuação de convenções e tratados bilaterais cuja temática de corrupção é tomada como meio para debater seu enfrentamento é, logo, extremamente feliz e necessária visto o atual cenário contemporâneo de um direito muito mais amplo do que as bordas fronteiriças. Ao tratar de corrupção em um conceito mais amplo do que o da esfera criminal, entende-se a gravidade que atinge não apenas um Estado soberano específico, mas uma coletividade. Discorre Adétrio Pilartes H. Miguel (2016, p. 85):

Considera-se a corrupção como um fenômeno social que atinge, hoje em dia, foros de verdadeira calamidade nacional e internacional e mina a economia dos Países, mesmo os mais desenvolvidos, e perturba o desenvolvimento sustentado e o Estado de direito.

A necessidade de uma participação internacional regida por diplomas legais de meios diplomáticos bilaterais ou em forma de convenção se dá uma vez que o controle e o combate contra a corrupção é tarefa árdua, dada as dificuldades existentes com obstáculos ainda maiores quando as ações envolvem não apenas um reduzido número de funcionários, mas uma rede institucional de atores (MIGUEL, 2016, p. 86).

A mutabilidade dos conceitos de corrupção demonstra a rápida difusão dessas práticas em ambientes cada vez mais diversificados e em cadeias mais complexas que necessitarão de um tratamento merecedor dentro dos diálogos em Convenções, tratados e acordos bilaterais. Guilherme de Souza Nucci(2015 p. 6) esclarece acerca dessas novas ambientações ao entender que:

A corrupção caracteriza-se, nitidamente, pela negociata, pelo pacto escuso, pelo acordo ilícito, pela depravação moral de uma pessoa, gerando, muitas vezes, imensos estragos ao Estado. Mas a corrupção não se limita às fronteiras da Administração Pública, pois corre solta no ambiente privado, em particular, no cenário de empresas particulares. As maiores do mundo, que se auto intitulam honestas, são surpreendidas, de tempos em tempos, imersas na podridão dos negócios malvistos e ilegais.

Na iminência da discussão acerca da corrupção, a Organização das Nações Unidas (ONU), através da Assembleia das Nações Unidas, adotou no dia 31 de outubro de 2003 a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC) na cidade de Mérida (México). O texto legal foi adotado pelo Brasil como forma de promulgação

através do texto do Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005 e pelo Decreto 5867, de 31 de janeiro de 2006 passando a ter força de lei.

Além da CNUCC, o Brasil participou também dos eventos da Conferência Interamericana contra a Corrupção no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA).

A Cooperação Internacional em forma jurídica já é colocada ao conhecimento ainda no preâmbulo da CNUCC como meio necessário para combater e prevenir a corrupção, uma vez que deixa de ser um problema local e converte-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias(Preâmbulo, CNUCC). Nesse passo, o artigo 1º, “b”, quanto às finalidades da Convenção, ressalva: “Promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos”.

A CNUCC institui novos traçados orientadores, não apenas ao entendimento jurisprudencial brasileiro, bem como também contorna novas linhas nas relações entre Estados na busca de acordos bilaterais que sejam efetivos em garantia de auxílio no combate à corrupção. Tratando-se de matéria civil, como no caso de utilização de instrumentos como a carta rogatória, cita-se

o Convênio de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha, promulgado pelo Decreto nº 166/91 (DOLINGER; TIBURCIO, 2017, p. 619).

Outra exemplificação de acordo bilateral é a existência do Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal entre o Governo da República Portuguesa e da República Federativa do Brasil instituído pelo Decreto nº 1.320, de 30 de novembro de 1994, tal como o Tratado de Assistência Mútua em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Canadá, instituído pelo Decreto nº 6.747, de 22 de janeiro de 2009 cuja Autoridade Central é a Procuradoria Geral da República.

A Convenção das Nações Unidas contra a corrupção nasce então com a necessidade de um acordo comum para um enfrentamento real com observância de que, entre os 71 artigos da Convenção, quatro dos oito capítulos necessitam de adaptação legislativa para possibilitar a aplicação do regramento em âmbito interno, sendo eles aqueles que versam sobre a prevenção, penalização, recuperação de ativos e cooperação internacional (HISSA; BARBOSA, 2016, p. 292).

Destarte, além das considerações para o enfrentamento na seara Cível, vale

ressaltar o entendimento do penalista Nucci (2015, p. 6) ao afirmar que seria inviável a ação de um crime organizado se não houvesse a corrupção.

Nesse diapasão, visando combater e prevenir também em âmbito internacional o Crime Organizado Transnacional, o Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004 promulgou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, mais conhecido como Convenção de Palermo. Dentre muitos dispositivos importantes, destaca-se o artigo 13 sob o título de “Cooperação Internacional para efeitos de confisco” tal como o artigo 18 sob o título de “Assistência Judiciária recíproca”, dispositivos inovadores e claros quanto à existência e o dever de cada Estado signatário em utilizar-se dos institutos e meios já apresentados na seção 1 para a garantia de uma cooperação efetiva e de reais resultados, tomando a cautela de observar o ensinamento de Adétrio Pilartes H. Miguel (2016, p. 85) que se vale do ensinamento de Montesquieu em que todo instrumento de combate à corrupção deixa de ser bom quando mal aplicado.

Na mesma retórica, visando um combate também da corrupção nos meios de relações comerciais internacionais, a linha de frente de diplomas internacionais nesta seara inclui a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos

Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), firmado em 1997 e ratificado no Brasil em 15 de junho de 2000, promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000 cujo principal objetivo é a prevenção e combate ao delito de corrupção de funcionários públicos estrangeiros na esfera de transações comerciais internacionais (MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLE, 2016, p. 5).

Posteriormente, a Convenção da OCDE conduzirá o Brasil à inspiração para a elaboração e adoção da Lei nº 12.846/13, conhecida como Lei Anticorrupção que será tratada com mais à finco posteriormente.

Segundo dados apresentados pela Cartilha da Convenção da OCDE, de autoria da Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção (STPC), fontes da própria OCDE já apontaram que após a entrada em vigor da Convenção houve um incremento no número de investigações e condenações nos Estados Partes pelo cometimento de atos de corrupção de funcionários públicos estrangeiros (MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLE, 2016, p. 5).

O trabalho desenvolvido pela OCDE inclui relatórios econômicos frequentes na análise de cada país em paralelo aos compromissos estabelecidos na própria convenção e compactuados entre os seus Estados signatários. O relatório econômico da OCDE (2018, p. 35) no que diz respeito ao Brasil, no mês de fevereiro de 2018, traz informações de grande valia nos efeitos dos diplomas internacionais nas ações governamentais internas no Brasil, uma vez que conforme disposto:

O Brasil está em 79º lugar entre os 176 países listados na última publicação do índice de corrupção da Transparência Internacional (TI, 2016). Práticas de corrupção e propina, como as reveladas nos últimos anos (consulte a Caixa 3), fazem com que os recursos públicos sejam desperdiçados e exacerbam as desigualdades de renda, ao permitir que servidores públicos e empresas desviem os recursos do contribuinte. As evidências surgiram principalmente no contexto das contratações públicas, inclusive por empresas estatais, do crédito subsidiado e dos incentivos fiscais para empresas e setores específicos. As concessões de infraestrutura também são vulneráveis ao conluio entre



licitantes e à corrupção, pois as estimativas sugerem que doações de campanha de empresas fizeram com que aumentasse significativamente a probabilidade de essas empresas ganharem contratações públicas (Boas et al., 2014). A regulação financeira dos partidos e das campanhas políticas, atualmente em discussão no Brasil, é crucial para evitar que interesses particulares poderosos capturem o processo político, deixando o crescimento menos inclusivo e fazendo com que caia a confiança no governo.

Nessa mesma linha de resultados e acompanhamento no Brasil, chama atenção as medidas de adequação ainda em processo de desenvolvimento, conforme discorre:

Os esforços de combate à corrupção devem incluir uma avaliação completa das leis de contratação pública, em particular o modo com que suas muitas complexidades e isenções afetam a integridade dos processos de licitação e a concorrência. Essa revisão também deve cobrir o risco de conluio em licitações públicas, que é substancial. A redução do conluio reduzirá os preços pagos pelas autoridades públicas e as oportunidades de corromper o processo (OCDE,

2010b; OCDE, 2014). As regras relativas aos conflitos de interesse, incompatibilidades e imparcialidade nas contratações públicas poderiam ser otimizadas e fortalecidas. O uso obrigatório de órgãos de compra centralizados, os quais estão menos propensos à corrupção, poderia ser expandido juntamente com o treinamento sistemático dos servidores responsáveis pelas contratações públicas sobre estruturação eficaz das licitações e detecção eficaz de práticas de conluio (OCDE, 2012b). Os procedimentos de denúncia estão presentemente prejudicados por competências sobrepostas e sistemas paralelos para ofensas semelhantes, dificultando a proteção eficaz dos denunciante. A maioria dos países da OCDE possui leis dedicadas para proteção dos denunciante, mas o Brasil não (OCDE, 2016c). Em relação à propina do exterior, o Brasil tem aumentado significativamente sua capacidade de investigar de modo proativo o recebimento de propinas do exterior, em cooperação próxima e em coordenação com outros participantes da Convenção

Anticorrupção da OCDE  
(2018, p. 36).

Dessa forma, para a garantia da eficácia dos termos assinalados da Convenção os Estados signatários realizam periodicamente avaliações, tais como a avaliação supracitada coordenada pelo Grupo de Trabalhos sobre Suborno da OCDE, grupo esse que é responsável pelo monitoramento de adoções de medidas implementadas na própria Convenção por parte dos países-membros. Com base nesses relatórios, é possível determinar qual caminho efetivo o país está trilhando na efetividade dos compromissos traçados na Convenção (MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLE, 2016, p. 7).

### 3 A OPERAÇÃO LAVA JATO E AS NORMAS BRASILEIRAS ANTICORRUPÇÃO

O Brasil tem vivido um momento peculiar em sua história ao vivenciar o desenrolar de uma das operações mais comentadas pelo meio midiático dos últimos anos, a Operação Lava Jato pode ser considerada não apenas uma das operações mais polêmicas por envolver pessoas de relevada importância política e social, mas também por ser uma Operação em que se tem trabalhado de modo contínuo com a Cooperação Jurídica Internacional, tão importante para a eficácia de suas fases.

Nesse contexto, é de importância ímpar destacar o histórico da gênese da Operação Lava Jato para a melhor compreensão das realidades fáticas e jurídicas nas quais a Cooperação Jurídica Internacional tem se desenvolvido e beneficiado a própria Operação no que tange aos diversos aspectos de sua concretude, tal como o auxílio direto e o histórico de repatriações recentes no que se refere ao montante de capital em estrangeiro de origem ilícita.

Com origem na cidade de Curitiba, Estado do Paraná, a Operação Lava Jato é conduzida pelo Ministério Público Federal em comunhão com a Polícia Federal, alcançou âmbito nacional e é considerado pelo MPF e pela imprensa como a maior e mais importante operação de combate à corrupção realizada no Brasil e que ainda se encontra em curso (PEREIRA; ALMEIDA, 2016, p. 218).

Flagrada no mês de março do ano de 2014 e com investigações iniciadas no ano de 2009, a Operação começou com objetivo de investigar organizações criminosas lideradas por doleiros pelo crime de lavagem de dinheiro, contudo, posteriormente, descobriu-se um complexo esquema de corrupção que envolvia também a Petrobrás e, conseqüentemente, funcionários públicos, políticos e empreiteiras. O nome da operação advém

de uma rede de combustíveis e lava jato de automóveis usados para movimentar recursos ilícitos.

As investigações são conduzidas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal que trabalham em comunhão com o Poder Judiciário que detém poder para autorizar medidas como interceptações telefônicas, prisões, buscas, conforme é previsto no ordenamento jurídico pátrio. Destaca-se, ainda, o trabalho da 13ª Vara Federal de Curitiba, responsável no que diz respeito à primeira instância dos crimes praticados na Lava Jato, traçando assim um paralelo de destaque em razão do feito inédito em prender pessoas de grande influência no Brasil (FERREIRA, 2016, p. 48).

O avanço das investigações em consonância com os institutos disponíveis para a Cooperação Jurídica Internacional e também com todo o aparato legislativo disponível no que concerne a legislação de combate à corrupção, foi possível traçar a rota da corrupção em altos níveis e escalões do governo, conforme ilustra:

O Ministério Público Federal desvendou um esquema de corrupção na Petrobrás que desviava dinheiro da estatal por meio de pagamentos superfaturados às empreiteiras contratadas que pagavam propinas aos agentes públicos e

doleiros, estes também repassavam propina para políticos e partidos políticos. A finalidade da propina era beneficiar políticos e partidos políticos que indicavam os diretores da Petrobrás, os quais ficavam responsáveis pela manutenção do esquema, sendo certo que o objetivo das empreiteiras era garantir contratos com a estatal (PEREIRA; ALMEIDA, 2016, p. 219).

Cabe observar que a Operação Lava Jato não é a única em âmbito internacional no combate à corrupção envolvendo os bastidores do poder. A Itália foi protagonista de uma das maiores Operações do mundo denominada como “Operação ManiPolulitt”, iniciou-se em 1992 e revelou que os bastidores políticos de Milão e da política nacional Italiana estavam entranhadas por atos de corrupção, redesenhando posteriormente o cenário político italiano e sendo considerado um momento ímpar para a história contemporânea do judiciário (MORO, 2014, p. 57).

Até o presente momento, de acordo com o Ministério Público Federal, com dados atualizados em 10 de setembro de 2018, a Operação Lava Jato já teve 2.476 procedimentos instaurados, sendo: 962 mandados de buscas e apreensões, 227

mandados de conduções coercitivas, 115 mandados de prisões preventivas, 121 mandados de prisões temporárias, 6 prisões em flagrante, **548 pedidos de cooperação internacional** (grifo nosso), desses números de cooperação, faz saber que foram 269 pedidos ativos para 45 países e 279 pedidos passivos para 36 países. Resultando até o momento em 211 condenações e 45 sentenças envolvendo crimes de corrupção, crimes contra o sistema financeiro internacional, tráfico transnacional de drogas, formação e organização criminosa, lavagem de ativos e outros. Consta-se também nos resultados o retorno de R\$ 12,3 bilhões alvo de recuperação por acordo de colaboração e R\$ 846,2 milhões objeto de repatriação.

Ante a essa realidade brasileira que vive atualmente de forma praticante no enfrentamento à corrupção generalizada em diversos patamares e setores públicos ou privados, cabe ressaltar que a Operação Lava Jato encontra mecanismos de atuação também dentro do arcabouço jurídico pátrio no que denomina-se como Leis de combate à corrupção. O ordenamento anticorrupção instalado no Brasil se dá diante de um cenário em que:

A corrupção no Brasil, como se sabe, atingiu patamares epidêmicos, encontrando-se em todos os planos políticos e, prática e lamentavelmente,

hospedando-se no cotidiano brasileiro. Nos séculos XX e XXI os brasileiros ficaram indignados com a frequência com que escândalos de corrupção assolaram o Estado brasileiro, sobretudo nos domínios da administração pública, por onde transitam valores monetários de elevada monta, motivando a que alguns mais efeitos ao ilícito pratiquem atos lesivos à Administração Pública (PESTANA, 2016, p. 1).

É possível afirmar que a problemática da corrupção necessita de normas fortes e incisivas, uma vez que pelo ponto de vista criminal operam consequências drásticas que exorbitam o âmbito da Administração Pública e, conseqüentemente, na esfera criminal, social e cultural (PEREIRA; ALMEIDA, 2016, p. 216).

No que tange a existência das normas anticorrupção no Brasil, vale ressaltar que além das Convenções nas quais o Brasil é signatário, assunto tratado na seção 2.1 do presente instrumento, cabe registrar a existência do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940) e também da Lei 12.846 de 2013, mais conhecida como “Lei Anticorrupção”. Não é o objetivo de esse artigo trazer análises profundas à beira do esgotamento da matéria ante os dispositivos

anticorrupção do Código Penal e da Lei Anticorrupção, mas sim apresentá-los como os principais dispositivos legais da conjuntura pátria interna, além daqueles já apresentados como Tratados e Convenções Internacionais.

O Código Penal Brasileiro reserva em seu Título XI espaço especial para dispositivos quanto aos crimes contra a Administração Pública, sendo o seu capítulo I voltado para crimes próprios de funcionários públicos e o capítulo II aos crimes praticados por particulares. Para dar maior efetividade à Convenção sobre Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (OCDE de 1997), fora incluso por meio da Lei 10.467 de 2002 os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira, tipificando assim o tráfico de influência e corrupção ativa em transação comercial internacional. (HILST, 2013, p 34).

A título de evolução histórica do tipo penal de corrupção dentro do arcabouço penal brasileiro, Bittencourt (2012, p. 243) ensina que:

O nosso Código Criminal do Império (1830) seguiu a orientação de equiparar as duas formas de corrupção, que foi mantida no Código Penal de 1890. Finalmente, o Código Penal de 1940 afastou-se de

seu inspirador, o Código Penal Rocco (1930), disciplinando a corrupção ativa e passiva como crimes autônomos e independentes, afastando-lhes a natureza de crime bilateral.

Ainda no que diz respeito ao que dispõe o Código Penal Brasileiro nos crimes contra a Administração Pública, destaca-se a recorrente usualidade do artigo 317 que dispõe acerca da corrupção passiva e também do artigo 333 do mesmo Código que dispõe sobre a corrupção passiva. Nessa vereda, Cleber Masson (2013, p. 763) ensina que a corrupção ativa tem natureza funcional e está inserida como crime praticado por funcionário público contra a Administração como um todo e a corrupção ativa é baseada nos crimes praticados por particular contra a Administração em geral.

No que se refere a essência da corrupção, Néelson Hungria (1958, p. 369) discorre:

Costuma-se distinguir entre corrupção antecedente e subsequente. A primeira ocorre quando a recompensa é dada ou prometida em vista de uma ação ou omissão futura, e a segunda, quando se refere a uma ação ou omissão pretérita.

Noutro giro, conforme lembra Hilst (2013, p. 38), a Lei 12.846 de 2013, conhecida como “Lei Anticorrupção” surge, segundo sua exposição de motivos,

“para suprir uma lacuna existente no sistema jurídico pátrio no que tange à responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas contra a administração pública, em especial, por atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos”.

Dentre os limites de novos avanços vislumbrados pela Lei 12.846/2013 é possível afirmar que ela poderá contribuir para o compliance e a integridade empresarial e, conseqüentemente, auxiliar mecanismos diversos no combate à corrupção em geral, visto que a referida Lei visa atuar de forma mais incisiva no que tange a responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas por atos contra a administração pública estrangeira, vide de forma expressiva no artigo 5º, caput, da mesma Lei (HILST, 2013, p. 58).

Um dos cerne no qual a Lei Anticorrupção está baseada quanto sua preocupação natural é que ela tem como foco a punição e responsabilização da pessoa jurídica que solicita a vantagem ilícita e que, conseqüentemente, foi beneficiada com o ato que nasce da improbidade. Por essa razão, a Lei 12.846/2013 ganha novos horizontes ao punir e responsabilizar mediante critério de responsabilidade objetiva. Em outras palavras, recairão sobre a pessoa jurídica

todas as sanções previstas se a aludida pessoa estiver envolvida em eventual ato lesivo à administração pública, independente de culpa ou dolo e independente da responsabilização ou não do agente público envolvido (MARINELA; PAIVA; RAMALHO, 2015, p. 37).

