

ISSN 2595-3249

09 a 11
MAIO

5ª SEMANA CIENTÍFICA DO CURSO DE DIREITO



Horário: 19h

Local: Auditório 01 e Salas Advanced 01 e 02 | Bloco E - Piso A



Anais da 5ª Semana Científica do Curso de Direito da Unitri

Número 5, maio 2017

**Anais da 5^a Semana Científica do Curso de
Direito da Unetri**

Número 5 – maio 2017

**ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DO
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO TRIÂNGULO – UNITRI**

Mantenedora: Associação Salgado de Oliveira de Educação e Cultura – ASOEC
Av. Rio Branco, nº 181 – sala 707 – Rio de Janeiro – RJ

Mantida: Centro Universitário do Triângulo – UNITRI
Avenida Nicomedes Alves dos Santos, 4545, bairro Gávea, CEP: 38411-106
Uberlândia – MG – Fone (34) 4009-9000 – Fax: (34) 4009-9125
www.unitri.edu.br

Chanceler: Prof. Joaquim de Oliveira
Reitora: Prof^a Marlene Salgado de Oliveira
Vice-Reitor: Prof. José Maria Mina
Pró-Reitor Administrativo: Prof. Wallace Salgado de Oliveira
Pró-Reitor de Planejamento e Finanças: Prof. Wellington Salgado de Oliveira
Pró-Reitor de Desenvolvimento de Recursos Humanos: Prof. Jefferson Salgado de Oliveira
Diretor Administrativo: Prof. Marco Antônio Socreppa
Gestor da Área Jurídica: Prof. Gil Ferreira de Mesquita
Gestora do Núcleo de Prática Jurídica: Prof^a. Lílian Santos Cardoso da Costa

Contatos com o Curso de Direito

Telefone: (34) 4009-9138
E-mail: direito@unitri.edu.br

Esta é uma publicação anual do Curso de Direito da Unitri

Corpo Editorial para este número:

Prof. Alvino Damião da Cruz Neto
Prof^a. Ana Carolina Tomicioli Cotrim
Prof. Gil Ferreira de Mesquita
Prof^a. Helen Corrêa Solis Neves
Prof. William dos Reis

ISSN 2595-3249

Sumário

Apresentação	5
A aplicação da lei penal no âmbito dos jogos online	7
<i>Fellipe Augusto Anchieta Freitas</i>	
A punição dos atos preparatórios de terrorismo como crime de perigo abstrato	26
<i>Thiago Ribeiro Ibrahim</i>	
Análise da possibilidade de uma pessoa jurídica constituir uma EIRELI	53
<i>Kerollyne Gabriella Brasão</i>	
Aspectos gerais da arbitragem e homologação da sentença arbitral estrangeira	67
<i>Ana Laura Teodoro Schettini e Eli Gláucio Schettini Júnior</i>	
Honorários advocatícios no processo de falência	83
<i>Guilherme Geraldo Fonseca</i>	
O direito de propriedade industrial e a análise da função social da patente	95
<i>Lorena Rosa Borges</i>	
O jurisdicionado com poderes do <i>jus postulandi</i> no âmbito do juizado especial cível	107
<i>Polyana da Silva Pedroso e Eurico Honorato de Sousa Junior</i>	
Picasso, Guerra Civil Espanhola e crimes contra a humanidade: uma resenha sobre o filme “O massacre em Guernica”	124
<i>Marta Batalini e Luiz Cesar Machado de Macedo</i>	
Resumos aprovados e apresentados	132
Normas para publicação	135

Apresentação

A quinta edição da Semana Científica do Curso de Direito da Unitri foi realizada de 9 a 11 de maio de 2017, contando com a participação valorosa de professores, acadêmicos e egressos.

Assim como aconteceu na edição anterior, seguindo orientação do NDE – Núcleo Docente Estruturante, foram realizadas outras atividades além das sessões de comunicação oral, por entendermos que o ambiente é propício à efetivação de outras práticas pedagógicas diversas daquelas realizadas no ambiente cotidiano da sala de aula.

No dia 9 de maio foi realizada uma edição do projeto **Cine Clube** com exibição do filme **O massacre em Guernica**, produção espanhola de 2016, que tem como cenário um dos mais importantes eventos da Guerra Civil Espanhola (1936-1939), o bombardeio da cidade de Gernika, no País Basco, com apenas 7.000 habitantes. Os cerca de 50 aviões bombardeiros foram enviados por Hitler (Legião Condor) e Mussolini (aviação italiana) e lançaram cerca de 22 toneladas de explosivos sobre a cidade, causando sua total destruição.

Os trabalhos, assim como aconteceu em 2016, foram coordenados pela professora do curso de Direito, Marta Batalini, e pelo Prof. Luiz Cesar Machado de Macedo, do curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, que ao final da exibição conversaram com os participantes a respeito do filme e dos acontecimentos históricos por ele narrados. A convite da Comissão Científica do evento os professores escreveram uma resenha sobre o filme e que integra os trabalhos publicados nessa edição dos Anais.

No mesmo dia, em sala ao lado, foi realizado um **Workshop de Direito Ambiental** comandado pelas professoras do curso de Direito, Ana Carolina Cotrim e Gédida Zanovello, com a participação importante da auditora e perita ambiental Adriana Maria Silva. Foi uma excelente oportunidade para os participantes trabalharem questões jurídicas, teóricas e práticas, a respeito do tema proposto para o evento: “Análises e habilidades práticas do advogado em reserva legal, APP e área verde urbana”.

O Núcleo de Prática Jurídica teve participação efetiva na realização de oficinas nessa edição da Semana Científica. Sob a coordenação da professora Lílian Santos, gestora do NPJ, foram organizadas três **oficinas de prática jurídica**, abrangendo importantes áreas da atuação do advogado.

No dia 9 de maio a advogada Larissa Krishna Pereira comandou uma oficina de prática trabalhista, com o tema “terceirização”. No dia 10 de maio o advogado Leonardo Cristian de Oliveira ministrou oficina de prática cível, com temática voltada à defesa em uma situação de “ação monitória”. E, fechando o evento, no dia 11 de maio, a oficina de prática penal foi comandada pelo advogado José Ricardo Guerra, que abordou o “procedimento do tribunal do júri”. Essas três atividades reuniram mais de 130 alunos.

Os cinco eventos mencionados foram gratuitos para alunos, egressos e professores, mas a entrega de certificado de participação estava vinculada a inscrição prévia, realizada mediante entrega de um litro de leite longa vida. Foram arrecadados mais de **200 litros** para doação a instituições filantrópicas e seus projetos sociais, como de costume para eventos do curso de Direito.

Os trabalhos aprovados foram apresentados por seus autores em quatro sessões de comunicação oral, nos dias 10 e 11 de maio. A primeira sessão foi para os 7 trabalhos completos aprovados e as demais para os 42 resumos, lembrando que fizeram jus aos certificados somente os autores que compareceram para as apresentações.

Os trabalhos completos reunidos nessa edição dos Anais contemplam as mais diversas áreas do conhecimento jurídico, como processo civil, direito penal, direito falimentar, direito empresarial, propriedade intelectual e arbitragem, além da abordagem muito interessante trazida pela resenha solicitada pela Comissão Científica aos professores que estiveram à frente do Cine Clube.

Agradecemos a todos os autores, alunos ouvintes e professores que moderaram as sessões de comunicação oral, sem os quais o brilho do evento não seria o mesmo.

Prof. Gil Ferreira de Mesquita

Coordenador Geral da 5ª Semana Científica do Curso de Direito da Unitri

Comissão Científica:

- Prof. Alvino Damiano da Cruz Neto
- Prof^ª. Ana Carolina Tomicioli Cotrim
- Prof^ª. Helen Corrêa Solis Neves
- Prof. Vicente Gonçalves de Araújo Júnior
- Prof. William dos Reis

A aplicação da lei penal no âmbito dos jogos online

Fellipe Augusto Anchieta Freitas¹

Resumo: Com exceção do marco civil da internet, existem poucas leis no Brasil voltadas para o ambiente virtual. Ao se tratar de jogos *online*, no entanto, percebe-se uma ausência de leis aplicáveis. O presente trabalho objetiva solucionar esse problema por meio do uso de analogias, das formas extensivas e progressivas dentro do ambiente virtual, punindo pessoas que se veem impunes das atrocidades cometidas nesse espaço. A pesquisa toma como base questionários sobre criações de leis específicas e a segurança da internet divulgados pelas redes sociais. Todos os dados coletados e as indagações feitas no decorrer do trabalho possibilitarão uma análise quanto à possibilidade de aplicação dessas leis e analogias do ambiente jurídico-penal para o ambiente virtual.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Uma breve introdução sobre a internet. 4. Princípios penais. 4.1. Bem jurídico. 4.2. Interpretação lógica. 4.3. Interpretação progressiva e extensiva. 4.4. Princípio da legalidade penal. 4.5. Princípio da intervenção mínima. 4.6. Princípio da proporcionalidade. 5. Marco civil da internet. 6. Jogos online. 6.1. *League of Legends* e *Destiny*. 6.2. Caso do “suicídio” envolvendo jogo. 7. A respeito do questionário. 8. Respondendo as problemáticas. 9. Conclusão. 10. Referências bibliográficas.

Palavras chave: ambiente virtual, leis penais, jogos *online*, internet.

1. Introdução

O tema escolhido é a Aplicação da Lei Penal dentro dos Jogos *Online*, que objetiva analisar a possibilidade de uma integração das leis penais utilizadas na realidade (ambiente físico) dentro do ambiente virtual. No entanto, no presente trabalho, considera-se como “ambiente virtual” apenas os jogos *online* (*League of Legends*, *Dota 2*, *Destiny*, *Tibia*, dentre outros), cujo o ambiente restrito torna – de uma certa forma – difícil para que qualquer pessoa tome conhecimento das ações que acontecem.

A aplicação das leis tem como foco responsabilizar as pessoas que infringe a lei penal dentro dos jogos, o qual nem todos que acessam a internet participam ativamente. Nos jogos, geralmente um grupo limitado está presente, sendo em torno de 3 a 10 pessoas presenciando o que está acontecendo. São esses usuários os aptos a levar ao conhecimento do Judiciário sobre o delito que ocorreu e testemunhar o que está acontecendo no momento do delito. Isto ocorre por se tratar de um ambiente muito

¹ Discente do 9º período do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo (UNITRI). E-mail: Fellipe.freitas15@gmail.com.

restrito, ou seja, o sistema judiciário brasileiro não tem a capacidade de descobrir o que está acontecendo, visto a falta de informação das pessoas envolvidas no ocorrido.

Entretanto, mesmo que o Judiciário não saiba dos fatos em questão (como ocorreu, quem são os envolvidos e demais informações), pode-se utilizar de outros meios para a solução do problema. Por exemplo, com o incentivo do próprio servidor, será possível revelar conversas ou até informações dos próprios jogadores, o que permitiria a incitação do judiciário. Além disso, seria necessário que os jogadores (conhecidos também como *players*) divulguem o acontecimento e procurem uma solução para os problemas encontrados no ambiente virtual, visto que muitos deles desconhecem seus direitos.

Conforme o avanço do trabalho, algumas problemáticas foram surgindo a respeito do tema. São elas:

- a) é possível aplicar a lei como conhecemos dentro dos jogos?
- b) se possível, existiria um meio de poder agilizar este processor?
- c) a lei penal dentro do ambiente virtual seria composta pela mesma proporcionalidade do ambiente real?
- d) qual efeito se busca ao implantar leis dentro dos jogos para afetar as pessoas que as infringem?

As polêmicas presentes no tema são pela falta de impunidade dos jogadores no ambiente virtual, os quais, muitas das vezes, sofrem apenas uma penalidade, que é de terem suas contas bloqueadas por um certo período, variando de horas para dias, ou nos casos mais extremos terem elas bloqueadas permanentemente. Logo, a pessoa que cometeu o delito – sendo este homofóbico, ameaça, xenofobia, ou algo que procure discriminar a vítima – possa repetir o ato com outros jogadores já que se encontra livre da impunidade.

Esse trabalho busca apresentar soluções cabíveis para que as pessoas que sofrerem este tipo de crimes tenham seus direitos atendidos de uma forma rápida e eficaz, garantindo que os meliantes não tenham somente a conta desativada, mas que sofram uma sanção penal para provar que, mesmo no ambiente virtual, as pessoas não vão ficar impunes de seus atos e que desrespeitar um outro ser humano pode resultar em penas significativas.

Procura-se também verificar brechas, observações nas mesmas que até então não se tinham imaginado poder ser utilizado para outros fins, nas leis que possam auxiliar na ação penal ou até mesmo criar um modelo com base no existente para que a pessoa que sofreu a injúria e o próprio servidor no qual o jogo está hospedado, possam auxiliar na condenação do infrator, fornecendo tanto o nome real da pessoa, o IP e o endereço, estes quando possíveis e não são falsos, para auxiliar na ação penal.

2. Metodologia

Para atingir o objetivo proposto deste trabalho, será pesquisado sobre o surgimento da internet antes de focar na área específica em questão: os jogos *online*. Serão escolhidos alguns jogos bases que fundamentarão esse trabalho e será feita uma análise a respeito do tema, dos princípios utilizados no âmbito penal e das leis que serão utilizadas. Dentro deste ponto será realizada uma pesquisa sobre quais os crimes mais abordados

dentro do ambiente virtual buscando responder a todas as perguntas do questionário e todas as problemáticas que surgirem no decorrer do trabalho. Por fim, analisaremos a possibilidade da aplicação das leis penais ou não no ambiente virtual dos jogos e se há a necessidade para a utilização das mesmas.

3. Uma breve introdução sobre a internet

A internet surgiu na década de 90 no Brasil em centros de pesquisas com a finalidade de contribuir no âmbito acadêmico até a empresa Embratel começar a vender o “acesso” da internet para a população, o que permitiu que o ambiente virtual crescesse. De 1996 para 2016, a internet passou por diversas transformações (internet discada, fibra ótica, onda de rádios, entre outras) e chamou a atenção de várias operadoras e prestadoras de serviço, como a CTBC, ALGAR, OI, CLARO, dentre outras. A medida que a internet ganhava um espaço na vida das pessoas, foram surgindo vários usos para ela, principalmente em relação a relacionamentos (criação de sítios eletrônicos de encontros amorosos e redes sociais), pesquisas (Google, Yahoo e outras empresas que buscavam facilitar o acesso a diversas informações), notícias (Globo, The New York Times e outros que reportavam acontecimentos com mais rapidez que jornais e revistas), dentro outros. Logo, o ambiente virtual atingiu uma ampla parte da sociedade, sendo de fácil uso, prático e necessário.

Apesar de atingir grande massa da população, existe, em especial, um plano restrito – o dos jogos – que, diferentemente de sítios eletrônicos, dependem de softwares específicos e atingem um público mais específico, denominados *gamers* ou jogadores. Em geral, é necessário que os usuários cadastrem informações pessoais e instalem programas específicos para ter acesso aos jogos. Por meio de IP e endereço de rede, que servem quase como impressões digitais, todas as contas podem ser rastreadas e todas as pessoas podem ser localizadas.

4. Princípios penais

Para ter uma base a respeito de que argumentos serão utilizados no decorrer do trabalho, será classificado e trabalhado alguns princípios necessários para a solução de algumas hipóteses que aconteça no decorrer do trabalho, além de princípios base para que se construa uma base sólida para os possíveis problemas que serão trabalhados.

4.1. Bem jurídico

Quando referimos bem jurídico no âmbito da teoria do delito, o qual vem a ser o ponto chave para este tema, deve-se ter como ponto inicial de que somente será admitido elementos que fundamentam o conteúdo material do injusto, ilícito.

Conforme o tratado de Direito Penal de Cezar Roberto Bittencourt, o “bem jurídico está relacionado a finalidade de preservação das condições individuais necessárias para

uma coexistência livre e pacífica em sociedade, garantindo, ao mesmo tempo, o respeito de todos os Direitos Humanos” (BITENCOURT, 2012).

Portanto, o bem jurídico é o interesse juridicamente protegido, de importância para a sociedade, sendo a mesma o próprio indivíduo ou a coletividade, que estão abrangidos pelo ordenamento jurídico de determinado tempo e local.

4.2. Interpretação lógica

Conforme Ângelo Mestriner, tal interpretação leva em consideração a finalidade da norma jurídica. Ela é subdividida em critério subjetivo e objetivo. No primeiro caso, “leva em consideração qual foi a intenção de o legislador ao elaborar a norma jurídica, analisando principalmente o processo legislativo da sua criação. Já o segundo leva em consideração a finalidade da lei.”

Já Cleber Masson afirma que:

Lógica, ou teleológica, é aquela realizada com a finalidade de desvendar a genuína vontade manifestada na lei, nos moldes do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. É mais profunda e, conseqüentemente, merecedora de maior grau de confiabilidade[...]Serve-se o intérprete de todos os elementos que tem à sua disposição, quais sejam, histórico (evolução histórica da lei e do objeto nela tratado), sistemático (análise da lei em compasso com o sistema em que se insere), direito comparado (tratamento do assunto em outros países) e, inclusive, de elementos extrajurídicos, quando o significado de determinados institutos se encontra fora do âmbito do Direito (exemplo: conceito de veneno, relacionado à química). (MASSON, 2015).

4.3. Interpretação progressiva e extensiva

Inicialmente existem dois tipos de interpretação que serão discutidas sendo, conforme Ângelo Mestriner, Interpretação progressiva, a qual é a que busca amoldar a lei à realidade atual, quando na criação da mesma determinada palavra como carta era simplesmente meio físico, agora também pode-se associar ao meio virtual como e-mail. Evita a constante reforma legislativa e se destina a acompanhar as mudanças da sociedade. Assim, outro exemplo seria, expressões como "doença mental" e "coisa móvel" devem adaptar-se aos avanços da psiquiatria e da indústria.

Já a outra seria Interpretação Extensiva que é aquela que amplia o sentido da norma, pois, o legislador disse menos do que ela queria, quando tal fator acontece há a necessidade de que o intérprete deva ampliar o sentido ou alcance delas a fim de compreender sua amplitude.

Já a interpretação extensiva, é o processo de extração do autêntico significado da norma, ampliando-se o alcance das palavras legais, a fim de se atender a real finalidade do texto. Nesta, existe uma norma regulando a hipótese, de modo que não se aplica a norma do caso análogo, não mencionando, tal norma, expressamente essa eficácia, devendo o intérprete ampliar seu significado além do que estiver exposto. Exemplo: art. 157, § 2º, I do CP – se a violência ou ameaça é exercida com *emprego de arma*. Mas, o que é arma? A corrente que prevalece é a que diz que arma é todo instrumento com ou sem finalidade bélica, que serve para o ataque, como revólver, faca de cozinha etc. – a expressão “arma” foi ampliada o seu alcance, abrangendo até armas impropriamente ditas, como a faca de cozinha (BOLDRINI, 2014).

Um exemplo é o artigo 235 do CP, que incrimina a bigamia. Seria ridículo que fosse proibido casar-se duas vezes, mas fosse permitido casar-se três. Assim, entende-se, através da interpretação extensiva, que o artigo abrange também a poligamia (SILVA NETO, 2012).

4.4. Princípio da legalidade penal

Para a existência de qualquer crime, o mesmo é regido por um princípio base, que sem ele todo e qualquer crime jamais seria possível considerar sua existência, que é o princípio da legalidade penal. Ele está previsto no Art. 1º do CP que diz: “Art.1º “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem previa cominação legal”. Com base nesta afirmação O princípio da legalidade, deixa claro que para existir um crime, pena, é necessário que haja uma lei que o defina, que o diga o que é crime e o que não é. Seguindo também com o complemento do art. 5º, XXXIX, da CF, que tem a mesma escrita do código penal. Nestes dois artigos ha dois princípios vitais para qualquer ordenamento jurídico, sendo o da reserva legal, o qual reserva para o campo da lei, o qual o crime e sua pena que o corresponda devam existir.

Um exemplo deste fato está o homicídio, art. 121 CP (“matar alguém”), logo se não existisse anteriormente pena que faça do mesmo um crime, não poderia pensar em prender alguém por algo que não é considerado crime.

Outro princípio seria o da anterioridade, que exige que esteja em vigor no momento da infração penal a lei que defina o crime. Um exemplo seria o feminicídio, crime contra mulher, onde até uns 30 anos atrás, poderia matar mulheres alegando crime de honra, ou até mesmo torturá-las sem que fosse considerado um crime. Atualmente, qualquer relação a estes crimes, que agora já estão tipificados em lei, o infrator penal será penalizado por estes crimes, contanto que seja praticado posterior a criação da lei, pois previamente há ela não se existe crime, daí a “anterioridade”.

Ao se tratar do aspecto jurídico conforme Fernando Capez (2012), "somente haverá crime quando existir perfeita correspondência entre a conduta praticada e a previsão legal". Com base neste aspecto, entra em uma problemática de:

a) como aplicar as leis penais, sendo que elas estão especificamente para crimes do ambiente real?

b) com a existência das leis penais, mas que atualmente não possuem força, direito, para que sua vontade diretiva cause uma resolução dentro do ambiente virtual. Seria então, neste caso, possível por um crime a priori sem existência penal, por se tratar de um ambiente virtual, aplicar as leis penais que analogicamente (interpretação progressiva) existe no ambiente real?

Neste caso poderá utilizar do princípio da equivalência jurídica para usar – de uma maneira lógica – as penas existentes no âmbito penal. Esse assunto será aprofundado posteriormente.

4.5. Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima, conforme Cristiano Rodrigues (2012), se refere a intervir de forma mínima nas relações sociais, atuando e interferindo unicamente em situações graves e especiais. Nestas intervenções, seria necessário somente resguardar a segurança jurídica e a tutela de determinado bem jurídico. Porém, o nosso ordenamento jurídico não segue esta intervenção mínima, por constantemente estar criando novas leis que visam criminalizar condutas desenfreadamente, gerando um grande número de novas leis penais.

Considerando o princípio da fragmentariedade, que visa criminalizar os conflitos sociais mais graves. Por exemplo, no caso de crime virtual, um dos pontos que será abordado é o racismo. Neste caso fragmentando vários crimes, chega-se a um de suma importância, que será abordado futuramente. Outro princípio que rege dentro da intervenção mínima é o princípio da subsidiariedade que diz que se deve utilizar da alternativa penal somente em *ultima ratio*, quando todos os demais ramos do direito, civil, constitucional, etc., para que o legislador possa garantir a segurança jurídica dos bens jurídicos juntamente com a proteção da ordem pública.

Conforme Cristiano Rodrigues, “O Direito Penal só deve ser chamado a atuar, através da *criação* de uma lei penal, quando os demais ramos do direito forem insuficientes para proteção do bem jurídico em questão” (RODRIGUES, 2012).

4.6. Princípio da proporcionalidade

Por se tratar de um princípio implícito, não existe definição na Carta Magna, o qual em suma quer dizer, modalidade indicadora de que a severidade da sanção deve corresponder a maior ou menor gravidade da infração penal.

A proporcionalidade é algo mais que um critério ou uma regra; constitui um princípio inerente ao Estado de Direito, e a sua devida utilização se apresenta com uma das garantias básicas que devem ser observadas em todo caso em que possam ser lesionados direitos e liberdades individuais (RABELO, 2009).

Outro ponto importante ao se destacar é que mesmo não existindo a definição na Carta Magna temos ela no que tange na Declaração Universal dos Direitos Humanos que informa:

O artigo 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que no exercício de seus direitos e liberdade, todo homem está sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar da sociedade democrática (MARQUES, 2010).

Portanto, quando se utiliza da proporcionalidade, o que tem que se notar é a comparação do delito com a pena, verificando o que levou ao acontecido e punindo o mesmo de forma coerente, nunca superior a pena que refere ao crime.

5. Marco civil da internet

O Marco Civil da internet foi um projeto de lei 21.626 de 2011, que posteriormente virou lei 12.965 de 2014, por meio do Decreto Lei 8.771 de 11 de maio de 2016, conferindo assim atribuições permanentemente de caráter de lei, uma espécie de “constituição” que vai reger o uso da rede no Brasil, definindo direitos e deveres de usuários e provedores de internet no país.

Conforme apontando anteriormente, o objetivo deste decreto é de demonstrar como deve ser o uso da rede no Brasil, definindo quais as normas têm que ser seguidas tanto para os usuários quanto para os provedores.

No entanto, esta lei está referindo simplesmente à forma de utilização da rede, como os dados serão armazenados e a forma como as operadoras terão que exercer com os seus usuários. Sendo assim, mesmo que seja apenas o início de leis regente na internet, não tem força, ou melhor, não há quase nada que possa ser utilizado no âmbito penal quando se refere a jogos, o qual é o ponto chave.

6. Jogos online

Os jogos *online* se diferenciam dos outros tipos de jogos por haver interação com o ambiente virtual e por necessitarem de uma conexão estável com a internet. Eles podem ser classificados de várias maneiras – ação, estratégia, tiro, RPG, dentre outros –, mas para o tema em questão serão abordados apenas os tipos: estratégia em tempo real e *Role-playing game* ou RPG (jogo de interpretação de papéis) combinado com FPS (*first player shooter*, tiro em primeira pessoa). Tendo em base os jogos *League of Legends* e *Destiny*, foi elaborado uma pesquisa com o intuito de mapear os crimes dentro do ambiente virtual.

6.1. *League of Legends e Destiny*

O jogo de estratégia em tempo real *League of Legends* desenvolvido pela empresa Riot Games é bem conhecido em âmbito nacional e internacional, principalmente entre as pessoas envolvidas com jogos, sendo, para alguns, até uma ferramenta de trabalho. Apesar de existirem regras e sanções, não há punições apropriadas para os jogadores infringentes, mesmo que suas ações possam ser fatais para as vítimas.

Segundo o próprio sítio do jogo, o contrato de usuário final (“*EULA – End User License Agreement*”) consta que:

“V. Código de Conduta

Enquanto estiver usando o Software e jogando o Jogo, você concorda em cumprir todas as leis, regras e regulamentos aplicáveis. Você também concorda em cumprir com determinadas regras adicionais que regem o uso do Jogo (o “Código de Conduta”). O Código de Conduta não é exaustivo, e a Riot Games se reserva o direito de modificar este Código de Conduta em qualquer momento, bem como tomar quaisquer medidas disciplinares adequadas, incluindo cancelamento e exclusão de Conta para proteger a integridade e o espírito do Jogo, independentemente se um comportamento específico foi ou não listado aqui como proibido.

L. Selecionar um nome de Invocador que seja falsamente indicativo de uma associação com a Riot Games, que contenha informações de identificação pessoal, que infrinja os direitos de propriedade ou não de terceiros, ou que seja ofensivo, difamatório, vulgar, obsceno, sexualmente explícito, racial, étnico ou de qualquer outra forma censurável. Você não pode usar um erro de ortografia ou uma ortografia alternativa para contornar essa restrição nas escolhas de nome de Invocador. A Riot Games pode modificar qualquer nome que, no julgamento único e exclusivo da Riot Games, viole essa condição sem qualquer notificação a você, podendo ainda tomar medidas disciplinares adicionais, incluindo o encerramento da Conta no caso de repetidas violações.

VI. CONSENTIMENTO DE MONITORAMENTO

Quando você estiver usando o Software, o Software poderá monitorar a memória de acesso aleatório (RAM) de seu computador apenas para programas de terceiros não autorizados proibidos pela Seção III que interajam com o Software e/ou o Jogo. No caso de o Software detectar um programa de terceiros não autorizado, as informações podem ser comunicadas à Riot Games, incluindo o nome da sua Conta, seu endereço de protocolo de internet (IP), detalhes sobre o programa de terceiros não autorizado detectado, e a hora e data em que o mesmo foi

detectado, juntamente com as especificações de hardware e características de desempenho do seu computador, independente de envio de uma notificação para você. Nenhuma outra informação sua ou de seu computador será comunicada à Riot Games por meio do Software. Se o Software detectar o uso de um programa de terceiros não autorizado, o seu acesso ao Jogo poderá ser cancelado ou impedido” (RIOT GAMES²).

Com base na cláusula de consentimento de monitoramento nota-se que existe um meio da própria empresa do jogo rastrear o horário e o local que tal delito fora cometido.

A princípio está relacionado a somente programas de terceiros não autorizados, aqueles que a fornecedora do jogo RIOT GAMES, não libera para manuseio juntamente de seu jogo oficial o *League of Legends*, que por serem ilegais auxiliam em algum tipo de trapaça, para que favoreça um mais que os outros, tirando o aspecto de igualdade. No entanto, mesmo que esse método seja somente para este tipo de fins, verificar programas não autorizados, deixa uma lacuna aberta para a própria empresa, sem a necessidade de intervenção terceiros, como a equipe de dados da polícia federal, de que seja possível a divulgação de informações sigilosas para um possível crime que tenha sido cometido, respeitando no que diz o marco civil da internet.

Quando referido sobre sigilosas, seria o caso para qualquer pessoa poder acessar, mas no que tange ao âmbito jurídico, pode-se utilizar de tal argumento como uma prova inequívoca de que um determinado usuário, estava em tal local em tal hora cometendo tal infração.

O ponto principal, está que, na maioria dos crimes que acontece no jogo, como visto EULA, as penas variam de suspensão até exclusão da conta, porem para o objetivo deste trabalho, não há no que falar somente neste tipo de punição. Pois ao se falar sobre crime, temos três tipos de crimes que serão discutidos dentro de uma única assertiva. O qual o racismo, machismo e Homofobia serão discutidos no âmbito do artigo abaixo:

Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

(...)

§ 3º. Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Conforme Guilherme Nucci, injuriar significa ofender ou insultar. No caso presente, isso não basta. É preciso que a ofensa atinja a dignidade ou o decoro de alguém. Portanto, é um insulto que macula a honra subjetiva, arranhando o conceito que a vítima faz de si mesma[...]. É o cometimento da injuria racial §3º. Esta figura conforme Nucci, foi introduzida pela Lei 9.459/97 com a finalidade de evitar as constantes absolvições que vinham ocorrendo de pessoas que ofendiam outras, através de insultos com forte

² RIOT GAMES. Disponível em <<http://br.leagueoflegends.com/pt/legal/eula>>. Acesso em: 28 out. 2016.

conteúdo racial ou discriminatório, e escapavam da Lei 7.716/89 (discriminação racial). (NUCCI, 2011, p. 345).

Ao começarmos sobre o racismo, podemos utilizar deste tipo penal, para caso alguém sofra deste determinado meio, conseguir acionar a outra parte, pedir para que a própria empresa forneça os dados para andamento do processo, para que o mesmo seja punido. O problema até então, de ponto de vista leigo seria bem simples, aciona a empresa, empresa recebe a denúncia, verifica se o mesmo ocorreu e enviaria de volta para a pessoa a localidade da pessoa ou algo do tipo.