No contexto da Operação Lava Jato, ante a calorosa discussão pública e política em temas referentes à corrupção e às normas brasileiras anticorrupção, o Ministério Público Federal começou a desenvolver uma série de propostas para o combate e prevenção da corrupção e da impunidade, resultando no projeto denominado como “As 10 medidas contra a corrupção”. Lançadas no ano de 2015 pelo então procurador-geral da República, Rodrigo Janot, pelos representantes da Câmara de Combate à Corrupção do MPF e pelo coordenador da Força-tarefa da Operação Lava Jato no Paraná, Deltan Dallagnol. No que tange ao núcleo da proposta do Ministério Público Federal, é possível entender:

Dessa maneira as medidas seriam as seguintes: Prevenção à corrupção, transparência e proteção à fonte de informação; Criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos; Aumento das penas e crime hediondo para corrupção de altos valores; Aumento da eficiência e da

justiça dos recursos no processo penal; Celeridade nas ações de improbidade administrativa; Reforma no sistema de prescrição penal; Ajustes nas nulidades penais; Responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa 2; Prisão preventiva para evitar dissipação do dinheiro desviado e; Recuperação do lucro derivado do crime (FERREIRA, 2016, p. 52).

Em contrapartida, com o término das discussões acerca das medidas no Congresso Nacional envolto em críticas e polêmicas, sem avanços significativos de fato, a Transparência Internacional e a Fundação Getúlio Vargas (FGV) divulgam a campanha “Novas Medidas contra a Corrupção” que consiste em “uma compilação de melhores práticas nacionais e internacionais e da colaboração de vários setores da sociedade brasileira, construiu-se o maior pacote anticorrupção já desenvolvido no mundo. Trata-se de uma plataforma de propostas de reforma legislativa, administrativa e institucional, com o objetivo de promover um debate público orientado às causas sistêmicas da corrupção e de oferecer soluções permanentes para o seu enfrentamento no longo prazo” culminando em um pacote com 70 medidas, incluindo um anteprojeto

de lei e propostas de Emenda Constitucional.

#### 4 A IMPORTÂNCIA DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NO ÂMBITO DA OPERAÇÃO LAVA JATO

O desencadeamento da “Operação Lava Jato” revelou a participação de políticos, empreiteiras, doleiros e funcionários da Petrobras que estavam diretamente associados à prática de diversos delitos cuja culminância está na lavagem de capitais, produto da corrupção que em grande parte das vezes se utiliza de transferência de numerário para contas no exterior com objetivo de dificultar sua localização e origem (MENEZES, 2017, p. 147).

As demandas oriundas no decorrer da “Operação Lava Jato” demonstram que, a mera observância e aplicação dos capítulos V, VI e VII da lei nº 9.613/1998 a serem aplicadas por instituições financeiras, no que se refere aos crimes de lavagem de capitais, não são suficientes no combate à lavagem de dinheiro e ao reingresso desse capital ao mercado de origem, necessitando de um passo a mais das autoridades brasileiras para caminharem pelo caminho do dinheiro e operar a justiça de forma eficiente (LEMOS; ZAGANELLI, 2018, p. 95).

Os institutos preconizados da Cooperação Jurídica Nacional pelo seu

manuseio através do Ministério Público Federal, Ministério da Justiça e possibilitados por tratados e outros diplomas internacionais, já vistos na seção anterior, produzem uma sólida e útil ferramenta, igualmente poderosa a serviço da justiça no que tange ao combate aos crimes envolvendo não apenas tipicidades ligadas à corrupção e crimes contra a administração pública, mas também envolvendo figuras de grande influência e poder no Estado e economia.

Os processos da “Operação Lava Jato” apresentam de forma sequente o enfrentamento com manipulação em dinheiro de moedas estrangeiras, evasão de divisas e envio de capital ao exterior. É possível constatar tal realidade nos itens 8, 9, 10, 11 e 12 do relatório de sentença no processo nº 5036528-23.2015.4.04.7000/PR, sentença que condena figuras ativas na Operação, tal como Alberto Youssef e Marcelo Odebrecht. A evidência da utilização da cooperação jurídica internacional no caso torna-se ainda mais latente no item 40 do mesmo relatório da predita sentença do processo supracitado, em que o MPF em alegações finais na letra “e” reafirma que não há ilicitude na cooperação realizada com a Confederação Helvética (Suíça).

Interessante retomar conceitos prévios de institutos de Cooperação, tal

como as cartas rogatórias, meio pelo qual se realiza a comunicação processual como citações ou notificações, tal como a coleta de prova no exterior na esfera cível e penal. Diferenciadas entre cartas rogatórias ativas e passivas, deparamo-nos com os meios pelos quais o Brasil coleta provas no exterior sendo esse recurso denominado carta rogatória ativa, visto que é emitida por autoridade brasileira para realização dos atos processuais no exterior. Já em situação inversa, em que a ação é realizada na justiça estrangeira e cabe ao Brasil cumprir as diligências, chamamos carta rogatória na modalidade passiva. Cabe ressaltar que deverá observar a existência ou não de lei ou tratado que preveja outra formalidade de solicitação entre ambos os países. Em todo caso, consta-se também a participação primordial e fundamental da autoridade judiciária brasileira competente para a concessão do exequatur, conforme já esmiuçado em seções anteriores (DOLINGER; TIBURCIO, 2017, p. 614-615).

No caso do processo nº 5036528-23.2015.4.04.7000/PR, julgado em sede da Justiça Federal em sua 13ª Vara, em Curitiba, a cooperação jurídica internacional possibilitou que as documentações e informações pertinentes às contas referidas nos autos viessem ao Juízo mediante envio das autoridades suíças



por requerimento do Brasil em forma de auxílio direto utilizado na instrução de denúncia pelo processo de nº 5036309–10.2015.4.04.7000/PR (Item 115 do relatório da sentença do processo nº 5036528–23.2015.4.04.7000/PR).

A Suíça tem se tornado palco recorrente de atuações de criminosos no intuito de lavagem de dinheiro e outras movimentações criminosas em razão de o país ser considerado como “paraíso fiscal” no que diz respeito ao sigilo de contas e, sendo assim, um facilitador de movimentos financeiros. Contudo, o número de cartas rogatórias entre Brasil e Suíça tem diminuído muito em razão dos atuais acordos (bilaterais e multilaterais) de cooperação em matéria penal celebrados entre ambos os países que facilitam qualquer trâmite de mutual assistance, ou afins, dentro da seara da Cooperação Jurídica, cita-se, por exemplo, o Decreto nº 6.974/2009(MPF, 2016, p. 149).

Retoma-se, portanto, a importância do instituto do auxílio direto como meio facilitador para comunicação entre instituições nacionais e estrangeiras, tal como o Ministério Público Federal. Nesse sentido, o auxílio direto permite que a autoridade estrangeira solicite a pronta realização de diligências no país, bem como a carta rogatória, diferenciando-se justamente na fundamentação, pois a carta

rogatória se fundamentará na decisão da autoridade estrangeira proferida em consonância com seu próprio ordenamento jurídico, já o auxílio direto não se fundamentará em prévia decisão, cabendo decisão de autoridade brasileira competente seja ela judicial ou não. Frisa-se a tamanha inovação em dar mais legitimidade ao instituto através do Código de Processo Civil de 2015.

Nesse mesmo contexto, podemos citar o item 75 e 76 do relatório da sentença anexo ao processo nº 5007326–98.2015.404.7000/PR de Nestor Cunat Cerveró, também condenado na “Operação Lava Jato”. Os itens 75 e 76 do relatório também narram uma quantia relevante de dinheiro em contas na Suíça que estaria sujeita à repatriação e que também estaria em conexão com outros processos de outros réus da Operação.

Ademais, consta também na sentença da ação penal nº 5063271-36.2016.4.04.7000/PR do ex-governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral e outros, o envio de capital para ser ocultado na Suíça conforme item nº 125 do relatório de sentença.

Cabe ressaltar que desde o início da “Operação Lava Jato” vem crescendo ainda mais as relações de cooperação jurídica internacional com a Suíça, haja vista ser o país com maior recebimento de capitais

desviados do Brasil, sendo que no final do ano de 2015 ambos os países celebraram um acordo para troca de informações tributárias dispensando que a Justiça pudesse ser acionada em um primeiro momento, acordo realizado entre a Receita Federal e o Departamento de Finanças da Suíça, possibilitando assim a troca de dados sobre tributos administrativos pela Receita Federal no Brasil e pelo fisco da Suíça em três níveis de governo (HISSA; BARBOSA, 2016, p. 296).

A Cooperação na Operação não está circunscrita apenas às relações com a Suíça em face de tramitação oculta de capitais, é frequente também a utilização do instituto da Cooperação para maior efetividade processual tal como na oitiva de testemunhas, presente no item 33 do relatório da sentença na Ação Penal de nº 5030883-80.2016.4.04.7000/PR, em que fora expedido pedido de Cooperação para o Panamá no intuito de oitiva de testemunhas em defesa do réu Eduardo Aparecida de Meira.

Ao que concerne o pedido de cooperação para oitiva de testemunha cabe analisar que, por se tratar de ato jurisdicional, há de se falar, em caso de ausência de tratados que facilitem a cooperação entre dois países, em carta rogatória por se tratar de pedido de cooperação entre órgão jurisdicional

brasileiro e órgão jurisdicional estrangeiro para a prática de determinado ato jurisdicional (CÂMARA, 2016, p. 48).

Com 4 (quatro) anos de Operação é possível esclarecer como funciona a Cooperação dentro do âmbito da supra dita:

Os pedidos elaborados pelo MPF e pela PF têm por finalidade a obtenção de provas diversas; quebras de sigilo bancário; buscas e apreensões e oitivas de testemunhas; bem como medidas assecuratórias sobre bens e valores - tais como bloqueios, apreensões e sequestros - e repatriação de ativos localizados no exterior. Já os pedidos provenientes da Justiça Federal, em geral, têm como objetivos a realização de citações de réus; intimações e oitivas de testemunhas de defesa, que se encontram em território estrangeiro. Há ainda pedidos de extradição de pessoas investigadas encontradas e detidas em países estrangeiros. Tal fato demonstra a diversidade de demandas e necessidades que podem surgir no âmbito de uma mesma investigação de grande porte (GIACOMET, 2017).

Nesse contexto, é possível analisar que o MPF tem desenvolvido trabalhos intensos dentro da Operação Lava Jato

fazendo uso principalmente do auxílio direto e da carta rogatória no intuito de obtenção de provas e de dar cabo às medidas jurisdicionais, ressaltando que a diferença prática e teórica entre ambos se dará pela análise do mérito no conteúdo dos institutos, preconizando a rapidez e a agilidade da obtenção de provas e da realização de Cooperação visto que as mesmas provas possuem uma natureza fluída (LEMOS; ZAGANELLI, 2018, p. 97). A aposta na redução das burocracias nas relações com autoridades estrangeiras através da Cooperação levou a “Operação Lava Jato” a um patamar de maior alcance e efetividade na obtenção de provas e celeridade aos processos pertinentes.

Diante do crescente número do uso de mecanismos de Cooperação e do sucesso nas empreitadas da autoridade central brasileira, DRCI, os bons resultados da Operação associados ao número positivo de informações e provas já colhidas, torna possível afirmar que a Cooperação na Lava Jato é maior do que qualquer outra Operação já existente no Brasil e demonstra a utilidade e preocupação do DRCI com demais organismos internacionais no enfrentamento a crimes pelo viés da Cooperação Jurídica Internacional e, conseqüentemente, revela o fortalecimento e independência das instituições brasileiras (GIACOMET, 2017).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo procurou analisar os institutos da Cooperação Jurídica Internacional e associá-lo quanto a sua aplicabilidade, importância e relevância dentro da “Operação Lava Jato”, sendo ela importante se analisada de um ponto de vista jurídico, social e político, uma vez que suas conseqüências e efeitos estão diretamente ligados ao atual panorama brasileiro em diversos aspectos.

Explanou-se de modo teórico o conceito da Cooperação Jurídica Internacional como instituto jurídico, tal como se abarcou doutrinariamente suas formas de efetividade no direito, destacando a modalidade do auxílio direto como um dos mais utilizados dentro da Cooperação e um dos meios mais práticos para obtenção de resultados reais às demandas judiciais e administrativas.

Ante essa apresentação teórica, aprofundou-se na evolução histórica dos diplomas internacionais referentes ao combate à corrupção, perpassando pela importância da Convenção de Mérida e destacando a forma com que o Brasil incorporou à sua legislação todo o arcabouço internacional referente ao combate aos crimes de colarinho branco, principalmente através da Lei Anticorrupção, observando ainda as mais recentes investidas da sociedade civil, tal

como o Ministério Público Federal no projeto de adoção das medidas contra a corrupção.

Saindo da seara teórica e adentrando nas realidades fáticas, analisou-se o histórico e o objetivo do desencadear da Operação Lava Jato, tal como seus principais impactos que já foram sentidos no âmbito político e econômico brasileiro, justamente por se tratar de um combate à corrupção cujos protagonistas não são apenas empreiteiras e doleiros, mas também figuras do alto escalão dos bastidores da política brasileira que se valeram do pleno uso da máquina pública para alcançar fins ilegais.

Percebe-se, ao analisar os átrios processuais da Operação Lava Jato, principalmente no que se refere às sentenças do juízo de primeiro grau, que o instituto estudado da Cooperação Jurídica Internacional se fez presente na grande maioria dos relatórios de sentença nas condenações advindas da primeira instância federal, visto que a Operação Lava Jato está diante de um esquema de corrupção que ultrapassa as fronteiras físicas, políticas e fiscais do Brasil, mergulhando em paraísos fiscais conhecidos, por exemplo, a Suíça.

Diante da análise constatada dos autos processuais de parte de alguns processos pertencentes à Lava Jato, foi possível averiguar que o Ministério Público Federal

valeu-se em diversas vezes do auxílio direto como forma de solidificar seus trabalhos e suas investigações, principalmente no que se refere à temática de repatriação de bens e obtenção de provas. Igualmente, foi possível constatar a frequência com que o Brasil utilizou de tratados internacionais bilaterais, principalmente com a Suíça, como forma de aligeirar e dar mais efetividade aos deflagras da Operação Lava Jato.

Restou demonstrado que o Ministério Público Federal não fez uso de institutos da Cooperação Jurídica Internacional para dar cabo aos seus interesses como legitimado de ação tão somente, contudo primoroso instituto contribuiu para o justo contraditório, visto que a Cooperação possibilitou a oitiva de testemunhas no estrangeiro em favor de réus.

Posto isso, testificou-se, então, a relevância ímpar da Cooperação Jurídica Internacional no curso da Operação Lava Jato devido à sua capacidade em fazer com que o Ministério Público Federal pudesse ir além das limitações geográficas e fronteiriças na busca da verdade real. Isso resultou em uma mais preparada apresentação nos autos ao juízo no exercício de seu mister como *custus legis*, logrando êxito ao triunfar sobre burocratizações que, indubitavelmente, no decurso das investigações, se tornariam empecilhos se

não fosse a existência de tratados, convenções ou auxílios diretos que viabilizassem o tortuoso caminho até as provas, capitais, investigados e circunstâncias fáticas e sólidas que estão fora da alçada da competência territorial. Ressalta, ainda, o valor da Cooperação Jurídica Internacional para a concretização de princípios processuais fundamentais tal como o contraditório, a ampla defesa e, acima de tudo, pela concretização do interesse em fazer valer a lei na proteção do patrimônio público.

Destarte, a Cooperação Jurídica Internacional por meios dos frutos produzidos angariou de forma profícua o espaço de suma importância que ocupa, ainda hoje, no andamento da Operação Lava Jato, equiparando-se até a uma das colunas basilares para suas mais recentes conquistas.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira*, 5. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2011.

\_\_\_\_\_; OLMO, Florisbal Del; POLIDO, Fabrício. *Direito Internacional: A importância da Cooperação Jurídica Nacional para a atuação do Estado Brasileiro no plano interno e internacional*. In: XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – UFMG/FUMEC/DOM

HELDER CÂMARA. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, 5 – parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Código de Processo Civil (2015)*. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015.

\_\_\_\_\_. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal*. Brasília, 2014.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça - Secretaria Nacional de Justiça, DRCI. (Org.). *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos - matéria penal*. 4. ed., v. 1., 2013.

\_\_\_\_\_. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. *Convenção da OCDE contra o suborno transnacional*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/cartilha-ocde-2016.pdf>>

>Acesso em: 4 mar. de 2018.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal – Secretaria de Cooperação Internacional. *Temas de Cooperação Internacional*. 2014, v. 2. Disponível em:

<[http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/publicacoes/docs/16\\_004\\_temas\\_cooperacao\\_internacional\\_versao\\_2\\_online.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/publicacoes/docs/16_004_temas_cooperacao_internacional_versao_2_online.pdf)> Acesso em: 13 de mai. de 2018.

\_\_\_\_\_. MPF Combate à corrupção. [S.I]: MPF. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/>> Acesso em: 24 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal e Secretaria de Cooperação Internacional. Temas de cooperação internacional / Secretaria de Cooperação Internacional. 2. ed., rev. e atual. – Brasília: MPF, 2016.

\_\_\_\_\_. Justiça Federal. 13ª Vara Federal de Curitiba. Ação Penal Nº 5047229-77.2014.4.04.7000/PR. Ministério Público Federal e Alberto Youssef. Juiz: Sérgio Fernando Moro. 2015, sentença. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/decisoes-da-justica/documentos/Sentenca%20-5047229-77.2014.4.04.7000.pdf>> Acesso em: 3out. 2018.

\_\_\_\_\_. Justiça Federal. 13ª Vara Federal de Curitiba. Ação Penal Nº 5036528-23.2015.4.04.7000/PR. Ministério Público Federal, Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRÁS e Marcelo Oderbretch. Juiz: Sérgio Fernando Moro. 2016, sentença. Disponível em:

<[http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/denuncias-do-mpf/documentos/Sentena\\_503652823.2015.4.04.7000.pdf/view](http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/denuncias-do-mpf/documentos/Sentena_503652823.2015.4.04.7000.pdf/view)> Acesso em: 3out. 2018.

\_\_\_\_\_. Justiça Federal. 13ª Vara Federal de Curitiba. Ação Penal Nº 5007326-98.2015.4.04.7000/PR. Ministério Público Federal e Nestor CunatCervero. Juiz: Sérgio Fernando Moro. 2015, sentença. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/dl/cervero-condenado-prisao-lavar-dinheiro.pdf>> Acesso em: 3 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Justiça Federal. 13ª Vara Federal de Curitiba. Ação Penal Nº 5063271-36.2016.4.04.7000/PR. Ministério Público Federal, Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRÁS e Sergio de Oliveira Cabral Santos Filho. Juiz: Sérgio Fernando Moro. 2017, sentença. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/sentenca\\_cabral\\_56.pdf/view](http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/sentenca_cabral_56.pdf/view)> Acesso em: 3 out. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMPOS, Araujo, D., TAVORA, Távora, F. (3/2016). Col. Sinopses Jurídicas, v. 33 – Direito internacional, 4ª edição.. [Minha

- Biblioteca]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203085/>. Acesso em: 3 out. 2018.
- DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Direito Internacional Privado. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- DORATIOTO, Francisco; VIDIGAL Carlos Eduardo. História das relações internacionais do Brasil. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- FERREIRA, Taiane Ferreira e. Criminologias e Política Criminal II - Uma guerra contra a corrupção: Da Lava Jato às Dez Medidas Contra a Corrupção do Ministério Público Federal. In: XXV CONGRESSO DO CONPEDI, 2016. Curitiba: CONPEDI, 2016.
- FOLLONI, André Parmo; DOS REIS SILVEIRA, Ricardo; XIMENES, Julia. Constituição e Democracia III: A corrupção, o papel da cooperação jurídica internacional e o transconstitucionalismo como exercício de cidadania. In: XXVI CONGRESSO DO CONPEDI, 2016. Curitiba: CONPEDI, 2016.
- GIACOMET, Isalino Antonio; SILVEIRA, Arnaldo José Alves. Desempenho da cooperação jurídica internacional nos três anos de “lava jato”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-28/desempenho-cooperacao-juridica-internacional-lava-jato>> . Acesso em: outubro de 2018.
- GUIMARÃES, Deocleciano. Dicionário técnico jurídico. 17.ed. São Paulo: Rideel, 2014.
- HILST, Pedro Eduardo de Lima. Anticorrupção e compliance. 2013. 100 f. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.
- HUNGRIA, Néelson. Comentários ao código penal. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- JATOBÁ, Daniel. Teoria das Relações Internacionais. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- JUBILUT, Lyra, L., MONACO, Campos, G.F. E. (02/2012). Coleção Saberes do Direito 56 - Direito Internacional Privado. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502169142/> Acesso em: 15 set. 2018.
- LAGES DE CASTRO, Flávia. História do Direito geral e Brasil. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- LEMOS, Jordan Tomazelli; ZAGANELLI, Margareth Velis. Cooperação Jurídica Internacional: Do auxílio direto na persecução de crimes de lavagem de capitais. In: Revista Jurídica Cesumar Mestrado. Maringá: Vol. 18, número 1, 2018. Disponível em:

<<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6111/3183>>

Acesso em: 30 out. 2018.

MARINELA, Fernanda; RAMALHO, Tatiany; PAIVA, Fernando. Lei anticorrupção: Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENEZES, Lino Edmar. Direito Penal Econômico e a Operação Lava Jato. In: Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará. Fortaleza: Ano IX, número 2, 2017.

MIGUEL, AdétrioPilartes. Os malefícios da corrupção política na concretização do Estado democrático de direito angolano.

Disponível em: [https://run.unl.pt/bitstream/10362/18479/1/Miguel\\_2016.pdf](https://run.unl.pt/bitstream/10362/18479/1/Miguel_2016.pdf). Acesso em: 5 mar. 2018.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a Operação ManiPulite. In: Revista CEJ. Brasília, n. 26, 2004. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/625/805>>. Acesso em: 24 set. 2018.

NUCCI, Guilherme Souza. Corrupção e Anticorrupção. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Fabíola de Jesus; DE ALMEIDA, Andreia Alves. Direito Penal e

Constituição - A eficácia da colaboração premiada no combate à corrupção: O efeito dominó na Operação Lava Jato. In: XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2016. Brasília: CONPEDI, 2016.

PESTANA, Marcio. Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013. Barueri, SP: Manole, 2016.

REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: curso elementar. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Secretaria Geral da OCDE. Relatórios econômicos OCDE: Brasil, resumo fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://www.oecd.org/eco/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf>> Acesso em: 7 mar. 2018.

TOFFOLI, José Antonio Dias; e CESTARI, Virgínia CharpinelJunger. Mecanismos de Cooperação Jurídica Internacional no Brasil. In: Ministério da Justiça – Secretaria Nacional de Justiça – Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Manual de cooperação jurídica internacional e de recuperação de ativos: cooperação em matéria civil. 2 ed. Brasília: Artacor Gráfica e Editora Ltda.



# GLOBALIZAÇÃO E A INFLUÊNCIA NAS RELAÇÕES LABORAIS: O TELETRABALHO E A LEI 13.467 DE 2017

Crislaine Merens Marques<sup>16</sup>

Lucas Baffi Ferreira Pinto<sup>217</sup>

## RESUMO

O assunto que iremos abordar é como a globalização influenciou nos meios laborais e mais especificadamente, vamos adentrar no estudo sobre o Teletrabalho, que veio regulado como novidade pela Reforma Trabalhista. O objetivo do estudo será analisar as peculiaridades do tema e discutir os benefícios e malefícios do mesmo para empresa, empregado e sociedade. Entendendo assim, ponto a ponto quais impactos terá a implementação de um novo meio de trabalho nos dias atuais e também como a globalização e a tecnologia diretamente estimulam de forma bastante expressiva a reformulação de conceitos e regras no meio laboral, trazendo nesse caso, a flexibilidade do significado da palavra subordinação. A forma de realização desse trabalho será consubstanciada em uma pesquisa teórica, cujo o objetivo será expandir o conhecimento já disponível, e para isso usaremos como base artigos e livros. Fazendo uma síntese dos resultados a priori desse estudo, acreditamos que a influência da globalização nas relações laborais ocorre principalmente no que tange à economia e à uma significativa melhora nos resultados da empresa e bem-estar do empregado. O resultado mais visível para a sociedade em si, seria a construção de um mundo onde os espaços destinados ao trabalho estejam cada vez mais reduzidos e os escritórios nas residências cada vez presentes, implicando assim, indiretamente, na redução de pessoas na rua, redução de despesas com locomoção e possível redução de acidentes de trabalho, ou seja, a influência recai também perante toda a sociedade em si.

**Palavras-chave:** Teletrabalho. Globalização. Tecnologia.

## INTRODUÇÃO

O meio laboral, assim como outros, tem sofrido grandes impactos com a globalização e a revolução tecnológica. O homem tem utilizado dos artifícios que possui para estudar novos meios de aumentar a produção, reduzir custos e gerar benefícios a sociedade. Nesse ambiente, surge o Teletrabalho, que dentre muitas conceituações significa, segundo o art. 75-B da CLT, inserido pela Lei 13.467 de 2017: “a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de

tecnologias de informação e de comunicação”.

No primeiro capítulo do presente trabalho busca-se abordar a questão da mudança no aspecto econômico e social nas últimas décadas, especialmente por conta do avanço tecnológico e da globalização. E como tais mudanças repercutem no âmbito das relações laborais, exigindo-se certa adequação do legislador para que o ordenamento jurídico acompanhe as transformações no mundo do trabalho.

Subsequente a isso, no segundo capítulo, considerando-se as recentes alterações legislativas, será feita uma

<sup>16</sup> Bacharel em Direito pela UNIFESO.

<sup>17</sup> Coordenador do curso de direito no Centro Universitário Serra dos Órgãos – Unifeso – Teresópolis.

abordagem de como essa modalidade de trabalho é vista em uma perspectiva geral. Será trazido o conceito e suas características e além disso, será trazido a aplicação do direito comparado com a finalidade de analisar o que já está mais avançado em termos de legislação do Teletrabalho em outros países.

No terceiro e último capítulo, será discutido o ponto mais importante dessa pesquisa, que são os aspectos jurídicos do Teletrabalho, mais especificamente as vantagens e desvantagens desse novo meio de laboro para o empregado e para o empregador. A priori quando se fala em vantagens, pode-se resumir que serve como uma forma de simplificar a mão de obra, principalmente reduzindo custos, sendo esse um dos maiores motivos para as empresas adotarem essa forma de trabalho. Há que se ressaltar também que como o Teletrabalho utiliza o conhecimento aliado a tecnologia, ele acaba por muitas vezes reduzindo o tempo dedicado ao laboro, algo que é valioso nos dias atuais. Pode ser visto, também, como forma alternativa para àqueles que têm algum tipo de limitação física ou patologia que o impeça ou dificulte a trabalhar no ambiente comum aos outros. Sendo assim, o Teletrabalho vem se tornando uma opção atrativa para empregadores e empregados.

Ainda no campo dos aspectos jurídicos, também será trazido as desvantagens. Uma delas que é que apesar de no plano da consolidação das leis trabalhistas, o Teletrabalho ser regulado no art. 6º como um tipo de trabalho que não se distingue do realizado no estabelecimento do trabalhador, a Reforma Trabalhista incluiu um inciso no art. 62 excluindo o mesmo das regras da jornada de trabalho, da mesma forma como previa em relação aos trabalhadores externos e aqueles que exercem cargo de confiança, ou seja, também será feito um estudo acerca dos malefícios do Teletrabalho.

Desse modo, no desenvolvimento desse artigo, pretende-se responder algumas importantes questões como: De que forma pode ser identificada a influência da globalização nas relações de trabalho à luz da reforma trabalhista? Qual implicação direta e indireta a mesma tem nos meios de trabalho, na empresa e no trabalhador? O Teletrabalho pode causar impactos a saúde física e mental do trabalhador? Qual seria a maneira mais adequada, e/ou limite dessa inclusão tecnológica no meio laboral para que não cause insegurança jurídica? Portanto, frente a essas questões, irá ser pontuado as vantagens e desvantagens de se aderir essa nova forma de trabalho.

Para desenvolvimento dessas questões serão utilizados livros e artigos como forma de pesquisa, com o objetivo de pontuar e esclarecer, sem esgotar o assunto.

## **1 GLOBALIZAÇÃO: IMPACTOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

Desde os primórdios, o homem é submetido ao trabalho como forma de sobrevivência. Porém, sabemos que a evolução do trabalho, em relação as formas de produção e às regulamentações na lei foram eventos progressivos que tiveram influências de vários fatores externos como a Revolução Industrial e a Globalização.

A globalização é um fenômeno que teve início na década de 1990 e perpetua até os dias atuais com influência extrema da modernização, de modo que a interação do homem com o mundo virtual se tornou, e ainda é, cada dia mais necessária. Sendo assim é importante ou melhor, essencial, a sua adequação ao trinômio: tecnologias, inovação e aprimoramento. A globalização destrói as barreiras físicas e afeta todos os setores, então no âmbito trabalhista não seria diferente, ela influenciou intensivamente nas formas de trabalho e com isso surge a necessidade de adequar a legislação para que a mesma consiga suprir as demandas judiciais sem que haja lacunas.

Sob um aspecto trabalhista, o autor Marcelo Braghini dispõe que:

Os impactos da globalização deixam evidentes as discussões a respeito da necessidade de uma maior adaptação da legislação em vigor, que para alguns estaria flagrantemente desatualizada e em total descompasso com a sociedade da informação, a mesma foi idealizada no contexto de uma sociedade industrial, vinculada aos conceitos de uma célula fabril e hierarquizada com um sistema produtivo voltado à padronização do seu resultado, quando na atualidade se está por exigir uma célula empresarial flexível adaptável a um resultado produtivo por vezes customizado. (BRAGHINI, Marcelo, 2017. Pág.108)

Os fatores citados nesse texto e a evolução dos modelos de produção, causaram transformações diretas na sociedade, principalmente a respeito das formas e trabalho, consumo e produção, por isso a importância de entendê-los de forma breve para chegar-se à finalidade desse capítulo, que é a relação desses progressos com a globalização.

### **1.1 REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E NEOLIBERALISMO COMO FATOR ENCADEADOR DA GLOBALIZAÇÃO**

O pontapé inicial do contexto da globalização, foi a Revolução Industrial do século XVIII, que teve como marco o

surgimento da máquina à vapor. Tal revolução substituiu a força muscular do homem pelo maquinismo, aumentando dessa forma a produção, reduzindo os custos e de certa forma diminuindo a oferta de emprego, pois uma máquina fazia o serviço que precisaria da força de muitos empregados. A principal fonte de energia que era utilizada na época era o carvão e o problema que começou a surgir colocava em risco a saúde e a vida dos trabalhadores. As indústrias geralmente se estabeleciam em lugares que eram ricos desse minério, e seus trabalhadores ficavam expostos por muitas horas a condições precárias que poderiam prejudicar sua saúde física e mental. Então era comum que os empregados frequentemente ficassem doentes ou sofressem acidentes de trabalho, e não tinham respaldo na lei. Ou seja, não existia nenhuma norma trabalhista para defender esses trabalhadores que viviam em condições desumanas. Daí, diante de muitos problemas relacionados às relações laborais, o Estado começou a interferir de forma mínima trazendo alguns direitos a esses trabalhadores. Por isso diz-se que o acontecimento originador do direito de trabalho, foi a Revolução Industrial.

Com o passar do tempo, foram surgindo novas tecnologias e o progresso do maquinismo foi aumentando a concentração de atividades na indústria, surgiu então o

modelo Taylorista de produção que focava na produção em massa onde cada empregado exercia uma única função. As empresas concentravam suas atividades, porém o empregador começou a adotar algumas tecnologias e deixar à disposição de determinados empregados, focando no nível de produtividade que eles teriam e implementando políticas de benefícios por essa produção. Sendo assim, a remuneração do empregado era estabelecida pelo critério da produtividade. Porém esse modelo fazia com que os empregados ficassem frustrados de estarem restritos à apenas uma função específica, e com o progresso da economia, com a competitividade do mercado cada vez maior, não era mais tão eficaz para que essas empresas se mantivessem como fortes.

Então, surge o modelo Fordista de produção, onde as empresas ainda concentravam todas as atividades produtivas em um único centro de produção e tinha características bem similares ao modelo citado anteriormente. A diferença, é que aqui o teve o surgimento das esteiras rolantes, fazendo com que apesar de cada empregado continuar responsável por uma etapa específica, minimizasse os custos e aumentasse a produtividade, fazendo com que o empregado não precisasse ser tão qualificado, tivesse uma carga de trabalho reduzida e uma melhor remuneração.

Porém, com o passar do tempo, também se tornou ineficaz.

Na década de 70, aparece então o Toyotismo, que teve como um dos princípios reduzir a produção para atender apenas a demanda que tinham e reduzir o desperdício. Aqui a empresa realiza diversos tipos de produção e o trabalhador realiza múltiplas tarefas, ou seja, houve uma flexibilidade na força de trabalho para que o homem pudesse se adequar à nova necessidade de produção, mas também houve uma transferência de atividades para as máquinas.

O fortalecimento do Toyotismo e do modelo neoliberal, gerou consequências nas normas trabalhistas, no sindicato, no progresso da tecnologia e na maior habitualidade de terceirização de serviços, pois agora, as empresas ao invés de concentrarem suas atividades em um só lugar, para ter uma flexibilidade de gestão e diminuir os custos da produção, descentralizam as atividades produtivas, modificando sua estrutura de centro único e passando também a deslocar sua produção para centros diversos que não estão ligados à empresa.

O neoliberalismo foi o acontecimento mais marcante e o que está mais próximo ao surgimento da Globalização. Esse modelo econômico chega principalmente após a Segunda Guerra Mundial, buscando

recuperar as visões de uma sociedade livre, de mercado aberto e fazendo uma crítica ao modelo social do Keynesianismo. Esse último defendia a intervenção do estado nas responsabilidades sociais e com isso, eles acreditavam ajudar no desenvolvimento da economia, um exemplo foi a criação do seguro desemprego, do salário mínimo e seguro saúde. Então, o neoliberalismo vem para tentar combater as ideias propostas por esse modelo de Estado interventor, pois um dos fundamentos basilares deste é que a intervenção estatal excessiva retira liberdade das relações econômicas, ou seja, a proposta aqui seria de um Estado mínimo.

As ideias propostas pelo Neoliberalismo começaram a ganhar corpo a partir da década de 70, através de um economista muito influente na época, o norte-americano chamado Milton Friedman, que passou a ser um crítico do modelo, ou melhor, o principal opositor das ideias Keynesianas. Após isso, um outro marco para impulsionar a credibilidade desse modelo foi o colapso do Bloco Socialista (nesse bloco tinha um Estado altamente interventor), fortalecendo assim a tese de que uma economia planificada e um Estado interventor, seriam prejudiciais ao desenvolvimento econômico.

Sucessivamente, em 1989 foi formulado o Consenso de Washington, que foi uma deliberação do FMI, Banco

Mundial e Tesouro dos Estados Unidos, visando influenciar os países latino-americanos que estavam em fase de desenvolvimento a reduzirem seus gastos públicos, diminuindo assim a intervenção do Estado nas atividades econômicas. Tinha como regras por exemplo a Reforma Tributária, o “afrouxamento” das leis econômicas e trabalhistas, eliminação de restrições para investimento estrangeiro direto, dentre outros. Então, a proposta foi fazer um “ajustamento macroeconômico” desses países que enfrentavam dificuldades. Pode-se dizer então, que esse consenso gerou a privatização e desestatizações de vários setores em alguns estados e abertura da economia, facilitando assim, a entrada do capital transnacional no nosso país. Dessa forma, trouxe o Brasil para o intercâmbio mundial, inserindo-o definitivamente no processo de globalização.

A globalização desde então faz parte do nosso cotidiano e como a maioria das coisas, ela agrada alguns e desagrada outros. Para parcela da população é um fator importante para o desenvolvimento e para a outra parcela um motivo de preocupação, porém, o fato é que todos nós estamos submetidos a esse destino irremediável.

Esse termo tem como base um processo de integração dos mais variados aspectos, pois com o avanço tecnológico célere, se destrói as barreiras territoriais

físicas de forma bem simples, ou seja, nada mais é feito de maneira localizada, tudo de alguma forma tem consequências globais. E com isso, há uma mutação dos conceitos de tempo, espaço e relações sociais.

Ao falar sobre globalização o professor Maurício Godinho diz que:

A globalização traduz-se não somente como fase do capitalismo, mas, também, como processo, na medida em que tende a afetar, hoje, de maneira direta ou indireta, as realidades econômicas (e, ainda, sociais, políticas e culturais) nos diversos segmentos da terra. Fase e processo que demarcam significativamente o presente período vivido pelo sistema econômico-social gestado nos séculos XVII e XVIII na Europa ocidental, atingindo, de um modo ou de outro, as diversas sociedades e economias nacional ou regionalmente estruturadas ao longo do mundo. (2015, p. 16).

O progresso da tecnologia acarreta em inovações em todas as áreas, dentre elas as mais cotidianas e de fácil percepção seriam na área política, na área da educação, saúde, nas relações pessoais, também nas relações laborais e normas trabalhistas. Essa última em especial é o objeto de estudo no presente artigo e tem sofrido grande impacto, pois a

globalização acompanhada das inovações tecnológicas apresenta mudanças nos meios de trabalho e com isso gera uma extrema necessidade de adaptar a legislação ao novo modelo mundial visto que a máquina trabalhista é a maior forma de se movimentar a economia do país.

Além das novas formas de trabalho, nos dias contemporâneos surgiu também uma nova ótica do conceito de empresa com o aparecimento da terceirização. Hoje, as atividades passam a não ser mais centralizadas, a empresa foca todo seu conhecimento e esforço em um único objeto e terceiriza tudo aquilo que for secundário, buscando sempre mão-de-obra especializada com preços mais acessíveis do que se houvesse a contratação direta. Daí a necessidade de uma flexibilidade que se adeque à realidade que temos no meio laboral, onde se busque alcançar uma norma que dê liberdade para que as empresas fortaleçam seu potencial econômico, sem prejudicar direitos essenciais da classe trabalhadora.