Homofobia compreende qualquer ato ou manifestação de ódio ou rejeição a homossexuais, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais. O art. 1º, da Lei 7.716/89, considerava crime os preconceitos de raça ou de cor. Não obstante tenha sido alterado pela Lei 9.459/97, para considerar também como crimes os preconceitos em razão da etnia, religião ou procedência nacional, ainda não prevê a criminalização dos atos de discriminação baseados em orientação sexual (CARDOZO, 2013).

Porém se observar de uma forma extensiva, sobre o art. 140 §3º, pode-se utilizar como a necessidade de ampliar a forma como prevê a injúria, entre um estado que a pessoa é, um conceito do que a vítima faz de si mesma, neste caso sua orientação sexual. Utilizando desta maneira poderá encaixar no que tange a injúria em relação a homossexuais.

Por fim, quando referimos a machismo, por não haver também uma disposição legal que o classifique que nem a homofobia, terá então que ser utilizado de uma forma extensiva da lei, da mesma maneira utilizada para o caso anterior.

6.2. Caso do “suicídio” envolvendo jogo

Na íntegra a reportagem informa o seguinte

O jovem Gustavo Riveiros Detter, de 13 anos, foi encontrado morto em seu quarto, na cidade de São Vicente, litoral paulista, nesse domingo (16). De acordo com declarações dadas pelo tio do rapaz à *TV Tribuna*, Gustavo enforcou-se após perder um desafio em uma partida de *League of Legends*.

Após ter perdido uma partida de *League of Legends*, o rapaz teria sido desafiado pelos amigos a enforcar-se usando a corda de um saco de boxe que estava pendurado no teto do quarto. Ainda segundo o tio, os amigos de Detter afirmaram que essa não foi a primeira vez que o jovem enforcou-se para pagar desafios após perder partidas. No celular do menino, foram encontradas mensagens que indicavam que Detter já havia pago outros desafios da mesma forma.

Ainda segundo informações da *TV Tribuna*, toda a cena do enforcamento foi transmitida em tempo real para os três colegas que propuseram o desafio. Um dos amigos avisou a prima do menino, que estava no quarto ao lado, que o jovem estava desacordado em frente ao computador. A menina conseguiu avisar aos pais de Detter, que fizeram uma reanimação de emergência e o levaram para o hospital municipal de São Vicente. Contudo, o jovem não resistiu e acabou falecendo 24h após o enforcamento (iG São Paulo, 2016).

Com base neste acontecimento, caso não soubessem quem seriam as pessoas que o falecido estava jogando, demoraria meses, ou talvez anos, para que estas informações fossem liberadas para a polícia, pelos seguintes fatos:

a) não seria possível o servidor disponibilizar nomes das contas por não se tratar de qualquer tipo de crime que estejam nas cláusulas previstas anteriormente.

b) caso houvesse a possibilidade de fornecer as informações, como os dados e lugar de onde os jogadores moram, os mesmos poderiam ser falsos ou de outras pessoas.

c) um ambiente virtual onde não existem “regras”, as pessoas que estavam presentes e ao mesmo tempo observando o desenrolar deste acidente, não poderia falar por culpa presumida, ou qualquer fator que os ligassem ao crime, pois era apenas uma penalidade de um jogo online a qual a vítima tinha o livre arbítrio de escolher fazer ou não.

Portanto, mesmo que comprovada que os outros participantes do jogo tivessem alguma ligação, não seria possível penalizar no prezado momento eles, pois a forma e o local variam de tal forma que a própria lei penal a princípio não teria como configurar em crime. Porém se utilizar das interpretações progressivas e extensivas, seria possível configurar o crime, para aplicar dentro do ambiente virtual.

7. A respeito do questionário

Um questionário virtual foi elaborado para analisar a reação da sociedade quanto aos problemas apresentados. Foi delimitado que os usuários seriam jogadores (ou pessoas que já jogaram ou tinham conhecimento sobre jogos) de diversas regiões do Brasil e eles deveriam responder uma série de perguntas quanto aos problemas encontrados comumente nos jogos *online*, informarem se já foram agredidos no ambiente virtual e se o agressor fora punido. Com base no que fora respondido, concluiu-se que:

a) dos 420 internautas entrevistados, obtivemos um público de composto de 70% mulheres e 30% homens, dos quais 99% já jogaram ou jogam algum tipo de jogo *online*.

b) dos jogos apresentados, 3 tipos específicos se destacaram: MOBA, FPS e MMORPG.

MOBA do inglês *Multiplayer Online Battle Arena*, (MOBA) que em sua tradução se refere a Arena de Batalha de Multijogadores *Online*. É um gênero de jogos que estão inclusos League of Legends e DOTA, também é conhecido como jogo *action RTS*, (*real-time strategy*) de ação de estratégia em tempo real, mas que diferentemente dos jogos RTS,

MOBA não inclui possibilidade de criar construções e controla apenas um personagem por vez.

FPS do inglês *first person shooter*, que significa atirador em primeira pessoa é um outro gênero de jogos de ação, o qual o ponto base que o difere dos outros, é a visão da câmera do jogador, o qual é focada em relação ao ponto de vista do personagem, como o personagem enxerga o ambiente ao seu redor, mostrando na maioria dos casos somente as mãos dos personagens.

RPG, do inglês *role-playing game*, que em português significa "jogo de interpretação de personagens" e consiste em um tipo de jogo no qual os jogadores desempenham o papel de um personagem em um cenário fictício.

MMORPG, do inglês *massively multiplayer online role-playing game* (MMORPG), designando games para uma grande quantidade de usuários, é um jogo que tem seu lugar em um mundo diferente, com suas próprias regras, conectados com centenas, milhares de outros jogadores, o qual desenvolvem um certo tipo de função, papel, dentro do ambiente virtual. O mundo virtual não é estático, mesmo quando o jogador não está conectado o mundo está em constante mutação que quando o mesmo conectar novamente apresentara mudanças.

Nota-se que 75% dos entrevistados tiveram algum tipo de problema dentro do ambiente virtual. Estes dados são alarmantes, pois mostra que mesmo sendo um ambiente restrito e que deveria ser usado para o entretenimento do usuário, há um alto índice de problemas, sendo de 3 a cada 4 pessoas já reportaram ou tiveram algum problema enquanto jogavam. Comparando isso com a realidade, seria como se a cada 100 pessoas, 75 tiveram algum tipo de problema. O que seria uma anormalidade fora do ambiente virtual se torna algo comum. Dentre estas vítimas, percebe-se que os maiores números de problemas estão relacionados a questões como sexistas, raciais, homofóbicas e xenofóbicas. Um dos relatos apresentados pelo entrevistado X reporta que:

A situação não foi resolvida nem o infrator foi punido. Dado a falta de acessos pessoais, não entrei judicialmente contra a pessoa, sabendo que não teria resultado (a pessoa podia estar usando uma conta fake ou identidade falsa). O servidor não ajudou a solucionar o problema.

Esse tipo de problema poderia ser resolvido se houvesse uma comunicação rápida entre a vítima e o servidor do jogo, visto que esses possuem meios de rastrear o IP do agressor e registros de conversas de todos os usuários. Assim, por meio da liberação dessas informações, um tribunal dentro do meio virtual poderia decidir o tipo de punição que se encaixaria nos pré-requisitos e, caso fosse necessário, possibilitar que a vítima processasse o infrator, obedecendo os princípios anteriormente descritos.

Uma ajuda para os próprios tribunais dentro do jogo, seria, se possível, seguir uma diretriz para verificar em que grau, se encontra o usuário que praticou o delito, seguindo previamente estas quatro etapas sobre o infrator:

01 – Primeira vez que este usuário praticou tal delito?

02 – Se reincidente, com que frequência ele age desta maneira?

03 – Após uma punição mais severa o mesmo voltou a praticar?

04 – Se após todas as sanções possíveis o mesmo continua a fazer atos ilícitos dentro do game?

As perguntas deveriam ser feitas todas as vezes que um problema aconteça dentro do ambiente virtual.

Se houvesse uma maneira de, para cada tipo de intriga dentro de um game, verificando pela proporcionalidade do delito, seguindo uma espécie de cálculos ou palavras chaves, para que o tribunal composto pelos próprios moderadores do jogo resolvesse aplicar este seguimento de perguntas, conseguiriam responder se a alternativa de o processo penal seria realmente necessária nestas questões. Caso não houve punição, percebe-se que, por meio de uma análise de dados, o mesmo jogador continua a exercer tais infrações. Como última solução, no entanto, seria necessário a aplicação da lei penal para resolver estes problemas.

Uma situação hipotética seria, um jogador beta, resolve praticar um ato de machismo contra uma jogadora durante alguns dias, por que motivo teve sua conta suspensa por 5 dias. Posteriormente o mesmo pratica ato de racismo, denegrindo jogadores chamando de macacos e que seria melhor voltar a época da escravidão para tais players não jogarem. Após o ocorrido teve sua conta banida, porem criou outra conta, com o mesmo usuário com todos os seus dados cadastrais iguais, continuando sua onda de agressividade no jogo. Com base neste exemplo será aplicado as perguntas vistas anteriormente.

01 – Primeira vez que este usuário praticou tal delito?

Não é a primeira vez, visto que já se encaixa na decima primeira vez que comete algum delito, tal fato mostra que não seria a primeira vez que este usuário estaria fazendo algo contra outro individuo dentro do jogo.

02 – Se reincidente, com que frequência ele age desta maneira?

Já faz quase uma semana que seus comportamentos agressivos veem incomodando players em várias partidas que joga. Pelo jogo, é possível verificar a quantidade de vezes que o mesmo praticou o delito, pois todo este tipo de informação fica salvo dentro do próprio servidor do jogo.

03 – Após uma punição mais severa o mesmo voltou a praticar?

Sim, e ainda mais agressivo do que nas vezes anteriores, fato também possível de se observar pelos dados salvos no servidor que mostrem a relação de suas agressões no decorrer da partida.

04 – Se após todas as sanções possíveis, o mesmo continua a fazer atos ilícitos dentro do game?

Sim, mesmo após bloqueio e perder a conta, o usuário criou outra conta para continuar com sua agressividade contra outros jogadores. Fato que possivelmente relata que seu real motivo no jogo é causar uma discórdia com os outros jogadores, talvez se sentindo superior aos outros ou simplesmente por puro prazer.

Visto que todas as formas possíveis para amenizar a pena, para que não houvesse a necessidade de ajuizar uma ação contra o jogador agressor foram observadas, no entanto ele preencheu todos os requisitos para que fosse necessário a intervenção Jurídica. Casos assim acontecem várias vezes no decorrer dos jogos online,

principalmente no que tange a *League of Legends*, devido ao número gigantesco de jogadores que participam ativamente do jogo.

Um dado levantado em 2014 pelo site de notícia G1 afirma:

O game de batalhas on-line (*Multiplayer Online Battle-Arena* ou MOBA) "League of Legends" alcançou 67 milhões de usuários em 2013, de acordo com a Riot Games, que criou o título. O crescimento foi de 109% em um ano - em 2012 eram 32 milhões de usuários.

Estes dados são relativos a 2013 e 2014, atualmente esse número se encontra muito maior.

Outro entrevistado comentou que:

O meio *online* (destacando jogos e redes sociais) deu uma falsa sensação de liberdade ao usuário, o que lhe permitiu achar que pode falar tudo que pensa independentemente se está agredindo outra pessoa. Assim, se faz necessário uma forma de defesa da pessoa (ou jogador) que sofreu a agressão, visando até diminuir a frequência com que esses casos (insultos, ameaças etc.) ocorrem.

Com base neste argumento, observa que já se tem noção que os próprios infratores possuem uma sensação de falsa liberdade que contribui para seus delitos. Sendo assim, tirando a possibilidade de se ocultarem, espera-se diminuir essa visão. O próprio jogo já disponibiliza ferramentas que poderia futuramente ajudar neste caso de reincidência.

O entrevistado Y, que possui uma visão semelhante ao relato apresentado anterior, acrescenta:

Não deixa de ser crime por ter sido cometido na internet. Muitas pessoas se aproveitam dessa "segurança" e desferem discursos de ódio sabendo que não serão punidas. Se reproduzem isso na internet, com certeza reproduzem no meio onde vivem, gerando mais opressões e prejudicando a vida de diversas pessoas.

Por fim, tudo que grande parte dos jogadores visam é um meio seguro. "Ajudaria a ter organização e respeito entre as comunidades *online* obrigando assim a todos serem educados e criar um ambiente saudável entre os jogadores", (relato do entrevistado Z).

Outra informação importante obtida é que dos 420 entrevistados, 378 que responde a 90% do total, responderam a favor da pergunta. "Caso seja implantado um meio o qual o jogador agredido pudesse entrar judicialmente contra os que o agridem por caráter (xenofobia, homofobia, desrespeito, calúnia, racismo), você seria a favor?" Se sim, por que?

Um dos entrevistados teve o seguinte comentário: “Porque machismo e homofobia são comuns nesses jogos, por mais que haja a opção de denunciar; acredito que com isso, as injúrias diminuirão”

Já outro: “Quem sabe assim as pessoas comece a respeitar mais. Elas xingam todos por que estão atrás de um computador e sabe que não vão ser punidos.”

Com estas respostas ficam evidentes que os próprios jogadores já não estão aguentando esta falta de respeito dentro do ambiente virtual, o qual deveria sim, haver um certo tipo de competitividade, normal de qualquer jogo, mas desrespeito não. Sendo assim, apresentam, mais um motivo para dependendo do grau de desrespeito haver a necessidade de uma punição penal, para que evitem ter novos casos deste tipo.

Ao contrário do jogo *League of Legends*, cujo acesso é por meio apenas de computadores, o jogo *Destiny* foi produzido pela empresa Bungie e desenvolvido para plataformas Playstation e Xbox, que não possuem uma legislação específica para o Brasil. De acordo com o regulamento referente a União Europeia e a outros países, têm-se que:

Para clientes na União Europeia e de outros países: esta garantia é providenciada sem prejuízo a seus direitos previstos por lei como consumidor, os quais sempre prevalecerão. A Activision apenas será responsável por qualquer perda ou dano que você sofrer que for um resultado previsível da quebra deste Contrato pela Activision ou por negligência da mesma. Nada neste Contrato irá limitar ou excluir nossa responsabilidade pela morte ou ferimento pessoal resultante de negligência, deturpação fraudulenta ou qualquer outra responsabilidade que não possa ser excluída ou limitada pela lei inglesa. Esta seção irá prevalecer sobre todas as outras partes deste Contrato. Para informações sobre substituição de garantia ou outras perguntas ao serviço de atendimento ao consumidor, visite: <http://www.activision.com/support>.

LIMITAÇÃO SOBRE DANOS: EM NENHUM EVENTO A BUNGIE OU ACTIVISION SERÁ RESPONSÁVEL POR DANOS ESPECIAIS, INCIDENTAIS OU CONSEQUENTES RESULTANTES DA POSSE, USO, OU MAU FUNCIONAMENTO DO PROGRAMA, INCLUINDO DANOS À PROPRIEDADE, PERDA DE CREDIBILIDADE, FALHA COMPUTACIONAL OU MAU FUNCIONAMENTO E, CONFORME PERMITIDO POR LEI, DANOS POR FERIMENTOS PESSOAIS, MESMO QUE A BUNGIE OU A ACTIVISION TENHAM SIDO AVISADAS SOBRE A POSSIBILIDADE DE TAIS DANOS. A RESPONSABILIDADE DA BUNGIE E DA ACTIVISION NÃO IRÁ EXCEDER O PREÇO ORIGINAL PAGO PELA LICENÇA PARA SE USAR ESTE PROGRAMA. ALGUNS ESTADOS/PAÍSES NÃO PERMITEM LIMITAÇÕES SOBRE QUANTO TEMPO UMA GARANTIA IMPLÍCITA DURA E/OU A EXCLUSÃO OU LIMITAÇÃO DE DANOS, ENTÃO AS LIMITAÇÕES ACIMA PODEM NÃO SE APLICAR A VOCÊ. ESTA GARANTIA LHE DÁ DIREITOS LEGAIS ESPECÍFICOS, E VOCÊ PODE

POSSUIR OUTROS DIREITOS QUE VARIAM DE JURISDIÇÃO PARA JURISDIÇÃO (BUNGIE³).

Vale ressaltar que a mesma já afirma que “em nenhum evento a Bungie será responsável por danos especiais [...] danos por ferimentos pessoais”. Logo, percebe-se por meio dessa afirmação que a empresa está tirando qualquer fator de culpa que possa vir. Porém, isso não indica que ela não possa ajudar na resolução de conflitos fornecendo os dados necessários para isso e colaborando com o poder judiciário para resolver crimes que venham a acontecer no ambiente virtual.

Deve-se destacar que existem muitos menores de idade utilizando os jogos, principalmente levando em consideração que a idade mínima exigida no âmbito virtual é 13 anos. Assim, como é quase impossível a fiscalização dos pais no ambiente virtual, uma criança pode ser drasticamente afetada com os insultos. Por fatos assim, que há a necessidade de uma implantação de uma linha mais punitiva dentro dos jogos.

Da mesma forma do *League of Legends* teria que ser utilizado as mesmas quatro perguntas relativas ao delito, para que possam filtrar os jogadores mal-intencionados e melhorar a competitividade dentro do jogo, juntamente com o ambiente virtual, pois além de ser um jogo é um tempo que grande parte dos *players* tiram um tempo do serviço, estudos, dentre outro afazerem para se divertirem e relaxarem.

8. Respondendo as problemáticas

Nessa seção serão apresentadas as problemáticas abordadas desde o início do trabalho juntamente com possíveis hipóteses sobre a solução delas com base nas doutrinas e informações acolhidas no decorrer do trabalho.

a) como aplicar as leis penais, sendo que elas estão especificamente para crimes do ambiente real?

Resposta: para aplicar as leis penais, pode-se utilizar da interpretação progressiva e extensiva, no qual o intérprete irá observar as leis penais existentes e as aplicará no ambiente virtual. Neste caso, o artigo 140 §3º do código penal sobre injúria racial poderá ser aplicado dentro do ambiente virtual.

b) com a existência das leis penais, mas que atualmente não possuem força, direito, para que sua vontade diretiva cause uma resolução dentro do ambiente virtual. Seria então, neste caso, possível por um crime a priori sem existência penal, por se tratar de um ambiente virtual, aplicar as leis penais que analogicamente (interpretação progressiva) existe no ambiente real?

Resposta: caso não haja punição ou pena referente a essa lei, não será possível a aplicação da mesma. Assim, percebe-se uma falha, já que, possivelmente, para que haja uma mudança, seria necessária a elaboração de uma lei penal específica que abrangesse o ambiente virtual e que fosse mais eficaz do que a lei do marco civil da internet.

c) é possível aplicar a lei dentro dos jogos?

³ BUNGIE. Disponível em <<https://www.bungie.net/pt-br/View/Bungie/SLA>>. Acesso em: 08 nov. 2016

Resposta: não é possível aplicar a lei do modo que conhecemos, entretanto, pode-se utilizar de outros métodos para isso, como as interpretações extensivas e progressivas. Pois como discutido anteriormente não existe uma lei específica para crimes que ocorrerem dentro dos jogos, do mesmo caso que não existe lei penal que se refere a machismo, homofobia, que neste caso terá que ser uma análise extensiva em relação a injúria racial contida no art. 140, §3º.

d) se possível, existiria um meio de poder agilizar este processo?

Resposta: para agilizar o processo seria necessário que os servidores, local onde todos os dados dos jogos estão armazenados, e o próprio sistema jurídico, no que tange a coleta de provas, houvesse uma comunicação rápida e eficaz. Assim, quando um crime acontecer no jogo, e o tribunal composto por administradores dentro do jogo, ambiente virtual, vier a entender que o problema é necessário uma solução no âmbito penal, enviar um e-mail ou uma mensagem para o usuário que sofreu do delito, se o mesmo tem interesse de entrar com uma ação judicial ou simplesmente ignorar tal ocorrido. Com este método, não seria necessário terceiro, ou até mesmo, de notificar o servidor para que esse libere os dados dos envolvidos.

e) a lei penal dentro do ambiente virtual seria composta pela mesma proporcionalidade do ambiente real?

Resposta: sim, pois a princípio a mesma seria uma analogia progressiva e extensiva de leis penais já existentes que poderiam ser colocadas dentro do ambiente virtual, como no caso de injúria referente ao art. 140 §3º do Código Penal. Por se referir a injuriar alguém, este alguém de uma forma analógica previamente comentada seria considerado também os próprios usuários e players do ambiente virtual.

f) qual efeito se busca ao implantar leis dentro dos jogos para afetar as pessoas que as violam?

Resposta: o efeito que se busca é o de melhorar o ambiente virtual. Espera-se que, assim como as leis permitem uma vida tranquila no âmbito externo ao da internet, o mesmo deveria ocorrer no ambiente virtual. Porém, pela falta de leis e de definições do que é correto e errado, o meio virtual se torna um ambiente agressivo.

9. Conclusão

Depois de toda a base de princípios necessárias para a aplicação do trabalho, juntamente com o questionário sobre a aplicação da lei penal dentro dos jogos, houve uma corrente de várias ideias e possibilidades acerca do tema. Podendo tender para o lado de que não seria possível esta aplicação do Direito Penal e outra parte tendendo a esta aplicação.

Mas no fim o que prevaleceu foi a possibilidade de aplicar a lei dentro do ambiente virtual, mas não da forma expressa em lei, mas sim usando de analogia extensiva e progressiva, a qual possibilitou este entendimento, através dos princípios citados. Pois para se utilizar das Leis vigentes não seriam possíveis aplicar elas sem compreender que elas poderiam ser utilizadas no ambiente virtual.

Além do mais, foi observado que se deve sempre observar o princípio da razoabilidade na hora de julgar os delitos que são cometidos diariamente dentro dos jogos

online, verificando se os mesmos em uma hipótese seguem a aplicação das quatro perguntas chaves e se a utilização do judiciário será necessária para evitar certos conflitos.

Portanto a necessidade de uma aplicação de leis penais exclusiva para ambiente virtual se vê necessária pelos conflitos que estão ocorrendo dentro do ambiente virtual, pois sem regras há só o caos e neste requisito há a necessidade de proteger este meio, para que se torne um ambiente possível para qualquer usuário aproveitar sem se sentir lesado ou com receio de que qualquer coisa pode acontecer que nunca serão culpados pelos seus próprios crimes.

10. Referências bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral I**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOLDRINI, Iara. **Perguntas e respostas: qual a diferença entre analogia, interpretação analógica e interpretação extensiva?** Disponível em: <<http://iaraboldrini.blogspot.com.br/2014/07/perguntas-e-respostas-qual-diferenca.html>>. Acesso em 28 nov. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito penal simplificado: parte geral**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARDOZO, Aline Laia. Reforma da parte especial do Código Penal: tipificação da homofobia. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14018>. Acesso em: 22 nov. 2016.

DIAS, Maria Berenice. Homofobia é Crime? Disponível em: <<https://homofobiamata.wordpress.com/quem-somos-3/homofobia-e-crime/>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

G1. League of Legends alcança 67 milhões de jogadores. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/games/noticia/2014/01/league-legends-alcanca-67-milhoes-de-jogadores.html>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

IG SÃO PAULO. Garoto de São Vicente se mata após perder partida de League of Legends. Disponível em: <<https://igames.ig.com.br/2016-10-17/jovem-desafio-suicidio-lol.html>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. **Princípio da proporcionalidade e seus fundamentos**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/principio-da-proporcionalidade-e-seus-fundamentos-andrea-neves-gonzaga-marques>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

OLIVA, Luna; PIREZ, Orion. Menino morre após partida de game online e amigos notam pela webcam. **G1**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/santos->

regiao/noticia/2016/10/menino-morre-apos-partida-de-game-online-e-amigos-notam-pela-webcam.html>. Acesso em: 18 nov. 2016.

RABELO, Grazielle Martha. O princípio da proporcionalidade no Direito Penal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990>. Acesso em: 25 out. 2016.

RODRIGUES, Cristiano Soares. **Direito penal**: parte geral I. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSA, Leonardo Sérgio Cesar Lopes Moreira. Da interpretação e da norma penal. **Conteúdo Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,da-interpretacao-e-da-norma-penal,46590.html>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

SILVA NETO, Massilon de Oliveira e. Direito penal descomplicado: unidade 1/3. **Jus Brasil**. Disponível em: <<https://massilonneto.jusbrasil.com.br/artigos/121935042/direito-penal-descomplicado-unidade-1-3>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

TRIGUEIROS NETO, Arthur da Motta. **Direito penal**: parte geral II (penas até extinção da punibilidade). São Paulo: Saraiva, 2012.

A punição dos atos preparatórios de terrorismo como crime de perigo abstrato

*Thiago Ribeiro Ibrahim*¹

Resumo: As práticas de terrorismo têm gerado impactos no mundo todo, o que levou à necessidade de utilização de mecanismos legais capazes de combater tais práticas. Dessa forma foi elaborada a Lei nº 13.260/2016, relacionada ao Antiterrorismo, em virtude dos eventos realizados no Brasil. A Lei Antiterrorismo teve fortes críticas em virtude de suas finalidades e conceitos abordados, o que leva à busca por outras vias capazes de gerar maior proteção. Em consequência disso é desenvolvido o tema acerca dos atos preparatórios de terrorismo, referente aos crimes de perigo abstrato, os quais podem ser utilizados em algumas circunstâncias levando em consideração a sua delimitação. Nesse sentido, serão indagados quais seriam os momentos em que se utilizariam os tipos penais relacionados aos crimes de perigo abstrato comprovando sua validade diante da tipificação de crimes de terrorismo, que por sua vez já foram considerados por muitos como impossíveis para sua tipificação.

Palavras-chave: crimes de perigo abstrato, atos preparatórios, terrorismo.

Sumário: 1. Introdução; 2. Sociedade de Risco; 3. Crimes de Dano e Crimes de Perigo; 3.1 Contexto Histórico; 3.2 Crimes de Dano; 3.3. Crimes de Perigo; 3.3.1. Crimes De Perigo Concreto e Abstrato; 3.3.2. Atos Preparatórios; 4. A Tipificação dos Crimes de Terrorismo; 5. A Punição dos Atos Preparatórios de Terrorismo como Crime de Perigo Abstrato; 5.1 Contexto Histórico; 5.2 Problemática e Crítica; 6. Conclusão; 7. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O presente trabalho exposto teve como principal busca a análise acerca da possibilidade de utilização de mecanismos jurídico-penais relacionados aos crimes de perigo abstrato, especificamente os embasados nos atos preparatórios, que seriam capazes de produzir maior segurança para a atual sociedade vítima dos ataques terroristas praticados em todo o globo. Perante as transformações impactantes, mas quase sempre não muito sensíveis a todos, foi necessária a formação de novas análises acerca dos momentos históricos experimentados em sociedade, e em consequência disso surge a teoria exposta por Ulrich Beck chamada de Sociedade de Risco. Tal teoria tem como escopo a necessidade de observação em uma sociedade cada vez mais preocupada com o futuro, o que gera um olhar mais atento à segurança em decorrência do crescimento dos riscos criados pelo aprofundamento nos fenômenos sociais. Beck

¹ Discente do 9º período do Curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo (UNITRI); E-mail: thiagoribeiroibrahim@gmail.com.

descreveu a formação de uma nova sistemática capaz de questionar os riscos e inseguranças advindas do próprio modelo de modernização. Segundo ele, a sociedade atual seria configurada por aspectos negativos de maior expressão diante de seus aspectos positivos, e por consequência disso tais fatores negativos fugiriam do controle.

Diante do surgimento desse novo modelo de sociedade entra então em debate a necessidade da atuação do Direito Penal como mecanismo de proteção aos bens jurídicos mais importantes, sua relevância acerca dos novos perigos da modernidade e a possibilidade de aplicação de mecanismos legais para prevenção de tais perigos. Nesse ponto é necessário mostrar as classificações doutrinárias do Direito Penal inerentes aos crimes de dano e os crimes de perigo, suas principais diferenças situações propostas a cada um deles. Com isso, buscam-se também o esclarecimento mais profundo em relação às espécies de crimes de perigo, os concretos e abstratos e a validade e utilidade destes. Dentre os crimes de perigo abstrato se tem também a relação aos atos preparatórios, puníveis em alguns casos por fatores que ainda serão abordados no trabalho e a necessidade da aplicação desses instrumentos formados pelo legislador.

Os atos preparatórios, considerados como crimes de perigo abstrato, têm requisitos a serem cumpridos para validade de sua utilização, delimitando a possibilidade de formação de tipos penais desta espécie, temática também abordada deste trabalho. Dessa forma, entra em debate a utilização desses dispositivos legais diante das práticas de terrorismo consumadas em todo o globo atualmente, o que gerou a preocupação de autoridades do Brasil por consequência da realização do evento olímpico. Foi então formulada a Lei nº 13. 260/2016, denominada Lei Antiterrorismo, que como muitas das vigentes no país sofreu várias críticas em relação aos dispositivos nela contidos.

Partiu-se então para o desenvolvimento de uma análise acerca dos artigos criticados desta lei e os fundamentos dessa mesma crítica. Primeiramente se aborda a grande dificuldade na tipificação do crime de terrorismo e as possíveis consequências de uma criminalização baseada em uma vagueza semântica, capaz de afetar direitos e garantias asseguradas juridicamente. A impossibilidade de descrição normativa alegada por vários doutrinadores, não deixou de ser tema discutido em todo mundo, o que não pareceu ser muito importante na formação da Lei Antiterrorismo, mas cabe aos principais destinatários da norma questionar tal feito.

Em decorrência disso mostra-se propício o uso de novas tendências jurídico-criminais capazes de serem mais adequadas em circunstâncias como essa, e dentre tais tendências entra então a análise da punição dos atos preparatórios de terrorismo, tendo maior caracterização de um mecanismo preventivo. Tal pensamento se volta à gravidade de ataques terroristas, os quais podem não ter como ser sanados depois de realizados, cabendo então ao Estado buscar modos de precaver tais ações.

A principal preocupação na procura pelo dispositivo legal adequado para amenizar situações atuais advindas de práticas terroristas ainda é a criação errônea de tipos penais vagos e conseqüentemente amplos demais capazes de atingir direitos e garantias as quais devem ser sempre protegidas pelo Estado de Direito. Nesse ponto, entra cena à punição dos atos preparatórios, conferidos como crimes de perigo abstrato, e que tem agora uma produção doutrinária mais elaborada capaz de demonstrar a validade do uso desses dispositivos legais mais específicos e de melhor coerência com delimitação acerca de sua tipificação, que pode então proporcionar a segurança almejada diante das mazelas sociais vigentes em todo mundo.

2. Sociedade de risco

Primeiramente é importante relatar a contribuição, e em seguida o desenvolvimento histórico e social, da Revolução Industrial, que ocorre em meados no séc. XIX, e colocou dentro do espaço urbano global a instauração daquilo que nomeamos de modernização, dando origem à chamada Sociedade Industrial. Com isso, essa modernização, que tivemos nessa época, estava essencialmente relacionada à transformação na forma de produção de mercadorias, os mecanismos nela utilizados e sua relação com o novo comportamento humano adquirido diante de tal fenômeno.