Dessa forma, a indagação que surge é a seguinte: O que o direito do trabalho tem feito para se adaptar a essas novas formas? Devemos repensar o nosso modelo tradicional da relação de emprego? 180s

requisitos tradicionais para considerar uma relação de emprego são: Alteridade, onerosidade, não-eventualidade e pessoalidade. Com esses elementos específicos, é muito difícil que o empregador consiga enquadrá-las para aplicar métodos que acreditem funcionar para melhorar o funcionamento da empresa. O requisito que seria mais flexível, é o da subordinação. Na Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) tivemos a regulamentação de uma nova forma de trabalho que é justamente um exemplo de flexibilidade do conceito de subordinação. O Teletrabalho chega para inovar esse conceito, pois nesse o empregado trabalha fora das dependências do empregador, ou seja, não tem um supervisor ou chefe controlando-o, podendo cumprir seu trabalho no horário que achar conveniente para si, tendo como forma de controle apenas a estipulação de metas a serem atingidas, produtividade, e/ou entrega de tarefas dadas pelo empregador.

Portanto, a globalização e as novas tecnologias que surgem dia após dia e criam uma expectativa por parte dos empregadores para que com a mudança nas normas trabalhistas, consigam atingir certa flexibilidade de gestão que seja suficiente

---

18 Quando falamos em modelo tradicional de relação de emprego destacam-se os elementos caracterizadores a partir da legislação trabalhista, especialmente os elementos extraídos dos arts. 2º e 3º da CLT: pessoalidade, não

eventualidade, onerosidade, subordinação jurídica e assunção de riscos (este último para parte da doutrina).

para conseguir se manter e se desenvolver em um mercado cada dia mais competitivo. É muito importante ressaltar a necessidade de que se consiga chegar a um equilíbrio nessa flexibilidade, pois o trabalhador tem direitos que foram duramente conquistados, com o suor da luta de muitos trabalhadores, de forma que abrir mão de muitos deles seria retroceder ao período obscuro da história do empregado, ou seja, seria algo não benéfico para sociedade como um todo, mas sim para a parte economicamente superior em uma relação de emprego.

## 2 ASPECTOS GERAIS DO TELETRABALHO NO ÂMBITO DA REFORMA TRABALHISTA

O Teletrabalho já existia no ordenamento jurídico muito antes da referida reforma, ele veio a ser positivado no ordenamento jurídico com o advento da Lei nº 12.551 de dezembro de 2011. O enunciado da mesma trouxe no seu texto como objetivo, "equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos" (BRASIL, Lei nº 12.551). A referida lei tratou ligeiramente sobre o assunto e incluiu formalmente o Teletrabalho como uma forma de relação de emprego, trazendo alterações no art. 6º da CLT.

Porém, a Lei nº 13.467/2017, que se intitulou de Reforma Trabalhista, foi a

maior alteração já realizada na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Ela trouxe consigo uma flexibilidade maior para as relações laborais, onde empregado e empregador poderão, a partir dela, acordar suas vontades de forma mais ampla.

Essa flexibilização no direito do trabalho, veio como uma forma de solucionar alguns problemas que uma legislação desatualizada, frente à um mundo revolucionado pelas inovações tecnológicas, tinha.

Para o doutrinador Arion Sayão Romita, essa tentativa de flexibilização das leis trabalhistas mostra que:

O desenvolvimento de uma consciência sindical no Brasil pode ser lembrado como um dos fatores predominantes na busca de novos caminhos, decorrentes da noção de autonomia coletiva privada. Passa-se a admitir a participação dos autores sociais na criação do ordenamento jurídico que diz respeito. (ROMITA, Arion Sayão *apud* Brião, Andréa, 2009).

Já para o autor Maurício Godinho o conceito da flexibilização das normas trabalhistas se apresenta da seguinte forma:

Por flexibilização trabalhista entende-se a possibilidade jurídica, estipulada por norma estatal ou por norma coletiva



negociada, de atenuação da força imperativa das normas componentes do Direito do Trabalho, de modo a mitigar a amplitude de seus comandos e/ou os parâmetros próprios para a sua incidência. Ou seja, trata-se da diminuição da imperatividade das normas justralhistas ou da amplitude de seus efeitos, em conformidade com a autorização fixada por norma heterônoma estatal ou por norma coletiva negociada. (2015, p. 68)

O Teletrabalho, também conhecido como *Home Office*, veio como fruto dessa flexibilidade. O legislador buscou trazer uma nova forma de trabalho que se adequasse às inovações tecnológicas e mudanças que vivenciamos na sociedade como um todo.

Se tratando disso, é importante ressaltar que em 2011 nós já tivemos uma primeira inserção na CLT sobre o tema, que veio no parágrafo único do art. 6º equiparando a subordinação jurídica do *home office* com as outras formas de trabalho que são realizadas no estabelecimento do empregador, de forma direta e pessoal. O artigo 6º da CLT depois do decreto-lei 5.452/43, passou a ter a seguinte redação:

Art. 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no

estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Ou seja, já havia uma regulamentação da possibilidade do trabalho realizado no domicílio do empregado. A Reforma Trabalhista incluiu no Título II o Capítulo II-A, para ampliar o rol desse artigo e regulamentar especificadamente, a prestação de serviços pelo empregado em regime de Teletrabalho.

Ela traz em seu art. 75-B os requisitos para se configurar essa modalidade laboral, seriam eles: (i) o fato da prestação de serviços ser preponderantemente fora das dependências do empregador; e (ii) a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que por sua natureza não se constituam como trabalho externo. O referido artigo também dispõe que o comparecimento esporádico para realização de atividades específicas do empregado nas dependências do empregador não descaracteriza o Teletrabalho. Vai

prevalecer tal regime se a prestação de serviços se dá principalmente fora das dependências do seu empregador.

O art. 75-C dispõe a respeito das formalidades exigidas, de modo que a modalidade de Teletrabalho necessariamente deverá estar expressa em contrato individual de trabalho.

Trata ainda, sobre a possibilidade de acordo bilateral para a alteração do contrato do regime presencial para o de Teletrabalho, ou seja, o empregado que está sendo regido pelo trabalho presencial só poderá ter mudança para o Teletrabalho se isso for acordado mutuamente. Porém, na prática sabemos que isso pode não funcionar tão bem, visto que geralmente o empregador pode requerer a mudança de regime para se esquivar do pagamento por exemplo, de horas extras e então, o empregado recusando pode ser motivo para que seja dispensado e ocorra posteriormente a contratação de um novo funcionário que já ingresse no regime de Teletrabalho. Sendo o contrário possível fazer também de mútuo acordo ou, se nesse caso, por vontade unilateral do empregador desde que seja garantido o prazo de transição mínimo de 15 dias.

O art. 75-D deixa claro que todos equipamentos necessários e despesas para a execução do serviço serão previstas em acordo no contrato escrito e não integram a

remuneração do trabalhador, ou seja, não tem natureza salarial. Ou seja, o possível reembolso dos custos que esse trabalhador teria para realização do serviço, deve constar em contrato escrito. Há certa discussão quando se trata desse assunto, pois sabe-se que o equipamento fornecido para o trabalho não pode ser cobrado do empregado, e quando o legislador abre margem para que isso seja acordado entre as duas partes da relação laboral, surge o questionamento se não seria uma exceção à regra.

Por fim, o art. 75-E traz a obrigatoriedade de o empregador instruir o empregado em relação às precauções e formas de trabalhar a fim de evitar que ocorra acidentes de trabalho. O empregado deverá assinar o termo de responsabilidade onde expressa seu consentimento a respeito das instruções recebidas e se compromete a segui-las. Porém, é necessário salientar que essa instrução por si só não exclui a responsabilidade do empregador em relação a eventuais doenças e acidentes de trabalho, pois este é responsável por toda preservação do meio de trabalho mesmo que este seja em suas dependências físicas. É importante destacar ainda que quando se fala de direito comparado, que apesar de isso ser um ponto de discussões no âmbito do Teletrabalho, no Brasil isso foi um ponto à frente de muitos outros países. Apesar de serem mais

avançados no tema, não tiveram a preocupação de responsabilizar o empregador de fornecer as instruções necessárias para a realização do trabalho, e no Brasil o legislador teve esse cuidado.

Cabe salientar também, que a Lei 13.467/17 inseriu o Teletrabalho nas exceções do art. 62 da CLT a respeito do controle de jornada, ou seja, retirou tal regime das regras de duração de trabalho abrangidas no capítulo II do Título I. Com isso, a princípio essa categoria também teve a perda do direito às horas extras e demais direitos abrangidos no referido capítulo. É importante dizer que sendo essa modalidade um caminho sem volta e visto que as tecnologias só tendem a se aperfeiçoar, é preciso que a legislação acerca do assunto esteja evoluindo sempre na mesma proporção.

## 2.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Na CLT, na CLT, no art. 75-b, passa a considerar como esse meio de trabalho a; “prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias da informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.”

Porém, o conceito de Teletrabalho ainda se encontra em processo de evolução pelos estudiosos a fim de chegar a uma definição precisa, visto que se trata de um

tema novo e que a legislação se encontra em processo de adequação para o mesmo. Isso acarreta em algumas divergências doutrinárias e jurisprudenciais quando a finalidade é chegar a uma descrição certa e uniforme sobre o tema. O motivo principal dessa dificuldade é enquadrar todas as formas de trabalho que essa nova modalidade trouxe.

Podemos afirmar que há três correntes doutrinárias sobre o tema. A primeira traz como influenciador o autor José Augusto Rodrigues Pinto, e diz o seguinte:

O Teletrabalho pode ser desenvolvido no domicílio do empregado ou em um centro de computação, um escritório virtual ou alugado por hora para este fim aos interessados, pois há uma descentralização da empresa, pulverizando a ‘comunidade obreira’. (José Augusto Rodrigues Pinto *apud* CASSAR, 2010, pág. 675.)

Na mesma obra, a segunda corrente, que é encabeçada pelos autores Pinho Pedreira e Valentin Carrion, e diz que:

...Teletrabalho é espécie do gênero trabalho à distância desenvolvido através da **telemática**, isto é, com uso exclusivo da informática, não estando incluído o trabalho com utilização de telefones ou outros meios de comunicação. (Pinho Pedreira e Valentin

Carrion *apud* CASSAR, 2010, pág. 675)

E a última corrente, que é a de João Hilário Valentim, mostra que:

...advoga que **Teletrabalho** também pode ser denominado de **trabalho periférico**, trabalho à distância, **trabalho remoto** e quer dizer ‘prestação de serviço destinado a outrem sob a subordinação deste, exercido por instrumentos e tecnologias relacionados às telecomunicações e informática’, admitindo a execução parcial do trabalho internamente na empresa. João Hilário aponta para três elementos básicos para caracterização do teletrabalho: a) utilização de novas tecnologias referentes à informática e à telecomunicação; b) ausência ou redução do contato pessoal do trabalhador com o patrão, superiores hierárquicos ou colegas; c) o local de prestação de serviços geralmente é a casa do trabalhador. (João Hilário Valentim *apud* CASSAR, 2010, pág. 675.)

Para finalizar o conceito de Teletrabalho é importante referenciar também, a distinção entre Teletrabalho e trabalho a domicílio. Segundo a autora Alice Monteiro de Barros:

O teletrabalho distingue-se do trabalho a domicílio tradicional não só por implicar, em geral, a realização de tarefas mais complexas do que as manuais, mais também porque abrange setores diversos como: tratamento, transmissão e acumulação de informação; atividade de investigação; secretariado, consultoria, assistência técnica e auditoria; gestão de recursos, vendas e operações mercantis em geral; desenho, jornalismo, digitação, redação, edição, contabilidade, tradução, além de utilização de novas tecnologias, como informática e telecomunicações, afetas ao setor terciário. (BARROS, Alice. 2011, pág. 258).

Sobre essa questão é válido também destacar a diferenciação feita por Maurício Godinho, que além de diferenciar os dois citados acima, acrescenta ainda o conceito de *home office*:

Dentro da situação-tipo aventada pelo art. 62, I, da CLT (labor externo insuscetível de controle de jornada) podem-se inserir três outras possibilidades importantes, do ponto de vista do mundo laborativo: a) o tradicional trabalho no domicílio, há tempos existente na vida social, sendo comum a

certos segmentos profissionais, como as costureiras, as cerzideiras, os trabalhadores no setor de calçados, as doceiras, etc.; b) o novo trabalho no domicílio, chamado home-office, à base da informática, dos novos meios de comunicação e de equipamentos convergentes; c) o Teletrabalho, que pode se jungir ao home-office, mas pode também se concretizar em distintos locais de utilização dos equipamentos eletrônicos hoje consagrados (informática, internet, telefonia celular, etc.). (2012, pág. 904.)

Exposto isso, chega-se à conclusão que muitas são as conceituações trazidas, mas há uma semelhança entre todas elas, que é a presença de três elementos: (i) um espacial, ou seja, o trabalhador está predominantemente fora da empresa; (ii) um instrumental, com a utilização de novas tecnologias informáticas e de comunicação; (iii) e um terceiro, que é a mudança na organização e realização do trabalho. Ressalva-se que o termo utilizado pelo legislador quando se trata da característica “espacial” é o termo “predominantemente”, expressão essa que poderia ter sido substituída pelo termo “habitualmente”, visto que é um conceito mais específico do direito do trabalho e que não abre margens muito abrangentes para erros ao identificar

se a forma de trabalho “X” pode ser enquadrada como Teletrabalho.

Dessa forma, o conceito mais inteligível, tomando como referência essas características trazidas na lei e pelos autores, seria da seguinte forma: Teletrabalho é aquele realizado fora das dependências do empregador, de forma organizada e direcionada por ele, a fim de que se utilize meios tecnológicos e informatizados buscando potencializar a produtividade laboral sem prejuízos ao trabalhador e sem controle de jornada, fazendo com que o empregado possa gerir seu tempo de trabalho da forma que lhe for mais conveniente.

Após a conceituação do Teletrabalho no ordenamento jurídico brasileiro e as divergências sobre tal caracterização, será falado no próximo item a questão do Teletrabalho e o direito comparado, especialmente em Portugal, Espanha, Estados Unidos e França. A escolha desses, se justifica pelo fato de serem países desenvolvidos no que se refere a regulamentação trabalhista. Visto que para se buscar um país onde as lacunas sejam supridas e os pontos negativos sejam alterados, é necessário que se compare com países que estão um passo à frente de nós.

## 2.2 O TELETRABALHO E O DIREITO COMPARADO

Observa-se um avanço constante do Teletrabalho pelo mundo, ele é percebido de forma proporcionalmente maior nos países da Europa, porém, aos poucos está sendo aplicado por países do mundo inteiro, tendo essas relações uma legislação local ou não, pois alguns lugares usam esse meio laboral de maneira informal.

O Teletrabalho tem origem etimológica grega, tele tem o significado de distância. É uma modalidade especial de trabalho a distância; faz-se a utilização dos termos nos EUA como networking, telecommuting, remote working; já nos países de língua portuguesa utiliza-se o termo Teletrabalho; nos de idioma francês, télétrvail; nos países de idioma espanhol teletrabajo e nos de idioma italiano telelavoro. (BARROS, p. 257, 2011)

### 2.2.1 Teletrabalho em Portugal

No Brasil, pode-se dizer que a Reforma Trabalhista se inspirou no Código de Portugal para legislar sobre o Teletrabalho, visto que a regulamentação desse foi feita bem antes e há muitos resquícios desta na nossa legislação. A conceituação do Teletrabalho no Código do

Trabalho Português (Lei n.º 7/2009) é a seguinte:

Art. 165 – Considera-se Teletrabalho a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação. (PORTUGAL, 2009, p.34)

Fazendo a análise o art. 166º dessa mesma lei, observa-se algumas características semelhantes e outras diferentes a respeito do Teletrabalho. Uma dessas é que se o trabalhador exercer uma atividade que seja compatível e desejar trabalhar com tal regime, o empregador não pode se opor ao pedido e no Brasil, como vimos anteriormente, essa alteração do trabalho presencial para o trabalho a distância só poderá ser feita se ambos estiverem de acordo. Outra é que no contrato escrito é estipulado o período de duração de trabalho e no Brasil não é necessário fazer isso.

Além disso, em Portugal, o Teletrabalho é realizado em espécies de “telecentros”, isso foi adotado com o intuito de evitar uma das desvantagens dessa forma de trabalho que é o isolamento do trabalhador. Percebe-se que o ordenamento português trouxe uma legislação mais específica e regulamentou cada ponto do Teletrabalho, estando assim, bem mais

avançados que a regulação brasileira em diversos aspectos.

### 2.2.2 O Teletrabalho na Espanha

Assim como em Portugal, a Espanha adotou o uso de telecentro para os trabalhadores no regime de Teletrabalho. Lá quem regulamenta essa forma de trabalho são os sindicatos.

Uma novidade que é diferente da aplicação no Brasil, é que na Espanha esses empregados precisam ir até a empresa (espaço físico) uma vez na semana. Essa foi a forma de fazer com que o indivíduo interaja com os demais trabalhadores e também nesse dia que ele precisa comparecer às dependências do empregador, ele recebe atualizações de cursos ou testa novos produtos, minimizando uma das desvantagens do Teletrabalho, que é o isolamento e os problemas de socialização do trabalhador submetido a este regime.

### 2.2.3 O Teletrabalho nos Estados Unidos

Os Estados Unidos são visivelmente avançados quando o assunto é legislação “teletrabalhista”. Lá o Teletrabalho surgiu por volta de 1990 como uma recomendação ambiental para reduzir o número de carros nas ruas e também para que se consiga atingir as metas estipuladas pelas empresas de forma mais eficiente.

Segundo Carla Carrara da Silva Jardim (2004, pág.33):

“[...] os programas de Teletrabalho nos Estados Unidos da América revestem-se de características peculiares; uma delas é que os programas do Teletrabalho estão implantados fundamentalmente mediante os chamados programas de telecommuting e cada Estado os implanta seguindo suas próprias diretrizes”.

Nos Estados Unidos cada estado pode regulamentar o Teletrabalho da forma que achar mais conveniente, lá até mesmo as empresas estatais incentivam e utilizam essa forma de trabalho. Um ponto interessante é que lá algumas empresas só permitem que o empregado fique no regime de Teletrabalho por 6 meses, após isso deve passar 1 ano na empresa de forma presencial para que o empregado não fique afastado do convívio social.

### 2.2.4 O Teletrabalho na França

O Teletrabalho na França começa a aparecer na década de 80. Aqui a legislação do Teletrabalho se baseia em quatro sentidos: remuneração, duração do contrato de Teletrabalho, inspeção do trabalho e o regime de acidentes de trabalho.

Em relação a remuneração, é regulado por convenções coletivas. A duração do

contrato pode ser feita de forma que a duração seja determinada ou indeterminada, como é no Brasil, ou até mesmo a duração de trabalho pode ser realizada de maneira parcial, onde parte o trabalhador permanece na empresa e parte ele realiza nas suas dependências. Quanto a inspeção do local de trabalho, é obrigatória sua realização, não sendo feita apenas se trabalho for prestado em local fora do âmbito nacional. No que diz respeito aos acidentes de trabalho, percebe-se certa semelhança com o regime adotado pelo Brasil, tendo o trabalhador que seguir as normas estipuladas pelo empregador. Além disso, os equipamentos para proteção e segurança do trabalho devem ser fornecidos por este último.

Em sua obra, a autora Carla Carrara da Silva Jardim (2004, pág.36), diz que o Teletrabalho na França surgiu em virtude da queda dos preços dos materiais de informática e de telecomunicações, as facilidades do transporte, a diminuição do tamanho dos equipamentos e a expansão das telecomunicações.