Ainda nessa linha de pensamento, Ulrich Beck, famoso sociólogo alemão, dá a esse primeiro período de modernização o nome de Modernização Simples, ou ainda Modernização Tradicional. Segundo ele a Modernização Tradicional caracterizava-se como um momento histórico em que eram explorados, com um caráter mais direto, os recursos extraídos da natureza, mas no período dessa mesma exploração o ser humano ainda conseguia manter uma espécie de controle em seu processo de produção industrial vigente na época (2010, p. 13; 24-25).

Após constante momento dessas práticas, começa aquilo que Beck nomeia como Modernização Reflexiva. Essa segunda etapa histórica, descrita pelo sociólogo, teve uma finalidade distinta da anterior, pois nela se aparenta uma racionalização que gera um aprofundamento em todos os parâmetros da primeira modernidade. Esse novo fenômeno, então, conseguiu ultrapassar várias barreiras estatais, barreiras estas que eram ainda enraizadas nas Sociedades Industriais, mas esta inovadora modernidade gerou também uma ruptura nos modelos político-econômicos, e sociais também, da até então vigente Modernização Simples. Devemos então dar distinção entre esses tipos de modernização, pois é crucial reconhecermos a elevação acerca do que foi construído pelas forças produtivas, pois estas agora têm um caráter ímpar, concebendo o surgimento de novos padrões coletivos, novos processos e novos riscos (2010, p.13; 24).

A Modernização Reflexiva, como já foi relatado anteriormente, aparece moldando um novo capítulo em nossa sociedade, mas nessa outra etapa as práticas da sociedade anterior não são mais vistas como apenas fontes para consolidação de um processo de evolução, mas pelo contrário, no período histórico atual a sociedade é agora considerada um emaranhado de riscos e perigos, o qual nos leva a ter uma insegurança colossal, isso porque agora temos práticas de caráter incontrolável, e tais ações, que surgem do próprio ser humano, geram acontecimentos de proporções nunca antes imagináveis.

Beck denuncia a existência de uma desconstrução no sistema industrial, mas esta mesma desconstrução não aparece como um fator que daria fim a essa sociedade, mas vem agora como uma possível reinvenção dessa civilização. Os ditos desmoronamentos ou crises descritos pelo autor, do sistema industrial, estariam agora conexos ao segundo momento da modernização chamada de reflexiva. A modernidade era, até então, sempre relacionada ao progresso, à inovação e a um futuro melhor, mas nesse período os possíveis efeitos e ameaças da industrialização não eram vistas como uma questão de alarde. Beck então configura este novo estágio da modernidade, a reflexiva, como um momento em que as ameaças, perigos e riscos tornam-se cada vez mais evidentes e preocupantes. Os fenômenos de crises institucionais da sociedade industrial começam a serem praticados com a impossibilidade de controle, com grandes impactos e abalos

globais, o que amolda uma ruptura nos padrões interiores dessa antiga modernidade, formando então a chamada Sociedade de Risco (1997, p. 11-68).

Temos agora uma procura pela controlabilidade para conseguirmos com isso novas proteções e comandos e por isso buscamos a chamada racionalização, já citada anteriormente, sendo ela algo essencial nessa nova Sociedade de Risco, pois com seus denominados riscos enxergamos uma comunidade imprevisível o que leva a tona um império de incertezas cada vez maior. O autor nos ensina, então, que essa transformação na sociedade ocorre sem intervenções ou interferências de natureza política, pois a mudança para a fase de risco acontece de forma não desejada e tão pouco esperada pelo homem. A atual Modernização Reflexiva sempre terá fatores sutis e silenciosos, sendo relacionada às práticas modestas, mas que quase sempre tem enormes efeitos de cumulação, e com isso a Sociedade de Risco não tem a natureza de algo opcional, mas sim de um efeito contínuo e indeterminado, posterior à antiga Sociedade Industrial (1997, p. 11-68).

Perante tal constatação, Beck passou a se aprofundar ao desenvolvimento da chamada Sociedade de Risco. Segundo ele a sociedade industrial, que era configurada pela produção e distribuição de mercadorias, foi convertida pela Sociedade de Risco. Nela a distribuição dos riscos não se distingue apenas social, econômica ou geograficamente, como tínhamos na Sociedade Industrial, pois nessa nova etapa o avanço científico e tecnológico não consegue prevenir ou controlar a maioria dos riscos atuais. Beck descreve os riscos de caráter ecológicos, químicos, nucleares e genéticos, como os que agora são produzidos em massa, com maior interesse econômico, chegando a serem protegidos com proteção jurídica e de forma ampla, sendo também assegurados por mecanismos legitimados da esfera científica, sem contar com sua influente minimização de perigos na parte política. De forma mais atual, incorporaram-se agora os riscos econômicos, pelas quedas nos mercados financeiros mundiais, tal conjunto de riscos criaria “uma nova forma de capitalismo, uma nova forma de economia, uma nova forma de ordem global, uma nova forma de sociedade e uma nova forma de vida pessoal” (1999, p. 2-7).

A concepção abordada na Sociedade de Risco tem também o amparo do processo da globalização. É crucial entendermos que agora os riscos dessa nova sociedade têm um efeito democrático, pois esses efeitos atingem países, nações e classes sociais, mas não respeitam fronteiras de nenhum de nenhuma dessas esferas. Os efeitos da globalização e sua relação à Sociedade de Risco estão atrelados aos processos que tem traçado as principais transformações do mundo, entre eles a pobreza em massa, o crescimento de nacionalismo, os problemas de poluição do solo, da água, da atmosfera, a instabilidade do mercado, os danos praticados pela informática, entre vários outros (D’AVILA, 2005, p. 30).

Muitos intelectuais da área tentam mostrar os pontos principais dos fenômenos da globalização, comparando assim perspectivas negativas, mas também positivas advindas das novas práticas globais. Mas outros teóricos como Zygmunt Bauman, dissertam dizendo que os efeitos da globalização chegam a ter um caráter apenas negativo, isto porque não se tem a possibilidade de gerar com ela uma restrição, de ser contida, ou até suplementada e tão pouco compensada. A globalização em que agora nos submetemos não chega, em sua visão, a ter um aspecto positivo, nas práticas feitas pelo ser humano. O homem agora tem apenas consequências negativas das ações por ele expostas, estando sempre em perigo e sendo todos perigosos uns aos outros (2008, p. 126-128).

Marta Rodrigues de Assis Machado continua essa temática apontando-nos os efeitos dessa nova modernização, seu caráter reflexivo nos levaria então a um dissolvendo

nos contornos da sociedade industrial clássica e a partir da essencial radicalização desse movimento, o processo de modernização se daria pela integração econômica globalizante e também o desenvolvimento tecnológico e científico, mas este agora teria impacto sem precedentes. Não falamos aqui de uma comparação entre benefícios e malefícios das práticas atuais, mas já é afirmado o surgimento de novas classes de riscos. A autora diz que essas novas classes são vistas agora como um poderoso artefato de indeterminação no futuro, porque sua maior característica está no fato de terem aflorado de várias práticas secundárias e que jamais foram esperadas, sendo então não delimitadas pelos processos de modernização (2005, p. 19-20).

O modelo de sociedade descrito por Ulrich Beck, segundo a autora, nos leva a acreditar em uma constante transformação, visto que agora, mediante tais enfermidades nessa mesma sociedade, brota uma ideia de que se deve buscar uma repressão aos riscos eminentes e uma das fontes dessa tentativa vem por meio da imputação de responsabilidades aos causadores das situações perigosas. Nessa nova dinâmica aparece então o Direito Penal, o qual tenta agora ganhar outra dimensão nessa esfera social, se distanciando, em parte, do modelo de ação apenas repressivo dando foco também a práticas emergenciais, utilizando agora de políticas criminais com medidas de prevenção firmadas na noção de antecipação da tutela penal (MACHADO, 2005, p. 21).

Esse tipo de política criminal, também é descrito por Blanca Mendoza Buergo. Ele nos esclarece que tais políticas representam uma nova tendência vinda da dogmática alemã dos últimos anos, esta se fundamenta no modelo teórico que nos habilita a pensar na sociedade de risco e a rapidez em que foi incorporada no ordenamento jurídico atual, de forma predominante no direito penal, civil, mercantil e entre muitos outros, simplesmente pelas práticas de hoje e as necessidades de proteção vindas delas mesmas (2001, p. 23).

Todos os eventos e efeitos, relatados como frequentes na nova sociedade, nos leva agora a procurar as ações de maior prevenção, bases que também já sustentadas nas afirmações anteriores. Agora teremos o enfoque na validade da utilização dos mecanismos do Direito Penal, com maior interesse, no entanto, em suas fontes de natureza material. São interpretados como fontes materiais os elementos que auxiliam para a formação do conteúdo ou da matéria da norma jurídica. Com isso a doutrina tradicional classificava as fontes do direito em materiais e formais, essas ditas como materiais exprimem meios de formação de um conteúdo ou de uma matéria a serem utilizadas pelas normas jurídicas (BETIOLI, 1995, p. 96-97).

Essas fontes materiais vistas como um conjunto de valores e circunstâncias sociais, que, portanto tem um interesse mais filosófico do que jurídico quando se fala das influências dos grupos e comunidades sociais na produção de normas, são contribuintes para uma análise necessária a ser feita em relação a uma dinâmica feita entre o Direito Penal e a Sociedade de Risco, essa sociedade então seria perfeitamente enquadrada como uma dessas fontes. Essa mesma dinâmica deve também ser vista com um olhar atento aos ditos Crimes de Perigo Abstrato. É por isso que a Sociedade de Risco, utilizada como fonte material do direito, teria então a validade de um novo conteúdo ou matéria jurídica, podendo esta ser relacionada às atuais práticas criminais que surgem pelas interações vigentes nessa sociedade e criariam assim outras tendências do Direito Penal, ou seja, se encaixariam perfeitamente com as possíveis descrições de crimes de perigo abstrato.

O Direito Penal então busca um aperfeiçoamento na maioria de seus fundamentos para que com isso possa acompanhar as mudanças sempre constantes da sociedade. Esse

fenômeno então integra cada vez mais a influência da sociologia no âmbito jurídico. E assim o próprio Direito Penal tem agora um objetivo focado na análise prática os desdobramentos sociais, mais especificamente na chamada Sociedade de Risco, pois agora as duas temáticas têm vários interesses em comum (CAMARGO, 2002, p. 27).

Temos agora uma necessidade de nos voltarmos a essa nova realidade que também se consubstancia aos tipos penais não são assim criados pelo legislativo, mas tem agora uma definição material e bem mais social. Isso cria então uma obrigatoriedade de compreendermos o Direito Penal agora com uma forte influência dos aparatos vindos do modelo social atual (MIR PUIG, 2005).

A crescente aparição de riscos no recente modelo de sociedade cria a necessidade de maior cautela e prudência do homem. A norma penal é então apresentada como possível mecanismo para solução ou amenização desses novos riscos, mas a utilização do aparato jurídico-penal pode também limitar práticas inovadoras e assim temos agora algumas dúvidas relacionadas ao grau e a medida de penas. Essa limitação também é crucial para validade de uso preciso e justo das normas de prevenção, questionam-se assim quais são os verdadeiros comportamentos arriscados e quais teriam realmente um impacto a ponto de utilização do Direito Penal, devemos ver também onde estariam os pontos de eficazes de aplicação dos tipos penais dessa mesma prevenção (BOTTINI, 2010, p. 87-88).

Um dos maiores dispositivos relacionados a essa nova etapa na modernidade é o chamado Direito Penal de Risco. Tal mecanismo normativo surge agora com meio capaz de conter, ou ao menos diminuir, os tipos penais de perigo abstrato. Bottini nos apresenta a nova fase social vigente, na qual são empregados mecanismos formados pelo legislador buscando um enfrentamento acerca desses novos riscos, agora de caráter inédito, pois estes nunca foram antes discutidos. Para ele o Direito Penal pós-moderno visa essencialmente o a temática em relação ao futuro de maior prevenção de riscos (2010, p. 96).

Por fatores como esses é que agora se fundamenta a tipificação do perigo abstrato, nas normas de Direito Penal, não procurando apenas esquivarmo-nos acerca da produção de um resultado lesivo, mas buscamos também a antecipação da prevenção, construindo agora os pilares de uma segurança mais real. Essa espécie, o perigo abstrato, produziria também uma forma de exigirmos do Estado o direito a segurança (MENDOZA BUERGO, 2001, p.79).

Essa tendência é, com certeza, algo crucial na modernidade, a relação entre o Direito Penal com a nova concepção de sociedade gera uma necessidade de proteção nunca antes prevista. O direito agora se foca nos crimes de perigo abstrato com um objetivo grande prevenção por fatores aqui já esclarecidos, e assim entraremos agora no conteúdo acerca dos crimes de perigo abstrato, seus conceitos, suas aplicações e principais finalidades.

3. Crimes de dano e crimes de perigo

3. 1. Contexto histórico

Nesse novo tópico procura-se fazer uma análise teórica a fim de descrever as classificações inerentes aos crimes de dano e de perigo, com maior especificação aos de

perigo, e também a divisão feita entre estes. A classificação acerca das infrações penais é feita de várias formas no âmbito doutrinário, mas para nossa pesquisa devemos nos voltar à dinâmica entre os crimes de dano e de perigo, suas principais diferenças e as utilidades de cada uma destas espécies, dando enfoque maior aos de perigo abstrato, pois terão maior relevância no decorrer deste trabalho.

Primeiramente, com uma análise histórica, deve-se ressaltar que os crimes de perigo abstrato são de uma nova tendência jurídico-penal, tais delitos representam uma prática usada na legislação para criminalizar algumas condutas, mas que por sua vez não dão importância à formação de um resultado de caráter exterior. Essa nova técnica de tipificação é dada maior pertinência ao comportamento do agente, à prática descrita no tipo penal, mas sem dar grande relevância aos possíveis efeitos exteriores do ato, algo que se vê com mais frequência nos crimes de dano ou ainda nos de perigo concreto. Assim, nessa nova forma de regulação penal não são incluídos aos elementos do tipo uma lesão ou perigo concreto, mas apenas uma conduta reprovável de caráter perigoso.

Historicamente os crimes de perigo só começaram a ser considerados, mesmo que de forma tímida, por influência da Primeira Revolução Industrial, em meados do século XVIII, por meio de punições acerca dos riscos que surgiram na época. Mas esses mesmos riscos quase sempre se concretizavam em danos reais, o que gerou também a necessidade de uma intervenção normativa capaz de promover maior segurança (COSTA, 1992, p. 343-344).

Posteriormente, com os avanços técnico-científicos e a aparição cada vez mais frequente da globalização em todo o mundo, houve então a produção de riscos com proporções de maior extensão que ocorreram na segunda metade do século XX. Com isso tal tendência se proliferou em primeiro lugar por meio dos crimes de perigo concreto, evento ocorrido logo após a Segunda Guerra Mundial, mas que depois se manifestou com maior evidência com a formação teórica dos crimes de perigo abstrato (KISS, 2011, p. 34-35; MENDOZA BUERGO, 2001, p. 1-2).

Nesse momento da história pode-se perceber o início da expansão de um novo Direito Penal o qual se desdobra na formação teórica dos crimes de perigo abstrato, e que com tal fator consegue promover a construção legislativa que utiliza essa nova espécie doutrinária para enfrentar os atuais contextos de risco na sociedade. É por esse mesmo contexto, o qual anteriormente foi ressaltado, promoveu-se a necessidade da análise feita através da Sociedade de Riscos, tornando-a verdadeira fonte material do Direito Penal de nossa era. A influência dessa nova sociedade no ordenamento jurídico foi que resultou na elaboração legislativa dos crimes de perigo abstrato (BOTTINI, 2010, p. 119).

Parte-se então para uma classificação das infrações penais, com análise do critério feito acerca das distinções dos crimes de dano e dos crimes de perigo.

3.2. Crimes de dano

A maioria das condutas reprovadas às quais geram a atuação dos mecanismos normativos de direito, em especial os de Direito Penal, quase sempre aparecem pela promoção de um dano. O dano se torna então um conceito normativo que tem como definição a valoração de um acontecimento imputável pela conduta praticada por um indivíduo em relação à existência de uma determinada norma. Deve-se então considerar

que nesse tipo de fenômeno o bem jurídico protegido sempre será prejudicado, afetando-o de forma penalmente relevante. Por tal fator, lesão e dano são termos vistos de forma sinônima, denominando então vários delitos por meio de um desses termos, configurando assim um evento que prejudica o bem jurídico de forma prática (SILVEIRA, 2006, p. 107; MARQUES, 1997, p. 85).

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, doutrinador de grande renome na esfera penal:

Crime de *dano* é aquele para cuja consumação é necessária a superveniência de um resultado material que consiste na lesão efetiva do bem jurídico. A ausência desta pode caracterizar a tentativa ou um indiferente penal, como ocorre com os crimes materiais (homicídio, furto, lesão corporal). (2012, p. 724).

Assim, os crimes classificados como de dano ou lesão são aqueles nos quais o próprio legislador criou a exigência de que a conduta do agente venha a causar um efetivo prejuízo, uma modificação de caráter desfavorável ao bem jurídico. Portanto o resultado está configurado na lesão ao interesse protegido, sendo ele crucial para denominação desse tipo de delito.

Não podemos confundir o crime de dano com o crime material, pois os ditos como materiais são aqueles em que a lei descreve uma ação e um resultado, e exige a ocorrência deste mesmo resultado para que o delito se consuma. Já o crime de dano é aquele que pressupõe a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. Então deve ser feita a distinção entre estes dois conceitos, pois os crimes materiais dão referência à existência de um resultado naturalístico em relação ao objeto sobre o qual se recai a conduta criminosa do agente, já os crimes de dano, e até os de perigo, referem-se ao bem jurídico tutelado (SILVA, 2003, p. 56).

Uma grande parte da doutrina do Direito Penal segue a ideia de que as principais diferenças entre os crimes de dano e os de perigo estão no tipo penal. O tipo penal tem como função precípua a descrição objetiva de um comportamento, de uma conduta proibida e quase sempre se exterioriza por uma forma de ataque, e com produção de um resultado dessa conduta o qual pressupõe um prejuízo ao bem jurídico, seja com a caracterização de uma lesão ou de uma ameaça. Por conseguinte, o principal componente capaz de fazer a distinção entre tais espécies de delito, a de dano ou de perigo, estaria no grau de afetação ou a intensidade de ataque ao bem jurídico (CEREZO MIR, 2001; MIR PUIG, 2004).

A consumação dos crimes de dano aparece quando se torna real a destruição ou menoscabo valorativo de um bem jurídico, e para isso tal evento deve estar descrito no tipo penal. Bitencourt nos ensina que a doutrina define o crime de dano como o qual necessita de superveniência de uma lesão com caráter efetivo para sua consumação. Portanto, deve-se notar que nos delitos de dano configura-se sempre uma afetação palpável ao bem jurídico, estaria sempre descrita no tipo penal uma lesão (BITENCOURT, 2010, p. 254).

3.3. Crimes de perigo

É de crucial importância para elaboração dessa pesquisa a definição dos crimes de perigo, suas espécies e seus limites de utilização, para que posteriormente seja também elaborado o paralelo acerca dos atos preparatórios de terrorismo. Assim, os atos preparatórios estão configurados como espécie de crime de perigo abstrato, sendo então de grande relevância a análise teórica de todo esse aparato conceitual.

Quando se fala de crime de perigo, em primeiro lugar, deve-se considerar que tal delito é aquele que tem sua consumação efetuada por simples produção de perigo perante o bem jurídico protegido, sem a elaboração de uma lesão efetiva. Com tudo, deve-se notar que nos crimes de perigo haverá sempre uma antecipação de tutela penal, ou ainda uma criminalização no âmbito prévio, e por isso consegue proteger o bem jurídico em momento antecedente ao dano (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 1999, p. 12).

A definição desse tipo de crime é muito bem feita por Cezar Roberto Bitencourt, descrevendo-o como:

Crime de *perigo* é aquele que se consuma com a superveniência de um resultado material que consiste na simples criação do perigo real para o bem jurídico protegido, sem produzir um dano efetivo. Nesses crimes, o elemento subjetivo é o *dolo de perigo*, cuja vontade limita-se à criação da situação de perigo, não querendo o dano, nem mesmo eventualmente (2012, p. 724).

Essa antecipação de tutela realizada no Direito Penal atual, por meio da configuração de crimes de perigo, tem tido um olhar mais atencioso em virtude da necessidade de contenção de riscos sociais advindos da Sociedade de Risco. Todo esse novo processo social criou então o chamado “Direito Penal da sociedade de risco”, o que deu força a formação de bens jurídicos universais (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 1999, p. 36).

3.3.1. Crimes de perigo concreto e abstrato

De uma forma mais geral, os delitos de perigo são, primeiramente, divididos em duas partes, os crimes de perigo concreto e os crimes de perigo abstrato. Os crimes de perigo concreto estão relacionados a situações em que o risco é parte integrante do tipo penal e por isso deve sempre ser verificado de caso a caso. Já os crimes de perigo abstrato entendem-se como situações nas quais se cria um momento perigoso por presunção hipotética.

Bitencourt também faz divisão dos crimes de perigo, dividindo-o entre delito de perigo concreto e abstrato:

O *perigo*, nesses crimes, pode ser *concreto* ou *abstrato*. Concreto é aquele que precisa ser comprovado, isto é, deve ser demonstrada a situação efetiva de risco ocorrida no caso concreto ao bem juridicamente protegido. O perigo é reconhecível por uma valoração da probabilidade de superveniência de um dano para o

bem jurídico que é colocado em uma situação de risco, no caso concreto. O perigo *abstracto* pode ser entendido como aquele que é presumido *juris et de jure*. Nesses termos, o perigo não precisaria ser provado, pois seria suficiente a simples prática da ação que se pressupõe perigosa (2012, p.724-725).

Dessa forma, os crimes de perigo concreto são aqueles nos quais se tem a necessidade de verificação de perigo efetivo, para que assim consiga-se amoldar perfeitamente o evento ocorrido no tipo penal, e conseqüentemente para que isso seja possível, por regra, deve-se analisar caso por caso. O perigo, então, nesse tipo, é indicado no modelo legal, sendo integrado como tipo penal (BETTIOL, 1986, p. 351).

Roxin nos adverte que nos crimes de perigo ditos como concretos é necessário que tenha sido produzido um perigo de caráter real em relação ao bem jurídico resguardado por meio do tipo penal, ou seja, é crucial a elaboração de um perigo efetivo de resultado, ou ainda um risco de lesão adequado e que esteja censurado. Para ele, o perigo deve ser comprovado por meio de juízo *ex ante*, por suposição ou estimativa, e por tal necessidade caso o perigo de resultado não seja verificado o ocorrido não poderia ser imputado, mesmo que criasse uma situação de perigo (1997, p. 404).

Podemos tirar como exemplo o artigo 250 do atual Código Penal, o qual descreve conduta relacionada ao incêndio:

Art. 250 - Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:

Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa.

Aumento de pena

§ 1º - As penas aumentam-se de um terço:

I - se o crime é cometido com intuito de obter vantagem pecuniária em proveito próprio ou alheio;

II - se o incêndio é:

- a) em casa habitada ou destinada a habitação;
- b) em edifício público ou destinado a uso público ou a obra de assistência social ou de cultura;
- c) em embarcação, aeronave, comboio ou veículo de transporte coletivo;
- d) em estação ferroviária ou aeródromo;
- e) em estaleiro, fábrica ou oficina;
- f) em depósito de explosivo, combustível ou inflamável;
- g) em poço petrolífero ou galeria de mineração;
- h) em lavoura, pastagem, mata ou floresta.

Incêndio culposo

§ 2º - Se culposo o incêndio, é pena de detenção, de seis meses a dois anos.

Nota-se então que em tal tipo penal, mais precisamente em seu *caput*, está expresso o elemento de perigo, sendo inquestionável a indicação de risco feita pelo legislador, mas não necessariamente estará sempre prescrito na norma o termo “perigo”, podendo este advir de outra conceituação ou ainda sem tal locução (SILVA, 2003, p. 68).

Finalizando essa temática, pode-se dizer que os crimes de perigo concreto configuram-se pela exigência de constatação do perigo feita por análise de caso a caso, tendo também em regra a descrição do perigo no próprio tipo penal. Em alguns casos, ainda que o risco não esteja descrito no tipo de forma expressa, ou esteja impreciso, esse não poderá ser definido como crime de perigo abstrato. Portanto, mesmo configurada a ausência de taxatividade, para que não sejam feridos requisitos constitucionais e para que seja mantida a legitimidade de tal instituto jurídico-penal, a infração deverá ser considerada como de perigo concreto (SILVA, 2003, p. 71).

Parte-se então para a segunda espécie de crimes de perigo, os ditos como abstratos. Tais crimes, também chamados de crimes de perigo presumido, são espécies nas quais o perigo está inerente à conduta do agente e o risco seria então apenas presumido. A doutrina majoritária descreve tal concepção como *juris et de jure*, o que significa “de direito e por direito”, estabelecido por lei e considerado por esta como verdade. Assim como já foi argumentado, os crimes de perigo concreto pressupõem a indicação do perigo no caso concreto *a posteriore*, enquanto os crimes de perigo abstrato já o têm definido *a priori* (COSTA, 1992, p. 620-621).

Como dito anteriormente nos crimes de perigo abstrato, tais perigos são próprios da conduta do agente, sendo então inerente a ela, e por consequência disso para sua produção legal o risco deve ser calculado de forma empírica, por um meio real. Segundo Miguel Reale Júnior a produção do modelo típico dos crimes de perigo abstrato feita pelo legislador, utilizando ele da experiência e realidade, valida a punição em relação às condutas do agente, tornando ínsito um perigo ao bem jurídico de tutela (REALE JÚNIOR, 1997, p. 66).

Por essa breve consideração feita acerca dos crimes de perigo abstrato, nota-se a essencial consideração do elemento presunção em suas características, o legislador comina uma pena à conduta pelo simples fato de considerá-la perigosa, independente da existência de perigo real no caso concreto. Diferentemente dos casos de perigo concreto, nos quais a análise do perigo é feita *ex post*, ou seja, cabe a verificação se a conduta gerou ou não um perigo de lesão no caso concreto.

A definição de perigo abstrato é feita de forma diferente à de perigo concreto, porque o risco não está constatado de forma material no tipo com associação a uma lesão ou perigo a determinado bem jurídico. Mas, verifica-se que é aceita a ausência de perigo no próprio tipo penal, pois no perigo abstrato não é mencionado o perigo como elemento (MÉNDEZ RODRÍGUEZ, 1993, p. 41).

Deve ater-se, também nesse caso, a construção legislativa. Nesse ponto, verifica-se a ausência de um resultado material de dano ao bem jurídico protegido. O crime então

é visto como fruto de uma hipótese, esse somente terá vivência na mente do legislador, sendo assim de pouca aplicação o juízo do magistrado (SILVEIRA, 2006, p. 118).

Por fim, em resumo, pode-se dizer que os delitos de perigo abstrato são os que não exigem a lesão a um bem jurídico ou a colocação deste bem em risco real e concreto. É um tipo penal que descreve apenas um comportamento, uma conduta, e não aponta um resultado específico como componente expresso do injusto. Assim podemos exemplificar essa espécie de delito como o de dirigir embriagado:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses.

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro.

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

Com isso, pode-se dizer que não há exigência da lesão, ou ainda da morte de alguém, descrita no tipo e também não é necessária a demonstração de que algum indivíduo foi exposto a risco concreto pelo condutor do veículo o qual pilota de maneira embriagada. O delito apenas descreve uma conduta e determina, simplesmente por considerá-la perigosa, a aplicação da pena, sendo então independente o resultado.

Portanto, a presunção *juris et de jure* de um perigo leva o magistrado a não levar em consideração o fato ocorrido, o que o faz aplicar a norma *in genere*. Ocorreria então uma espécie de transação em relação à decisão do perigo, passando do Juiz ao Legislador (SILVEIRA, 2006, p. 119).

Várias são as discussões e críticas feitas em relação ao valimento ou não da utilização dessa espécie de tipo penal, o qual é cada vez mais comum no âmbito jurídico contemporâneo. Não será feita uma análise tão criteriosa acerca dessa temática, mas será feita agora uma nova disposição referente aos atos preparatórios, outra forma de antecipação da tutela penal atrelada aos crimes de perigo abstrato, sendo também independente de uma real situação de perigo ou ainda uma potencial lesão ao bem jurídico-penal.

3.3.2. Atos preparatórios

Dentro dos intitulados crimes de perigo abstrato, também é dividida tal espécie de delito. Na temática exposta neste trabalho são relacionados os atos preparatórios de

terrorismo, e nesse ponto devem ser também esmiuçados os delitos preparatórios, considerados estes como forma de crime de perigo abstrato.

De uma maneira mais geral, os chamados atos de preparação relacionam-se apenas a uma etapa inicial, de caráter externo, do *iter criminis* (caminho do crime) de um delito, o qual não gera nenhuma lesão ou perigo concreto ao bem jurídico, é considerado irrelevante na esfera penal.

Segundo Fernando Capez, a preparação é a prática de alguns atos dados como imprescindíveis para efetivação do delito. Em tal etapa ainda não se tem o início da agressão ao bem jurídico tutelado. O criminoso, nessa fase, ainda não deu início a realização do verbo penal, definido como núcleo do tipo, e por isso a prática ainda não pode ser penalizada (2012, p. 579).

Em palavras de Bitencourt, o caminho do crime se divide em alguns passos, entre eles os atos preparatórios, sendo estes vistos como:

O passo seguinte é a *preparação* da ação delituosa que constitui os chamados *atos preparatórios*, os quais são externos ao agente, que passa da cogitação à ação objetiva; arma-se dos instrumentos necessários à prática da infração penal, procura o local mais adequado ou a hora mais favorável para a realização do crime etc. De regra, os atos preparatórios também não são puníveis, apesar da opinião dos positivistas, que reclamam a punição como medida de prevenção criminal (teoria subjetiva), uma vez que o nosso Código Penal exige o *início da execução*. No entanto, algumas vezes, o legislador transforma esses atos, que seriam meramente “preparatórios”, em *tipos penais especiais*, fugindo à regra geral (...) (2012, p. 1430).

Como disserta o texto do ilustre doutrinador brasileiro, mesmo que dados como impuníveis, em alguns casos os atos preparatórios são tipificados pelo legislador, estando eles na esfera especial do Código Penal Brasileiro, fugindo então à regra geral. Pode-se dar como exemplo, o tipo penal de “petrechos para falsificação de moeda” (art. 291), ou o crime de “atribuir-se falsamente autoridade para celebração de casamento” (art. 238), o qual seria apenas a preparação da simulação de casamento (art. 239), entre outros (BITENCOURT, 2012, p. 1430).