### **3 ASPECTOS JURÍDICOS DO CONTRATO DE TELETRABALHO**

Quando analisado os aspectos conceituais mais relevantes do tema, vimos que a definição dessa modalidade de trabalho é bem atípica, abarcando no

mesmo conceito várias possibilidades diferentes, não tendo então, um conceito hermeneuticamente cerrado. Sendo assim, torna-se necessário realizar um estudo sobre as particularidades do contrato de trabalho a fim de que seja identificado as possíveis lacunas existentes na regulamentação da relação jurídica de Teletrabalho estabelecida entre empregador e empregado.

A modalidade laboral do Teletrabalho não constitui um estatuto particular, mas sim uma nova forma de organização da atividade, que busca adequar o trabalho ao estilo de vida contemporâneo e às novas tecnologias que estão surgindo dia após dia. Com isso, percebe-se a extrema relevância que o contrato de trabalho tem para resolução de posteriores situações jurídicas – sem prejuízo do princípio da primazia da realidade –, pois no mesmo será visualizado a relação de emprego, os atributos da subordinação, onerosidade, pessoalidade e não-eventualidade, melhor dizendo.

No contrato de Teletrabalho além das cláusulas tradicionais é importante estabelecer algumas cláusulas específicas, nesse sentido, o autor Sérgio Pinto dispõe que:

No Teletrabalho, o contrato de trabalho possui peculiaridades e, por conta disso, podem ter cláusulas específicas, as quais devem se expressas,



decorrentes do tipo de informação a que o empregado tem acesso, tais como: “a) cláusula de não-concorrência durante um certo tempo, mediante o pagamento de uma indenização; b) cláusula de exclusividade, para não divulgar dados de interesse do empregador. Pessoas não autorizadas não poderiam ter acesso a dados, incluindo, por exemplo, a esposa do empregado e seus filhos etc.; c) cláusula de utilização pessoal e exclusivamente em serviço do material do empregador, como para proteção a disquetes, da memória do computador etc.” (MARTINS, Sergio Pinto. 2011, p. 351)

Uma dessas é a da reversibilidade, que garante ao empregado que já possuía cargo presencial na empresa a possibilidade de retornar ao trabalho interno caso não tenha se adaptado ao trabalho à distância, isso evita eventual nulidade do contrato. Outra cláusula é a da não concorrência durante e após o contrato de trabalho, ou seja, que não seja prestado trabalho para outra empresa no mesmo ramo. E também a cláusula de exclusividade do trabalho para o empregador e com equipamentos exclusivos para esse fim. O objetivo dessas duas últimas é de dar maior segurança ao empregador, visto que em muitas vezes o empregado passa a possuir dados sigilosos

da empresa adquirindo grande responsabilidade sobre a proteção das mesmas. Porém, a referida cláusula acaba retirando uma das vantagens do trabalho remoto que será analisado mais a frente, que é a possibilidade do teletrabalhador ter mais de um emprego simultaneamente. Além dessas, é necessário que seja descrito o local que será prestado o trabalho, própria residência ou local definido pelo empregador; especificação das atividades realizadas pelo empregado; a estipulação do horário, que deve apresentar certa flexibilidade; a qualificação dos equipamentos necessários para o trabalho e se os mesmos são de responsabilidade do empregado ou do empregador; definição da remuneração e cláusula acerca da ciência dada ao empregado sobre as normas de segurança e acidentes do trabalho.

### **3.1 VANTAGENS E DESVANTAGENS DO TELETRABALHO PARA O EMPREGADO**

Quando é abordado o assunto de vantagens e desvantagens no Teletrabalho, é importante a percepção de que muitas vezes algo que é vantajoso, também tem um lado negativo. Então chega-se a uma conclusão que nenhuma vantagem e nenhuma desvantagem é absoluta, mas sim, predominantemente boa ou ruim.

No que concerne ao empregado, tem-se como principal vantagem a redução

dos deslocamentos entre residência e trabalho, pois muitos trabalhadores precisam enfrentar horas de trânsito para chegar até o local da prestação de serviços, tendo que assim começar seu dia mais cedo. Então a vantagem é que conseqüentemente, o empregador terá redução de custos, do cansaço e de eventuais estresses no percurso, e ainda, diminui consideravelmente as chances de sofrer um acidente de trânsito, seja em veículo próprio ou coletivo. Outra vantagem é que o trabalhador consegue ficar mais próximo de sua família, pela flexibilidade de horários. Sendo assim, o teletrabalhador tem o benefício de autonomia da gestão de tempo de trabalho, o que proporciona uma vida afetiva mais saudável, trazendo mais felicidade, criatividade e motivação.

Segundo autora Vera Regina Loureiro Winter (2005, p.68):

Gera, dessa maneira, maior motivação ao trabalho e menor índice de doenças profissionais, reduzindo as faltas, pois o que interessa é o cumprimento objetivo do prazo, o que pode ser flexionado de maneira mais flexível do que se tivesse trabalhando no estabelecimento empresarial.

Uma outra vantagem é que o empregado nesse caso tem mais oportunidades de emprego, podendo

usufruir da flexibilidade de horários para aumentar sua renda mensal podendo trabalhar para empresas de lugares distintos, quebrando as barreiras regionais físicas. E por último e não menos importante, uma vantagem do Teletrabalho é que ele se estende a uma parcela da população que enfrenta sérias dificuldades para se inserir no mercado de trabalho, ou seja, o fato do trabalho ser prestado em casa dá a possibilidade de inclusão das pessoas que possuem alguma deficiência física ou mental.

Como desvantagem para o trabalhador temos o reflexo direto do que foram as vantagens. Por exemplo, ao mesmo tempo que o teletrabalhador poderá usufruir melhor do seu tempo com a família, esse convívio pode trazer conflitos se o mesmo não souber administrar o tempo de trabalho e tempo para o lazer e outros compromissos. Sendo assim, será imprescindível que o teletrabalhador tenha facilidade em separar os dois “ambientes” e tenha disciplina para que consiga entregar o trabalho esperado. Ainda se tratando desse assunto, o empregado tem como desvantagem o fato de perder o contato diário com os colegas de trabalho, deixando de ter trocas de experiências e tendo a exclusão do dia a dia da empresa, o que inevitavelmente trará o isolamento. É importante ressaltar também, que esse

distanciamento traz complicações no âmbito sindical, pois a organização da classe pode ser reduzida drasticamente, principalmente pelo afastamento desses trabalhadores das possíveis discussões geradas. Sendo assim, os sindicatos deverão buscar meios de se adequarem à essa nova forma de trabalho para que o empregado que exerce o Teletrabalho possa participar ativamente.

Outra desvantagem para o teletrabalhador é que ao mesmo tempo que ele tem reduzido os riscos de acidentes de trânsito e doenças profissionais, ele tem uma maior tendência a desenvolver doenças psicológicas como a depressão, decorrente da diminuição das relações interpessoais. E também pode aderir uma má alimentação e novos vícios, como o tabagismo e alcoolismo, sendo esses dois últimos normalmente não são aceitos no ambiente laboral. Além disso, no âmbito jurídico, o trabalhador que adere essa modalidade de trabalho pode ter muitos direitos reduzidos como por exemplo a exclusão do direito às horas extras. E como a prestação de serviço normalmente é realizada no domicílio do empregado, esse tipo de relação “autônoma” torna mais dificultosa a realização da fiscalização trabalhista, ocasionando dessa forma, muitos problemas de ambiente de trabalho

inadequado, o que causa prejuízos para a saúde do trabalhador.

Com isso, no tocante às vantagens e desvantagens para o empregado cabe a exposição de Vera Regina Loureiro Winter (2005, p.133-134):

Comparadas as vantagens e desvantagens, prevalecem as primeiras, em relação aos teleempregados que retém todos os direitos e ainda têm disponibilidade horária e ausência de deslocamento. [...] por último, cabe ressaltar a necessidade de organizar não só o trabalho, mas a própria vida do teleempregado, pois horários flexíveis, pelo trabalho fora da empresa, podem ocasionar uma reestruturação não só em sua vida pessoal, com até mesmo a ocupação do tempo livre. Essa reorganização do trabalho leva a ultrapassar o esforço físico para o esforço mental, ou seja, do cansaço pelo esforço despendido, à motivação pelo objetivo alcançado.

### **3.2 VANTAGENS E DESVANTAGENS DO TELETRABALHO PARA O EMPREGADOR**

As empresas também possuem muitos benefícios e desvantagens. Como vantagem há a redução de custos com espaço físico, conseqüentemente redução na manutenção desses espaços, economizando gastos com

luz, IPTU, aluguel, condomínio e limpeza. Há redução também nos investimentos acessórios em mobiliário e equipamentos. Além disso, o empregador tem mais oportunidades de encontrar mão de obra que atenda às suas necessidades, pois agora as empresas conseguem empregar qualquer pessoa no âmbito global. E como esse trabalho realizado à distância traz muitas economias para o empregador, ele pode remunerar melhor os empregados, aumentando assim o nível de talentos em sua empresa.

E também há mais produtividade na empresa que agora pode ter expediente nas 24 horas do dia, pois com a possibilidade de ter empregados em vários países com fusos diferentes, poderá atender com mais rapidez e alcançar maior número de clientes. E também em relação ao teleempregado, que além de ter mais concentração e tranquilidade para realizar suas atividades, tem menos chances de faltar por motivo de doenças leves, alagamentos ou até mesmo por problemas nos transportes públicos. E além desses fatores, uma maior satisfação do trabalhador também tende a aumentar a produtividade do mesmo.

Partindo para as desvantagens que o teleempregador tem com a adoção do Teletrabalho, há principalmente o fato do mesmo não conseguir supervisionar o empregado na realização de suas atividades.

Há que se ressaltar também que o desmembramento geográfico de funcionários em diversos locais pode acarretar um enfraquecimento na estrutura organizacional caso a empresa não consiga se adequar ou não encontre os meios necessários para tal.

Uma importante desvantagem também é em relação à segurança de informação da empresa, que é posta em risco quando o empregado utiliza de equipamentos e rede de internet próprios, facilitando assim que os dados trafeguem indevidamente em redes públicas fora do domínio da empresa. E com isso também há possibilidade de ocorrência de crimes cibernéticos, visto que os dados ficam mais vulneráveis caso o empregador não consiga desenvolver recursos para mantê-los seguros mesmo fora da empresa. Ademais, a possibilidade de o empregado possuir outros vínculos empregatícios com empresas do mesmo ramo também pode ser um risco ao teleempregador caso esse não estipule cláusula de vedação à essa prática no contrato, pois caso não a faça, o mesmo deverá apenas confiar na boa índole do empregado.

Além das desvantagens citadas, empresas que já existem e vão adotar essa forma de trabalho à distância podem ter mais custos com a transição para a implementação do mesmo, com

treinamentos específicos, muitas vezes na compra de equipamentos – quando esses são de responsabilidade do empregador – e com consultorias. Pode sofrer também dificuldades na adaptação dos colaboradores, tanto os que trabalham na sede – quando houver –, quanto aos que foram transferidos do trabalho presencial para o home office.

### 3.3 MODALIDADES DE TELETRABALHO

O Teletrabalho surge para renovar as formas de trabalho, dando mais flexibilidade ao empregado e empregador. Com ele surgem várias modalidades locais, sendo assim pode-se considerar que o trabalho à distância é gênero, pois esse termo não delimita um espaço específico, sendo esse determinado de acordo com as necessidades do empregador e as atividades desenvolvidas. Porém, nem todo trabalho à distância é Teletrabalho. De acordo com Luiz de Pinho Pedreira da Silva (2000, p.8) pode ser dividido em três modalidades: Teletrabalho em domicílio, Teletrabalho em telecentros e Teletrabalho nômade.

#### 3.3.1 TELETRABALHO EM DOMICÍLIO

Como o nome já diz, essa modalidade é exercida no próprio domicílio do empregado ou em outro lugar definido por ele, onde ele fica ligado à um escritório

central ou sede, utilizando de meios tecnológicos como a internet. Essa modalidade é a mais comum de todas, tanto que sempre que se fala em Teletrabalho é essa forma que imaginam, talvez por ser a modalidade mais antiga. Se tratando desse assunto:

Até meados do século passado, o trabalho a domicílio era considerado uma forma pouca usual e inadequada de emprego nas sociedades desenvolvidas. Declinou nas sociedades em vias de desenvolvimento, em que era assimilado à informalidade, marginalidade e exclusão. (WINTER, 2005, p.168)

#### 3.3.2 TELETRABALHO EM TELECENTROS

Os telecentros são espaços preparados para a realização do teletrabalho, contendo máquinas e outros equipamentos em local geralmente próximo à residência dos trabalhadores. Nesse caso, por mais que os empregados não tenham que ir para a empresa, deverão se deslocar para um centro específico. Esses locais podem ser da própria empresa, de várias empresas ou até mesmo de uma empresa que é dona do telecentro e cobra para que outras empresas utilizem o espaço para que os teletrabalhadores realizem o serviço.

Os telecentros podem ser centro de satélite ou centro de local de teleserviço.

O centro satélite é uma espécie de prédio ou parte de um prédio com vários escritórios onde apenas uma empresa é proprietária para que ali se realizem a prestação de serviços de Teletrabalho. Para Martino (2001), sinteticamente, o centro satélite é definido como uma unidade separada, dentro de um empreendimento geograficamente removido da organização central da empresa, mas que mantém constante comunicação eletrônica. Nestes tipos de centros, somente os trabalhadores da empresa ou da arrendatária utilizam-se do local de trabalho.

Já a realização em centro de local de teleserviço apesar de também poder ser realizado em prédios destinados a esse fim, é quando uma só empresa ou grupo administra o espaço para que diversas empresas utilizem. Ou seja, o espaço é de um terceiro que viabiliza o “aluguel” do local para empresas que tem empregados contratados no regime de Teletrabalho.

### 3.3.3 TELETRABALHO-NÔMADE

Esse tipo de trabalho é realizado por trabalhadores sem lugar determinado para a prestação de serviços, sendo assim considerado como trabalho móvel. Esse pode ser o trabalhador externo ou até mesmo uma pessoa que trabalha para várias empresas apenas implementando uma

tecnologia e depois só faz manutenção por um equipamento próprio, um notebook por exemplo.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inquestionável o quanto a revolução tecnológica e a globalização no mundo tem impactado a vida dos trabalhadores. A substituição do homem por máquinas e o desenvolvimento da informática com certeza foram fatores que trouxeram grandes mudanças nas formas de trabalho, se no século XX a capacitação em que as pessoas buscavam eram preponderantemente a de aprender o passo a passo da fabricação de um produto ou da extração de matéria-prima, hoje busca-se de forma predominante conhecer o funcionamento de máquinas e da criação das mesmas. A tecnologia da máquina traduz-se na habilidade e produtividade que precisariam de muitos trabalhadores para exercer em mais tempo, então a implementação da mesma e a mudança nas formas de trabalho com certeza foram um grande atrativo para as empresas aumentarem seus lucros. É certo que apesar de benéfico para as empresas, a substituição de trabalhadores por máquinas acaba sendo um fator preocupante para a sociedade como um todo, pois o trabalho é que movimenta a economia e dá o sustento de muitas famílias.

Além disso essas novas formas de trabalho inovam vários conceitos trazidos há muitos anos para a sociedade, como o de controle do empregado e revolucionam as formas de contratação, como é o caso do surgimento do Teletrabalho, que foi o objeto de estudo nesse artigo. Esse talvez seja o maior reflexo dessas mudanças, pois além de trazer a máquina como instrumento pessoal de trabalho muda-se a forma de subordinação e de prestação de serviço.

Como qualquer novidade no início, a legislação é muito escassa e com isso começaram a surgir muitos problemas, pois com a falta de respaldo na lei o teletrabalhador ficou vulnerável à interpretação dos fatos realizadas por terceiros. E pelo fato do Teletrabalho vir crescendo no Brasil, a Reforma Trabalhista buscou preencher algumas lacunas existentes e regulamentar essa nova forma de trabalho, o que de fato foi feito. Porém pecou na insuficiência normativa ao ainda deixar espaço para interpretação de terceiros, perfeitamente previsíveis. Nesse sentido, o autor Mauricio Godinho Delgado diz que:

Em suas novas regras sobre Teletrabalho, a CLT ainda não enfrentou temas candentes como as limitações à tendência de exacerbação da disponibilidade obreira às demandas do trabalho no

ambiente virtual e o denominado “direito à desconexão” – temas que são importantes na dinâmica desse novo regime laborativo. A par disso, não determinou a fixação imperativa de qualquer custo ao empregador – que absorve, evidentemente, os riscos do empreendimento (art. 2º, caput, CLT) –, referindo-se apenas à previsão “em contrato escrito” (art. 75-D, CLT). Abre-se, portanto, significativo espaço à interpretação e à integração jurídicas nesse novo segmento jurídico laborativo. (2018, p. 1066).

Sendo assim o legislador poderia ter trazido a realidade dos problemas já existentes e dos que podem surgir, a fim de que a regulamentação do Teletrabalho seja exaurida para que seja feito uma prevenção de demandas judiciais e diminuição das desvantagens dessa forma de trabalho. Para isso, o legislador também poderia ter utilizado como ferramenta o direito comparado para que se espelhasse em países mais desenvolvidos, aplicando o que deu certo lá, no Brasil. Um exemplo de algo que reduziria drasticamente uma desvantagem do Teletrabalho, é a obrigatoriedade aplicada na Espanha de que o empregado compareça às dependências do empregador pelo menos uma vez na semana para cursos de aperfeiçoamento e

interação com os outros colegas de trabalho. Ou como é aplicado nos Estados Unidos, onde o empregado pode exercer o Teletrabalho por no máximo 6 meses e após isso voltar ao trabalho presencial por 1 ano, fazendo com que assim, o mesmo não seja afastado completamente do convívio social. E também há de observar a importância de uma norma que obrigue a inspeção do ambiente de trabalho para que seja averiguada as reais condições de prestação de serviço do teletrabalhador, como é feito na França, para que se evite possíveis doenças causadas por um ambiente inadequado ao trabalho.

No que se refere às vantagens e desvantagens para o empregador, foi visto que as vantagens são principalmente no que se refere à redução de custos e maior leque de contratação de serviço. E as desvantagens são mais perceptíveis no aspecto estrutural e de segurança da empresa, que sofrerá grande impacto. E para o teleempregado sem dúvidas a maior vantagem é a autonomia da gestão de seu tempo e possibilidade de prestar serviço para mais de uma empresa, quando não proibida por estipulação do empregador. E a desvantagem mais importante de ser analisada é o isolamento do convívio com as pessoas que o *home office* sugere, podendo trazer consequências graves à saúde psíquica do teletrabalhador. Como

vimos acima, em outros países já foram aplicadas formas de reduzir esse afastamento. Dessa forma, embora o Teletrabalho traga muitas vantagens para as empresas e empregados, é necessário que a regulamentação de pontos ainda não definidos se adeque e busque formas de evitar ou ao menos diminuir as consequências que as desvantagens trazem.

Em relação às modalidades de Teletrabalho podemos dizer que trabalho a distância é apenas um gênero onde a modalidade de Teletrabalho é uma espécie, pois para ser caracterizada como tal, além da prestação de serviços ser realizada fora das dependências do empregador é necessário o use de meios tecnológicos.

Concluimos que o Teletrabalho uniu a flexibilidade de tempo, lugar e meio na prestação de trabalho, sendo inevitável a sua aplicação nos tempos modernos. A globalização permitiu que o conceito de “distância” fosse relativizado e a tecnologia deixou de ser aplicada apenas em países plenamente desenvolvidos, sendo agora algo de aplicação mundial. Dessa forma, a globalização e as novas tecnologias trouxeram muitas modificações nas formas de trabalho, se tornando esse, um campo amplo e em constante evolução. Por isso é importante dizer que sendo essa modalidade um caminho sem volta e visto que as tecnologias só tendem a se aperfeiçoar, é



preciso que a legislação brasileira acerca do assunto esteja evoluindo na mesma proporção, para que problemas e demandas jurídicas sejam evitados. E sendo o direito algo orgânico, é preciso que ele esteja compatível com as mudanças na sociedade, mas, deve haver um limite que o legislador precisa sempre buscar se atentar para que não sejam suprimidos os direitos fundamentais dos empregados, que foram duramente conquistados. Por fim, apesar da responsabilidade do legislador em suprir lacunas ainda existentes, os empregadores e a sociedade não precisam se recuar à adoção e aceitação do Teletrabalho, mas sim buscar realizar contratos com cláusulas mais bem definidas, é o que esses podem fazer de forma imediata.

## REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. Globalização: As Consequências Humanas. Rio de Janeiro, 1999. Editora Jorge Zahar. Tradução: Marcus Penchel.
- BRAGHINI, Marcelo. Reforma Trabalhista. Flexibilização das Normas Sociais do Trabalho. São Paulo: LTr, 2017.
- BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/dec reto-lei/De15452compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/dec reto-lei/De15452compilado.htm)>. Acessado em 27 de mar. de 2017.
- BRASIL. Lei Nº 12.551. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_At o2011-2014/2011/Lei/L12551](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_At o2011-2014/2011/Lei/L12551)> Acessado em: 15 de abr. de 2019
- CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2010.
- CEZÁRIO, Priscila Freire da Silva e FERREIRA, Wellington Roberto. O panorama do trabalho à distância. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16, MI157114,61044-O+panorama+do+trabalho+a+distancia>> Acesso em: 16 de Maio de 2018.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Capitalismo, trabalho e emprego : entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2015.
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 14ª ed. São Paulo: LTr, 2015.
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012.
- DELGADO, Pamilla Pessoa dos Santos. Os efeitos da globalização nas relações trabalhistas - dumping social. 2013. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-efeitos-da-globaliza%C3%A7%C3%A3o-nas->

- rela%C3%A7%C3%B5es-trabalhistas-dumping-social> Acesso em: 12 de out. de 2018.
- FONTENELLE, André. Metodologia Científica: Como definir os tipos de pesquisa do seu TCC?. Disponível em: <http://www.andrefontenelle.com.br>. Acessado em: 05 de jun. 2018.
- JARDIM, Carla Carrara da Silva. O teletrabalho e suas atuais modalidades. São Paulo: LTr/Biblioteca LTr Digital 2.0, 2004.
- MACCALÓZ, Salete Maria et al. Globalização e Neoliberalismo e Direitos Sociais. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 1997.
- MARTINO, V. Di. High road to teleworking, in the to teleworking. OIT, 2001
- MARTINS, Sergio Pinto. “Teletrabalho”, Repertório IOB – Trabalhista e Previdenciário, n. 18/2001.
- MOYSES, Natália Hallit. Reflexões sobre a lei nº 12.551/11 (Teletrabalho) e a alteração do enunciado da Súmula nº 428 do TST. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23767/reflexoes-sobre-a-lei-n-12-551-11-teletrabalho-e-a-alteracao-do-enunciado-da-sumula-n-428-do-tst>> Acesso em: 16 de maio de 2018.
- PORTUGAL, LEI Nº 7, 12 DE JUNHO DE 2009. Código do Trabalho. Assembleia de República. Disponível em: <https://dre.pt/application/dir/pdf1s/2009/02/03000/0092601029.pdf>> Acesso em: 15 de out. 2018.
- RIBEIRO, Matheus Ramos. Fordismo e toyotismo: Suas principais características, com uma análise das precárias relações de trabalho. Disponível em: <https://matheusramosribeiro.jusbrasil.com.br/artigos/202589865/fordismo-e-toyotismo-suas-principais-caracteristicas-com-uma-analise-das-precarias-relacoes-de-trabalho>> Acesso em: 12 de out. de 2018.>
- ROMITA, Arion Sayão. Flexisegurança. A reforma do mercado de trabalho. São Paulo.LTr, 2008.
- SELLA, Adriano. Globalização neoliberal e exclusão social: alternativas...? São possíveis!. São Paulo: Paulus, 2002. Coleção: Temas da atualidade.
- SILVA, Diana de Lima e; PASSOS, Edésio (org.). Impactos da globalização: relações de trabalho e sindicalismo na América Latina e Europa. São Paulo: LTr, 2001.
- SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. O Teletrabalho. Revista Ltr, São Paulo, v. 64, 2000.
- TAYLORISMO, fordismo e toyotismo: Qual a diferença entre taylorismo, fordismo e toyotismo? [s.l.], [s.d.], [s.n.]. Disponível em: <https://www.diferenca.com/taylorismo->

fordismo-e-toyotismo/> Acesso em: 12 de out. 2018.

VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado: O Direito do Trabalho no limiar do século XXI. Revista LTr Legislação do Trabalho. São Paulo: LTr, vol. 63, n.7,1999.

WINTER, Vera Regina Loureiro. Teletrabalho: uma forma alternativa de emprego. São Paulo: Ltr, 2005.

# ANÁLISE DAS NULIDADES PROCESSUAIS E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Mariana Pimentel Xavier<sup>19</sup>

Jucinéa Granito da Rosa<sup>20</sup>

## RESUMO

O presente artigo científico visa realizar um estudo das nulidades processuais no Código de Processo Civil, conceituando nulidades absolutas, relativas e meras irregularidades, analisando os requisitos para formação do processo e os planos de validade, existência e eficácia e como esses elementos se constituem em todo o curso do processo. Compreender o que são os vícios dos atos processuais, identificando em quais momentos a nulidade deve ser decretada e quais vícios que podem ser aproveitados, visto que não alterou a pretensão almejada e as partes não foram prejudicadas, tendo como escopo a aplicação dos princípios do aproveitamento dos atos processuais e da instrumentalidade das formas. Para alcançar os objetivos deste trabalho será utilizado o método dedutivo, sendo realizada uma pesquisa exploratória para melhor compreensão sobre o tema proposto tendo como procedimentos técnicos para desenvolvimento, análises doutrinárias, legislativas, jurisprudenciais, pesquisas bibliográficas e revistas jurídicas.

**Palavras-Chave:** Nulidades processuais. Atos processuais. Instrumentalidade das formas.

## ABSTRACT

The present scientific article aims to perform a study about the nullities within the Civil Procedure Code, outlining absolute nullities, relative nullities and sheer irregularities, analyzing the statutory requirements to form the lawsuit, as well as the validity, existence and efficiency requirements and how these elements come together throughout the judicial process. The article will also throw light on what are the flaws within the judicial process, identifying when a nullity must be declared and which ones can be used, since neither the wanted claim changed nor the involved parties were damaged, having as a scope the application of the principles regarding the exploitation of the procedural acts and instrumentality of forms. To achieve the objectives of this article, it will be used the deductive method carrying out an exploratory research for a better understanding of the subject, having as a technical procedure the analysis of the doctrine, the laws, the jurisprudence, bibliographic research and juridical magazines.

**Keywords:** procedural nullity proceedings. Procedural acts. Instrumentality of the forms.

---

<sup>19</sup> Graduada em Direito pelo Centro Universitário Serra dos Órgãos -UNIFESO/RJ. Advogada.

<sup>20</sup> Pós-graduada em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Mendes (1994). Graduada em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (1990). Atualmente é professor auxiliar do Centro Universitário Serra dos Órgãos; Professora orientadora do Núcleo de Prática Jurídica da área Civil da UNIFESO. Conselheira de Prerrogativas da OAB-RJ 13ª subseção Teresópolis. Advogada.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar a teoria das nulidades processuais, o princípio da instrumentalidade das formas e como esses institutos estão sendo aplicados após a implementação do Código de Processo Civil de 2015, pois a nova redação tem como objetivo o aproveitamento dos atos processuais, mesmo que tenham sido praticados de maneira diversa daquela prevista em lei quando não tenha ocasionado prejuízos as partes.

Realizando uma análise das classificações doutrinárias das nulidades, pois são divididas em nulidades absolutas ou relativas e em quais momentos serão decretadas. Entretanto, tendo como ponto principal o aproveitamento dos atos processuais quando não ocasionar prejuízos as partes. O princípio da instrumentalidade das formas será aplicado ao ato que tenha sido praticado de outra forma, porém alcançou sua finalidade.

A seguir será conceituado as nulidades processuais, em enfoque acerca dos pressupostos processuais que tratam dos requisitos mínimos para a formação do processo, seu regular desenvolvimento e quais atos serão praticados no curso do processo. Em seguida, será enfrentado o que são os vícios nos atos processuais, e como identificar o aproveitamento do ato para que o processo siga o seu fluxo normal, quando

não alterou a pretensão almejada e as partes não foram prejudicadas, tendo em vista o princípio do prejuízo que significa que o ato processual só pode ser invalidado quando não resultar prejuízo as partes envolvidas no processo.

Tal tema é de grande relevância no âmbito jurídico, pois o processo é o meio de aplicação do direito material, porém não deve ser aplicado o texto frio da lei, mas analisar em quais momentos os atos podem ser aproveitados para que não haja um excesso de formalismo impedindo a resolução da lide, comprometendo o andamento do processo, sendo que muitos dos casos o ato pode ser aproveitado, pois não comprometeu sua finalidade. Assim, tem o magistrado um papel essencial para ponderar as medidas que deverão ser adotadas, a fim de que essas não sejam excessivas e acabem comprometendo a finalidade jurisdicional.

Busca-se, com esse artigo científico, identificar se atualmente a instrumentalidade das formas está sendo aplicada, conforme previsões legais do Código de Processo Civil, protegendo as garantias constitucionais da celeridade, duração razoável do processo e da economia processual, impedindo o excesso de formalismo no processo.

A hipótese sobre o tema é que os processos atuais estão tendo um melhor

aproveitamento dos atos após o Código de Processo Civil de 2015, havendo a aplicação da instrumentalidade das formas, fazendo com que o formalismo acerbado não impeça a resolução da lide nos casos que não ocasionem prejuízos as partes quando houver a possibilidade do vício ser sanado, tendo prisma os princípios constitucionais como economia processual, celeridade processual, entre outros. Porém, essas hipóteses ao longo da pesquisa poderão ser negadas, confirmadas ou redimensionadas a partir de toda a pesquisa que será realizada em âmbito doutrinário e jurisprudencial.

## 1 ANÁLISE DAS NULIDADES PROCESSUAIS

A teoria das nulidades processuais é tema de grande relevância no direito processual civil, sendo objetivado neste estudo a análise e classificação doutrinária das nulidades, identificando os defeitos que comprometem a existência, validade e eficácia dos atos processuais e quando aplicar o princípio da instrumentalidade das formas que visa sanar os vícios que estejam em descompasso com as formas legais.

Os termos nulidades e invalidades quando não conceituados serão utilizadas como sinônimos, entretanto alguns doutrinadores divergem nestas nomeações, pode-se mencionar Leonardo Greco (2015, p. 371). que em sua obra não trata dessas

terminologias, o mesmo adotou a nomenclatura defeitos dos atos processuais, pois questiona o uso de tais expressões por não abranger todos os vícios, porque nem sempre um defeito ocasionará a invalidade do ato processual.

Nulidades processuais para parte da doutrina, trata-se de uma sanção aplicada quando ocorre a inobservância da forma prevista em lei, fazendo com que o ato se torne ineficaz e as finalidades no processo não sejam atingidas. Portanto, sendo visto como algo prejudicial e utilizado quando não houver possibilidade de aproveitar ou corrigir os atos.

Nesta percepção, Fredie Didier (2016, p. 407) encara as invalidades processuais como algo nocivo, utilizando a expressão “pernicioso”, sendo aplicado como última solução, quando não houver forma de sanar o vício que fora praticado nos atos processuais; ou seja, aplicando-se a fungibilidade aceitando este ato como se outro fosse.

No estudo da teoria das nulidades, há discussão na doutrina pátria no que tange a sua classificação em nulidade absoluta, nulidade relativa e anulabilidade. No Brasil, exemplificando alguns adeptos destas classificações pode-se citar Galeno Lacerda, um dos principais doutrinadores que estabeleceu esta classificação, Teresa Arruda Alvim Wambier, e Humberto Dalla

Pinho. Ao passo que a doutrina divergente existe também defensores, como por exemplo: Fredie Didier Jr, Aroldo Plínio Gonçalves e Cassio Scarpinela.

Para o estudo da teoria da Nulidades processuais, necessário distinguir o que seriam as nulidades absolutas, nulidades relativas e anulabilidade. A nulidades absolutas tangem as normas de interesse público, permitindo o magistrado ou os tribunais decretarem de ofício independentemente do grau de jurisdição, objetivando a proteção das garantias constitucionais e os direitos fundamentais indisponíveis, que asseguram a ordem e interesse público no processo legal.

Alguns doutrinadores classificam a nulidade absoluta como uma desconformidade entre o ato e a norma cogente, justificando o tratamento rigoroso a preocupação das normas jurídicas que objetivam o interesse público, essa poderá ser decretada a qualquer tempo até o trânsito em julgado, autorizando o magistrado reconhecer de ofício ou através do requerimento das partes. Sendo de grande gravidade os vícios geradores da nulidade absoluta, pois estes são insanáveis, não precluem e nunca ocorrerá sua convalidação. Impondo-se a nulidade ao ato realizado em desconformidade com a forma, onde não é possível o seu aproveitamento. Ao ser decretada a

nulidade absoluta, todos os atos praticados desde o seu nascimento são invalidados, cujo efeito é ex tunc retroagindo até o dado momento da prática do ato defeituoso. (DALLA, 2018; RIBEIRO, 2015)

Ao fazer uma breve análise da nulidade absoluta, busca-se agora entender a respeito da nulidade relativa, que também se trata de defeitos dos atos processuais, entretanto, esses poderão ser sanados quando atingirem a finalidade almejada e não ocasionarem prejuízos às partes. Porém, está precisa ser alegada pela parte na primeira oportunidade quando lhe couber, sob pena de preclusão conforme dispõe o art. 278 do CPC. (BRASIL, 2015). Portanto, na seara da nulidade relativa, quando as partes não alegam esta preclui, sendo o ato convalidado. Todavia, se requerida, o magistrado analisará a existência de prejuízos, identificando se é possível a sua correção, caso tenha atingido a sua finalidade de outro modo, apresentando condições para que o vício seja sanado, assim ocorrerá o efeito ex nunc a partir da decretação da nulidade relativa. (DALLA, 2018)

Além das nulidades absolutas e relativas, existe a anulabilidade que é o vício que pode ser sanado, representando como o resultado das infrações, tendo este que ser requerido pela parte não permitindo com que o juiz decrete de ofício. “Ao lado

da nulidade absoluta e relativa, se tem a figura da anulabilidade, que representa o resultado da infração a normas relativas ao poder dispositivo das partes”. (DALLA, 2018)

No caso da anulabilidade, o juiz não poderá decretar de ofício, por não se tratar de normas de interesse público, mas sim correspondente ao indivíduo, permitindo com que o ato se convalide, seja sanado, e prossiga o andamento do processo, fazendo com que esse ato torne-se valido no decorrer do tempo, caso não seja alegado pela parte que se sente prejudicada. Sendo requerida a anulação terá o efeito *ex nunc*, sendo exposto pelo magistrado os atos que foram atingidos pelo defeito.

Assim, após brevemente enfrentado a teoria das nulidades processuais, analisa-se que a ausência dos pressupostos processuais poderá ocasionar a nulidade dos atos, por esse motivo, serão compreendidos o que são os pressupostos processuais na formação do processo.

### 1.1 PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Os pressupostos processuais podem ser conceituados como requisitos mínimos para a formação de um processo, para que este tenha o desenvolvimento válido e regular, permitindo assim que a relação processual se constitua e que seja exercida a jurisdição. (GRECO, 2015, p. 317).

Neste entendimento a jurisdição é a função estatal, onde um órgão atua protegendo os interesses particulares e a composição da lide. Sendo, a jurisdição a função que o terceiro tem de realizar o direito protegendo as relações jurídicas para resolução da lide de maneira imparcial.

Semelhante esta subdivisão, José Maria Tesheiner e Rennan Krüger (2015, p.77-88) também dividem os pressupostos processuais em subjetivos e objetivos, porém os objetivos são relacionados ao pedido, causa de pedir e a existência e nexo lógico entre ambos. Além dessas divisões os autores também classificam como: formais que são relativos à forma dos atos processuais, extrínsecos a relação processual para impedimentos processuais e a demanda que é o ato de pedir a tutela jurisdicional.

Encontra-se na doutrina outras classificações dos pressupostos processuais, pode-se citar o Misael Montenegro Filho (2016, p. 203), que indica que os pressupostos processuais podem ser classificados em pressupostos de constituição do processo, sendo a petição inicial, a jurisdição, a citação e a capacidade postulatória. Os pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, que são necessários para que o processo tenha o desenvolvimento válido e regular, que são a petição inicial apta,



citação válida, juízo competente. Quanto, os pressupostos negativos, destacam-se pela litispendência, coisa julgada e a preempção.

Percebe-se que existem muitas classificações sobre o tema em análise, onde a falta de algum dos pressupostos processuais ou requisito formal, podem ocasionar a nulidade processual ou a anulabilidade, frente ao vício encontrado.

Classificando os pressupostos processuais, encontra-se os pressupostos relativos ao juiz, caracterizados como pressupostos de existência, onde é analisado se o juiz possui jurisdição, competência e imparcialidade. (TESHEINER; THAMAY, 2015)

Na mesma concepção, para Leonardo Greco (2015, p. 320), os pressupostos subjetivos relativos ao juiz dizem não apenas sobre a sua jurisdição, mas como pessoa que em sua função jurisdicional deve agir com imparcialidade e competência.

Para que haja o processo é necessário o juiz, pois esse é um dos sujeitos da relação processual que permite com que a lide seja solucionada, onde é proferida uma sentença contendo os entendimentos baseados nos fatos, fundamentos e provas contidos nos autos do processo. O juiz deve agir de maneira imparcial no processo, além disso precisa dos pressupostos da jurisdição e da competência.

Para se compreender melhor os pressupostos relativos ao juiz, será necessário refazer a análise da jurisdição, competência e imparcialidade. A jurisdição é o poder do Estado, onde é constituído um terceiro imparcial, para que este possa contribuir na resolução da lide e que os conflitos presentes no poder judiciário sejam solucionados.

Já o pressuposto processual da competência do juiz, está relacionado ao princípio do juiz natural, previsto no artigo 5º XXXVII e LIII da Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 1988). Para que o juiz possa conduzir e tomar decisões sobre o processo é necessário que tenha competência para tais atos, podendo assim exercer a jurisdição que é o poder dado pelo Estado para resolução dos conflitos e dirimir o pleito judicial.