Assim, há algumas situações, de caráter mais específico, em que a legislação penal, com o intuito de garantir uma proteção mais eficaz, escolhe antecipar sua tutela a um instante prévio ao do dano ou de um risco real, e para isso tipifica de maneira autônoma o exercício de atos preparatórios.

Com todos os exemplos de tipos penais supracitados, nota-se então, em tais dispositivos, o caráter de autonomia dentre eles afastando a ideia de uma punição feita em decorrência da participação em um delito alheio. A penalização de tais práticas, a respeito da autonomia de tais tipos penais, leva o agente do ato prévio a não ser associado a possíveis crimes posteriores, são dados como independentes a ocorrências futuras de outros delitos. Assim, pode-se dizer que a normatização que incriminaria atos preparatórios faz jus apenas a necessidade exclusiva de circunstâncias fáticas

relacionadas ao instante da ação preparatória, não sendo relevante para sua configuração o desenrolar efetivo de um crime posterior (HIRSCH; WOHLERS, 2007, p. 293).

Primeiramente, para que seja possível a proteção antecipada de determinado bem jurídico referente a condutas delituosas futuras em virtude da proibição penal de uma ação preparatória, é necessária uma avaliação acerca dos interesses que entrariam em risco com a realização de tal ato. Em virtude disso devem-se averiguar quais seriam os interesses impactados pela conduta do agente, se haveria a criação de benefícios que poderiam ser compartilhados por outros integrantes da sociedade em ações anteriormente praticadas e, enfim, debater os interesses alcançados e vantagens possíveis e a vulnerabilidade que a formação de tais práticas representaria ao bem jurídico em questão (HIRSCH; WOHLERS, 2007, p. 294).

Com a formação de algumas dessas diretrizes, pode-se afastar, de plano, expectativa na criminalização de caráter autônomo mediante condutas que, em geral, são seguidas de outros atos legítimos que produzem resultados vantajosos para a sociedade, mesmo que eles venham a gerar um aumento na possibilidade de lesão ao bem jurídico. Tal ocorrência se vale pela essência de uma sociedade que agora elabora riscos de proporções nunca antes imagináveis e que se tornaram então, tais riscos, parte da dinâmica de suas relações sociais e também da produção de quase toda a riqueza global, e por consequência disso a cominação de penas aos agentes de condutas que são totalmente necessárias para realização de ações lícitas essenciais ao ser dessa geração se torna inviável para vida em sociedade (RAPOSO, 2011, p. 183).

Não seria cabível, por exemplo, a criminalização autônoma da compra de veículos ou ainda de celulares simplesmente por serem utilizados para ações posteriores para elaboração de práticas delituosas. Os teóricos von Hirsch e Wohlers, nos ensina que a penalização desses atos seria uma forma de descrever uma “sociedade da desconfiança”, repressora de liberdades de ação de uma maneira equivocada e incoerente com a Norma Fundamental (HIRSCH; WOHLERS, 2007, p. 295).

Realmente, a tipificação de atos de preparação que têm caráter perigoso apenas será adequada nos momentos em que não houver nenhum interesse legítimo a ser atingido com sua realização, ou seja, apenas será aceita nos casos em que as práticas precedentes constituírem ações delituosas no futuro.

Nesse ponto, podem atribuir-se pelo menos quatro circunstâncias nas quais são aceitas sanções em decorrência de potenciais perigos gerados por condutas prévias. A primeira delas se relaciona a criminalização de comportamentos dirigidos direta e imediatamente a indicar ou a incitar terceiros à prática delituosa. A segunda situação se relaciona a condutas de caráter prévio as quais se destinam restritamente ao agrupamento de pessoas em torno da prática de inúmeros delitos futuros, não se valendo de possíveis vantagens posteriores a serem alcançadas pela sociedade. A penúltima situação decorre acerca de penalizações de condutas que disseminam práticas que tenham como ultimo fim o repasse a terceiros de conhecimentos exclusivos sobre a formação de determinadas fontes de risco que somente poderão ser viáveis para pratica de crimes graves. Por fim, proibem-se penalmente atos de fabricação e de colocação em circulação de determinados bens perigosos (HIRSCH; WOHLERS, 2007, p. 296-298).

Destaca-se perante tais aparatos normativos o surgimento de setores doutrinários os quais criticarão a tipificação de atos preparatórios expostos nessa

temática, quase sempre sob alegações de que com tais aberturas seriam violados princípios como o da ofensividade, do contraditório e ampla defesa, e outros que seriam inerentes ao direito penal. Mas ainda em face de opiniões dessa tendência, parece prudente a tipificação de atos preparatórios, mais especificamente no conteúdo acerca dos crimes de terrorismo, se mostrando então adequada tal proposta, devendo sempre ser levadas em consideração suas devidas proporções.

Outras ideias se remetem a necessidade de rever os conceitos tradicionais e restritos ainda vigentes nessa era, devendo ampliar as discussões acerca do Direito Penal e a possibilidade de aceitação de novas tendências teóricas. Pode-se então citar a tese firmada por Günther Jakobs, o Direito Penal do Inimigo, sendo importante na essência de tal teoria acolher na conduta do indivíduo uma personalidade potencialmente ofensiva aos interesses da sociedade, mas que venha de tal forma em que a disputa por segurança não ultrapasse o necessário (JAKOBS, 2000, p. 30-31).

De uma forma mais geral, as ideias do pensador alemão fazem distinção entre as ações jurídico-penais tomadas em virtude de infrações praticadas por quem é chamado de “cidadão”, pois tais ações teriam ainda perante o Estado a afirmação de validade da norma, podendo então ser oportuna e eficaz a pena que reprima o agente. De outro lado Jakobs relata que haveria momentos em que tal repressão não teria eficácia, sendo este o momento das práticas do “inimigo”, o qual a pena pretende apenas prevenir, combater o perigo, e assim dar maior segurança a sociedade, simplesmente porque algumas ações ou indivíduos da esfera criminosa não poderiam mais se valer da afirmação da validade da norma (2012, p. 47).

Com teorias como esta e várias outras geradas nesse período da história, pode-se perceber o mesmo foco na necessidade daquilo que chamamos de prevenção, a atenção ao perigo, pois alguns ramos do crime não possibilitam mais sua ressocialização. Talvez tal prevenção seja o mais benéfico em situações que clamam mais segurança, situações estas nas quais não se discute a possibilidade de uma mediação pacífica ou ainda um acordo entre conflitantes. O terror que assombra grande parte do mundo precisa ser realmente combatido, mas o que deve ser levado em consideração seria ainda como esse problema poderia ser, pelo menos, amenizado.

A utilização e a maior vantagem em relação aos atos preparatórios, atrelados aos crimes de perigo abstrato e a antecipação da tutela, se torna então o foco principal acerca da possibilidade de garantia da segurança na sociedade, devendo-se então analisar a criação e a validade da Lei Antiterrorista no Brasil, questionando então os benefícios e malefícios voltados a tal norma. Seria, ou não, eficaz a criminalização do terrorismo? Seria realmente possível tal tipificação? Ou seria mesmo mais vantajosa ao cidadão de direitos a prevenção dos riscos em virtude das avalanches terroristas no mundo atual?

4. A tipificação dos crimes de terrorismo

A conduta do terrorismo foi tipificada pela Lei nº 13.260/2016, com data de 16 de Março, com definição dos atos que servem para sua caracterização. A criminalização de tal delito foi desenvolvida por meio do Projeto de Lei da Câmara de nº 2016, de 2015, de iniciativa da Presidente da República, tramitado em regime de urgência, tendo também como base o regulamento assentado no inciso XLIII do art. 5º da Carta Maior,

disciplinando o terrorismo, referindo-se aos mecanismos investigatórios e também processuais e reformulando a definição de organização terrorista, e por fim sua instauração gera a modificação das Leis nº 7.960/89 e nº 12.850/2013.

Foram vários os acontecimentos que levaram o Estado a se posicionar com um olhar mais apurado nessa temática, sendo tanto pelos eventos realizados no país ou pelos ataques terroristas ocorridos em todo o mundo. O Brasil foi sede, no ano de 2012, da chamada Rio+20, conferência das Nações Unidas sobre desenvolvimento sustentável. Já em 2013 foi realizada a Copa das Confederações, um dos grandes eventos esportivos sediados no país, e também foi sede, no mesmo ano, da Jornada Mundial da Juventude, movimento religioso cristão no qual se teve a presença do Papa Francisco. Posteriormente, no ano de 2014, o país foi sede do maior evento esportivo global, a Copa do Mundo de Futebol. E, por fim, em 2016 o Rio de Janeiro sediou ainda as Olimpíadas. A realização de todos esses eventos levou a questionar a possibilidade do país se tornar alvo de ataques terroristas, o que gerou a formação dessa nova Lei Antiterrorista.

Serão analisados agora os pontos mais relevantes em relação à norma elaborada e aprovada, dando foco aos artigos relacionados aos tipos penais descritos, sua cominação penal, entre vários outros elementos também significantes, e talvez, criticáveis por aspectos a serem posteriormente apresentados neste trabalho.

A tipificação do delito de terrorismo está descrita, essencialmente, no artigo 2º, da lei mencionada, o qual diz:

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

§ 1º São atos de terrorismo:

I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

II - (VETADO);

III - (VETADO);

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa:

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.

Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.

Observa-se no texto do tipo penal que não se foge do núcleo central disposto no crime de terrorismo, é evidente dele o retrato da mensagem de terror. É referida no caput do artigo a necessidade de ocorrência da promoção do terror social ou ainda sua generalização, reconhecendo tal conduta como algo voltado à disseminação do recado dado na prática terrorista (CALLEGARI et al., p. 91, 2016).

Na redação de tal *caput*, pode-se constatar a não exigibilidade da concretização do sentimento de terror, não se tem então a necessidade de ser difundido em um número impreciso de pessoas tal pânico, satisfazendo-se assim apenas que seja essa a finalidade do ato praticado. Nada obstante, depende-se que o ato efetuado seja, no mínimo, capaz de atingir tal objetivo, pois caso não faça pode se configurar como crime impossível (CALLEGARI et al., p. 91, 2016).

O artigo 2º da Lei Antiterrorismo tem também como mecanismos conceituais mais específicos seus parágrafos 1º e 2º. O primeiro deles consagra um elemento estrutural, que descreve a forma de caracterização e atuação em tal delito, e o segundo relata um elemento teleológico, demonstrando fins buscados por meio de tal ato (CALLEGARI et al., p. 91, 2016).

Nos incisos de número I a V do § 1º do artigo 2º da norma em análise são descritas condutas através das quais o ato terrorista será efetuado, tendo nesses atos citados no inciso um caráter de generalização, o que vem a configurar uma abrangência comunicacional nas práticas terroristas. Já no parágrafo 2º desse mesmo artigo faz alusão favorável por meio da inaplicabilidade desse tipo penal do ato terrorista em relação às práticas de manifestações plurais, não podendo então tais momentos ser considerados atos de disseminação de terror. Com isso, é protegido o livre exercício de manifestações, buscando ainda evitar-se o enquadramento errôneo do tipo penal em tais circunstâncias, ressaltando, porém, a possibilidade de imputação em detrimento de outros fatos delituosos eventualmente efetuados na ação (CALLEGARI et al., p. 92; 96, 2016).

É também de notória importância a análise acerca do bem jurídico tutelado por meio da Lei Antiterrorista. Perante isso, sabe-se que o tipo penal estruturado nesse país considera tal delito como atentatório a vários bens jurídicos. Em primeiro lugar o terrorismo pode ser definido como uma forma de violação dos mesmos bens jurídicos tutelados pelos personagens delituosos comuns da qual se utiliza para atos de terrorismo, tendo, por exemplo, no homicídio a configuração da vida como bem jurídico tutelado (CALLEGARI et al., p. 97, 2016).

Mas, mesmo com a tutela de bens como estes, de caráter um pouco mais específico, são também atribuídos ao terrorismo bens jurídicos tutelados de forma mais

abrangente, tendo como exemplo a paz pública ou ainda a própria democracia, tomando, por consequência disso, decisões na esfera política de forma legítima (LLOBET ANGLÍ, 2010, p. 59).

Têm-se muitos outros artigos da Lei em vigência, entre eles pode-se citar o artigo 3º, o qual estipula penalização do delito de favorecimento pessoal do terrorismo, por meio de promoção, constituição, integração ou ainda prestação de auxílio capaz de instaurar organização caracterizada como terrorista.

Já o artigo 5º também tem grande importância no desenvolvimento da temática aqui exposta, se relacionando a um mecanismo preventivo, com reflexos das principais ideias do já mencionado Direito Penal do Inimigo. Tal dispositivo penal relata acerca da realização dos atos preparatórios vinculados a possíveis práticas de terrorismo. O artigo aqui analisado traz em seu *caput* a possibilidade de antecipação da tutela penal, consentindo a penalização dos atos preparatórios, o que define a configuração preventiva do fato punível (BACIGALUPO, 1999, p. 462-463).

O artigo 6º, do dispositivo legal em questão, por sua vez discorre sobre a conduta de financiamento da prática de terrorismo. Tal instrumento legal tipificado concretiza uma tentativa de combater efetivamente os atos terroristas, os quais dependem sempre de um auxílio financeiro para suas práticas, e por consequência disso o legislador tenta restringir o recebimento de recursos as associações terroristas. Diante disso é necessário frisar que não é dependente da prática em si da ação terrorista, não tendo importância para caracterização do delito de financiamento do terrorismo (CALLEGARI et al., p. 101, 2016).

A parte do dispositivo legal em análise que também merece atenção está no artigo 7º, o qual se refere às causas de aumento na punição por delitos descritos anteriormente em casos de formação da lesão corporal grave ou morte. Todavia, é necessário esclarecer que nos casos definidos no artigo 2º dessa mesma lei, não será viável a utilização dos dois mecanismos legais perante o crime de terrorismo, pois já estaria sendo descrito como modalidade do crime, mais especificamente em seu inciso V, que discorre acerca do atentado relacionado à vida ou integridade física de pessoas (CALLEGARI et al., p. 101, 2016).

São analisados também os artigos 16 e 17 da Lei nº 13.260/2016. Estes por sua vez se associam a mecanismos processuais, investigatórios e ainda de julgamento na ocorrência de crimes relacionados à Lei de Organizações Criminosas, e também tendo validade a aplicação da Lei dos Crimes Hediondos (CALLEGARI et al., p. 102, 2016).

Por fim, nota-se a alteração feita por esse dispositivo em relação à Lei associada à prisão temporária, a qual concede tal espécie de prisão nos delitos associados a prática de terrorismo e o artigo 19 modifica a menção da Lei de Organizações Criminosas em sua interação com o terrorismo (CALLEGARI et al., p. 102, 2016).

Após essa análise feita, atenta-se agora à ampla dificuldade na tipificação do crime de terrorismo, relatada no âmbito global, e a possível crítica acerca da Lei Antiterrorismo e a busca da amenização dessa problemática por meio da punição dos atos preparatórios de terrorismo associados aos crimes de perigo abstrato.

5. A punição dos atos preparatórios de terrorismo como crime de perigo abstrato

Chega-se então ao ponto crucial do trabalho proposto, a punição dos atos preparatórios de terrorismo pela ótica dos crimes de perigo abstrato, utilizando-se do caráter preventivo como foco principal capaz de amenizar a prática de atos delituosos dessa espécie.

Não seria estranho dizer que por ocorrência cada vez maior de eventos desse tipo e a magnitude de seu impacto na sociedade global, a precaução tem se tornado a solução mais eficaz e também a mais correta. A sociedade de hoje, já analisada acerca de seus riscos de dimensões sempre mais expressivas, não tem mais forças para regular o controle das práticas do homem em decorrência de suas finalidades, por decorrência de tais ações se tornou mais prudente sua prevenção, chegando também essa nova problemática aos olhos do Direito Penal.

Todavia, a avaliação dos crimes de terrorismo tem como busca a sua conceituação, suas finalidades e sua dinâmica na sociedade contemporânea. Não é fácil conceituar tal delito considerando seus aspectos históricos e a possível generalização de algumas ações nas quais sua punição pode se tornar errônea em vários casos. Em consequência disso parte-se agora para uma análise histórica em relação a tal conceituação.

5.1. Contexto histórico

Inicia-se agora o relato histórico acerca da busca pela conceituação do crime de terrorismo, e conseqüentemente sua não tipificação exata em grande parte do mundo. Tratando-se da complexidade de tal tema é necessário ressaltar que mesmo não se tendo precisão em relação à descrição da conduta do agente em crimes de terrorismo, todos os Estados demonstram grande firmeza no combate ao que consideram atos de terrorismo.

Com isso, foram vários os acontecimentos históricos que levaram o homem a dar maior relevância a tal tema. Após os eventos ocorridos em decorrência da Primeira Grande Guerra uma comissão composta por juristas foi formada em busca da análise de violações a Direitos Internacionais relacionados às práticas de guerra. Tal estudo não chegou a conceituar o terrorismo. Posteriormente, em 1937, o Convênio de Genebra foi realizado na procura de precaução e combate ao terrorismo, o qual também não conceituou o terrorismo. Já na década de 70, vários dos Estados definidos como democráticos deram início ao uso de métodos jurídico-repressivos, realizando-se assim um processo de normatização excepcional (RAMON CHORNET, 1993, p. 116; 99).

Foi notável também a busca pela definição do terrorismo feita pelas Nações Unidas por meio da Resolução nº 2625, datada em 24 de outubro no ano de 1970, a qual deu como encargo de todo Estado a abstenção de organizar, provocar ou ajudar atos de terrorismo em desfavor de outro Estado. Encontra-se algo equivalente a tal dispositivo na Resolução de número 2734, de 16 de dezembro, também do ano de 1970. No ano posterior, em 1971, foi realizado pela OEA (Organização dos Estados Americanos) evento que tinha como finalidade principal a Prevenção e Repressão aos Atos de Terrorismo. De novo não se encontrou a definição de terrorismo, mas foi feita uma numeração opcional acerca dos atos dados como terroristas (CALLEGARI et al., p. 29, 2016).

Posteriormente, no ano de 1977, foi efetuada a aprovação do Convênio Europeu para Repressão do Terrorismo feito pelo Conselho Europeu. Tal dispositivo ilustra mecanismos pelos quais se realiza a assistência jurídica e também a extradição. As assembleias parlamentares também praticam várias resoluções por meio de aconselhamento do Comitê de Ministros. Outro fator que levou a Europa a ter um olhar mais cauteloso acerca de eventos atentatórios foi à prática terrorista ocorrida nos EUA em 2001 no dia 11 de setembro. Em consequência desse ocorrido, em 21 de setembro desse mesmo ano, foi realizado em Bruxelas foi reunido Conselho Europeu que teve como finalidade a elucidação de novas vias a serem utilizadas em combate ao terrorismo. Tais caminhos propostos possuem cinco pontos principais, sendo eles o reforço policial e judicial perante as detenções a serem feitas, substituindo o mecanismo de extradição; o desenvolvimento de dispositivos judiciais de caráter internacional para emprego dos convênios existentes; o remate ao financiamento do terrorismo; melhorias à segurança aérea; e por fim a direção acerca de atos globais da União Européia no combate ao terrorismo (CALLEGARI et al., p. 31, 2016).

Os eventos já mencionados, relacionados aos atentados de 11 de setembro do ano de 2001, levaram os EUA a buscar resposta ao ocorrido por meio de mecanismos bélicos, o que os levou também à utilização das Forças Armadas contra países, associações e ainda indivíduos os quais tiveram praticado planejamento, efetuado ou apoiado ataques e ações de espécie terrorista. Em período mais atual os EUA aprovaram uma norma denominada “Lei de Tortura”, o qual levou a formação de tribunais militares de exceção (CALLEGARI et al., p. 32, 2016).

Já na França, em meados de 1986, também promoveu mecanismo normativo acerca do terrorismo, chegando a conceituar tal prática delituosa como espécie de crimes comuns. Na Alemanha as associações terroristas são relacionadas a organizações do exterior, mas mesmo assim não são definidas tais práticas com finalidade política, não sendo então vista como elemento típico tal finalidade. Pode-se citar também a Lei Antiterrorista da Itália, promovida em 2005, a qual criminalizou condutas referentes à capacitação de indivíduos terroristas, tendo atualmente no Código Penal de tal país um único capítulo relacionado a esse assunto (CANCIO MELIÁ, 2010, p. 418 e ss.).

Conclui-se então que, perante breve narrativa histórica, a definição do que é terrorismo, para que por consequência dela seja possível tipificar a conduta terrorista, tem sido uma tarefa árdua em todo mundo. A complexidade de tal fenômeno e também a inúmeras formas de execução dos atos de terrorismo no mundo todo são fatores expressivos acerca da dificuldade de definir universalmente o crime de terrorismo, considerado por muitos como algo impossível. Mostram-se então nesse trabalho as críticas a tipificação realizada no Brasil e a possível utilização mais coerente dos atos preparatórios de terrorismo, relacionada à nova corrente de crimes de perigo abstrato, buscando a não generalização de práticas erroneamente associadas ao terrorismo.

5.2. Problemática e crítica

Mostram-se agora as principais divergências acerca do dispositivo normativo em vigência no Brasil, suas afrontas doutrinárias, os possíveis impactos a direitos e garantias de caráter fundamental definidos pela Constituição Federal, e por fim as vias alternativas que podem ser utilizadas para amenização de tal problemática. Como já foi

alegado anteriormente, por ser tema de grande complexidade e as inúmeras formas de aparição desse fenômeno, os mecanismos legais relacionados ao terrorismo devem ser sempre elaborados com grande cautela.

Sabe-se que toda temática criminal, assim como o terrorismo, deve ter um olhar profundo na realidade social, vez que tal delito também não possui um modelo definitivo e imutável. Deve-se considerar também a essa dificuldade de conceituação o caráter sempre transmutável da sociedade humana, possibilitando então o surgimento de novos métodos de terrorismo. Ignácio Nunes Fernandes ensina que ao se tratar do terrorismo não se pode afirmar que as práticas do século XX são semelhantes as do século XXI por vários fatores, por exemplo, o seu impacto global referentes aos ataques de hoje, enquanto as práticas do século passado tinham um caráter mais modesto na sua repercussão (NUNES FERNANDES, 2012, p. 03 e 04).

Assim, a problemática mais evidente na tentativa de conceituação de uma conduta terrorista está vinculada à sua vagueza semântica e a consequência de uma moldagem ampla e aberta de tipos penais, o que levará à criação de novos alardes.

A ampliação semântica da palavra terrorismo produz um aumento nos tipos penais de precaução a perigos, que, em palavras de Douglas Husak, tem levado ao crescimento do Direito Penal. Segundo ele, essa prevenção desenvolveu a formação de vários tipos penais provenientes de atos preparatórios, justificada pela ameaça terrorista (2013, p. 86).

Mas em decorrência da vagueza semântica e alguns dispositivos legais criticáveis na Lei nº 13. 260/2016 é necessária uma análise mais precisa acerca dos artigos em questão para que se possa mostrar a validade na punição dos atos preparatórios dos crimes de terrorismo. Tal problemática semântica na tipificação do terrorismo aparece no artigo 2º da lei, o qual faz utilização do termo “terror social”, não tendo neste uma clareza necessária ao princípio da legalidade, na utilização de referido termo (BARBOSA, 2016).

Foi constatado também que algumas condutas vistas no artigo 2º, nos incisos do § 1º, já foram tipificadas antes de criação dessa lei. Verifica-se então o embate aparente de normas penais, o qual tem como solução o princípio da consunção, pois as condutas definidas no tipo penal do terrorismo são mecanismos essenciais para consumação do delito, demonstrado que o crime-fim, o terrorismo, absorveria o crime-meio, evitando uma dupla penalização do delinquente e manteria a validade do princípio *ne bis in idem*. Mas no mesmo parágrafo do dispositivo legal é feita menção tanto a punição por ameaça ou violência e também à de decorrência do ato terrorista, tendo então a concorrência de normas, com necessidade de aplicação do tipo penal de terrorismo associado simultaneamente ao de ameaça ou violência (CALLEGARI et al., p. 92, 2016).

Outro mecanismo criticado na formação na Lei Antiterrorismo foi o do artigo 3º, o qual estipula sanção no delito de favorecimento pessoal no terrorismo. Esse artigo tem relação expressiva acerca de tendência fortemente questionada pelos doutrinadores penais de todo o globo, pois faz jus ao que foi convencionalmente denominado como “Direito penal do autor”, conceito no qual não importa tanto a conduta exteriorizada pelo autor no crime, mas simplesmente sua personalidade, seu modo de ser e sua conduta de vida, chegando a desenvolver concepções de criminosos natos, de um caráter inimigo e então um tipo normativo de autor. Claus Roxin afirma que tal modelo de tipificação (artigo 3º, Lei 13. 260/2016) advinda do Direito Penal do Autor seria consequência de alerta acerca de futuros crimes a serem cometidos (1997, p. 177).

Temos também no artigo 5º a fundamentação do tipo penal sob os chamados atos preparatórios, fazendo uso de uma punição antecipada descrita pela conduta do agente. Tal dispositivo legal cria a possibilidade de adiantamento da intervenção penal, pensamento compatível com os que já foram alegados em toda essa pesquisa.

A teoria anteriormente analisada do Direito Penal do Inimigo, que, de forma geral, se baseia na prevenção dos atos criminosos de uma realidade cada vez mais insegura e tendo interesse na punição de delitos que se desviam do ordenamento jurídico e não oferecem garantias de o indivíduo delinquente venha a se portar novamente de acordo com a legalidade (JAKOBS, 2007, p. 44), não deveria ser utilizada de forma tão assídua, mas não há como se omitir que a criminalização de práticas de terrorismo, especificamente na antecipação da formação do delito, mostra-se, a princípio, coerente com a gravidade e a complexidade de referido crime.

O crime de terrorismo não pode ser considerado como crime comum, vez que possui várias características especiais, entre elas a de motivação política de caráter ilegítimo, entrando em confronto com o sistema legítimo de liberdades do Estado de Direito. Mas dentro de todas essas dificuldades alegadas na tipificação do terrorismo há de se conseguir uma descrição penal adequada.

Com o uso de mecanismos mais específicos acerca dos atos preparatórios, sendo eles relacionados à criminalização de comportamentos dirigidos direta e imediatamente a indicar ou a incitar terceiros para prática delituosa, as condutas de caráter prévio pelas quais se destinam restritamente ao agrupamento de pessoas em torno da prática de inúmeros delitos futuros, as penalizações de condutas que disseminam práticas que tenham como último fim o repasse a terceiros de conhecimentos exclusivos sobre a formação de determinadas fontes de risco que somente poderão ser viáveis para prática de crimes graves, ou ainda a proibição penal de atos de fabricação e de colocação em circulação de determinados bens perigosos, práticas anteriormente já analisadas, seria prudente o foco na prevenção aos atos preparatórios de terrorismo. Existiriam então limites para crimes de perigo abstrato, os atos preparatórios nesse caso, que levariam a sua validade.

Toda essa preocupação referente à validade ou não da utilização de tais mecanismos legais também está relacionada às proporções dos impactos gerados diante das práticas terroristas. Os ataques terroristas agora aparecem com grande frequência e não cabe ao Direito Penal se abster desse assunto, e sabendo da fluidez cada vez maior de tais ações criminosas, talvez fosse mais prudente manter a não tipificação desses crimes e sim preveni-los.

O desenvolvimento dos novos tipos penais de perigo abstrato, especificamente os atos preparatórios, deve ser compreendido como mecanismos capazes de proporcionar uma tutela mais apropriada aos bens jurídicos. Tais dispositivos, os quais não necessitam de um resultado de dano ou de risco concreto ao bem jurídico, essa espécie típica desloca dificuldades relacionadas aos quesitos de formação do tipo penal ou ainda os referentes à probatória, o que poderia concretizar uma proteção mais eficiente (COSTA JR., 1996, p. 75).

Assim, em decorrência das inconsistências e incerteza da sociedade de riscos aparece o chamado princípio da precaução. Os fatores de risco inerentes a modernização galopante e desenfreada, entre eles o descontrole das instituições, criou em todo planeta a necessidade de uma precaução, a qual tem sido difundida com uso dos meios de

comunicação. Pamela Oliveira dos Reis dá a tal princípio pressupostos didáticos capazes de dar maior noção a esse instituto:

O princípio da precaução tem sua aplicação com base em dois pressupostos: a possibilidade de que condutas humanas causem danos coletivos vinculados a situações catastróficas que podem afetar o conjunto de seres vivos; e a falta de evidência científica (incerteza) a respeito da existência do dano temido. Lida-se com um risco não mensurável, potencial, não avaliável. Sua aplicação demanda um exercício ativo da dúvida, vez que sua lógica visa ampliar a incerteza, sendo que esta não exonera de responsabilidade; pelo contrário, ela reforça a criação de um dever de prudência (2011 – Âmbito Jurídico, XIV, n. 89).

José Rubens Morato Leite também leciona dizendo:

O conteúdo cautelar do princípio da prevenção é dirigido pela ciência e pela detenção de informações certas e precisas sobre a periculosidade e o risco corrido da atividade ou comportamento, que, assim, revela situação de maior verossimilhança do potencial lesivo que aquela controlada pelo princípio da precaução (2003, p. 226).

Portanto, perante todos os fatores expostos, entre eles o princípio da precaução e prevenção, existe necessidades de caráter dogmático que conferem a validade da tipificação dos crimes de perigo abstrato, e com maior especificação de tais tipos entra a utilização da punição dos atos preparatórios de terrorismo, em decorrência dos impactos de proporções catastróficas desses ataques.

6. Conclusão

O período vivido numa sociedade cada dia mais insegura e temerosa gera a procura por medidas de apoio estatais capazes de reduzir o medo dos cidadãos. Tal preocupação foi mais expressiva perante a realização de eventos mundiais no país, tendo agora relação aos atentados terroristas praticados em todo o mundo. O Brasil não ficaria excluído de tais acontecimentos e nem dessas apreensões, o que gerou a necessidade da intervenção penal em tal assunto.

Mesmo sendo válida a busca pela proteção do Estado, nem sempre se tem uma ação correta advinda dele, o legislador quase sempre se preocupa em elaborar dispositivos legais que esboçam uma falsa segurança, sem se preocupar com a afetação dessa criação perante direitos e garantias. Também é inerente nessa discussão a dificuldade de tipificação dos crimes de terrorismo, o que gerou fortes críticas perante a Lei nº 13.260/2016.

As transformações sempre significativas das ações terroristas criam barreiras para descrição da conduta do agente, o que não pareceu muito importante na formação da lei. A vagueza semântica dos termos utilizados em artigos da lei mostra o retrocesso impregnado nas ações dos legisladores, necessitando-se então de alternativas coerentes de maior proteção, simplesmente pelos impactos gerados nos atos terroristas. Faz-se assim uma análise destinada a utilização de mecanismos preventivos capazes de demonstrar sua efetividade e validade.

Nesse ponto, aparece a classificação doutrinária acerca de crimes de dano e de perigo, tendo como foco os de perigo. Dentre essas espécies têm-se os crimes de perigo abstrato, o qual é desenvolvido pelo legislador descrevendo apenas as condutas consideradas perigosas, sem a necessidade de resultado, ou ainda, de um perigo concreto. Dentro de tais crimes aparece a espécie de atos preparatórios, mecanismos autônomos que punem os agentes antes da prática criminosa arquitetada. Tais condutas prévias são penalizadas em decorrência de comportamentos dirigidos à indicação ou incitação de terceiros para prática delituosa, as inerentes ao agrupamento de pessoas em torno da prática de inúmeros delitos futuros, a disseminação de práticas que tenham como finalidade o repasse a terceiros de saber exclusivo sobre a formação de determinadas fontes de risco, ou ainda a proibição em atos de fabricação e de colocação em circulação de determinados bens perigosos. Tais fundamentos mostram a limitação dada aos mecanismos legais referentes aos crimes de perigo abstrato.

Os atos preparatórios de terrorismos seriam então mais vantajosos do que a tentativa de formulação de tipos penais que descrevem a conduta terrorista, que tenta a tipificação de tais atos. A punição dos atos preparatórios poderia também ser associada ao princípio da precaução e da prevenção, capazes de limitar riscos tanto desconhecidos e incertos (precaução), quanto a uma aplicação contra riscos conhecidos (prevenção), mas que tenham um fim no mínimo compatível, a busca por segurança.

Portanto, seria viável a utilização desses dispositivos jurídicos penais, capazes de afastar a ocorrência de ataques catastróficos e irreversíveis como os terroristas, mantendo a não tipificação de tal crime pela dificuldade de defini-lo, mas levando em conta a necessidade de delimitação na formação de tais tipos.

7. Referências bibliográficas

AYALA, Patrick de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. Novas tendências e possibilidades do Direito Ambiental no Brasil. In. WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens (Org.). **Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Lei 13.260/2016 é um ato terrorista à hermenêutica constitucional**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-22/academia-policia-lei-132602016-ato-terrorista-hermeneutica-constitucional>. Acesso em: 19 nov. 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo à outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BECK, U. **A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva**. In: BECK, U.; GIDDENS, A.; Lash, S. (orgs). *Modernização reflexiva*. São Paulo: Editora da Unesp, 1997.

BECK, Ulrich. **World risk society**. Cambridge: Polity Press, 1999.

BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao direito**. 5. ed. São Paulo: Letras & Letras, 1995.

BETTIOL, Gisepe. **Diritto penale: parte generale**. 12. ed. Padova: Cedam, 1986.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Tratado de direito penal**, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BOZOLA, Túlio Arantes. **Os crimes de perigo abstrato no direito penal contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BRASIL. Poder Legislativo Federal. **Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acessado em: 22.10.2016.

_____. Poder Legislativo Federal. **Código Nacional de Trânsito**. Lei nº 5.108, de 21 de setembro de 1966. República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 23.10.2016.

_____. Poder Legislativo Federal. **Lei nº 13.260, 16 de Março de 2016**. República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm>. Acesso em 23.10.2016.

CALLEGARI, André Luís et al. **O crime de terrorismo: reflexões críticas e comentários à lei de terrorismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Sistemas de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CANCIO MELIÁ, Manuel. **Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto**. Madrid: Reus, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral 1**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CEREZO MIR, José. **Derecho penal: parte general**. Madrid: Tecnos, 2001; MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: B de F, 2004.

COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal: contributo para sua fundamentação e compreensão dogmáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

COSTA JR., Paulo José da. **Direito penal ecológico**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

HUSAK, Douglas. **Sobrecriminalización: los limites del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

JAKOBS, Gunther. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6 ed. Tradução de André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 2 ed. Tradução de André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **La ciencia del derecho penal ante las exigências del presente**. Tradução de Teresa Manso Porto. Bogotá: Universidad externado de Colômbia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal Y Filosofia del Derecho, 2000.

KISS, Alejandro. **El delito de peligro abstracto**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011.

LLOBET ANGLÍ, Mariona. **Derecho penal del terrorismo: límites de su punición em um Estado democrático**. Madrid: La Ley, 2010.

MACHADO, Marta Rodríguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. Uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCrim, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**, vol. 2. Campinas: Bookseller, 1997.

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Critina. **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**. Madrid: Montano, 1993.

MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal em la sociedade de risgo**. Madrid: Civitas. 2001.

_____. **Límites dogmáticos y politico-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001.

MIR PUIG, Santiago. Limites Del normativismo em derecho penal. In: **Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminologia**, n. 07-18, 2005. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>. Acesso em: 11 de setembro de 2016.

NUNES FERNANDES, Ignácio. **El paradigma del terrorismo entre derecho interno e internacional: los delitos de terrorismo entre derecho interno y internacional em los arbores del siglo XXI**. Pelotas: Editorial Académica Española, 2012.

RAMON CHORNET, Consuelo. **Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del derecho internacional**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

RAPOSO, Guilherme Guedes. **Teoria do bem jurídico e estrutura do delito: uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens jurídicos da sociedade contemporânea**. Porto Alegre: Núria Fabris ed., 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Problemas penais concretos**. São Paulo: Malheiros, 1997.

REIS, Pâmela Oliveira dos. Aplicação efetiva do princípio da precaução. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9664&revista_caderno=5. Acesso em: 22.11.2016.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general** – tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría Del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Maria Isabel. **El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Análise da possibilidade de uma pessoa jurídica constituir uma EIRELI

Kerollyne Gabriella Brasão⁵

Resumo: A presente pesquisa apresenta uma análise acerca da constituição de uma EIRELI por uma pessoa jurídica. O problema refere-se possibilidade ou impossibilidade da pessoa jurídica constituir uma EIRELI, pois há divergências doutrinárias a respeito. Assim objetivo é definir qual a “pessoa” que poderia ser titular de uma EIRELI, visto que o texto legal deixou a expressão ampla. Tal pesquisa se justifica, para definir quem é competente para constituir essa nova modalidade de exercício da empresa. Na presente pesquisa, para esclarecer se é possível ou não a constituição de uma EIRELI por uma pessoa jurídica realizou-se pesquisa bibliográfica utilizando a metodologia dedutiva na qual passa por um processo de raciocínio a partir de premissas estabelecidas para se chegar a uma conclusão lógica através da doutrina, jurisprudência e da legislação. Ao desenvolver o trabalho verificamos que parte da doutrina entende que a pessoa jurídica não poderia ser titular de uma EIRELI, pois o DNRC órgão que possui funções delegadas pelo executivo, criou uma restrição no ato normativo nº 117 onde vedou a possibilidade da pessoa jurídica constituir uma EIRELI, bem como, o enunciado 648 da V Jornada de direito civil, para os defensores dessa tese tem se o argumento de que a intenção do legislador era que apenas as pessoas físicas fossem titulares da EIRELI, pois no projeto inicial tinha a expressão “natural” logo após a pessoa e ao tramitar foi suprimido. Para os defensores da tese oposta, em que a pessoa jurídica é plenamente capaz de constituir uma EIRELI já que se fosse realmente a intenção do legislador que existisse essa limitação não haveria suprimido a expressão “natural” do artigo de lei para que ficasse claro que somente as pessoas físicas pudessem constituir essa nova modalidade de exercício da empresa, bem como, não criaria uma restrição apenas as pessoas físicas no §2º do art. 980-A se somente elas pudessem constituir a EIRELI, como inexistente restrição legal sobre o assunto, o interprete deve utilizar da hermenêutica extensiva para dar o sentido normativo ao artigo, pois o legislador disse menos do que deveria, devendo portanto abranger o pessoa que está amplo no *caput* da lei para as duas espécies de pessoas admitidas pelo direito, pois devido a inexistência de vedação, se o interprete a fizesse por interpretação violaria os princípios constitucionais da legalidade onde ninguém é obrigado a deixar de fazer algo se não em virtude de lei, e como não há lei proibindo entende-se que está permitido, e o da livre iniciativa que estabelece que toda pessoa seja ela física ou jurídica poderá criar seu próprio negócio desde que a lei não vede, e nesse caso não existe vedação, por fim, a vedação feita pelo DNRC é inconstitucional visto que apenas a União é competente para legislar sobre direito comercial, podendo este órgão apenas interpretar normas divergentes e não fazer restrições, como também os enunciados são meras orientações que não vincula o magistrado. Entendemos, portanto, que a pessoa jurídica é plenamente capaz para constituir uma EIRELI, pois inexistente restrição.

⁵ Discente do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI.

Sumário: 1. Introdução; 2. (Im)possibilidade da constituição de uma EIRELI por uma pessoa jurídica; 2.1. Consequências da supressão da expressão “natural” texto legal que regulamenta a EIRELI; 2.2. Hermenêutica extensiva devido à falta de regulamentação em lei; 2.3. Princípio da legalidade; 2.4. Princípio da livre-iniciativa; 2.5. Competência do DNRC e o exercício de sua função de maneira indevida; 3. Conclusão; 4. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Pessoa jurídica. EIRELI. Constituição. Pessoa jurídica.

1. Introdução

A EIRELI é uma inovação apenas para o direito brasileiro, pois os outros países já adotam a anos, que foi regulamentada no art. 980-A, do atual código civil brasileiro, pela lei 12.441/11, que acrescenta uma nova modalidade de exercício da empresa, que trouxe benefícios e discussões ao ramo do direito empresarial, portanto, faz-se necessário uma análise, das regras dessa nova modalidade.

Ao trazer inovações, a EIRELI, trouxe também divergência quanto a sua constituição, se ela poderá ser constituída somente por pessoa física, ou se poderá também ser criada por uma pessoa jurídica. Existe uma parte que entende que poderá ser constituída por uma pessoa jurídica e outra parte que entende que somente poderá por uma pessoa física pelos argumentos acima exposto.

O objetivo deste trabalho é fazer um estudo científico sobre a constituição de uma EIRELI por uma pessoa jurídica. O problema central da pesquisa é analisar a possibilidade ou impossibilidade da pessoa jurídica ser titular de uma EIRELI devido à omissão do legislador na redação do art. 980-A que regulamenta esse nova forma de exercício da empresa.

O estudo desse tema é fundamental para definir quem é competente para constituir essa nova modalidade de exercício da empresa, visto que os benefícios trazidos por essa inovação é grande, pois agora o empresário não é mais obrigado a constituir uma sociedade para que tenha uma proteção do seu patrimônio, já que a EIRELI possui responsabilidade limitada, não havendo comunicação de bens particulares com os da empresa.

Na presente pesquisa, para esclarecer se é possível ou não à constituição de uma EIRELI por uma pessoa jurídica realizou-se pesquisa bibliográfica utilizando a metodologia dedutiva na qual passa por um processo de raciocínio a partir de premissas estabelecidas para se chegar a uma conclusão lógica através da doutrina, jurisprudência e da legislação.

2. (Im)possibilidade da constituição de uma EIRELI por uma pessoa jurídica

O problema central da presente pesquisa será analisar a possibilidade ou impossibilidade da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) ser constituída por uma pessoa jurídica, devido o legislador não especificar qual a pessoa que

poderia constituir essa nova forma de exercício da empresa, já que deixou de maneira ampla a expressão “pessoa”, e para o direito brasileiro existem duas espécies de pessoa, sendo a física e a jurídica, gerando, portanto essa problematização.

Embora exista uma norma proibindo a pessoa jurídica constituir uma EIRELI, entendemos que tal constituição é possível, uma vez que a redação do texto de lei que regulamenta essa nova forma de exercício da empresa, trouxe a palavra pessoa no geral, sem definir qual das espécies de pessoas seriam capazes para a constituição da EIRELI, bem como, trouxe no § 2º do art. 980-A, do atual código civil brasileiro, uma restrição apenas às pessoas físicas.

Em virtude da ausência de definição de qual “pessoa” se refere à redação do art. 980-A, que regulamenta a EIRELI, deverá o interprete da lei, utilizar da hermenêutica extensiva para autorizar a pessoa jurídica ser beneficiária dessa nova modalidade de empresa, bem como, se proibir a pessoa jurídica dessa nova forma de exercício da empresa, estaria ferindo o princípio constitucional da livre iniciativa e da legalidade. Mesmo que o DREI nº 10 trouxe a vedação de a EIRELI ser constituída apenas por uma pessoa física, essa regulamentação extrapolou a competência conferida a este órgão, sendo apenas a União competente para dispor sobre direito comercial, conforme a constituição federal trouxe tipificada no art. 22, inciso I.

2.1. Consequências da supressão da expressão “natural” texto legal que regulamenta a EIRELI.

A expressão “pessoa” trazida pelo texto legal faz com que surge o questionamento, quanto a qual pessoa que poderá constituir uma EIRELI, se poderá ser pessoas física, pessoas jurídicas, ou ambas. A intenção inicial do legislador era que fossem apenas as pessoas física capazes de criar uma EIRELI, ao colocar a expressão *natural* logo após pessoa na redação do texto original do projeto de lei 4.605/2009, a qual não consta mais na redação aprovada e vigente.

O projeto de lei nº 4.605/2009 incluiria no vigente código civil brasileiro o art. 985-A que, com a seguinte redação: “a empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por um único sócio, pessoa natural, que é o titular da totalidade do capital social e que somente poderá figurar numa única empresa desta modalidade.”.

Porém, no tramite do processo de aprovação dessa nova modalidade de exercício da empresa, o legislador retirou da redação a expressão “natural”, deixando apenas a palavra “pessoa”, sem definir qual, se continuaria sendo a pessoa natural (física) ou se também poderia ser a pessoa jurídica, devido essa supressão que surge o problema do presente trabalho, pois, no direito brasileiro, pessoa sem especificação, será as duas espécies.

O conceito jurídico de “pessoa” é largo, de forma que, não havendo menção a qualquer limitação ou restrição, e até considerando a lógica do instituto, entendeu-se desde o princípio que ao mencionar que a EIRELI pode ser constituída por uma única pessoa, a lei quis trazer a possibilidade de tanto pessoas naturais quanto jurídicas

poderem ser essa “pessoa” a quem a lei se refere, titular da totalidade do capital social. (MOTA, 2015).

Como o conceito de pessoa é amplo, entendendo que é possível a EIRELI ser instituída por uma pessoa jurídica, já que não existe nenhuma restrição e nem especificação de qual pessoa seria essa dita pelo legislador, pois para o direito brasileiro pessoa é um gênero que comporta duas espécies (física e jurídica), então, como primeiro argumento para defender a tese da possibilidade da pessoa jurídica constituir uma EIRELI pode-se apontar que, a intenção final do legislador foi de autorizar que a pessoa jurídica possa constituir uma EIRELI, visto que, na redação original estava expressa a palavra “natural” logo após a expressão “pessoa”, e que foi suprimido com a sua promulgação.

Deixar de mencionar, portanto, que será constituída por uma única pessoa natural, e, genericamente, passa a regulamentar que pode ser constituída por uma única pessoa, sem expressamente mencionar se é física ou jurídica. (CARDOSO, 2012, p. 89).

Não restam dúvidas de que a pessoa jurídica poderá constituir uma EIRELI, já que é evidente a diferença feita entre as duas possibilidades de pessoas trazidas pelo direito brasileiro (físicas e jurídicas), e mesmo assim, o legislador deixou a lacuna para que fosse possível a extensão da possibilidade as pessoas jurídicas, pois se essa não fosse a sua intenção, não haveria suprimido a expressão “natural” do texto original do projeto da lei.

Portanto, “fica claro que, com as sucessivas alterações do art.980-A, sua primitiva intenção de admitir tão somente pessoas naturais foi alterada, de modo a aceitar, também, as pessoas jurídicas.” (CARDOSO, 2012, p. 90).

Outra hipótese que demonstra de forma nítida a intenção do legislador de autorizar a pessoa jurídica ser beneficiária dessa nova forma de exercício da empresa é a restrição por ele feita de que as pessoas físicas somente poderá criar uma EIRELI, não teria sentido o legislador fazer essa restrição no §2º do art. 980-A se a pessoa do Caput fosse somente à física, ficando claro que, a pessoa jurídica não só pode constituir a EIRELI, como também, poderá ter mais de uma, já que a restrição é feita apenas as pessoas físicas.

A sociedade limitada unipessoal pode ser constituída tanto por sócio único pessoa física, como jurídica. Se for pessoa física, só pode ser titular de apenas uma EIRELI (CC, art. 980-A, § 2º). Evidentemente, trata-se de limitação aplicável apenas no caso de o único sócio pessoa física pretender manter simultaneamente mais de uma EIRELI. Nada obsta, na verdade, que alguém que fora no passado sócio único de uma sociedade limitada possa, depois da dissolução e liquidação desta, voltar a estabelecer nova EIRELI. (COELHO 2013, p. 341).

A lei não proibiu a pessoa jurídica de constituir uma EIRELI, pelo contrário, permitiu que ela constituísse quantas empresas dessa modalidade entender necessário,

pois a limitação de constituir apenas uma EIRELI é feita somente as pessoas físicas, motivo pelo qual reforça o entendimento defendido no presente trabalho, como existem duas modalidades de pessoa e a lei restringiu apenas para uma sobre o número possível de constituição, para a outra está livre constituir a EIRELI de forma ilimitada.

Então, “diante deste fundamento e contexto, bem como a análise da própria origem e tramitação da norma, acreditamos que a EIRELI poderá ser formada tanto por pessoa natural quanto jurídica, constituindo assim as duas espécies.” (CARDOSO, 2012, p. 90).

Quando o projeto de lei nº 4.605/2009 foi aprovado com a supressão da palavra “natural” do seu art. 980-A, ficou nítida a intenção do legislador em autorizar a constituição de uma EIRELI por qualquer tipo de pessoa (física ou jurídica), uma vez que a expressão foi empregada de forma ampla, o que leva à conclusão de que a pessoa jurídica também poderá constituir uma EIRELI.

O §2º do art. 980A, do Código Civil reforça a tese de que a pessoa jurídica pode constituir uma EIRELI porque o legislador limitou a uma o número de EIRELIs constituídas por pessoa física, ou seja, de acordo com a referida norma a pessoa física só poderá constituir uma EIRELI, o que nos leva a conclusão de que a pessoa jurídica poderá constituir mais de uma EIRELI.

Portanto, se a expressão “natural” constava no texto original do projeto de lei nº 4.605/09 e após todo o rito constitucional para a sua aprovação ela deixou de existir, é porque de fato não era para ela existir, o entendimento contrário não tem fundamento lógico ao dizer que a intenção do legislador era de criar essa restrição só porque no projeto de lei tinha a expressão “natural”, sua vontade foi feita, que foi retirar a restrição que antes era feita às pessoas jurídicas porque existia logo após pessoas a expressão “natural” no caput do art.980-A, deixando de forma clara a possibilidade pessoa jurídica constituir uma EIRELI.

2.2 Hermenêutica extensiva devido à falta de regulamentação em lei

Diante do exposto na presente pesquisa, a lei deixa uma lacuna, devido à falta de informação para especificar qual espécie de pessoa o legislador se referia, cabendo ao interprete analisar e encontrar o sentido da norma, bem como, explicar e dar o real significado da escrita ambígua, ou seja, ampliar o sentido da lei, devido o legislador ter falado menos do que deveria.

Nesse ponto, é regra primária de hermenêutica que no âmbito do direito privado as normas são interpretadas de modo extensivo. É a regra do que não está proibido é, portanto, permitido raciocínio lógico que é invertido nas matérias de direito público. Logo, se a própria lei não limita a interpretação de “pessoa” na referida norma apenas às pessoas naturais, decorre de lógica hermenêutica a conclusão de que o conceito de pessoa ali inserto abrange todos os sujeitos de direitos, inclusive, portanto, as pessoas jurídicas. (OLIVEIRA, 2013, p. 1).

A interpretação pode se dar de várias formas, mas para a presente pesquisa a interpretação que deve ser feita é a extensiva, em que o interprete deverá ampliar o sentido da palavra “pessoa” do art. 980-A do vigente Código Civil, pois o legislador em termos linguísticos trouxe menos do que deveria, ou seja, se omitiu em definir se a “pessoa” do referido artigo seria a física ou a jurídica, sendo preciso ampliar o sentido da lei para que ela possa comportar o seu sentido normativo, se a própria lei escusou-se de definir, cabe à hermenêutica a função de definir qual a pessoa mencionada na redação do texto legal, definindo assim, portanto que a expressão “pessoa” no sentido amplo engloba as duas espécies de pessoas.

A interpretação extensiva, por sua vez, também leva em consideração a mens legis, ampliando o sentido da norma para além do contido em sua letra, demonstrando que a extensão do sentido está contida no espírito da lei, considerando que a norma diz menos do que queria dizer (RAMOS apud FERRAZ JÚNIOR, p. 1).

Então, essa lacuna legislativa deve ser preenchida com a interpretação extensiva, na qual ela ampliará a lei, para que a mesma possa ter o seu sentido normativo, fazendo, portanto a vontade do legislador, que ao criar o projeto de lei entendia que seria um benefício somente para as pessoas físicas, e que sofreu alterações, e foi apresentado sem essa restrição aos órgãos competentes para a aprovação no qual, permitiu ao interprete que autorizasse a pessoa jurídica constituir uma EIRELI, pois se não quisesse a lei vedaria.

2.3 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade dispõe que ninguém é obrigado a deixar de fazer algo se se não em virtude de lei, ou seja, se a lei não proibiu entende que está permitido, sendo assim, se não existe nenhuma restrição em lei que proíbe a pessoa jurídica constituir uma EIRELI está, portanto autorizado à pessoa jurídica exercer essa nova modalidade de empresa com base neste princípio.

No direito existem princípios que são gerais e princípios específicos. O princípio da legalidade é um princípio constitucional geral, que se aplica em todos os ramos do direito brasileiro, inclusive o empresarial. Sua fundamentação encontra-se no art. 5º, inciso II, da atual carta maior, em que diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Não podendo, portanto, o poder público fazer restrição sem que a lei o autorize.

O enunciado desse inciso II do art. 5º veicula a noção mais genérica do princípio da legalidade. No que respeita aos particulares, tem ele como corolário a afirmação de que somente a lei pode criar obrigações e, por outro lado, a asserção de que a inexistência de lei proibitiva de determinada conduta implica ser ela permitida. (PAULO; VICENTE, 2015, p. 127).

Baseado neste princípio conclui que é possível uma pessoa jurídica ser titular de uma EIRELI, pois é vedado através de interpretação criar qualquer espécie de restrição que não exista na lei, e se fizer essa restrição por meio da interpretação estaria ferindo o princípio constitucional da legalidade, por esse princípio afirmar que está autorizado àquilo que a lei não proibir, já que ninguém será obrigado a deixar de fazer algo em que a lei não definiu.

Decorrendo, pois, do princípio constitucional da legalidade a máxima de que ninguém é obrigado a fazer, ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei, não cabia ao DNRC normatizar a matéria inserindo proibição não prevista na lei, que lhe é hierarquicamente superior, a qual se propôs a regulamentar. A opção do legislador, em não proibir a constituição da EIRELI por pessoa jurídica, fica ainda mais clara quando se verifica que o texto original do Projeto de Lei nº 4.605/09, que culminou na Lei nº 12.441/11, dispunha expressamente que a EIRELI somente poderia ser constituída por uma pessoa natural, ou seja, espécie do gênero, pessoa, que também abrange a espécie pessoa jurídica. Tendo havido supressão do termo 'natural' do texto final da lei, pode-se concluir que o legislador pretendeu com tal ato, permitir/não proibir a constituição da EIRELI por qualquer pessoa, seja ela da espécie natural, seja ela da espécie jurídica. Diante do acima exposto, DEFIRO a liminar pretendida, determinando que a Autoridade Impetrada, mantenha a singularidade acionária da 2ª Impetrante até decisão final do presente processo, sem qualquer risco de dissolução e/ou efeito jurídico semelhante/similar, ou mesmo situação de irregularidade, com a perda da responsabilidade limitada até o limite das quotas subscritas e integralizadas, sob pena de multa única de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Intime-se para cumprimento e requisitem-se as informações. Publique-se. (Mandado de Segurança nº 0054566-71.2012.8.19.0001, Juízo da 9ª Vara da Fazenda da Comarca do Rio de Janeiro).

Portanto, esse princípio fundamenta o posicionamento da pesquisa apresentada, por definir que somente existe proibição quando a lei determina de forma clara, e que nos casos em que o legislador deixar de restringir, não cabe ao interprete, criar vedações, pois, a inexistência de lei proibitiva, significa que a norma seja permissiva.

2.4 Princípio da livre-iniciativa

A proibição de uma pessoa jurídica ser titular de uma EIRELI viola o princípio da livre iniciativa que assegura a todas as pessoas sejam elas físicas ou jurídicas o exercício da atividade empresarial de forma livre, salvo se a lei criar restrições, e no presente caso inexistente qualquer restrição normativa, devendo, portanto com base neste princípio autorizar que a pessoa jurídica constitua a EIRELI.

A liberdade seria a possibilidade de escolher seus próprios caminhos profissionais ou suas próprias atividades econômicas, com ausência de coação ou interferência do Estado; seria a possibilidade de iniciativa individual, sem interferência do Estado no jogo do mercado, como meio de se atingir o máximo de eficiência na produção e de justiça na repartição do produto. (BENACCHIO e RIBEIRO apud SILVA, 2015, p. 19).

Baseando neste princípio, encontra-se um dos fundamentos de que a pessoa jurídica é plenamente capaz de constituir uma EIRELI, pois qualquer pessoa, seja física ou jurídica, poderá exercer livremente atividade econômica, ou seja, essa pessoa poderá decidir sem a intervenção do Estado suas atividades econômicas desde que lícitas, sendo assim, como não existe restrição legal sobre a impossibilidade de a pessoa jurídica ser capaz de constituir uma EIRELI, com fulcro neste princípio não poderá criar essa restrição já que toda pessoa pode escolher sua atividade econômica, é permitido que a pessoa jurídica escolha essa modalidade de empresa para exercício de suas atividades, a previsão deste princípio encontra-se na vigente constituição federal no seu art.170.

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

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Concluimos que essa liberdade é o livre exercício da empresa pelo empreendedor de escolher qual a melhor forma diante das suas condições para exercer a atividade econômica sem restrições do Estado, porém essa liberdade é relativa, pois há casos em que o Estado criou restrições, como por exemplo, a criação de banco, não é qualquer empreendedor que poderá abrir um, portanto, este princípio é de imensa importância para o direito empresarial, por possibilitar qualquer pessoa capaz de abrir o seu empreendimento, salvos nos casos em que a lei proíbe, e como inexistente restrição a respeito da pessoa jurídica ser capaz para instituir uma EIRELI, está nítida a autorização.

Ora, apesar da liberdade para quem quer que seja para empreender, garantida constitucionalmente, o atual ordenamento jurídico obriga o empreendedor a se associar a alguém, geralmente de seu convívio próximo e familiar, para constituição de uma sociedade de responsabilidade limitada, a já consagrada LTDA., com o evidente propósito de proteção patrimonial. Ao não permitir que o empreendedor constitua um empreendimento individual, com a mesma salvaguarda patrimonial, mediante a integralização inicial, de uma sociedade limitada, fere, sem dúvida, a garantia

constitucional estabelecida no parágrafo único do art. 170 da carta magna. A criação da norma que permitirá ao empreendedor estabelecer-se por meio de uma pessoa jurídica de responsabilidade limitada, de forma individual, e sem a necessidade de constituir uma sociedade, beneficiará, com certeza, milhares de brasileiros, que sonham em constituir o seu próprio negócio, que muitas vezes esbarra na “obrigatoriedade” de constituir uma sociedade. (CARDOSO, 2012, p. 64).

Constituiu-se a EIRELI para evitar falsas sociedades, não faria sentido o legislador ter usado o princípio da livre iniciativa como um dos fundamentos da criação da EIRELI e depois o violar criando uma restrição contrária ao argumento defendido para que no Brasil fosse adotada essa nova modalidade de exercício da empresa, pois, se criou a EIRELI para que o empresário possa constituir uma empresa em que tenha sua responsabilidade limitada garantindo assim a livre iniciativa do empreendedor de exercer atividade econômica, consentir com a vedação de uma pessoa jurídica ser titular de uma EIRELI seria contraditório.

Sendo assim, não poderá criar restrição quanto à instituição de uma EIRELI por uma pessoa jurídica, por esta pessoa ser plenamente capaz, e estar no gozo do seu direito de exercício da empresa respaldado no presente princípio já que não possui qualquer tipo de restrição legal, somente sendo possível privar qualquer pessoa de exercer atividade econômica nos casos em que a lei proibir, ficando, portanto claro que é possível a pessoa jurídica ser titular da EIRELI.

2.5. Competência do DREI e o exercício de sua função de maneira indevida

Ao publicar a IN nº 117, criando a regra de que a EIRELI não pode ser constituída por uma pessoa jurídica, o Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC) extrapolou sua competência PORQUE compete privativamente à União, conforme art. 22, I, da CF de 1988, legislar sobre direito comercial. Dessa forma, podemos considerar que a referida regra é de constitucionalidade duvidosa, uma vez que viola diretamente um dispositivo constitucional.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

O art. 4º da Lei nº 8.934, de novembro de 1994, estabelece as competências do DNRC.

Art. 4º O Departamento Nacional de Registro do Comércio - DNRC, criado pela Lei nº 4.048, de 29 de dezembro de 1961, órgão

integrante do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo, tem por finalidade:

I - supervisionar e coordenar, no plano técnico, os órgãos incumbidos da execução dos serviços do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins;

II - estabelecer e consolidar, com exclusividade, as normas e diretrizes gerais do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins;

III - solucionar dúvidas ocorrentes na interpretação das leis, regulamentos e demais normas relacionadas com os serviços do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, baixando instruções para esse fim;

IV - prestar orientações às Juntas Comerciais, com vistas à solução de consultas e à observância das normas legais e regulamentares do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins;

V - exercer ampla fiscalização jurídica sobre os órgãos incumbidos do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, representando para os devidos fins às autoridades administrativas contra abusos e infrações das respectivas normas e requerendo o que for necessário ao seu cumprimento;

VI - estabelecer normas procedimentais de arquivamento de atos de firmas mercantis individuais e de sociedades mercantis de qualquer natureza;

VII - promover ou providenciar, supletivamente, no plano administrativo, medidas tendentes a suprir ou corrigir ausências, falhas ou deficiências dos serviços de Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins;

VIII - prestar apoio técnico e financeiro às Juntas Comerciais para a melhoria dos serviços de Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins;

IX - organizar e manter atualizado o Cadastro Nacional de Empresas Mercantis - CNE, mediante colaboração mútua com as Juntas Comerciais;

X - instruir, examinar e encaminhar os processos e recursos a serem decididos pelo Ministro de Estado da Indústria, do Comércio e do Turismo, inclusive os pedidos de autorização para nacionalização ou instalação de filial, agência, sucursal ou estabelecimento no País, por sociedade mercantil estrangeira, sem prejuízo da competência de outros órgãos federais;

XI - promover e efetuar estudos, reuniões e publicações sobre assuntos pertinentes ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins.