E último requisito dos pressupostos processuais subjetivos relativos ao juiz é o da imparcialidade, o mesmo está relacionado ao princípio da imparcialidade, possui entendimento universal, sendo previsto no art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, trata-se este de um princípio fundamental, que fazem com que os

juízes hajam de maneira imparcial com as partes do processo, não havendo causas para que este possa ser declarado suspeito ou impedido.

Pressupostos relativos às partes devem-se identificar se esta possui capacidade de ser parte, capacidade processual e a capacidade postulatória que é feita pela representação do constituinte devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

A capacidade de ser parte, pode estar relacionada as partes do processo como autor e réu, sendo essas pessoas físicas ou pessoas jurídicas, no Código Civil Brasileiro em seu art. 1º prevê que toda a pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Já a capacidade processual é aquela de fato, onde o indivíduo possui capacidade para praticar atos processuais.

E a capacidade postulatória é exercida pelo profissional inscrito na OAB, sendo este indispensável para que as partes possam ser representadas em juízo. Na Constituição Federal em seu art. 133 prevê a importância do advogado. (BRASIL, 1988)

Nos pressupostos objetivos há a necessidade de existir um pedido certo e determinado, traduzindo-se em imediato ou mediato. O imediato é aquele que se pleiteia ao juiz um dizer ou um fazer, como é o caso de mandar ou condenar algo, ou ainda, é a tutela jurisdicional pretendida. Já o pedido mediato é o bem da vida pretendido, ou seja, a pretensão material desejada pela parte.

Outro pressuposto objetivo seria a causa de pedir onde a situação fática e fundamentos jurídicos deem suporte aos pedidos, fundamentado os pedidos realizados na petição inicial. Por fim, que os pedidos tenham nexos, sejam compatíveis entre si. (TESHEINER; THAMAY, 2015, p. 80)

Existem duas subdivisões dos pressupostos objetivos, onde possui o pressuposto de existência e em sua subdivisão há o objetivo que seria a existência da demanda, que é o ato de pedir para que o processo seja instaurado. Tendo no objetivo a subdivisão dos pressupostos de validade, tendo os pressupostos intrínsecos que se refere às formalidades dos atos processuais e os extrínsecos que são os negativos como é o caso da inexistência de preempção, litispendência, dentre outros. (DIDIER, 2015, p. 316).

Neste mesmo entendimento, Humberto Dalla (2018, p. 518) classifica os pressupostos objetivos em extrínsecos que são requisitos externos da relação processual e os intrínsecos que devem seguir os procedimentos legais, exemplos elencados pelo autor são: citação válida do réu e que o Ministério Público seja também intimado disposto no art. 178 do CPC de 2015.

Objetivando a análise das nulidades processuais, identifica-se que os pressupostos processuais elencados são

requisitos essenciais para o processo, a falta desses requisitos, faz com que o ato seja constituído com defeito, tendo como maior consequência a sua nulidade.

## 2 OS ATOS PROCESSUAIS

Diante da temática das nulidades processuais, torna-se fundamental compreender os atos processuais, sendo uma modalidade jurídica que objetiva o início do processo e o seu devido andamento, fazendo com que as partes se manifestem, gerando efeitos na relação processual. (DALLA, 2018; MONTENEGRO, 2016).

Os atos processuais serão praticados pelos os sujeitos do processo, sendo sua forma regulamentada pela lei, caso sua prática venha ser realizada de maneira diversa o magistrado analisará se a nulidade deverá ser decretada ou haverá seu aproveitamento para prosseguimento do processo. Desta forma, é de grande influência o estudo dos mesmos para análise das nulidades.

Os atos processuais possuem diversas classificações doutrinárias, sendo posto em análise as espécies de atos que as partes do processo poderão praticar, e quais momentos serão praticados. Compreendendo assim, em quais casos ocorrerá a invalidade dos atos.

Conforme exposto anteriormente, os atos processuais são manifestações das

partes no processo, não sendo apenas realizadas pelo autor ou réu, mas manifestações do juízo e alguns doutrinadores, classificam também os atos dos auxiliares da justiça, como é o caso do Ministério Público, perito, escrivão, dentre outros, englobando todos os sujeitos do processo.

Os atos processuais para que haja sua configuração, precisa seguir o rito processual acatando as fases do processo, como é o caso da propositura da ação através da petição inicial, a contestação realizada pelo réu para argumentar os pontos mencionados na petição, sentença, entre outros atos que serão classificados como atos processuais.

Sendo realizada as seguintes classificações, atos processuais das partes, onde não serão todos os atos praticados que se classificaram como atos processuais, estando previsto no art. 200 do CPC, que indica a forma unilateral ou bilateral de constituir ou até mesmo extinguir um direito processual.

Nesse sentido, afirma-se Humberto Dalla (2018, p.408) que os atos processuais das partes são os atos postulatórios, instrutórios, dispositivos, reais ou materiais. Sendo, os atos postulatórios aqueles que visam a resolução da lide, onde as partes através da petição inicial, contestação indicaram quais serão os fatos e quais

pedidos por eles almejados. Já os atos instrutórios são os que indicam quais provas serão requeridas, sendo essas produzidas em alguns momentos do processo. Ainda indicados, os atos dispositivos que concerne as partes algum direito ou até mesmo uma vantagem. E por fim, os atos reais que são praticados de acordo com o andamento do processo, como é o caso do comparecimento nas audiências.

Segundo o autor Humberto Theodoro Junior (2015, p. 495), os atos das partes classificam-se em atos de obtenção, como é o caso do ato da petição inicial, atos das provas e atos afirmação que assemelha ao conceito de atos reais. Além, dos atos dispositivos ou atos de causação, onde a vontade das partes gera efeitos.

Assim como, possuem os atos relativos ao juiz que estão previstos no art. 203 do Código de Processo Civil de 2015, onde esse possui a função de pôr o fim a fase cognitiva, decidir de maneira interlocutória, através das tutelas de urgência ou evidência, dentre outros atos que o magistrado precisa praticar no decurso do processo para dirimir a lide. Sendo esses atos classificados como decisórios, tendo o objetivo de decidir questões que ocasionam conflito entre as partes ou os atos instrutórios, de outra maneira chamado de não decisórios, que

permite a coleta dos elementos necessários para o juiz proferir a sentença.

Além, dos atos elencados até o dado momento da pesquisa, haverá no decurso do processo os atos praticados pelos auxiliares da justiça, como é o caso do escrivão, ministério público, peritos e outros que auxiliaram na frequente movimentação do processo, para que haja uma ordem cronológica, permitindo com que o processo tenha o seu início, meio e imponha o fim ao litígio.

A doutrina pátria indica quais atos são praticados pelos auxiliares da justiça que são considerados processuais. Mizael Montenegro (2016, p. 217-228) indica os atos e os deveres desses auxiliares, como é o caso do escrivão que nomeia como um dos mais importantes auxiliares, por ser este o responsável pela guarda dos autos do processo, dentre outras funções atribuídas para efetivação das ordens judiciais. Outros auxiliares são: o oficial de justiça que permite o cumprimento dos mandados; peritos que são técnicos e possuem determinado conhecimento para análises e obtenção de provas; conciliadores e mediadores que auxiliam em possíveis autocomposições.

Realizada uma concisa análise dos atos processuais praticados pelas partes, juiz e auxiliares da justiça, precisa-se identificar em quais momentos estes

deverão ser aplicados, conforme exposições previstas no Código de Processo Civil que rege sobre o lugar, tempo e prazo. Os atos processuais serão realizados, a princípio em juízo, como é o caso das audiências, ou em outra localidade, como é o caso de inspeções judiciais, oitiva de testemunhas que não puderem comparecer por motivo de enfermidades ou idade avançada, sendo um obstáculo para a prática do ato, conforme previsão do art. 217 do CPC/2015.

Além do mais, os atos deverão respeitar a forma prevista em lei. Anteriormente, em nosso ordenamento, havia um formalismo exacerbado do qual todos os atos deveriam ser praticados conforme previsões legais, mas atualmente existe uma aplicação mais liberal, sendo os atos considerados e aproveitados, mesmo que tenha sido realizado de outra forma e que as partes não tenham sofrido nenhum prejuízo, sendo um dos principais mecanismos para a resolução da lide, a instrumentalidade das formas. (MONTENEGRO, 2016).

Neste mesmo entendimento, Humberto Dalla (2018, p. 422) indica que não deverá ser levado o formalismo processual ao extremo, tendo em vista que o processo é um instrumento da relação processual e o ato poderá ser considerado, em caso de descumprimentos quando de outra forma alcançar a finalidade almejada,

obviamente, gere prejuízo da parte contrária.

Com relação aos prazos as partes precisam se atentar, pois cada ato terá um momento para ser praticado dentro do processo. Para Donizetti “Prazo é o lapso de tempo em que o ato processual pode ser validamente praticado. É delimitado por dois termos: termo inicial (*dies a quo*) e termo final (*dies ad quem*)”. (DONIZETTI, 2017 p.499)

Assim, o ato deverá ser praticado no prazo previsto em lei ou negociação processual previsto no Código de Processo Civil de 2015, onde houve um grande avanço na contagem dos prazos, pois esse somente será contado em dias úteis, previsto no art. 219 do CPC/2015 e ainda existe um lapso de tempo entre os dias 20 de dezembro a 20 de janeiro que essa contagem é suspensa. Findo o prazo, caso a parte não pratique o ato, ocorrerá a preclusão temporal, perdendo o direito de praticá-lo, salvo se comprovado justa causa.

Os atos processuais também possuem um tempo para sua prática, havendo o horário de expediente forense que é das 6:00 às 20:00 horas, por exemplo, a parte poderá interpor o recurso até às 20:00 horas, caso seja processo eletrônico o ato processual poderá ocorrer até às 24:00 horas do último dia do prazo.

Verifica-se, portanto, que os atos processuais são o que fazem com que o processo tenha o seu andamento, sendo necessário analisar como esses atos foram praticados e se não existe nenhuma desconformidade que ocasione a decretação da nulidade ou inexistência do ato.

## 2.1 OS VÍCIOS DOS ATOS PROCESSUAIS

O ato processual sendo praticado, eivado de vícios, compromete o plano de existência, plano da validade e o plano de eficácia. Analisando o plano da existência, precisa-se identificar se o ato existe juridicamente, se na sua constituição foram reunidos os requisitos indispensáveis para que esse seja reconhecido. Quando o ato não existe não ocorre a nulificação e sim a decretação da sua inexistência, pois esse nunca existiu no âmbito jurídico. (DONIZETTI, 2017, p.201)

Perfazendo o ato no plano da existência, esse passará para o plano da validade, pois o ato pode existir, porém não ser válido, sendo necessário que esse siga as normas e a forma determinadas pela lei, quando um ato não é considerado válido não havendo a produção de efeitos, sendo esse ineficaz. (DALLA, 2018, p. 422)

E, por fim, o plano da eficácia, quando o ato processual é existente e válido, precisa-se verificar se esse produz efeito, permitindo que no decurso do processo haja

a criação, modificação ou extinção de direitos e obrigações.

Em análise os defeitos dos atos processuais, serão identificadas as causas e quais modalidades são debatidas na doutrina pátria. Algumas modalidades já foram objeto desse estudo, como é o caso da nulidade absoluta, relativa e anulabilidade. Entretanto, existem outras modalidades de defeitos que os atos se enquadraram conforme disposições doutrinárias.

Em primeira análise, existe o ato inexistente que é aquele que não perfaz o plano da validade. Quando um ato é inexistente, esse não preencheu os requisitos necessários no momento da sua constituição, com isso, não é decretada a nulidade e sim a inexistência do ato, dar-se como exemplo, previstos na doutrina a instrução e julgamento realizada sem a presença do magistrado, petição inicial que não possui assinatura, dentre outros. Como esse ato não existe, então não haverá nenhuma produção de efeitos, conforme exposto por Humberto Dalla (2018, p.432) “A inexistência não convalesce, devendo ser praticado um novo ato, com elementos constitutivos mínimos”.

Além do ato inexistente, haverá o nulo, que conforme visto anteriormente existem os casos que a sanção da nulidade é imposta absolutamente ou relativamente, ocorrendo o efeito ex tunc na nulidade

absoluta, pois existe interesse público, com isso, retroage até o dado momento da prática do ato nulo, sendo os demais atos afetados. E no caso da nulidade relativa ocorre o efeito *ex nunc*, podendo ocorrer a nulificação apenas do ato defeituoso, permitindo que os demais atos praticados sejam aproveitados, e caso as partes não aleguem tal defeito, o ato mesmo que praticado de outra forma, poderá ser convalidado por não ter causado prejuízos as partes. Além das nulidades, poderá ocorrer a anulabilidade, onde o vício poderá ser sanado quando reivindicado pelas partes não permitindo que o juízo requeira de ofício.

Pode ocorrer no processo também, as chamadas meras irregularidades que não podem ser base para a nulidade de um ato, pois se trata de uma inobservância, como ultrapassado o prazo pelo magistrado para proferir sentença ou também o chamado erro material. Por exemplo: um texto alheio na sentença, que esteja em descompasso com o caso concreto que tenha sido inserido de maneira errônea na digitação. (DALLA, 2018, p. 434)

Os atos processuais estão relacionados com alguns princípios previstos na Constituição e no Código de Processo Civil, por exemplo, o da publicidade, liberdade das formas, do prejuízo, celeridade processual, causalidade

e o princípio basilar desta pesquisa o da instrumentalidade das formas. Além disso, os princípios constitucionais em comento foram positivados pelo CPC de 2015, evidenciando a importância da aplicação e o respeito às normas constitucionais.

### **3 INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS E APROVEITAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS**

A instrumentalidade das formas é de grande repercutibilidade no processo, pois através deste princípio é possível buscar resultados ainda que no curso do processo tenha ocorrido algum vício nos atos praticados pelas partes, pois não ocasionou prejuízos e o objetivo principal foi atingido.

A instrumentalidade não é uma forma de extinguir formalidades, mas sim de flexibilizar o rigorismo, e que o direito material não seja aplicado apenas com o texto frio da lei, mas que o processo seja um instrumento capaz de resolver conflitos, que haja uma solução mais justa e isonômica na resolução da lide.

O princípio da instrumentalidade das formas está previsto no artigo 188 do Código de Processo Civil, onde os atos independem de forma determinada, salvo se estiver expresso em lei, fazendo com que o processo tenha autonomia ao reger os conflitos e que este não seja apenas o reflexo do direito material. Outra previsão está enunciada no art. 277 do CPC, onde há

o entendimento do aproveitamento do ato, mesmo que este seja praticado de outra forma, e que sua validade seja considerada pelo magistrado, permitindo o prosseguimento do processo.

O presente estudo analisa sobre o tema da instrumentalidade das formas, o que não pode ser confundido com a instrumentalidade do processo. O clássico doutrinador Cândido Rangel Dinamarco em sua obra “A instrumentalidade do processo”, evidencia que tais instrumentalidades não são sinônimas.

Para uma melhor compreensão, é importante compreender as diferenças entre os institutos, a instrumentalidade das formas como brevemente enfrentado trata-se das formas dos atos processuais praticados no curso do processo, onde há o aproveitamento dos atos mesmo que tenha ocorrido algum vício, pois o objetivo pretendido foi atingido e as partes não tiveram prejuízos, desta forma não haverá a nulificação do ato.

Cândido Rangel Dinamarco reafirma tal premissa, destacando que:

A teoria do “processo”, nesse sentido, inclui a dos seus sujeitos e dos seus atos e estes são disciplinados na sua forma nos seus possíveis vícios; aqui é que entra o temperamento trazido pela percepção de que as formas constituem um

instrumento a serviço dos objetivos, não sendo racional nem legítima a nulificação do ato viciado quando o objetivo tiver sido obtido. (DINAMARCO, 1996, p.266)

No entanto, a instrumentalidade do processo, é a forma de reger o Estado para a efetivação da justiça, trata-se de uma ciência utilizada para alcançar resultados que estão presentes no direito material, porém buscando um equilíbrio em sua aplicação. Tendo o juiz um papel importantíssimo, pois precisa interpretar o que a norma prevê e, ainda utilizar o processo como instrumento para realização da justiça.

Neste sentido Humberto Theodoro Junior descreve a relação do instrumentalismo e a efetividade no processo:

Instrumentalismo e efetividade são ideias que se completam na formação do ideário do processualismo moderno. Para ser efetivo no alcance das metas de direito substancial, o processo tem de assumir plenamente sua função de instrumento. Há de se encontrar na sua compreensão e no seu uso a técnica que se revele mais adequada para que o instrumento produza sempre o resultado almejado: “a solução das crises verificadas



no plano do direito material é a função do processo”, de sorte que, quanto mais adequado for para proporcionar tutela aos direitos subjetivos de natureza substancial, mais efetivo será o desempenho da prestação estatal operada por meio da técnica processual. (THEODORO, 2015 p.56 e 57)

Assim, com o princípio da instrumentalidade, o processo é utilizado com autonomia, permitindo alcançar resultados tutelados no direito material, não deixando de utilizar a forma estabelecida em lei, mas que essa seja o Norte para efetivação do processo, não havendo um formalismo excessivo que prejudique a resolução dos conflitos que a sociedade enfrenta.

Realizada a diferenciação entre os institutos, retorna-se ao tema principal que trata da aplicação da instrumentalidade das formas, no decorrer desta pesquisa foi realizada uma análise dos vícios dos atos processuais, onde a nulidade é vista por muitos doutrinadores e estudiosos do direito como uma sanção que será decretada quando determinado ato não seguiu as formalidades determinadas em lei, fazendo com que os planos de existência, validade e eficácia sejam comprometidos, ferindo o devido processo legal.

Porém, com a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, é possível

identificar que alguns atos, mesmo que não tenham seguido a forma prevista em lei, alcancem o resultado que está sendo buscado. Contudo, deve ser analisado se não ocasionou prejuízos as partes ou estejam em confronto com os princípios constitucionais que protegem e ditam o processo.

Assim, caso não tenha ocasionado prejuízos, o princípio da instrumentalidade das formas, poderá ser utilizado como uma forma de alcançar a efetividade jurisdicional, auxiliando nos anseios da sociedade, permitindo que o processo seja um instrumento para a aplicação do direito material.

Tal premissa, está relacionada com a instrumentalidade do processo, pois visa buscar uma solução tênue para os conflitos, tornando o processo mais efetivo, e a norma não seja aplicada apenas de uma maneira fria, mas que sua aplicação sua traga resultados uteis para as partes.

Os atos processuais possuem formas estabelecidas em lei que precisam ser observadas para que o processo alcance resultados, no entanto esta forma não pode ser engessada, fazendo com que a finalidade pretendida não seja alcançada, mas que seja um meio para efetivação dos direitos tutelados. A visão instrumentalista possui esta perspectiva, permitindo que o andamento do processo mesmo que as

partes não tenham seguido as definições legislativas dos atos processuais, contudo para que haja a sua aplicação, deve-se observar se as partes não tiveram seus direitos violados ou estas tenham sido prejudicadas. Além disso, deve ser realizada uma análise se o ato praticado comprometeu o devido andamento do processo, e se sua finalidade não foi afastada, pois caso ocorra o objetivo de tal preceito estará comprometido.