Parágrafo único. Para o cumprimento do disposto neste artigo, o Departamento Nacional de Registro do Comércio - DNRC,

considerando as suas finalidades, poderá constituir comissões integradas por servidores dos órgãos que compõem o SINREM.

As principais funções do DNRC são de regulamentar e fiscalizar a execução do registro das juntas comerciais. Não compete a esse órgão interpretar através de instrução normativa e tão pouco criar restrições em que a lei de maneira intencional se omitiu de proibir. Para aqueles que defendem o posicionamento oposto do abordado neste trabalho, entendem que o DNRC pode solucionar dúvidas quanto à interpretação das leis, como o inciso III do artigo acima exposto demonstra, ocorre que ele não fez apenas uma interpretação de uma divergência, ele criou uma restrição, vedou na instrução normativa nº 117 que somente as pessoas físicas poderiam constituir uma EIRELI, proibindo por tanto que uma pessoa jurídica pudesse constituir essa nova modalidade de exercício da empresa, caso em que compete apenas a União em criar leis sobre direito comercial, conforme a constituição brasileira expressamente prevê.

O DNRC exercitou de maneira indevida a função do poder legislativo, através da instrução normativa nº 117, interpretando de maneira diversa do que foi concedido pelos poderes legislativo e executivo, o que torna inconstitucional a referida instrução normativa. Sendo claro a conclusão de que mesmo com a publicação dessa instrução normativa não existe qualquer restrição quanto à possibilidade da pessoa jurídica poder ser titular de uma EIRELI, já que a lei não trouxe e a União não se manifestou.

A Instrução Normativa n.º 117/2011, do Departamento Nacional de Registro do Comércio - DNRC estabeleceu que o titular de EIRELI somente pode ser pessoa natural, brasileiro ou estrangeiro residente no país ou no exterior. A partir da análise dos dispositivos legais supracitados, conclui-se que, diversamente da Instrução Normativa n.º 117/2011, a Lei n.º 12441/2001, instituidora da figura da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI não trouxe qualquer distinção entre pessoa física e pessoa jurídica para constituição do atinente tipo societário, sendo que a única restrição é que a pessoa física figure em apenas uma empresa dessa modalidade. Notadamente, a instrução normativa somente se presta a regulamentar a lei ordinária hierarquicamente superior, não podendo inovar no ordenamento jurídico e estabelecer restrições não previstas em lei, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da legalidade. Assim, é certo que a Instrução Normativa n.º 117/2011, do DNRC extrapolou os limites legais, ao interpretar restritivamente o art. 980-A do Código Civil, que se refere a uma única pessoa titular da totalidade do capital social, sem qualquer limitação à pessoa jurídica. (juiz Federal José Henrique Prescendo, da 22ª Vara de São Paulo).

Em decorrência dessa omissão legislativa de determinar se somente a pessoa física seria capaz de constituir uma EIRELI, ou se a pessoa jurídica também seria beneficiária dessa nova modalidade de exercício de empresa, o DNRC de maneira equivocada, extrapolou sua competência restringindo algo que o legislador não vedou, causando

grande transtorno e tumultos ao judiciário, que em decorrência desta omissão do legislador, está sendo invocado para que a pessoa jurídica seja capacitada para constituir a EIRELI, já que a junta comercial tem uma subordinação técnica em face do DNRC, seguido à restrição por ele imposta.

Ocorre que o DNRC foi revogado pela instrução normativa DREI Nº 10 de 05 de dezembro de 2013 em seu art. 3º, onde repetiu a restrição que antes era feita pelo DNRC de que apenas as pessoas físicas seriam capazes para constituir uma EIRELI, porém também não é da competência desse órgão criar restrições sobre o direito empresarial por ter o legislador trazer expressamente previsto na constituição que a criação de leis de cunho comercial seria da União.

O artigo 22, inciso I deixa claro que somente a União poderia criar a restrição sobre a pessoa jurídica ser incapaz de constituir uma EIRELI, já que na promulgação do projeto de lei, a redação do art. 980-A não especificou qual a espécie de pessoa seria capaz de criar essa nova modalidade empresarial, não cabe a esses órgãos através de instruções normativas criarem essa restrição, pois as funções a eles outorgadas está abaixo da função que ele exerceu.

3. Conclusão

O presente trabalho abordou uma pesquisa referente à possibilidade da pessoa jurídica constituir uma EIRELI, pois existem dois posicionamentos sobre essa possibilidade ou impossibilidade já que o art. 980-A do atual código civil brasileiro que regulamenta sobre a EIRELI deixou de especificar qual “pessoa” poderia ser titular dessa nova modalidade de exercício da empresa, entendemos com a pesquisa que não existem impedimentos quanto o referido questionamento.

Para a corrente que entende que a pessoa jurídica não seria titular de uma EIRELI, argumenta no sentido que no projeto de lei nº 4.605/2009 apresentava a expressão “natural” logo após pessoa, definindo, portanto que seriam titulares de uma EIRELI as pessoas físicas ocorre que com a tramitação do projeto de lei essa expressão “natural” foi suprimida do texto de lei, deixando apenas “pessoa” de forma ampla. Outro argumento é a vedação feita pelo DNRC órgão do executivo que orienta as juntas comerciais, esse órgão criou o ato normativo nº 117, que proíbe as pessoas jurídicas de constituir uma EIRELI, juntamente com o enunciado 468 da V jornada de direito civil que também trouxe essa restrição.

Porém, de acordo com a pesquisa feita no presente trabalho, entendemos que a pessoa jurídica pode ser titular dessa nova modalidade de exercício da empresa visto que não existem impedimentos legais, já que os enunciados são meras orientações que não vincula o magistrado, bem como, o DNRC extrapolou sua competência, pois cabe a sua função fazer interpretação de normas conflitantes e não criar vedações que não foram impostas pelo legislador.

Para a defesa do entendimento trabalhado na presente pesquisa, entende-se que, se no projeto de lei nº 4.605/2009 existia a expressão “natural” logo após pessoa criando uma limitação e com o tramite da promulgação foi suprimido deixando pessoa de forma ampla, é porque foi a intenção do legislador deixar pessoa para que as duas espécies de pessoas (físicas e jurídicas) admitidas pelo direito pudessem ser titulares de uma EIRELI.

Na mesma linha de raciocínio entende-se que a vedação do §2º do art. 980-A do vigente código civil de que a pessoa física poderia ser titular de apenas uma EIRELI, faz com que se entenda que a pessoa jurídica poderá ser titular de mais de uma, logo, entende que se somente a pessoa física possui restrição, e não limita a pessoa jurídica, ela não só poderá ser titular de uma EIRELI, como de várias.

Diante da expressão “pessoa” de maneira ampla no caput do art. 980-A do código civil vigente cabe ao intérprete analisar e encontrar o sentido da norma, bem como, explicar e dar o real significado da escrita ambígua, ou seja, ampliar o sentido da lei, devido o legislador ter falado menos do que deveria. A interpretação pode se dar de várias formas, mas para a presente pesquisa a interpretação que deve ser feita é a extensiva, em que o intérprete deverá ampliar o sentido da palavra “pessoa” para que a mesma possa ter o seu sentido normativo, fazendo, portanto a vontade do legislador, que ao criar o projeto de lei entendia que seria um benefício somente para as pessoas físicas, e que sofreu alterações, e foi apresentado sem essa restrição aos órgãos competentes para a aprovação no qual, permitiu ao intérprete que autorizasse a pessoa jurídica constituir uma EIRELI, pois se não quisesse a lei vedaria.

Como o legislador não criou nenhuma vedação sobre a possibilidade da pessoa jurídica ser ou não titular de uma EIRELI, em conformidade com o princípio da legalidade, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo se não em virtude de lei, ou seja, se não existe uma lei proibindo a pessoa jurídica de constituir uma EIRELI, ela poderá constituir porque se não pudesse ocorreria à violação desse princípio constitucional, visto que não cabe ao magistrado interpretar a norma de forma restritiva afirmando ser a intenção do legislador se ele mesmo não vedou, e o que não é proibido entende-se que é permitido.

Entende-se também que se fizer a restrição a pessoa jurídica violaria o princípio constitucional da livre iniciativa previsto no art. 170, parágrafo único da atual carta maior, onde assegura a todas as pessoas sejam elas físicas ou jurídicas o exercício da atividade empresarial de forma livre, salvo se a lei criar restrições, e no presente caso inexistente qualquer restrição normativa, devendo, portanto com base neste princípio autorizar que a pessoa jurídica constituir EIRELI.

O DNRC é órgão competente para realizar funções que estão estabelecidas no art. 4º da Lei nº 8.934/94, e diante do que foi atribuído como função ele poderia fazer uma interpretação da lei, e não uma restrição, pois em se tratando de direito comercial o órgão competente para legislar é a União, portanto o DNRC extrapolou sua competência, sendo inconstitucional a sua vedação no ato normativo nº117, ficando, portanto livre a pessoa jurídica de constituir uma EIRELI.

Contudo, diante do exposto fica claro a possibilidade da pessoa jurídica ser titular de uma EIRELI, pois inexistente impedimentos legais a respeito da discussão, e caso o magistrado fizesse restrições em que a lei não fez pela interpretação, estaria violando dois princípios constitucionais, bem como, deixando de agir conforme deveria, pois a sua interpretação deverá ser extensiva já que o legislador disse menos do que deveria.

4. Referências bibliográficas

CARDOSO, Oscar Valente. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI): características, aspectos controvertidos e lacunas legais. **Jus Navigandi**, Terezinha, mar.

2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21285/empresa-individual-de-responsabilidade-limitada-eireli-caracteristicas-aspectos-controvertidos-e-lacunas-legais>>. Acesso em: 27 fev. 2017.

CARDOSO, Paulo Leonardo Vilela. **O empresário de responsabilidade limitada**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1.

MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOTA, Claudinéia Onofre de Assunção. A constituição de empresa individual de responsabilidade limitada por uma pessoa jurídica. **Jus Navigandi**, Terezina, out. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/43306/a-constituicao-de-empresa-individual-de-responsabilidade-limitada-por-pessoa-juridica>>. Acesso em: 27 fev. 2017.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius de Carvalho. Norma do DNRC que limita às pessoas físicas a possibilidade de criação de EIRELI é ilegal e pode ser contestada judicialmente. **Jus Navigandi**, Terezina, jan. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23559/norma-do-dnrc-que-limita-as-pessoas-fisicas-a-possibilidade-de-criacao-de-eireli-e-ilegal-e-pode-ser-contestada-judicialmente>>. Acesso em: 27 fev 2017.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

VIEIRA, Marcelo Teixeira. A possibilidade de constituição de EIRELI por pessoa jurídica. **Jus Navigandi**, Terezina, out. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/43850/a-possibilidade-de-constituicao-de-eireli-por-pessoa-juridica>>. Acesso em: 27 fev. 2017.

Aspectos gerais da arbitragem e homologação da sentença arbitral estrangeira

*Ana Laura Teodoro Schettini*¹

*Eli Gláucio Schettini Júnior*²

Resumo: O trabalho aqui desenvolvido trata da arbitragem e da homologação da sentença estrangeira no Brasil, destacando sua importância e a crescente utilização desse instituto em razão da morosidade do judiciário brasileiro. Com esse intuito, faz-se uma análise detalhada dos elementos e características da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, que são as formas com que as partes manifestam sua opção pela aplicação da arbitragem para a solução de determinado conflito. Por fim, destacam-se aspectos da sentença arbitral, esclarecendo como se dá a homologação de sentença arbitral estrangeira no âmbito do direito brasileiro.

Sumário: 1. Introdução; 2. Elementos da arbitragem; 2.1. Elementos e características da cláusula compromissória; 2.1.1. Cláusula compromissória cheia; 2.1.2. Cláusula compromissória vazia; 2.1.3. Cláusula compromissória patológica; 2.1.4. Cláusula compromissória escalonada; 2.1.5. A autonomia da cláusula arbitral; 2.1.6. Breves considerações; 2.2. Elementos e características do compromisso arbitral; 2.2.1. Requisitos obrigatórios; 2.2.2. Requisitos facultativos; 3. Sentença arbitral; 4. Homologação da sentença arbitral estrangeira; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Arbitragem. Elementos. Sentença.

1. Introdução

Em razão da evolução do ser humano, das tecnologias e da vida em sociedade, as relações interpessoais vêm se tornando cada dia mais complexas. Os conflitos de interesses e a necessidade de uma solução imparcial acabam gerando um abarrotamento do Judiciário que, conseqüentemente, se torna uma máquina lenta e, muitas vezes, até ineficaz.

Além da famigerada morosidade para que se processe uma decisão judicial, outro sério problema que se apresenta quanto ao julgamento de uma demanda pelo Judiciário é a falta de especialização técnica dos julgadores. Devido a expressiva quantidade de processos, os juízes não têm o tempo que seria, de fato, necessário para apreciar detalhadamente os dados e as informações contidas em um caderno processual.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – cursando 10º período. E-mail: analaurats@hotmail.com.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Docente na UNITRI. E-mail: elischettini@gmail.com.

Sendo assim, diante da ansiedade por uma decisão célere e eficaz, as pessoas, especialmente aquelas envolvidas com atividades empresariais, têm buscado formas alternativas para a solução de conflitos. E é justamente nesse contexto que se destaca a utilização arbitragem.

A arbitragem é um mecanismo privado de solução de conflitos que é ajustado pelas partes e cuja decisão, apesar de não ser proferida por um magistrado, goza da mesma eficácia da sentença judicial. A utilização desse instituto implica em diversos benefícios para as partes, tais como: maior rapidez, melhor avaliação técnica do objeto do litígio, confidencialidade e melhor custo-benefício quando comparada ao processamento da demanda pelo Poder Judiciário.

A arbitragem é uma forma de solução de conflitos prevista pelo CPC/2015 em seu art. 3º, § 1º, e regulada pela Lei 9.307/1996:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

De acordo com a Juíza Oriana Piske,

Houve um intenso debate a respeito da constitucionalidade ou não da lei de arbitragem brasileira, tendo sido dirimida pelo Supremo Tribunal Federal, em 12.12.01 (05 anos após da edição da Lei nº 9.307/96), por entender que a Lei de arbitragem é constitucional. Trata-se de uma garantia às partes e para o comércio. Cuida-se de um novo e interessante aprendizado numa cultura Ibérica adversarial e demandista (PISKE, 2012).

A Lei da Arbitragem estabelece quais as relações jurídicas que podem ser submetidas ao instituto, especifica as regras aplicáveis ao procedimento, trata de requisitos da forma, do conteúdo e dos efeitos da convenção e da sentença, versa sobre as atribuições e sobre a forma de atuação dos árbitros, prevê as causas de invalidação da sentença e cuida da homologação de sentença estrangeira.

Sobre a utilização da arbitragem no Brasil, de acordo com a pesquisa “Arbitragem em números e valores de 2010 a 2013”³ desenvolvida pela professora Selma Lemes – especialista no assunto e coautora do Anteprojeto da Lei de Arbitragem - no período analisado, o número total de procedimentos iniciados foi 603, e a soma dos valores dos litígios foi de quase R\$16 bilhões.

Em suma, ante todos os benefícios já apontados e observada a crescente utilização da arbitragem como forma de solução de litígios, o presente trabalho objetiva tratar de alguns aspectos bastante relevantes no que diz respeito ao tema, destacando os elementos da arbitragem e a sentença arbitral.

³ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-10/selma-lemes-numeros-mostram-maior-aceitacao-arbitragem-brasil>>.

2. Elementos da arbitragem

Nas palavras do renomado doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, a

Arbitragem é o instrumento alternativo por meio do qual as pessoas dirimem seus conflitos de interesses fora do âmbito judicial. Em virtude do anacrônico sistema judicial, marcado pela morosidade e inefetividade, é cada vez *maior* o número de interessados que recorrem à arbitragem para a solução de suas divergências (CARVALHO FILHO, 2009, p. 950).

Em razão desse aumento substancial do número de pessoas que têm buscado a arbitragem como forma de solução de conflitos, importante proceder a um estudo mais detalhado a respeito da forma com que as partes manifestam seu interesse pela instituição dessa forma alternativa de solução de conflitos.

A convenção de arbitragem é a forma pela qual as partes expressam sua opção pela arbitragem como meio de solução de um possível conflito. Está vinculada à liberdade que as partes têm para contratar o instituto e determinar seus detalhes.

Conforme disposto pelo art. 3º da Lei 9.307/96,

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

Nesse sentido, forçoso perceber que a convenção da arbitragem é o gênero das espécies cláusula compromissória e compromisso arbitral.

No que diz respeito à cláusula compromissória, o art. 4º da Lei de Arbitragem estabelece que

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

A cláusula compromissória, portanto, como o próprio nome sugere, é uma cláusula de natureza contratual que estabelece que eventuais conflitos que surgirem durante a vigência do contrato, serão solucionados por meio da arbitragem. É, portanto, uma parte de um contrato mais genérico e amplo.

Com relação ao compromisso arbitral, segundo o art. 6º do mesmo diploma,

Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Sendo assim, é possível compreender que o compromisso arbitral é um instrumento firmado pelas partes, após o surgimento de um conflito, declarando-se a opção pela arbitragem e estabelecendo-se a forma com que essa será instituída e processada. Percebe-se, conseqüentemente, que sua regulação não integra o contrato inicial, diferenciando-se da cláusula compromissória.

Em resumo, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são os meios para que as partes se manifestem pela escolha da arbitragem como forma de solução para determinado conflito. Cada uma dessas espécies tem características e elementos próprios, os quais serão analisados a seguir.

2.1. Elementos e características da cláusula compromissória

Como já mencionado logo acima, a cláusula compromissória está prevista no art. 4º da Lei de Arbitragem e suas características e elementos estão elencados pelos parágrafos 1º e 2º desse artigo. Observe-se

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Diante do texto legal, a primeira característica que se pode destacar é a exigibilidade da forma escrita. Isso significa que a cláusula compromissória não poderá, via de regra, ser estipulada de outro modo. Outra importante observação está relacionada à alocação dessa cláusula. O diploma legal prevê que ela poderá estar inserida no teor do próprio contrato, ou poderá constar de documento separado que se refira ao contrato.

O parágrafo segundo estabelece algumas ressalvas relacionadas ao contrato de adesão. Para que a cláusula de arbitragem tenha validade em um contrato dessa natureza,

é imprescindível que o aderente tenha pleno conhecimento do que está sendo estipulado e concorde, expressamente, com a opção pelo meio arbitral para solução de conflitos.

Com o intuito de garantir que não haja lesão ao direito do contratante, o dispositivo legal estabelece que o aderente deverá instituir, por si, a arbitragem, ou concordar expressamente com o que consta no contrato. Observe-se que para manifestar sua aceitação quanto a estipulação por parte do elaborador do contrato, a cláusula deverá constar de documento anexo, ou deverá estar em negrito, e o aderente deverá vistar ou assinar especialmente a cláusula.

Todo esse cuidado com relação à cláusula de arbitragem no contrato de adesão está relacionado com a garantia do direito de escolha do aderente. Dada a natureza do contrato em comento, é imprescindível esclarecer expressamente a forma de solução de conflitos a que se vincula, uma vez que o processamento da arbitragem se dá de modo diferente do processamento na via judicial.

Ainda no que diz respeito às características e aos elementos da cláusula compromissória, a doutrina estabelece algumas classificações que serão sucintamente apresentadas a seguir.

2.1.1. Cláusula compromissória cheia

A cláusula compromissória cheia é aquela que, no momento de sua edição, contempla todos os requisitos necessários para a imediata aplicação da arbitragem.

Nesse sentido,

Será considerada cláusula cheia (completa e integral em todos seus elementos), por ela mesma ser suficiente para a instituição da arbitragem, aquela redigida de maneira clara, fazendo consignar todas as condições essenciais para o estabelecimento da arbitragem, como a indicação de árbitros, do procedimento, da forma, dos critérios de julgamento e dos prazos (BACELLAR, 2012, p. 131).

Para que se possa considerar cheia a cláusula compromissória, as partes deverão observar todos os requisitos do art. 5º da Lei 9.307/96.

Importante observar que, por ter como um de seus princípios basilares a autonomia da vontade, a instituição da arbitragem poderá se vincular a regras próprias estabelecidas pelas partes em complemento às regras de determinada instituição, caso essa seja a forma escolhida.

Em outras palavras, as partes poderão estabelecer regras completamente próprias, ou escolher se submeter às regras de determinado órgão ou entidade especializada. No segundo caso, os contratantes poderão optar por instituir regras próprias em complemento ou modificando a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

A cláusula compromissória cheia, portanto, é aquela mais completa que já estabelece a forma como será instituída e processada a arbitragem, determinando a completa autonomia ou a submissão a determinada entidade ou órgão especializado.

2.1.2. Cláusula compromissória vazia

A cláusula compromissória vazia, por sua vez, está regulada pelos artigos 6º e 7º da Lei de Arbitragem. O que se pode perceber nesse caso, é que as partes renunciam à jurisdição estatal, mas a instauração da arbitragem não se dá de plano. “Em outras palavras, uma vez estabelecida uma cláusula compromissória vazia, ela indica a opção pela arbitragem, mas não se firma e depende de complementação” (BACELLAR, 2012, p. 132).

Em resumo, o que se dá no caso da cláusula compromissória vazia é uma previsão aberta da possibilidade de aplicação da arbitragem para a solução de possíveis controvérsias. As partes, portanto, renunciam ao meio judicial, mas deixam em aberto a questão da arbitragem, discutindo o assunto caso se faça necessário.

Quanto ao tema, importante perceber que caso uma parte manifeste seu interesse em dar início ao procedimento arbitral por meio do compromisso arbitral, e a outra não compareça ou se recuse a firmar o compromisso, a parte interessada poderá propor a demanda regulada pelo art. 7º, perante o juízo a que competiria originariamente a causa, para que seja lavrado o compromisso arbitral.

Em resumo, a cláusula compromissória vazia se difere da cheia, pois, enquanto a primeira deixa as estipulações quanto a instauração e o processamento do procedimento arbitral para um momento futuro, a segunda cuida desses detalhes já no momento de sua edição. A opção por qualquer delas é uma faculdade das partes que, em razão da autonomia da vontade, decidirão qual a melhor maneira de conduzir a aplicação desse instituto para a solução de possíveis conflitos.

2.1.3. Cláusula compromissória patológica

Quando a cláusula compromissória estiver mal elaborada, de modo a ensejar dupla interpretação, incongruência, contradição ou controvérsia, ela será considerada patológica. Nesse sentido, a dificuldade interpretativa pode estar vinculada a fatores secundários (como a forma com que será aplicada a arbitragem, ou quanto a qual órgão/entidade será submetida a análise do caso), ou pode estar relacionada a um vício de vontade da parte contratante em relação à escolha da arbitragem como meio de solução do conflito.

No primeiro caso, deverão as partes se empenhar para garantir a efetiva aplicação da arbitragem. Já no segundo caso, a manifestação das partes quanto à opção pela arbitragem deverá ser invalidada, ou proceder-se-á à aplicação do instituto, ressaltando-se a possibilidade de recurso ao Judiciário para solução de qualquer controvérsia.

Em suma, portanto, a cláusula compromissória patológica está vinculada a uma falha no momento da elaboração da cláusula arbitral. Poderá ser de caráter essencial ou secundário, dependendo de sobre qual matéria recai a ambiguidade ou a dificuldade

interpretativa. Tratando-se de detalhes a respeito da forma com que será aplicado o instituto, as partes deverão prezar pela manutenção da arbitragem como forma de solução de conflitos, tentando organizar e ajustar as falhas. No caso de problemas interpretativos com relação a vontade das partes, proceder-se-á à invalidação da manifestação volitiva, ou à aplicação do instituto, garantindo-se às partes a possibilidade de acionamento do judiciário.

2.1.4. Cláusula compromissória escalonada

A cláusula compromissória escalonada se difere das demais pois, como o próprio nome sugere, traz algumas etapas anteriores à aplicação da arbitragem. Havendo a previsão desse escalonamento, as partes dispõem que tentarão resolver o conflito por meio de conciliação ou mediação, antes de recorrer à solução arbitral. Nesse sentido, é possível perceber que essa cláusula trata de uma solução por etapas. Primeiramente, há uma tentativa de solucionar os problemas de modo menos gravoso e mais amistoso entre as partes para que, somente após, se proceda à instalação do procedimento arbitral.

Ao tratar da cláusula escalonada, é importante observar a disposição do §4º do art. 21, da Lei 9.307:

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

(...)

§ 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

Esse dispositivo estabelece que o árbitro tentará conciliar as partes antes do início do procedimento. Cumpre ressaltar que essa tentativa de conciliação realizada pelo árbitro ou pelo tribunal arbitral se difere da previsão da cláusula escalonada, uma vez que se dá após o início do procedimento arbitral.

Sendo assim, a cláusula escalonada é uma opção que as partes podem adotar, de modo que, por meio dela, os contratantes se comprometem a tentar resolver o conflito através de meios alternativos como a mediação e a conciliação, antes de dar início ao procedimento arbitral.

2.1.5. A autonomia da cláusula arbitral

Um último tópico bastante relevante no que diz respeito à cláusula arbitral, é sua autonomia com relação ao contrato a que está vinculada. O art. 8º da Lei de Arbitragem prevê que

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Observando-se o texto do dispositivo, imprescindível perceber que o legislador fez expressa previsão da autonomia da cláusula arbitral. Sendo assim, mesmo que o contrato principal esteja eivado de vício insanável, proceder-se-á à instituição do procedimento arbitral caso as partes tenham acordado nesse sentido por meio de cláusula arbitral.

Ainda partindo da análise da Lei, observa-se que as questões vinculadas à validade do contrato principal serão resolvidas pelo árbitro. Ou seja, ainda que as partes estejam discutindo a própria existência do contrato ou da convenção de arbitragem, é o árbitro que determinará a solução para as controvérsias.

2.1.6. Breves considerações

Após essa sucinta explanação a respeito da cláusula arbitral, é possível perceber que se trata de uma espécie de convenção de arbitragem de modo que as partes, por meio da sua edição, expressam sua vontade pela aplicação do instituto da arbitragem.

Essa cláusula poderá ser cheia, caso preencha todos os requisitos do art. 5º da Lei 9.307/96, vazia, caso deixe de observar alguma das disposições do mencionado artigo, patológica, se ensejar contradição, ambiguidade, controvérsia ou incongruência, e escalonada, nos casos em que houver previsão de outras etapas anteriores ao início do procedimento arbitral.

Finalmente, imprescindível ressaltar a autonomia dessa cláusula em relação ao contrato principal. Ainda que haja vício de qualquer natureza com relação ao contrato, o árbitro é quem decidirá. Importante perceber que, caso o problema esteja relacionado à manifestação de vontade das partes no que diz respeito à opção pela arbitragem (e não ao contrato a que ela se vincula) poderá ser declarada a invalidação dessa manifestação, tornando a cláusula sem efeito.

2.2. Elementos e características do compromisso arbitral

Como já mencionado anteriormente, o compromisso arbitral se difere da cláusula arbitral pois é celebrado após o surgimento do conflito que será submetido à arbitragem.

De acordo com o art. 9º da Lei 9.307/96, o compromisso arbitral poderá ser judicial ou extrajudicial. O compromisso arbitral judicial será celebrado por meio de termo perante o juízo ou tribunal onde tem curso a demanda. Já o compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Feita essa breve introdução, quanto aos elementos e características, o compromisso arbitral deverá observar, além dos requisitos gerais, alguns requisitos obrigatórios e facultativos previstos, respectivamente, nos artigos 10 e 11 da Lei de Arbitragem. Na sequência, serão feitos alguns apontamentos sobre esses requisitos específicos.

2.2.1. Requisitos obrigatórios

Quanto aos requisitos obrigatórios para celebração de compromisso arbitral, o art. 10 da Lei de Arbitragem estabelece que:

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

- I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;
- II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;
- III - a matéria que será objeto da arbitragem; e
- IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Para que seja firmado o compromisso arbitral, seja ele judicial ou extrajudicial, é imprescindível que nele conste a qualificação das partes, conforme o inciso I, a especificação do árbitro ou da entidade, nos moldes do inciso II, a matéria objeto da arbitragem e o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Esses requisitos são imprescindíveis e, obviamente, de extrema importância, uma vez que estabelecem os limites essenciais para a identificação da demanda e para a produção dos respectivos efeitos da decisão arbitral.

2.2.2. Requisitos facultativos

Além dos requisitos obrigatórios previstos pelo art. 10, a Lei de Arbitragem permite às partes que estabeleçam outras questões relativas ao tema de modo a simplificar e especificar a forma com que o procedimento deve ser guiado. Nesse sentido, dispõe:

Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

- I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;
- II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;
- III - o prazo para apresentação da sentença arbitral;
- IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;
- V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e
- VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença.

A partir da análise do texto legal, é possível perceber que o legislador faculta às partes tratar dos detalhes vinculados à instituição e processamento da arbitragem já no momento da celebração do compromisso arbitral. No compromisso arbitral, poderão ser estabelecidos, portanto, critérios vinculados ao local de desenvolvimento da arbitragem, à autorização do julgamento por equidade, aos prazos, à indicação da lei aplicável, a questões vinculadas à fixação e ao pagamento dos honorários e das despesas relacionadas à arbitragem.

Tudo isso se deve ao fato de a arbitragem ter como principal fundamento a autonomia da vontade das partes. Isso quer dizer que elas podem acordar do modo que acharem mais adequado e pertinente ao caso que querem solucionar, desde que observem os requisitos obrigatórios previstos pelo art. 10 da lei em comento.

3. Sentença arbitral

A sentença arbitral é a decisão proferida pelo árbitro ou pelo Tribunal Arbitral designado pelas partes para solucionar possíveis conflitos existentes entre elas. Representa, portanto, o encerramento do procedimento arbitral, definindo qual será o desfecho de determinada divergência entre as partes envolvidas.

A sentença arbitral está regulada pelo art. 23 e seguintes da Lei 9.307/96. O mencionado diploma legal trata de diversos aspectos relacionados ao tema estabelecendo prazos, forma, requisitos, entre outros.

Quanto ao prazo para prolação da sentença arbitral, prestigiando a autonomia da vontade, o art. 23 estabelece que esse dependerá da estipulação das partes. Em caso de não haver estipulação expressa, esse prazo será de seis meses contados da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. Observe-se ainda que, conforme disposto pelo

§2º do artigo em comento, o prazo para proferir a sentença arbitral poderá ser prorrogado caso haja acordo entre as partes e o árbitro.

No que diz respeito à forma, estabelece o artigo 24 da Lei de Arbitragem que a decisão do (s) árbitro (s) deverá ser expressa em documento escrito, sendo imprescindível que dela conste todos os requisitos obrigatórios estabelecidos pelo art. 26 e seus incisos:

Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

O que se pode, portanto, depreender da análise do que foi até aqui exposto é que a sentença arbitral se assemelha em vários aspectos, no que diz respeito à forma e à fundamentação, à sentença judicial. Cumpre agora proceder a uma breve análise da eficácia da sentença arbitral.

No que tange ao tema, importante ressaltar que, por vários anos, houve divergência doutrinária quanto à natureza da decisão prolatada pelo árbitro no procedimento de arbitragem. A Lei de Arbitragem, entretanto, estabeleceu em seu artigo 31 que “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

A redação desse artigo eliminou a controvérsia anteriormente existente ao conferir à decisão arbitral a nomenclatura sentença e ao estabelecer que seus efeitos se assemelham àqueles produzidos pela sentença proferida por órgãos do Poder Judiciário. Ademais, observe-se que, tratando-se de sentença arbitral condenatória, constituirá título executivo, o que é outro fator que a aproxima da sentença judicial.

Em suma, portanto, a sentença arbitral tem exigibilidade inclusive perante o Poder Judiciário, podendo a parte vencedora acioná-lo para exigir que o condenado cumpra o que foi estabelecido na decisão.

A lei prevê ainda os casos em que a sentença arbitral será declarada nula. Quanto ao assunto, reza o art. 32 que:

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nula a convenção de arbitragem

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V - *Revogado*

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Sendo assim, caso seja constatada qualquer hipótese prevista nos incisos do artigo supratranscrito, a sentença será declarada nula, podendo a parte interessada pleitear a declaração da nulidade perante o órgão judiciário competente, conforme disposto pelo art. 33.

Ante todo o exposto, é possível concluir que a sentença arbitral se assemelha à sentença judicial quanto à forma, quanto a fundamentação e quanto aos efeitos produzidos perante as partes e perante terceiros, gozando de exigibilidade e podendo, inclusive, ensejar a propositura de recurso nos moldes do art. 30. Há que se observar, no entanto, algumas peculiaridades relacionadas à homologação de sentença arbitral estrangeira.

4. Homologação da sentença arbitral estrangeira

Como já salientado no item introdutório do presente trabalho, as relações humanas têm se tornado cada dia mais complexas. A tecnologia tem aproximado cada vez mais as pessoas e, conseqüentemente, os diferentes países.

Nesse sentido, em razão de favorecimentos geográficos, de benefícios fiscais, de questões climáticas e de diversos outros fatores, os países começaram a estabelecer relações comerciais entre si com o intuito de movimentar a indústria e viabilizar o desenvolvimento comercial. Nesse cenário efervescente de relações internacionais, se demonstrou um tanto quanto complexa a questão da norma jurídica aplicável ao caso, uma vez que é um contrato envolvendo dois ou mais países e, conseqüentemente, duas ou mais jurisdições.

A arbitragem, ante todo o exposto, se mostrou uma solução bastante aceitável e agradável para os contratantes, uma vez que permite que as partes estabeleçam a legislação aplicável, dando campo para que os acordos de vontade se sobreponham ao que é a regra, e permitindo que as partes celebrem contratos mais convenientes.

Há, no entanto, que se perceber que o sistema jurídico brasileiro não poderia permitir que a sentença arbitral proferida em território estrangeiro, conforme acordo das partes, surtisse efeitos plenos independentemente de seu conteúdo no território nacional. Sendo assim, a Lei 9.307/96 determinou que, para que tenha efeitos no Brasil, a sentença arbitral estrangeira deverá ser homologada conforme o que é estabelecido nos artigos 34 e seguintes.

Quanto ao tema, importante salientar que essa necessidade de homologação foi bastante discutida à época da edição da Lei de Arbitragem. O cerne da questão, na verdade, girava em torno da natureza jurídica do instituto da arbitragem. Seria ele público ou privado?

A despeito da divergência entre privatistas e publicistas, com a declaração de constitucionalidade da Lei 9.307 e a ratificação da Convenção de Nova Iorque (considerada o mais amplo acordo referente à prática da arbitragem internacional), restou solucionado o problema, de modo que a sentença arbitral estrangeira depende de homologação para que surta plenos efeitos em território nacional.

Aprofundando um pouco no assunto, considera-se sentença arbitral estrangeira, aquela proferida fora do território nacional. A Lei de Arbitragem estabelece ainda que a homologação será feita, unicamente, pelo Superior Tribunal de Justiça.

Com relação ao requerimento de homologação, o art. 37 estabelece que deverá ser feito pela parte interessada e instruído com o original da sentença arbitral ou cópia autenticada e original ou cópia devidamente certificada da convenção de arbitragem.

O reconhecimento e a execução de sentença arbitral estrangeira no território brasileiro deverão ser feitos em conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno, ou, caso não haja tratados, serão feitos estritamente em conformidade com a Lei de Arbitragem (art. 34).

A lei 9.307 trata ainda dos casos em que a homologação da sentença arbitral estrangeira será negada pelo STJ. Nesse sentido, observe-se o disposto pelos artigos 38 e 39:

Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;

V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

Art. 39. A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Ante o exposto, é possível perceber que a homologação da sentença arbitral estrangeira será denegada nos casos em que houver vício quanto à manifestação da vontade das partes ou quanto a forma de processamento por ela acordadas, ou quando o ordenamento jurídico brasileiro considerar inaplicável a arbitragem pelo objeto ou pelos efeitos que podem ser produzidos.

A homologação da sentença arbitral estrangeira é, portanto, a forma que com as partes garantem sua eficácia no ordenamento jurídico brasileiro. Será feita, exclusivamente, pelo STJ e será denegada sempre que forem observadas inadequações ou falhas em sua instituição ou processamento, ou quando houver risco para a ordem pública nacional ou irregularidade quanto ao objeto sobre o qual versa o acordo.

5. Conclusão

Ante o conteúdo do trabalho aqui apresentado, é possível perceber que em razão do desenvolvimento das relações humanas, das tecnologias de comunicação e, conseqüentemente, das relações comerciais estabelecidas internacionalmente, as partes envolvidas têm buscado formas alternativas mais céleres e mais maleáveis que o Judiciário para solucionar possíveis conflitos na vigência do contrato.

Nesse contexto, a arbitragem tem ganhado bastante espaço, tendo em vista sua ampla aceitação no campo internacional e o fato de que seu principal princípio basilar e norteador é a autonomia da vontade das partes. A liberdade para estabelecer diversos detalhes sobre forma com que é instituída e processada tem sido um grande atrativo e tem feito com que muitas pessoas optem por escolhê-la.

Como já mencionado, ela poderá ser instituída e convencionada por meio da cláusula compromissória ou por meio de compromisso arbitral, que são espécies da convenção de arbitragem.

A cláusula compromissória se relaciona com um contrato principal, devendo dele constar ou a ele se vincular, podendo ser classificada como cheia (quando sua edição observa todos os requisitos do art. 5º da Lei de Arbitragem), vazia (caso não observe todos os requisitos estipulados por esse artigo), patológica (quando seu texto ensejar incongruência, dupla interpretação, contradição ou controvérsia) e escalonada (caso em seu texto haja previsão de que as partes deverão se socorrer de meios alternativos, como a mediação ou a conciliação, antes da instauração do procedimento arbitral). Observando-se, ainda que goza de completa autonomia com relação ao contrato principal, devendo as partes prezarem por sua manutenção ainda que o contrato esteja eivado de vício.

A celebração do compromisso arbitral por sua vez, se dá em momento posterior ao surgimento de determinado conflito entre as partes e, conseqüentemente, após a edição

do contrato a que se vincula. Nesse sentido, os detalhes quanto à instituição e ao processamento da arbitragem só são discutidos e estabelecidos pelas partes caso haja o surgimento de qualquer problema. O compromisso arbitral poderá ser judicial ou extrajudicial e deverá observar, obrigatoriamente, os requisitos do art. 10, e, facultativamente, aqueles que constam do art. 11, ambos da Lei 9.307/96.

Passada a fase da convenção da arbitragem, no caso de surgimento de conflitos, tem-se o processamento da demanda conforme estabelecido pelas partes e, após regular andamento, o árbitro proferirá a sentença arbitral.

A sentença arbitral se assemelha, em vários aspectos (como a forma, a fundamentação e a produção de efeitos) à sentença judicial. Representa a solução para o conflito e goza, inclusive, de exigibilidade perante o Judiciário. A Lei de arbitragem prevê, em seu art. 32 os casos em que deverá ser declarada nula, e permite, nos moldes do art. 33, que a parte interessada pleiteie a declaração de nulidade perante o órgão judiciário competente.

Conferir à decisão arbitral proferida a natureza de sentença representa um grande avanço para o direito pátrio. Além de garantir que a arbitragem tenha efeitos plenos, torna o instituto ainda mais atrativo para as partes posto que implica na manutenção da segurança jurídica.

Ainda quanto ao assunto, imprescindível ressaltar que, nos casos em que a sentença arbitral é proferida em um território que não seja o território nacional, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a necessidade de homologação dessa sentença para que ela possa produzir seus efeitos em território nacional.

A Lei 9.307/96, determina que a homologação será de exclusiva competência do STJ, e dependerá do seu conteúdo e do seu objeto, de modo que não contrarie os tratados internacionais a que o Brasil se vincula e que não desrespeite as previsões da Lei de Arbitragem. Observe-se ainda que o art. 38 do diploma em comento prevê os casos em que será denegada a homologação de sentença arbitral estrangeira.

Quanto a homologação da sentença arbitral estrangeira, é possível concluir que a disposição da Lei de Arbitragem objetivou preservar, simultaneamente, a autonomia das partes para contratar e a supremacia do ordenamento jurídico brasileiro em território nacional. Essa etapa pode ser considerada uma espécie de precaução com relação ao objeto e à forma de processamento do procedimento arbitral, o que é de extrema importância, pois, caso a ela não se procedesse, as partes poderiam contratar livremente em âmbito internacional, de modo que as sentenças arbitrais surtiram efeitos no país sem qualquer observância dos princípios básicos e das normas aplicáveis.

Em suma, portanto, é possível concluir que a edição da Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996 representou um grande avanço para o ordenamento jurídico brasileiro. A regulação da arbitragem viabiliza sua aplicação e implica, conseqüentemente, em um alívio para o Poder Judiciário, uma vez que consiste em forma alternativa de solução de controvérsias.

Ademais, o instituto da arbitragem estimula o desenvolvimento das relações comerciais internacionais, já que confere às partes mais autonomia e mais celeridade na solução de possíveis conflitos. E tem-se ainda que o reconhecimento da natureza de sentença à decisão arbitral implica em uma maior segurança jurídica e estimula as partes a ela se vincularem.

Finalmente, no que diz respeito a homologação da sentença arbitral estrangeira, observa-se que é, de fato, imprescindível que a ela se proceda, tendo em vista a necessidade de prezar pela soberania e pela supremacia do ordenamento jurídico nacional em seu território. Além disso, esse instituto garante às partes e a terceiros a segurança necessária quanto à produção dos efeitos da sentença arbitral.

O que se pode perceber, portanto, é que a regulação da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro é bastante efetiva, integrada e estimulante para as partes. Cuida de uma interessante forma alternativa de solução de conflitos de modo que atende os interesses das partes ao flexibilizar a formalidade, e aos interesses do Poder Judiciário, ao diminuir o número de ações a serem propostas.

6. Referências bibliográficas

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

LEMES, Selma. **Arbitragem em números**: números mostram maior aceitação da arbitragem no Brasil. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-10/selma-lemes-numeros-mostram-maior-aceitacao-arbitragem-brasil>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

PISKE, Oriana. **Considerações sobre a arbitragem no Brasil**. 2012. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2012/consideracoes-sobre-a-arbitragem-no-brasil-juiza-oriana-piske>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

TEIXEIRA, Eliane Carvalho. **Solução de litígios**: ao completar 18 anos, números mostram crescimento da arbitragem no Brasil. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-01/eliane-carvalho-crescimento-arbitragem-completa-18-anos>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **Homologação de sentença arbitral estrangeira**: cinco anos da Reforma do Judiciário. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198651/000806020.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

Honorários advocatícios no processo de falência

*Guilherme Geraldo Fonseca*¹

Resumo: Sabemos que os honorários representam a remuneração do advogado, no qual teve seu surgimento na antiga Roma como a remuneração devida a quem exerce uma profissão liberal. Com o crescente desenvolvimento e complexidade da sociedade aumentaram-se o número de litígios, de forma que os advogados passaram a exercer uma profissão regulamentada e legitimamente remunerada. O profissional que se tornou essencial para a administração da justiça encontra-se diante de um impasse, ou seja, sua remuneração meio de sobrevivência pessoal e familiar tem sido desvalorizada, ainda mais durante um processo de falência em que o advogado se dispõe por inteiro em busca de um resultado positivo para seu cliente e ao fim da demanda não recebe sua contraprestação, por ser colocado em uma classe de credores sem preferência. Diante dessa situação é indispensável um olhar analítico, visando se há uma real necessidade de equiparar os honorários do advogado com créditos trabalhistas durante o processo de falência, sendo que tal remuneração é necessária para garantir uma vida digna do profissional e de sua família, assim como o salário do trabalhador celetista. Desta forma, se faz necessário e de grande valor para o ordenamento jurídico uma análise a respeito da possibilidade de equiparação dos honorários, e se há uma real necessidade para tais profissionais que suas remunerações façam parte da classe dos créditos trabalhistas, conforme expresso no art. 84º da Lei 11.101, de 2005. Na presente pesquisa, para esclarecer se é possível ou não à equiparação dos honorários advocatícios aos créditos trabalhistas no processo de falência, realizou-se pesquisa bibliográfica utilizando a metodologia dedutiva, na qual passa por um processo de raciocínio a partir de premissas estabelecidas para se chegar a uma conclusão lógica através da doutrina, jurisprudência e da legislação.

Sumário: 1. Introdução. 2. Possibilidade de equiparar os honorários advocatícios a créditos trabalhistas. 2.1 Da dignidade da pessoa humana. 2.2 Da isonomia. 2.3 Natureza alimentar. 3. Conclusão. 4. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Honorários advocatícios. Processo de falência. Advogado.

1. Introdução

Os honorários advocatícios representam a remuneração do profissional em razão da prestação de serviços, segundo o art. 22º do Estatuto da Advocacia e da OAB, os honorários se dividem em três espécies, quais sejam os convencionados, fixados por arbitramento judicial e os de sucumbências. A palavra honorário tem sua raiz do latim e, tem sua origem clássica como sendo todo prêmio, presente, dado alguém, em benefício de uma ação honrosa, digna. Sendo que ao longo do tempo vem sendo debatido em matéria de

¹ Discente do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI.

processo de falência a respeito da classe de credores em que devem ser habilitados os honorários advocatícios, se essas remunerações são da classe dos créditos com privilégio ou equiparados aos créditos trabalhistas, e qual a prioridade desse credor no processo de falência.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem julgados que negam a equiparação dos honorários advocatícios aos créditos trabalhistas, gerando assim posicionamentos distintos a respeito de uma mesma matéria, no qual insere os honorários na classe dos créditos com privilégio geral previstos no art. 83, V, da Lei nº 11.101/2005.

Entretanto, em relação à equiparação a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tem se posicionado favoravelmente, sendo alimentar a natureza dos honorários colocando-os em equiparação aos créditos trabalhistas.

Diante do exposto pode se verificar que há entendimentos contrários à equiparação dos honorários advocatícios no STJ, gerando no ordenamento jurídico conflitos referentes ao tema, de forma que a própria corte não demonstra posicionamento igualitário em relação ao mesmo assunto. Ademais, o objetivo específico do presente trabalho é demonstrar se há isonomia entre os honorários advocatícios e o salário do trabalhador celetista, e propor a equiparação dos créditos em um processo de falência.

2. Possibilidade de equiparar os honorários advocatícios a créditos trabalhistas

O problema central do trabalho refere-se à possibilidade de equiparação dos honorários advocatícios aos créditos trabalhistas no processo de falência, buscando uma análise da real necessidade de garantir aos profissionais da advocacia uma prioridade em relação aos demais credores no processo de falência.

Sendo que hoje se encontra posicionamentos habilitando os honorários advocatícios aos créditos com privilegio geral, conforme previsto na Lei de Falências (11.101/2005) em seu art. 83, V, essa classificação vem em decorrência do art. 24 da Lei 8.906/1994 Estatuto da Advocacia e da OAB, no qual traz em seu texto que as verbas recebidas pelo advogado constituem crédito privilegiado na falência.

Entretanto, devemos sim colocar no mesmo nível de preferência dos créditos trabalhistas os honorários advocatícios, sucumbências ou contratuais no caso de habilitação de falência, dada sua natureza alimentar, sendo, portanto, pagos com prioridade sobre os demais créditos. E de acordo com a nossa Constituição Federal de 1988 no seu art. 1º inciso III, a dignidade da pessoa humana constitui princípio máximo do estado democrático de direito, sendo que dessa forma deve ser garantido o mínimo existencial aos advogados, no qual são dependentes de seus honorários para garantir a sua subsistência, de igual modo a Constituição elenca a igualdade como base fundamental do princípio republicano e da democracia, ou seja, a violação dos pagamentos dos honorários em um processo de falência pela não equiparação estaria lançando fora princípios fundamentais alcançados ao longo do tempo.

2.1. Da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta a tese de que os honorários existem para garantir uma remuneração digna aos profissionais da advocacia, sendo que, dessa forma será garantido um mínimo existencial, de maneira que a não equiparação aos créditos trabalhistas durante o processo de falência configura desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento estabelecido pela nossa Carta Magna de 1988.

Podemos entender que os honorários são como fontes de amparo do profissional e sua família, sendo impossível pensar em uma vida digna quando não é possível garantir o sustento com dignidade da própria pessoa e de sua família, de igual modo estão os salários pagos aos trabalhadores celetistas, no qual também garantem o seu sustento. Estefânia Viveiros e Luiz Henrique Volpe Camargo (2014, p. 1) reforçam esse posicionamento:

A título de exemplo, o advogado privado tem despesa com o imóvel onde está instalado seu escritório, tem despesas com telefone, água, luz, internet, impostos, locomoção, material de escritório, impressoras, computadores, aparelhos de fax, com o salário de secretárias, auxiliares administrativos, equipe de informática, com outros advogados colaboradores, enfim, com uma grande estrutura sem a qual é impossível exercer o ofício. Além de fazer frente a todas essas despesas, os honorários também são fontes de subsistência do advogado e de sua família. Sua vida se move a partir dos honorários que recebe.

Dentre os direitos fundamentais estabelecidos pela nossa Constituição a dignidade da pessoa humana é o principal, sendo esse o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional, a dignidade é atributo essencial do ser humano, é, portanto irrenunciável, e inalienável, é ela que qualifica o ser humano e dele não pode ser destacada e por tal ela não pode ser criada, concedida ou privada.

A dignidade está em cada ser humano como algo que a ele é essencial. Por ser qualidade essencial do ser humano, não cabe ao ordenamento jurídico, por meio do legislativo ou judiciário, conferir. É importante que se reflita que todo trabalhador tem direito de que suas necessidades próprias e familiares sejam atendidas, como alimentação, moradia, educação, saúde, lazer, transporte, etc., o que concilia perfeitamente com todas as necessidades do advogado, que recebe sua remuneração, e destina a garantir o seu sustento.

Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 60), analiticamente, define a dignidade da pessoa humana como:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o 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.

Ademais, a própria Constituição Federal, colocou a atividade de advogado como essencial à administração da justiça, de forma que não se pode olvidar da necessidade de uma remuneração digna ao trabalho do advogado. Desse modo, o trabalho prestado pelo profissional deve ser adequadamente remunerado, não apenas pela importância conferida ao exercício da advocacia enquanto função essencial à justiça, mas também em reverência ao princípio fundamental da dignidade humana, valor constitucional e fundamento da República. Sendo que diante da lide é necessária a presença do profissional da advocacia para lograr êxito na sua demanda, de modo que ao fim seja garantido seu pagamento pelo sucesso alcançado, daí ensina Ruy Sodré (1991, p. 268) que:

Só o advogado, com sua cultura, com a técnica jurídica, pode extrair das circunstâncias que envolvem o caso, o que interessa ao julgamento, apresentando a defesa com mais segurança. Ele transforma os fatos em lógica, e o juiz transforma a lógica em sentença.

Conforme já mencionado, a dignidade da pessoa humana diz respeito a um mínimo existencial, de maneira que a não equipara o dos honorários aos créditos trabalhistas durante o processo de falência configura desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que os profissionais não poderão usufruir de uma vida digna, pois não se tem a garantia de recebimento quando deixado para o final da ordem de credores para o pagamento, o que não pode ser acolhido pelo ordenamento jurídico pátrio.

2.2. Da isonomia

Os honorários advocatícios devem ser equiparados ao crédito trabalhista no processo de falência porque do contrário transgrediria o princípio da igualdade elencado em nossa Constitui o em seu art. 5 , “onde todos são iguais perante a lei”, sendo que discriminaria a classe dos advogados, os quais são remunerados por meio de honorários, garantindo aos empregados uma super valora o diante de uma lista de credores. Como bem coloca Rafael Ioriatti da Silva (2015, p. 1):

Além disso, cria-se discrimina o até mesmo entre a classe dos advogados, pois há aqueles que trabalham sob vínculo de emprego, fazendo o mesmo trabalho que qualquer outro advogado, mas no caso do advogado empregado, este teria privilégio tão só pelo nome da verba que recebe, ou seja, “salário” e não “honorários”. Sendo assim, poderia haver uma debandada eticamente injustificável de advogados para o regime da CLT, pois a decisão acaba por dar mais

valor ao “rótulo” do que ao “conteúdo”, mais valor ao rótulo “salário” do que ao conteúdo “verba alimentar”.

Diante do alto número de profissionais que todos os anos chegam ao mercado de trabalho fez com que o campo de atividades dos mais novos ficasse limitado. Os muitos advogados que antes realizavam atividades por sua conta e risco, hoje buscam constituir uma relação empregatícia, tornando-se advogados empregados com as mesmas garantias trabalhistas que qualquer outro funcionário.

Já em relação ao profissional autônomo, todo o risco da atividade desenvolvida é de sua inteira responsabilidade, ao ponto que ao final da lide corre o risco de não receber seus honorários, pois sua relação é direta com o cliente. Como bem coloca a respeito dessa distinção Vólia Bomfim (2014, p. 315):

A principal diferença entre o autônomo e o empregado é que este presta serviço por conta alheia e não sofre qualquer risco de sua atividade, enquanto aquele a exerce por sua própria conta e risco, sem qualquer garantia de salário. Normalmente o autônomo trabalha para clientela diversificada, demonstrando a falta de pessoalidade na prestação de seu serviço, enquanto o empregado trabalha com pessoalidade para determinado tomador. Os autônomos têm subordinação mais tênue, hoje chamada pela doutrina de parassubordinação.

Realizando um comparativo entre advogado empregado e ao autônomo durante o processo de falência, o primeiro teria seus créditos classificados juntamente com os demais trabalhistas, ou seja, se garantido em uma classe com prioridade, já o advogado autônomo não teria esse mesmo privilégio sendo classificado de forma distinta, como privilegio geral.

Conforme o Estatuto da Advocacia e da OAB em seu art. 24º, “a decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e constituem crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial”, sendo assim os honorários do advogado em processo de falência poderia ser classificado como crédito privilegiado, porém, observem que os honorários do advogado embora a lei 11.101/2005 não os mencionam, eles têm preferência na ordem de pagamento, por força jurisprudencial conforme posicionamento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que tem se posicionado favoravelmente, demonstrando que a isonomia entre os honorários advocatícios e os créditos trabalhistas.

Processual Civil. Recurso Especial. Ação de execução. Pré-questionamento. Ausência. Súmula 282/STF. Concurso de credores. Honorários advocatícios. Natureza alimentar. Equiparação dos honorários advocatícios com os créditos trabalhistas para fins de habilitação em concurso de credores. Possibilidade. - Cinge-se a lide em determinar se os honorários

advocatícios possuem natureza alimentar e se, em concurso de credores, podem ser equiparados a créditos trabalhistas. - Os honorários advocatícios, contratuais e de sucumbência, têm natureza alimentar. Precedente da Corte Especial. - Assim como o salário está para o empregado e os honorários estão para os advogados, o art. 24 do EOAB deve ser interpretado de acordo com o princípio da igualdade. Vale dizer: os honorários advocatícios constituem crédito privilegiado, que deve ser interpretado em harmonia com a sua natureza trabalhista alimentar. - Sendo alimentar a natureza dos honorários, estes devem ser equiparados aos créditos trabalhistas, para fins de habilitação em concurso de credores. Recurso especial provido. (REsp 988.126/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.^a Turma, j. 20.04.2010, DJe 06.05.2010).

Como exposto anteriormente a Constituição elenca a igualdade como base fundamental do princípio republicano e da democracia, ao ponto que a isonomia não deve ser somente entre advogado empregado e autônomo, mas sim em relação a todo trabalhador, sendo que ambos dependem diretamente de suas remunerações para garantir o sustento profissional e pessoal.

2.3. Natureza alimentar

Em relação a equiparação dos honorários advocatícios em decorrência de sua natureza alimentar encontramos posicionamentos no Superior Tribunal de Justiça, conforme a Quarta Turma, que por sua vez, tem julgados que negam a equiparação dos honorários advocatícios aos créditos trabalhistas, gerando assim posicionamentos distintos a respeito de uma mesma matéria, no qual inseri os honorários na classe dos créditos com privilegio geral previstos no art. 83, V, da Lei nº 11.101/2005. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 102 DA ANTIGA LEI DE FALÊNCIAS. ART. 24 DO ESTATUTO DA OAB. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. CARÁTER ALIMENTAR. PRIVILÉGIO GERAL. AGRAVO IMPROVIDO. 1. O crédito decorrente de honorários advocatícios sucumbências, a despeito de se assemelhar a verba alimentar, não se equipara aos créditos trabalhistas, para efeito de habilitação em processo falimentar, devendo figurar na classe de créditos com privilégio geral. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no REsp: 1077528 RS 2008/0164044-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/10/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/11/2010).

Conforme determinação do julgamento do REsp. nº 1077528/RS os honorários advocatícios não estariam no mesmo patamar de preferências dos créditos trabalhistas.

Seguindo o mesmo entendimento as Turmas de Direito Público, da Primeira Seção, têm defendido que os honorários advocatícios não se equiparam aos créditos trabalhistas, não podendo desta forma ter preferência em relação aos demais créditos.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO DE CREDORES. CRÉDITOS REFERENTES A HONORÁRIOS DE ADVOGADO. PREFERÊNCIA EM RELAÇÃO AOS CRÉDITOS DE NATUREZA TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA. ARTIGOS 186, CAPUT, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL E 24 DA LEI Nº 8.906/94. 1. Os créditos de natureza tributária têm preferência sobre os créditos relativos a honorários advocatícios. 2. Precedentes de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção. 3. Embargos de divergência acolhidos. (STJ - EREsp: 941652 RS 2009/0102656-0, Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Data de Julgamento: 24/11/2010, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 07/12/2010).

No entanto, os entendimentos contrários à equiparação a cima citados nos levaria a posicionar os créditos referentes a honorários advocatícios em uma linha de preferência como sendo um dos últimos a serem pagos, sendo que desta forma estariam em quinto lugar em relação aos credores no processo de falência, podendo ao fim da demanda não receber os seus valores referentes aos serviços prestados.

Diante disto podemos sim colocar os honorários advocatícios, sucumbências ou contratuais no mesmo nível de preferência dos créditos trabalhistas no caso de habilitação de falência, dada sua natureza alimentar, verba necessária para a vida do profissional, sendo, portanto, pagos com prioridade sobre os demais créditos, inclusive sobre os tributários. Conforme demonstra Marlon Tomazette (2016, p. 546) em sua obra:

O STJ pacificou seu entendimento, em sede de recurso repetitivo, no sentido de que os créditos resultantes dos honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas para efeito de falência. A natureza alimentar do crédito o tornaria equiparado aos trabalhistas em todos os aspectos, mas em especial na sua classificação para fins falimentares.

Em relação ao tema a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tem se posicionado favoravelmente, sendo alimentar a natureza dos honorários colocando-os em equiparação aos créditos trabalhistas, de forma que ambos os créditos tenham o mesmo tratamento.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DESPEJO E COBRANÇA DE ALUGUÉIS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. NATUREZA ALIMENTAR. EQUIPARAÇÃO A CRÉDITOS TRABALHISTAS. SUJEIÇÃO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL. 1- Os honorários advocatícios cobrados

na presente ação não podem ser considerados créditos existentes à data do pedido de recuperação judicial, visto que nasceram de sentença prolatada em momento posterior. Essa circunstância, todavia, não é suficiente para excluí-los, automaticamente, das consequências da recuperação judicial. 2- O tratamento dispensado aos honorários advocatícios - no que refere à sujeição aos efeitos da recuperação judicial - deve ser o mesmo conferido aos créditos de origem trabalhista, em virtude de ambos ostentarem natureza alimentar. 3- O Estatuto da Advocacia, diploma legal anterior à atual Lei de Falência e Recuperação de Empresas, em seu art. 24, prevê a necessidade de habilitação dos créditos decorrentes de honorários advocatícios quando se tratar de processos de execução concursal. 4- Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 1377764 MS 2013/0097041-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 20/08/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/08/2013).

De tal matéria restou pacificada pela Corte Especial do STJ, sob o procedimento de recursos repetitivos, na forma do art. 543-C do CPC, que é devida a equiparação, habilitando os honorários juntamente com os créditos trabalhistas em decorrência de sua natureza alimentar, conforme a ementa da decisão que segue:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E EMPRESARIAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FALÊNCIA. HABILITAÇÃO. CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. ART. 24 DA LEI N. 8.906/1994. EQUIPARAÇÃO A CRÉDITO TRABALHISTA. 1. Para efeito do art. 543-C do Código de Processo Civil: 1.1) Os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas para efeito de habilitação em falência, seja pela regência do Decreto-Lei n. 7.661/1945, seja pela forma prevista na Lei n. 11.101/2005, observado, neste último caso, o limite de valor previsto no artigo 83, inciso I, do referido Diploma legal. 1.2) São créditos extraconcursais os honorários de advogado resultantes de trabalhos prestados à massa falida, depois do decreto de falência, nos termos dos arts. 84 e 149 da Lei n. 11.101/2005. 2. Recurso especial provido. (REsp 1152218/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/05/2014, DJe 09/10/2014).

Além das justificativas já elencadas conforme exposto nos posicionamentos do STJ, devemos nos atentar que os serviços prestados pelo advogado gera seu sustento, onde sua remuneração garante a sua própria sobrevivência e de seus familiares, daí que decorre o caráter alimentar dos honorários advocatícios como bem nos ensina Fernando Jacques Onófrío (2002, p. 32):

Na verdade, o que confere o caráter alimentar aos honorários é a finalidade a que os mesmos se destinam: manutenção, moradia, educação, lazer, alimentos e outras a que os honorários possam suprir, de forma semelhante aos salários.