Daniel Amorim Assumpção Neves em seu livro traz o seguinte entendimento:

Não havendo prejuízo para a parte contrária, tampouco ao próprio processo, e percebendo-se que o ato atingiu sua finalidade, é excessivo e indesejável apego ao formalismo declarar o ato nulo, impedindo a geração dos efeitos jurídico processuais programados pela lei. (NEVES, 2018, p.199)

Todavia, a instrumentalidade das formas não poderá ser aplicada de maneira arbitrária que afaste a parte de seus direitos constitucionais do contraditório e ampla defesa, previstos no art. 5º, LV da CRFB/88, pois mesmo que haja uma liberdade na forma dos atos processuais, onde permite o seu aproveitamento, o princípio da instrumentalidade deve amparar os preceitos constitucionais. (BRASIL, 1988)

Deste modo, o princípio da instrumentalidade das formas, só terá sua aplicação válida no processo se todos os efeitos jurídicos previstos em lei forem alcançados e se as partes não foram prejudicadas.

### 3.1 PREJUÍZO E INTERESSE DAS PARTES

Em todo o estudo da aplicabilidade da instrumentalidade das formas é fundamental que o ato praticado não ocasione prejuízos as partes, assim sendo é necessário analisar sobre este assunto, que está diretamente ligado ao princípio do prejuízo, também chamado pela doutrina de “*pas de nullité sans grief*” que se trata de uma expressão francesa que significa “Não há nulidade sem prejuízo”.

Este princípio, tem como finalidade o prosseguimento do processo caso nenhuma das partes sejam comprometidas por algum ato praticado no curso do processo e mesmo que não tenha seguido a forma previamente definida alcançou a efetividade jurisdicional.

No Código de Processo Civil, o princípio ora analisado está previsto no artigo 283 “caput” e seu parágrafo único ao definir que o erro da forma só acarreta a anulação quando não puderem ser aproveitados e que não tenha ocasionado prejuízos a defesa. Desta forma, é possível identificar que o legislador consagra a

aplicação de tais princípios, fazendo com que o processo tenha uma nova concepção sobre o aproveitamento dos atos processuais.

Porém, é importante destacar que no curso do processo ao ser reconhecido que determinado ato é válido, mesmo que não tenha seguida a forma prevista em lei, não podendo ser utilizada de forma arbitrária sob pena de ferir preceitos constitucionais os quais as partes estão respaldadas em destaque o da ampla defesa e do contraditório, pois todos possuem o direito de se defender no processo.

Ao aplicar o princípio, desde que possível, faz com que o processo se torne mais célere e tenha um prazo razoável, evitando que em muitos casos, haja a necessidade de repetir um ato que poderia ser aproveitado, pois não comprometeu o objetivo almejado, trazendo assim benefícios para todo judiciário, pois evita longos prazos na resolução dos conflitos, sendo um dos princípios fundamentais da Constituição Federal em seu artigo 5º, LXXVIII que todo o processo deve ter uma duração razoável, e como consequência lógica a economia processual. O próprio CPC de 2015, positivou a busca da razoável duração do processo em seu art. 4.

O que seria prejuízo? Conforme expõe Fredie Didier Jr (2017, p.457), haverá o prejuízo quando o defeito impeça

que o ato atinja sua finalidade, mas que não basta afirmar a violação da norma constitucional, sendo necessário ser demonstrado.

Desta forma, está relacionado com o interesse das partes em demonstrar que tal ato compromete a ampla defesa, o contraditório e demais direitos previstos em lei. O prejuízo que ditará a aplicação ou não nulidade, podendo o magistrado verificar se o ato comprometeu ou não finalidade e se este poderá ser convalidado ou suprido.

Existem julgados que aplicam o princípio “*pas de nullité sans grief*” e da aplicabilidade da instrumentalidade das formas, permitindo o andamento do processo, ainda que o ato tenha sido praticado de outra forma, pois não ocasionou prejuízos as partes como se refere o julgado na decisão em comento:

APELAÇÃO CÍVEL.  
DIREITO PÚBLICO NÃO  
ESPECIFICADO. MEIO  
AMBIENTE. EMBARGOS À  
EXECUÇÃO. PETIÇÃO DE  
RECOLHIMENTO DA GUIA  
DE CUSTAS APÓCRIFA.  
PRINCÍPIO DA  
INSTRUMENTALIDADE  
DAS FORMAS. PREJUÍZO  
NÃO DEMONSTRADO  
ARTS. 277; 282 E 283, DO  
CPC DE 2015. I - Não  
evidenciado prejuízo às partes,  
decorrente do erro de forma,  
situado na não subscrição da

petição de recolhimento da guia de custas, por parte do Procurador da parte recorrente, cabível a retificação e aproveitamento do ato, em observância ao princípio da instrumentalidade das formas, consoante a disciplina dos arts. 277 e 283, parágrafo único, do CPC de 2015. II De outro lado, a extinção do feito, sem a oportunidade de manifestação prévia do autor acerca do fundamento, em inobservância ao art. 10, do mesmo diploma legal. Assim, indicada a desconstituição da sentença. Apelação provida. (Apelação Cível N° 70080469141, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Delgado, Julgado em 25/03/2019). (TJ-RS - AC: 70080469141 RS, Relator: Eduardo Delgado, Data de Julgamento: 25/03/2019, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 08/04/2019)

Na apelação a recorrente indica a extinção do feito, por não ter atendido o comando da petição de recolhimentos das guias processuais, requerendo o provimento do recurso, por entender que houve um formalismo excessivo, não foi observado o princípio da instrumentalidade das formas e por ir contra a economia processual. O

recurso foi provido, pois o relator entendeu que estava a parte recorrente no direito ao prosseguimento o embargo à execução, inclusive mencionou duas decisões do mesmo tribunal sobre a instrumentalidade das formas, do prejuízo, como é o caso da petição apócrifa que ocorria muito nos processos físicos para fundamentar a decisão de provimento.

Desta forma, é possível visualizar a aplicação do princípio do prejuízo e da instrumentalidade das formas como uma maneira de buscar a efetividade do processo, e não tornar o processo um fim em si mesmo, mas torná-lo um instrumento tendente a resolver os conflitos e trazer justiça nas decisões. A forma que o ato é praticado não pode se tornar mais importante que o próprio resultado jurisdicional, pois se as partes não tiveram prejuízos deve haver o prosseguimento do feito até alcançar o objetivo pretendido.

Mas como já mencionado ao longo da pesquisa, a instrumentalidade do processo ou das formas não possui o objetivo de desclassificar a forma prevista na lei, mas uma maneira de efetivar os princípios constitucionais garantidos como o da razoável duração do processo, devido processo legal e o da economia processual.

O processo não é uma ciência exata que seja possível definir uma única forma para todos os casos, com isso os princípios

que aqui se estuda objetivam trazer de forma harmônica soluções para os conflitos jurisdicionais.

### **3.2 VANTAGENS EM RELAÇÃO AO EXAME E APLICAÇÃO DA INSTRUMENTALIDADE**

A aplicação da instrumentalidade das formas, possui resultados visíveis para o processo. Ao longo deste artigo foi realizada uma análise das nulidades processuais e em quais momentos os atos que foram praticados com vícios podem ser aproveitados, tendo como ponto central o prejuízo.

A instrumentalidade das formas deve ser vista como um mecanismo para efetivação da tutela jurisdicional, e não uma forma de extinguir formalidades previstas em lei. Ao longo dos anos se entendeu que o rigor processual era a melhor maneira para cumprimento do devido processo legal. Entretanto, este princípio busca flexibilizar o processo para que haja maior cumprimento das pretensões e que as soluções dos conflitos tenham maior celeridade.

Quando determinado ato praticado tenha alcançado seus objetivos no processo e nenhuma das partes tenham sido prejudicadas, esse ato deverá ser mantido. Com a nova redação do Código de Processo Civil no capítulo das nulidades, é possível identificar que o legislador se preocupou em

trazer a instrumentalidade para o processo quanto as formas dos atos e que o mesmo não seja visto como algo complexo e de difícil acesso pela sociedade.

A instrumentalidade das formas prevista na redação do Código de Processo Civil não busca deixar as formalidades legislativas de lado, e sim fazer com que haja um maior aproveitamento dos atos, permitindo que o processo prossiga quando de outro modo o ato lhe alcançar a finalidade.

Nesta linha de pensamento:

Fácil é, diante dos numerosos exemplos arrolados, que não esgotam o tema, concluir que o atual Código de Processo Civil, na linha da instrumentalidade das formas, privilegia sobremaneira a garantia de acesso à justiça, que só é efetivo quando deságua no provimento de mérito, capaz de pôr fim ao litígio. De tal sorte, sempre que possível, os juízes deverão se empenhar em superar embaraços formais, garantindo o prosseguimento do feito para uma verdadeira pacificação do conflito de direito material levado à apreciação do poder judiciário. (THEODORO, 2015 p.169)

Os atos processuais possuem suas solenidades, entretanto não deve haver um excesso de formalismo que impeça que a

lide seja resolvida. Em determinadas ocasiões o vício pode ser sanado, permitindo o andamento do processo. Assim, cabe o magistrado identificar quais adequações precisam ser realizadas e a gravidade do defeito, fazendo com que haja uma ponderação entre as medidas adotadas para que essas não sejam excessivas e comprometam a efetividade jurisdicional. (DIDIER Jr., 2016, p. 419)

Em uma notícia publicada no dia 13 de março de 2019 no site oficial do CNJ<sup>21</sup> – Conselho Nacional o princípio da instrumentalidade das formas está sendo aplicado nos juizados especiais de Olinda, onde passaram por mudanças onde as intimações estão sendo realizadas pelo aplicativo de mensagem WhatsApp ou através de e-mail, sendo de forma opcional. Tal mudança busca reduzir o número de intimações realizadas por oficiais de justiça ou pelo envio pelos correios, pois conforme o TJPE no ano de 2018 houve um gasto com envio de correspondência aproximadamente no valor de R\$ 5,9 milhões de reais, sendo R\$ 2,27 milhões nos juizados especiais. O autor desta iniciativa foi o desembargador Cândido Saraiva, que afirma que aplicação do meio como forma de intimação permitirá uma economia processual reduzindo gastos essenciais para

o tribunal de justiça. Contudo, as intimações somente serão realizadas por este meio quando as partes assinarem um termo concordando, não havendo confirmação de recebimento em um período de dois dias as intimações retornam aos meios comuns. (CNJ, 2019)

O desembargador Cândido Saraiva afirma que:

Nesse ponto, também podemos abordar o princípio da instrumentalidade das formas pelo qual se o meio de comunicação fizer efeito e a parte se fizer presente aos ritos processuais, por exemplo, a medida é efetiva e válida. Não há restrição de demanda, respeitados os casos previstos em lei que exijam a notificação pessoal. (CNJ, 2019)

Tal inovação traz uma nova perspectiva ao processo onde a prática dos atos processuais é realizada de forma diversa, sem perder sua efetividade ou validade no âmbito jurídico, permitindo com que o judiciário diminua suas custas e torne o processo mais célere.

Sobre a implementação da intimação via aplicativo de mensagens, está relacionado ao art. 190 do CPC, onde as partes poderão convencionar sobre ônus,

<sup>21</sup> Conselho Nacional de Justiça - <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/88567>

faculdades, deveres processuais, sendo outra inovação do código de processo civil de 2015, onde permite que as partes convenionem mudanças nos procedimentos processuais. Assim, em tais situações o magistrado possui o papel de controlar a validade das convenções, pois poderá recusar em casos de nulidades ou que exista inserção abusiva no contrato, ou se ainda a parte esteja em situação vulnerável.

No agravo de instrumento em comento verifica-se que a intimação via WhatsApp somente será realizada mediante convenção das partes e quando o processo não tramitar em segredo de justiça conforme entendimento do Conselho Nacional de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. INTIMAÇÃO. WHATSAPP. REGULAMENTAÇÃO. CONVENÇÃO DAS PARTES. AUSÊNCIA. 1. Ausente regulamentação específica ou convenção prévia das partes (CPC/2015 190), a intimação do devedor de alimentos, que se encontra residindo no exterior, deve ocorrer pelos meios processuais previstos em lei, resguardando-se os princípios do devido processo legal e da ampla defesa (CF 5º LIV e

LV). 2. Deu-se provimento ao agravo de instrumento.

(TJ-DF

07166863020188070000 - Segredo de Justiça 0716686-30.2018.8.07.0000, Relator: SÉRGIO ROCHA, Data de Julgamento: 24/04/2019, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no PJe: 26/04/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Podendo observar que a novidade a intimação via WhatsApp somente poderá ser aplicada, após convenção das partes conforme previsão do art. 190 do CPC, o que não foi o caso do agravo de instrumento em destaque, pois a parte não havia convencionado a intimação por WhatsApp e se tratava de um processo em segredo de justiça. Com isso, a instrumentalidade das formas permite o aproveitamento dos atos processuais praticados de maneira diversa das normas legislativas, entretanto como já em enfrentado nesta pesquisa não pode ser aplicada de maneira arbitrária onde a outra parte não tenha os meios devidos de defesa e ao contraditório.

A correta aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, permite com que o processo se torne mais célere, resolvendo de forma efetiva a lide. Um exemplo de sua aplicação ocorre nas vias recursais com a utilização do princípio da fungibilidade onde o tribunal aceita o

recurso interpostos como se outro fosse, permitindo o aproveitamento do ato processual.

O princípio da fungibilidade dos meios processuais é a manifestação doutrinária e jurisprudencial mais clara de aplicação do princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos. De acordo com tal princípio, é possível aproveitar um ato processual, indevidamente praticado, como outro ato (p. ex.: aproveitamento de um recurso pelo outro). Na verdade, o princípio da fungibilidade é a versão processual da regra da conversão do ato nulo, já consagrada no direito brasileiro (art. 170 do Código Civil). (DIDIER, 2017, p. 457)

Todavia, ainda há um excesso de formalismo que impossibilita a aplicação da instrumentalidade das formas, porém a redação do CPC de 2015 não pretende extinguir formalidades ou enfraquecer a segurança jurídica, pois tais requisitos são essenciais para o devido processo legal, e sim tornar o processo mais flexível para que o formalismo exacerbado não comprometa a finalidade almejada pelas partes.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que o desenvolvimento do presente artigo científico teve como

objetivo analisar as nulidades processuais e a importância deste tema no âmbito jurídico, como o princípio da instrumentalidade das formas está sendo aplicado após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, que trouxe uma nova redação sobre o aproveitamento dos atos processuais quando estes tenham alcançado a finalidade almejada pelas partes sem a ocorrência de prejuízo.

Ademais, o tema possui grande relevância, pois como o processo é a forma de aplicação do direito material, a nulidade poderá comprometer o andamento do processo, fazendo com que o objetivo não seja atingido. Assim, a instrumentalidade das formas permite com que os atos sejam aproveitados mesmo que tenham sido praticados de forma diversa.

Fora identificado que o princípio da instrumentalidade das formas atualmente está sendo aplicado, entretanto, muitas das vezes há o seu reconhecimento somente em instâncias superiores, comprometendo a celeridade do processo, gerando custas recursais para as partes ou para a união em casos que as partes sejam beneficiárias da justiça gratuita. Contudo, com a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, é possível obter resultados de maneira eficaz ao processo, fazendo com que haja maior celeridade e economia processual. Portanto, após a pesquisa,



verificou-se que há a aplicação da instrumentalidade. Todavia, nem sempre em primeira instância, como em alguns casos poderiam ser aplicados, não necessitando de sua aplicação na via recursal.

Sendo esclarecidas as perguntas da problemática sobre a identificação das nulidades processuais e, em quais situações os atos poderão ser aproveitados, tendo o juiz um papel essencial para o alcance dos resultados, fazendo com que a norma seja um instrumento para concretização da justiça.

Contudo, mesmo com a redação do Código de Processo Civil de 2015 que trouxe uma renovada perspectiva sobre o aproveitamento dos atos processuais, a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas na prática, muitas das vezes não ocorre, fazendo com que haja um retrocesso legislativo. Todavia, a visão instrumentalista busca reduzir o formalismo demasiado, tendo o processo um papel essencial para solução dos conflitos, fazendo com que a nulidade somente seja decretada quando comprometa o devido processo legal, evitando que os atos sejam repetidos desnecessariamente quando não haja prejuízos.

Portanto, para que haja a efetiva aplicação da instrumentalidade das formas é necessária uma nova concepção sobre o

processo, pois este se encontra em constante modificação em vista a tão almejada busca da razoável duração do processo.

## REFERÊNCIAS

A invalidação dos atos processuais no processo civil brasileiro. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/a-invalidacao-dos-atos-processuais-no-processo-civil-brasileiro/>> Acesso em: 24 mar. 2018.

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

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Regulamenta os arts. 276 a 283 Das Nulidades. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em: 24 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal De Justiça Do Rio Grande Do Sul. Apelação Cível Nº 70080469141, Terceira Câmara Cível, Apelante Juliano Tomazzoni. Ministério Público Do Estado Do Rio Grande Do Sul Apelado Relator: Eduardo Delgado, Julgado em 25/03/2019. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/695670833/apelacao-civel-ac-70080469141-rs>. Acesso em: 09 de junho de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF: 07166863020188070000 - Segredo de

- Justiça 0716686-30.2018.8.07.0000.  
Relator: SÉRGIO ROCHA, Data de Julgamento: 24/04/2019, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no PJe: 26/04/2019. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/713101731/7166863020188070000-segredo-de-justica-0716686-3020188070000/inteiro-teor-713101751?ref=serp>. Acesso em: 09 de junho de 2019.
- BUENO, Cassio Scarpinella Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016 / Cassio 2ª. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.
- BULOW, Oskar Von. Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais / tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas - SP: LZN Editora, 2005.
- CÂMARA, ALEXANDRE O novo processo civil brasileiro – 3ª. Ed. – São Paulo: Atlas, 2017.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Intimação via WhatsApp chega aos juizados de pequenas causas de Olinda. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/88567-intimacao-via-whatsapp-chega-aos-juizados-de-pequenas-causas-de-olinda>. Acesso em: 09 de junho de 2019
- DIDIER, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr. – 18. Ed. – Salvador: Ed Jus Podivm, 2016.
- DIDIER Jr., Fredie Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento 19. ed. · Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instrumentalidade do Processo. 15. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- DONIZETTI, Elpídio Curso didático de direito processual – 20. e d. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.
- DOROW, Carin Sueli. Pressupostos Processuais: Incidência no Direito Processual Civil. Itajaí/SC: RT, 2006.
- Entenda o Princípio da Instrumentalidade das Formas. Disponível em: <https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/entenda-o-principio-da-instrumentalidade-das-formas>. Acesso em: 24 mar. 2018.
- GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- MAIA, Natália Bitencourt de Lorena. Subjetivação da análise das nulidades no Processo Civil: Possibilidade de aproveitamento dos atos processuais quando não há configuração de prejuízo. Pós-Graduação, Escola de Magistratura do

Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: RT, 2014.

MONTENEGRO FILHO, Misael, Curso de Direito Processual Civil: de acordo com o novo CPC – 12. Ed. Reform. e atual. – São Paulo: Atlas, 2016.

Nulidades processuais e as suas perspectivas no Novo CPC. Disponível em:

<

<https://caiof.jusbrasil.com.br/artigos/253446701/nulidades-processuais-e-as-suas-perspectivas-no-novo-cpc>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

Pinho, Humberto Dalla Bernardina Direito processual civil contemporâneo: teoria

geral do processo – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RIBEIRO, Marcelo Curso de processo civil: teoria geral e processo de conhecimento – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TESHEINER, José Rosa e THAMAY, Rennan Faria Krüger. Pressupostos processuais e nulidades no novo processo civil – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.