É notória a finalidade das verbas do advogado, devendo sim ser equiparados aos créditos trabalhistas, sendo que da mesma forma que o trabalhador destina seu salário para sua subsistência assim será o profissional da advocacia que necessita dos honorários para garantir seu sustento próprio e também profissional.

Ademais, sabemos que a súmula se trata de um mecanismo pacificador de interpretações judiciais, no qual constitui temas repetidos já analisados diversas vezes, capaz de regular, de modo mais hábil, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, sendo de aplicação imediata pelos demais Juízes e Tribunais. Diante da relevância do tema e das repetidas vezes discutido, foi aprovada em Sessão Plenária de 27 de maio de 2015 a Súmula Vinculante nº 47, padronizando a jurisprudência pátria:

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

Podemos observar que nessa mesma visão se encontra a Suprema Corte ao aprovar a súmula supracitada, garantindo o caráter alimentar aos honorários advocatícios. Reforçando ainda mais todos os argumentos a pouco exibidos o Código de Processo Civil de 2015, recentemente sancionado, consolidou a natureza da verba honorária, bem como o privilégio do seu crédito, em seu art. 85, § 14º, “os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial”.

Pretendeu, pois, o legislador, extinguir qualquer controvérsia e normatizar o entendimento já predominante a respeito da natureza das verbas do advogado. Os honorários advocatícios tanto possuem caráter alimentar e são de extrema importância para a subsistência do advogado, que são impenhoráveis, de acordo com o disposto no art. 833, inciso IV do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

São impenhoráveis: [...] IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º; [...]

Ao final, entende-se que o profissional que se tornou essencial durante os litígios e que se dispõe por inteiro em busca de um resultado positivo para seu cliente, deve ser colocado em uma classe de credores com preferência, valorizando seu trabalho e garantindo sua dignidade.

Podemos observar que muitos são os posicionamentos tanto jurisprudenciais quanto doutrinários em relação à natureza dos honorários, nos permitindo sem sombra de dúvidas coloca-los na mesma classe que os créditos trabalhistas no processo de falência, quando estabelecido pelo administrador judicial a relação dos credores do falido, de tal forma que será garantido ao advogado assim como aos demais trabalhadores uma preferência em relação aos outros credores.

3. Conclusão

Ao enfrentarmos o problema da classe em que honorários advocatícios devem ser inseridos durante o processo de falência, sendo de privilegio ou trabalhistas, se faz necessário e de grande valor para o ordenamento jurídico uma análise a respeito da possibilidade de equiparação dos honorários, e se há uma real necessidade para tais profissionais que suas remunerações façam parte da classe dos créditos trabalhistas, conforme expresso no art. 84º da Lei 11.101, de 2005.

Sendo assim, concluímos que os honorários advocatícios tem preferência em relação aos demais créditos, devendo ser pagos junto com os créditos trabalhistas, permanecendo em primeiro lugar na relação de credores. Desta forma, superior é o entendimento em relação a equiparação dos créditos, diante da natureza alimentar dos honorários do advogado, sendo necessário para garantir uma vida digna aos profissionais, permitindo para si e sua família a educação, lazer, alimentos entre outros.

Além do mais faz com que seja respeitado de forma plena o princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo o mínimo existencial para a vida em sociedade, daquele que é colocado como essencial para a administração da justiça.

Ao final, garantindo a isonomia entre profissionais, eliminando qualquer tipo de conflito entre a classe de advogados, sendo que tanto autônomo como empregado tem sua remuneração garantida quando finalizado processo falimentar.

4. Referências bibliográficas

ALVES, Marilândia. Classificação dos créditos na falência: concursais e extraconcursais. **Jus Brasil.** Disponível em: <https://marilandia.jusbrasil.com.br/artigos/398421425/classificacao-dos-creditos-na-falencia-concursais-e-extraconcursais?ref=topic_feed>. Acesso: 19 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 988.126-SP (2007/0210847-7), Rel. Ministra Nancy Andrighi, Brasília, 20 abr. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.377.764-MS (2013/0097041-0), Rel. Ministra Nancy Andrighi, Brasília, 20 ago.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 115.2218-RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, 07 mai.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 107.7528-RS (2008/0164044-5), Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, 19 out.2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 941.652-RS (2009/0102656-0), Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Brasília, 24 nov.2010.

BOMFIM, Vólia, **Direito do trabalho**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

GOMES, Daniela Vasconcellos. O princípio fundamental da dignidade humana e o aviltamento dos honorários advocatícios. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25817/o-principio-fundamental-da-dignidade-humana-e-o-aviltamento-dos-honorarios-advocaticios/2>>. Acesso em: 5 mar. 2017.

MAGALHÃES, Giovani. Os honorários Advocatícios e o processo de falência. **Jus Brasil**. Disponível em: <<https://giovanimagalhaes.jusbrasil.com.br/artigos/334939374/os-honorarios-advocaticios-e-o-processo-de-falencia>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

MARTINS, Jomar. Em falência, dívida trabalhista vem antes de honorários. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-26/honorario-advogado-credito-privilegiado-falencia-nao-alimentar>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

MILLÉO, Paulo. Honorários advocatícios - Privilégio especial - Preferência em relação a créditos tributários. **Jus Brasil**. Disponível em: <<https://prmileo.jusbrasil.com.br/artigos/147552762/honorarios-advocaticios-privilegio-especial-preferencia-em-relacao-a-creditos-tributarios>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

MOLINARI, Mario. Honorários advocatícios de origem duvidosa. **Jus Brasil**. Disponível em: <<https://mariomolinari.jusbrasil.com.br/artigos/116713997/honorarios-advocaticios-de-origem-duvidosa>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

NÓBREGA, Airton Rocha, O advogado empregado e suas garantias trabalhistas específicas. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4962/o-advogado-empregado-e-suas-garantias-trabalhistas-especificas>>. Acesso em 05 mar. 2017.

ONÓFRIO, Fernando Jacques. **Manual de honorários advocatícios**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PASSOS. André Costa. Os honorários Advocatícios. **Jus Brasil**. Disponível em: <<https://andrepassos.jusbrasil.com.br/artigos/201476924/os-honorarios-advocaticios>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

PISCITELLI, Rui Magalhães, Advogado público tem direito a honorário de sucumbência. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-14/rui-piscitelli-advogado-publico-direito-honorario-sucumbencia>>. Acesso em: 5 mar. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SILVA, Rafael Ioriatti. Isonomia entre honorários advocatícios e salários. **Jus Brasil**. Disponível em: <<https://rafaelioriatti.jusbrasil.com.br/artigos/201154543/isonomia-entre-honorarios-advocaticios-e-salarios>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

SODRÉ, Ruy. **Ética profissional e o estatuto do advogado**. 4 ed. São Paulo: LTr, 1991.

TOMAZETTI, Marlon. **Direito empresarial**: volume 3: falência e recuperação de empresas. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

VIVEIROS, Estefânia; CAMARGO, Luiz H. V. Salário pode ser penhorado para pagar honorário advocatício. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-22/salario-penhorado-pagar-honorario-advogado>>. Acesso em: 5 mar. 2017.

O direito de propriedade industrial e a análise da função social da patente

Lorena Rosa Borges¹

Resumo: A presente pesquisa tem como objetivo fazer um estudo científico sobre o tema da Propriedade Industrial e a Análise da função social da Patente. O direito de Propriedade Intelectual visa proteger o Direito de Propriedade Industrial e o Direito Autoral. O primeiro protege a técnica do criador e é concedido através de um ato constitutivo, enquanto o segundo, a forma como a ideia se exterioriza, através do ato declaratório. O direito de Propriedade Industrial, tutela a Patente, a marca e o desenho industrial, e é o objeto do presente estudo, especificamente no que tange ao sistema de Patentes. A Patente é um título de propriedade concedido pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, através da Carta Patente, e protege as invenções e os modelos de utilidade, que devem atender aos requisitos da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, concedendo ao titular o direito de exploração exclusiva por tempo determinado de 20 anos para a invenção e 15 anos para o modelo de utilidade. A invenção é compreendida como uma criação do intelectual humano até então desconhecida das demais pessoas, é uma inovação que possui como principal requisito a novidade, enquanto o modelo de utilidade não é algo necessariamente novo, é um objeto existente com uma nova forma de uso ou fabricação, é uma melhoria de algo que já existe. A análise a ser feita no presente trabalho, é se a Patente, merece a proteção dada pelo direito de propriedade, e se, sendo direito de Propriedade Industrial, atende ao princípio constitucional da função social, sendo esta última o tema principal a ser analisado. Examinar se o instituto da Patente merece a exacerbada proteção dada pela Lei de Propriedade Industrial, e se, beneficia ou prejudica a sociedade a limitação causada pela exclusividade de exploração do titular da Patente. A justificativa da pesquisa está pautada na relevância do estudo das criações intelectuais na esfera acadêmica, para se avaliar a lei e seus aspectos jurídicos e como afetam a sociedade. A sociedade é a maior interessada nas inovações decorrentes de pesquisas, em decorrência da Lei de Propriedade Industrial estabelecer exclusividade na exploração do bem patenteado por tempo determinado, restringindo o acesso a essas inovações e concedendo liberdade ao titular da Patente, que atua sozinho no mercado. São muitos direitos concedidos aos titulares para pouco encargo, o que deve ser explorado, a fim de se avaliar quais impactos gerados na comunidade. A metodologia a ser utilizada é a dedutiva, na qual partiremos de premissas gerais e chegaremos à conclusão de uma situação particular. Esse método não produz conhecimentos novos, apenas explica conhecimentos que estavam implícitos. Além disso será utilizada pesquisas doutrinárias, bibliográficas, jurisprudenciais, artigos científicos, leis e internet. Os resultados almejados são de responder a problemática da presente pesquisa, que analisa criticamente o instituto estudado e concluir solucionando as perguntas a serem realizadas. Em suma, se analisara se a Patente, como um direito de propriedade está de fato limitada ao princípio da função social, se as proteções concedidas

¹ Discente do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. E-mail: lorenarosaborges@gmail.com.

pelo Estado às Patentes são benéficas a sociedade e ao desenvolvimento social e econômico do país.

Sumário: 1. Introdução 2. Problema Central da Pesquisa 2.1 Da proteção jurídica concedida as criações intelectuais 2.2 A Patente como forma de recompensa e as consequências no avanço científico e tecnológico 2.3 A função social da Patente 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Patente. Função social. Propriedade.

1. Introdução

O objetivo deste trabalho é fazer um estudo científico sobre o tema da Propriedade Industrial e a Análise da função social da Patente. E o problema central da pesquisa é sobre a concessão da Patente e os efeitos gerados na sociedade. Isto é, quais as consequências trazidas a sociedade quando o INPI concede o direito de exploração exclusiva da invenção ou modelo de utilidade. E ainda, se a Patente, sendo um direito de propriedade, atende ao princípio constitucional da função social, previsto no artigo 170, inciso III, da Constituição Federal.

A Propriedade Intelectual visa tutelar as criações realizadas pelo intelectual e abrange o Direito de Propriedade Industrial e o Direito Autoral. Em que pese decorrerem do mesmo instituto, possuem distinções quanto ao que protege e a forma como ocorre a proteção, que está estabelecido na Lei de Propriedade Industrial e será brevemente analisado na presente pesquisa, afinal, o tema que será discutido é tão somente ao Direito de Propriedade Industrial em relação as Patentes.

A Constituição Federal de 1988, estabeleceu em seu artigo 5º, inciso XXIX, que deverá ocorrer a tutela dos inventos industriais através de privilégio temporário para a exploração pelo titular, visando o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país. No presente estudo será bastante analisado quanto ao tempo que a lei assegura de exploração exclusiva e se realmente é benéfico ao interesse social e o desenvolvimento almejado pela Carta Maior.

O estudo desse tema é fundamental para analisar as consequências geradas pela concessão estatal da Patente de invenção e de modelo de utilidade, que têm o prazo de vigência de 20 e 15 anos respectivamente, previstas da Lei de Propriedade Industrial nº 9.279 de 1996. A invenção e o modelo de utilidade são criações do intelecto humano que podem beneficiar milhares de pessoas com as inovações, melhorias na qualidade de vida e até mesmo curas, no caso de Patente no âmbito farmacêutico. Que ficam restritas as arbitrariedades do titular da Patente, que atua sozinho no mercado, sem concorrência pelo prazo de vigência concedido.

O método de utilizado na pesquisa é o método dedutivo, no qual se utilizará o raciocínio lógico para analisar o tema, a problemática e responder as questões a serem levantadas e partindo de premissas gerais concluiremos por numa situação particular. Será utilizada pesquisas bibliográficas, doutrinarias, jurisprudenciais, artigos científicos, e leis, principalmente a Lei de Propriedade Industrial nº 2.979/96.

2. O problema central da pesquisa

O problema central da presente pesquisa será analisar o Direito de Propriedade Industrial, especificamente no que diz respeito a função social na concessão ao direito de Patente. Trata-se de um assunto relevante e ao estudar a matéria há certos questionamentos a se fazer. Nesse contexto, há razões para o direito de propriedade proteger os bens imateriais? A concessão de exclusividade ao titular da Patente é benéfica a sociedade? Em que pese, o que é mais importante, estimular um possível avanço científico através da concessão da Patente ou permitir que a sociedade usufrua de tais avanços? A concessão da Patente prejudica ou contribui para o desenvolvimento tecnológico? Tal instituto fere o Princípio da Livre Concorrência e do Livre Comércio? O Direito de Propriedade Industrial preza pela função social? Essa última é o problema central da presente pesquisa. Observa-se, portanto, que há muito que se discutir em relação ao Direito de Patente.

Entendemos que a concessão da Patente é prejudicial a sociedade e também ao avanço científico, sendo essencial que criações e invenções cumpram a função social, dessa forma não sejam restritas a sociedade. Porque ao conceder o benefício de exclusividade ao titular da Patente o direito está priorizando o monopólio, portanto, ferindo o Princípio da Livre Concorrência e o Livre Comércio, gerando consequências ao avanço científico e social. Um dos argumentos da defesa do Direito de Propriedade Industrial, é que a concessão de Patente estimula o desenvolvimento científico. Ocorre que, após um longo e dispendioso processo para conseguir o direito de patentear, o indivíduo que consegue o privilégio de explorar com exclusividade determinada criação, até 20 anos, não terá interesse de seguir com pesquisas, é mais vantajoso colher frutos de uma criação por anos, do que arriscar mais trabalho com pesquisas e dispendiosos processos.

2.1. Da proteção jurídica concedida as criações intelectuais

No ordenamento jurídico brasileiro há previsão legal para a concessão de proteção as criações do intelecto, regulamentado pela Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. A Lei da Propriedade Industrial, garante as invenções e modelos de utilidade a proteção através da concessão de Patente aos seus criadores, que é o direito de explorar exclusivamente, e se inicia desde o depósito do pedido junto ao INPI. E podem perdurar até 20 anos para a invenção e até 15 anos para o modelo de utilidade.

O direito de propriedade tem como função social prevenir conflitos gerados pela escassez de recursos. Esses direitos devem ser justos, para que cumpram sua função de evitar conflitos. Em que pese, quando não há escassez de bens não há que se falar em proteção jurídica, porque as regras de propriedade não são aplicáveis a recursos que são profusos. É o caso da proteção dada as criações intelectuais, que são bens infinitos, e em razão disso não merecem a proteção dada pelo direito.

Apenas recursos escassos, tangíveis, são objetos passíveis de conflito interpessoal, então é apenas a eles que as regras de

propriedade são aplicáveis. Assim, patentes e direitos autorais são monopólios injustificáveis garantidos por legislação governamental. (KINSELLA, 2010, p. 29).

Conforme já apresentado anteriormente, o Direito de Propriedade Industrial protege a técnica do criador. Essa técnica não é um bem consumível, o fato de outra pessoa utilizar a técnica não a mitiga ou a retira de seu dono. Portanto, não há o que se falar em escassez do recurso e em conflitos, em decorrência disso não há necessidade de o direito dar exclusividade ao criador. Assim entende KINSELLA (2010, p. 28), “como o uso da ideia de outros não os priva da mesma, nenhum conflito quanto ao uso é possível; ideias, então, não são candidatas a possuírem direitos de propriedade”.

A princípio, quando há a escassez natural de determinada coisa, o direito deve regulamentar com as regras de propriedade, para evitar divergências e fazer com o que o direito e justiça caminhem juntos. Por outro lado, quando se cria regras de propriedades onde não há escassez ocorre o que se chama de escassez artificial injusta. Dessa forma, o direito mais prejudica do que beneficia. Em síntese, criar escassez onde não existe gera conflitos desnecessários.

Escassez natural é o que se segue da relação entre o homem e a natureza. A escassez é natural quando é possível concebê-la perante qualquer arranjo humano contratual, institucional. Escassez artificial, por outro lado, é o resultado de tais arranjos. Escassez artificial dificilmente pode servir como uma justificativa para o arcabouço legal que causa tal escassez. Tal argumento seria completamente circular. Pelo contrário, a escassez artificial em si precisa de uma justificativa. (BOUCKAERT, 1990, p. 793)

Em suma, compreende-se que existem problemas trazidos pela legislação de Propriedade Industrial, criados sem justificativa, já que ideias, que criam técnicas, são abundantes, não se consomem e não se esgotam. E por isso, não justifica a proteção que o ordenamento jurídico concede.

2.2. A patente como forma de recompensa e as consequências no avanço científico e tecnológico

O ser humano, ordinariamente, sempre teve interesses voltado a bens materiais, sejam imóveis ou moveis. Dessa forma sempre trabalha em busca de recompensas e não é diferente no caso de quem busca a concessão do direito de Patente pelo trabalho intelectual realizado. No entanto, deve-se compreender que tal instituto não é a única forma de retribuição pelo trabalho do inventor e sim, um atraso para o desenvolvimento tecnológico e científico, em face da restrição da criação à sociedade.

Na atual economia de mercado, mostra-se cada vez mais relevante o estudo do sistema de patentes, sobretudo em razão das

controvérsias geradas em torno do “pêndulo”: estímulo a inovação e desenvolvimento técnico-científico de um lado, e ônus sociais, de outro. Isso porque o direito de exclusividade sobre a invenção – que envolve o desenvolvimento técnico com base em conhecimentos pré-existentes – gera custos sociais, uma vez que a sociedade, como um todo, fica impedida de usufruir dos avanços tecnológicos durante um período de tempo (prazo da patente), como também fica submetida aos preços e forma de exploração econômica ditada pelo titular. (AFONSO, 2013, p. 17).

O principal argumento da defesa da Patente, também compreendido como defesa utilitarista da Propriedade Industrial, é que a Patente é uma forma de retribuição e incentivo aos inventores. Tal argumento é facilmente combatido quando se observa a finalidade da Propriedade, mesmo que intelectual, que é beneficiar a sociedade, ou se não beneficiar, ao menos não prejudicar. E definitivamente, há consequências para o consumidor que estará num mercado que não haverá concorrência e uma limitação do conhecimento e informação, que poderia inclusive, gerar mais desenvolvimento se pudesse ser explorado por outras pessoas ou empresas.

É discutível se direitos autorais e patentes realmente são necessariamente encorajadores da produção de trabalhos criativos e invenções, ou se os ganhos incrementais da inovação ultrapassam os imensos custos de um sistema de Pi. Estudos econométricos não mostram conclusivamente ganhos líquidos em riqueza. Talvez existisse ainda mais inovação se não houvesse leis de patente; talvez mais dinheiro para pesquisa e desenvolvimento (P&d) estivesse disponível se não estivesse sendo gasto em patentes e tribunais. É possível que companhias tivessem um incentivo ainda maior para inovar se elas não pudessem contar com um monopólio de quase vinte anos dessas invenções. (KINSELLA, 2010, p. 19).

Quando o Estado concede o poder de exclusividade de exploração ao inventor está retirando o conhecimento do domínio público e submetendo as demais pessoas a preços arbitrários ditados pelo dono da Patente. Dessa forma, está privando o conhecimento de todo seu povo e impedindo que pessoas sem condições de arcar com os custos tenham acesso as inovações, que pode até mesmo ser essencial para a manutenção da vida, no caso dos remédios.

Os custos sociais são inevitáveis para que o titular da patente possa auferir ou, ao menos, ter a chance de ganhos no mercado de exploração de sua invenção. No entanto, os custos sociais não podem ser excessivos a ponto de colocar a sociedade em situação de verdadeira desvantagem no sistema (AFONSO, 2013, p. 17).

Diante do exposto, far-se-á necessário responder algumas questões relevantes. Será que conceder a Patente ao inventor é a única forma de recompensar e estimular o interesse em inovações? Privar o uso das técnicas inventivas é benéfico para o desenvolvimento científico? E impedir a sociedade de usufruir de tais evoluções, não fere a função social já que a Propriedade Industrial é um direito de propriedade?

Uma das principais ponderações quanto a Patente, é de que, apesar de não parecer, as empresas podem conseguir manter seus benefícios e compensar seus investimentos das inovações e criações que produzem, mesmo sem o instituto da Patente. Isso porque, tal instituto não é primordial para que empresários e inventores obtenham seus lucros e recompensas diante dos trabalhos alcançados.

Assim, se não houvesse o sistema de Patentes, para os inventores, não haveria consequências. Afinal, poderiam enfrentar o mercado sem a necessidade de publicar sua invenção, o que ocorre com a Patente, que é obrigatoriamente publicada na Revista de Propriedade Industrial, e dessa forma, manteriam suas criações em sigilo e teriam que lidar com a livre concorrência do mercado, sem ter a exclusividade da exploração da criação.

Defendem-se que a proteção das criações intelectuais estimula o avanço científico e traz desenvolvimento para o país. Ao analisar bem, se percebe que é um argumento desprovido de validade. Pois, não há como garantir que o sistema de Patente é o motivo de existir novas criações, e muito menos que após conseguir o direito de patentear o titular investirá em pesquisas para continuar inovando. Ainda mais o titular da Patente, que terá o direito de explorar por muitos anos, sem se preocupar com que a concorrência faça um trabalho melhor que o seu. O desenvolvimento estará, portanto, estagnado.

Por tratar-se de um direito de exclusividade – denominado equivocadamente de “monopólio” por alguns autores. Insurgem contra ele doutrinas de livre comércio e livre concorrência, sob o fundamento de que a concessão de exclusividade de exploração ao titular da patente seria uma forma drástica de intervenção no mercado e, por conseguinte, de se conceder “monopólios legais” a determinados agentes econômicos, impondo a sociedade, por outro lado, custos excessivos para manter esse sistema de patentes. (AFONSO, 2013 p. 16).

Sabemos que nem todas as invenções são necessárias, existem criações que são meros raciocínios lógicos retirados da sociedade que não merecem a proteção dada pelo instituto da Patente. E existem criações tão importantes que podem trazer uma melhoria imensurável para a qualidade de vida de um povo, ou da economia do país e que não são devidamente exploradas pelo titular ou que exploram de forma abusiva, em face disso, devem ter patentes “quebradas”. É o caso da licença compulsória, comumente conhecida como quebra de Patente.

Há situações em que o titular da patente está obrigado a licenciar terceiros na exploração da invenção ou do modelo de utilidade correspondente. Isto porque o direito considera relevante o

interesse social relacionado ao acesso às comodidades propiciadas pelo desenvolvimento industrial. Em outros termos, se o titular da patente de invenção ou modelo de utilidade não está exercendo o seu direito de forma a atender regular e convenientemente o mercado, outros empresários interessados e capacitados terão o direito de explorá-la, por meio da licença compulsória. Evidentemente, os licenciados remunerarão o dono da patente. Assim, se os direitos concedidos pelo INPI são exercidos de forma abusiva, ou se, por meio deles, se pratica abuso do poder econômico, caberá a licença compulsória. Também se impõe esta licença se o titular da patente, tendo já transcorridos 3 anos da sua expedição, não a explora por completo, ou se verifica o caso de insatisfatória comercialização (LPI, art. 68 e §§ 1º e 5º). (COELHO, 2011, p. 110).

A Licença Compulsória, prevista na Lei de Propriedade Industrial e no acordo TRIPS, pode ser usada para mitigar nas negociações com os titulares de Patente de remédios, por exemplo, para que abaiquem os preços sob pena de ter a suspensão temporária do direito de exclusividade. No entanto traz poucas soluções para os problemas gerados pela Patente, isto porque, no Brasil e em vários países, foram utilizadas poucas vezes. Não é historicamente comum o uso da licença e a realidade é que, não há intervenção do Estado na atuação dos titulares da Patente e em decorrência disso não existe temor de terem as Patentes suspensas.

De fato, observa-se que a concessão da Patente gera consequências no âmbito social, no desenvolvimento tecnológico e científico. E não há razões para que as produções do intelecto tenham tratamento de forma excepcional, que possam beneficiar uma minoria e prejudicar toda uma sociedade. É importante entender que embora o sistema de Patentes seja antigo não é a melhor forma de regulamentar as invenções e modelos de utilidades.

2.3. A função social da patente

A palavra função social advém do latim *functio*, que significa cumprir ou desempenhar uma atividade ou dever. É utilizado o termo da função social para expressar a finalidade de um determinado modelo jurídico, uma maneira de operar e tratar um instituto. A função social é o que perguntamos a determinada coisa: “Para que serve? Qual sua finalidade?” e a resposta é a sua função. O princípio da função social é necessário a um ordenamento jurídico para traçar diretrizes para a sociedade alcançar um bem-estar social e promover a justiça.

É até mesmo redundante indagar acerca de uma função social do direito, pois pela própria natureza das coisas qualquer direito subjetivo deveria ser direcionado ao princípio da justiça e bem-estar social. Porém, o individualismo exacerbado dos dois últimos séculos deturpou de forma tão intensa o sentido do que é direito

subjetivo, que foi necessário a inserção do princípio da função social nos ordenamentos contemporâneos para o resgate de um valor deliberadamente camuflado pela ideologia então dominante. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 308).

A intervenção do constituinte ao impor o princípio da função social é essencial para colocar limites no ordenamento jurídico para que aqueles que possuam propriedades a utilizem com o dever de não prejudicar terceiros. Isto porque, as propriedades são motivos de muitos conflitos no âmbito jurídico e é em busca de justiça que o direito deve decidir.

A intervenção legislativa serve como freio ao egoísmo humano, valorizando-se a fraternidade em detrimento de uma igualdade meramente formal entre proprietários e não proprietários. Há uma aproximação com uma concepção tomista, segundo o qual o proprietário é mandatário da comunidade para a gestão de bens direcionada à satisfação geral, mesmo que a coisa apenas pertença ao patrimônio de uma pessoa. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 313).

Em que pese a propriedade seja um bem particular de transmissão livre pelo seu titular, com a aplicação do princípio constitucional da função social da propriedade, há uma necessária adequação dos proprietários aos deveres impostos. O direito tutela a propriedade e dá poderes aos titulares, o de usar, fruir, dispor e gozar e também impõe os deveres sociais do proprietário perante a comunidade, que devem almejar o bem comum, a solidariedade o interesse social e a justiça.

É fundamental ressaltar que a tutela constitucional da propriedade, alinhavada no art. 5º, inciso XXII, é imediatamente seguida pelo inciso XXIII, disciplinando que “a propriedade atenderá sua função social”. Esta ordem de inserção de princípios não é acidental, e sim intencional. Inexiste incompatibilidade entre a propriedade e a função social, mas uma obrigatória relação de complementaridade, como princípios da mesma hierarquia. Não se pode mais conceder proteção à propriedade pelo mero aspecto formal da titularidade em razão do registro. A visão romanística, egoística e individualizada sucumbiu em face da evolução da humanidade. A lei Maior tutela a propriedade formalmente individual a partir do instante em que se exiba materialmente social, demonstrando merecimento e garantindo a sua perpetuidade e exclusividade. A propriedade que não for legitimada pela função social será sancionada pelo sistema por diversas formas e intensidades. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 314).

O direito brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, adotou como Princípio Constitucional, em seu artigo 170, III e 5º, XXIII, a função social, que nasce com

o objetivo de organizar a sociedade de forma justa e solidaria. Define-se como função social da propriedade a obrigação do proprietário dar um destino adequado a sua propriedade, em que pese, a propriedade seja um patrimônio particular, pautado na previsão jurídica de usar, gozar, fruir e dispor do bem material ou imaterial, deve ter sua utilização adequada as necessidades coletivas.

A função social da propriedade, nunca se pode esquecer, já estava prevista na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXII e XXIII, e no seu art. 170, III. Entendemos, em reforço, que o embrião da socialidade está no citado art. 5º da Lei de Introdução, pelo qual o juiz, ao aplicar a norma, deve ser guiado pelo seu fim social e pelo bem comum (pacificação social). (TARTUCE, 2014, p. 76).

A patente, decorrente do direito de Propriedade Industrial, como todo direito de propriedade, deve atender ao princípio da função social, atendendo ao interesse social, a solidariedade, ao bem-estar social e a justiça. A Constituição Federal de 1988, deu o tratamento a propriedade não como um bem material absoluto e sim, como um bem que deve ter destinação social, almejando harmonia dos cidadãos da sociedade.

Assim, a interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988 conduz à conclusão de que a proteção da propriedade intelectual é uma garantia que deve ser exercida e balanceada com o interesse social, com o escopo de favorecer a inovação, o progresso tecnológico e promover o acesso aos bens intangíveis por aqueles que deles necessitam. (SCUDELER, 2013, p. 6).

Sob o mesmo ponto de vista, a Propriedade Industrial, que decorre da Propriedade Intelectual, deve cumprir a função social pretendida no ordenamento jurídico, que reafirma a teoria de modelo do Estado intervencionista, solidário no qual estabelece que o interesse social prevalece em detrimento do interesse individual. Dessa forma, a aplicação do Instituto da Patente não está em conformidade com a ideia supra apresentada.

É interessante questionar sobre as razões e motivações pelas quais alguém é levado a utilizar-se do seu intelecto e, por um processo criativo, através de seu raciocínio, sentimentos e conhecimentos, elaborar e criar uma obra literária, artística ou científica. Pode-se pensar que, num primeiro momento, o fruto da criação seria somente para satisfazer o ego do criador. Pode até ser, mas, se tal obra for bem conceituada pelo próprio autor intelectual, é evidente que os instintos mais íntimos do titular da obra levam a difundi-la, inicialmente, às mais próximas de seu convívio, tais como, familiares e amigos, e, quiçá, dependendo da aceitação e avaliação, a dita obra terá uma divulgação para a sociedade. Então, pode-se dizer que a criação intelectual tem uma destinação. E este destino

final seria atingir ou chegar ao conhecimento do ser humano, dos cidadãos, enfim, da sociedade. (LOT JÚNIOR, 2009, p. 60).

A Patente visa proteger o direito do titular, impedindo que terceiros utilizem ou até mesmo fabriquem a coisa patenteada. O titular, que atua sem concorrência nenhuma no mercado, com total exclusividade, possui liberdade para impor preços e a forma de venda no mercado, podendo ser acessível a todos ou não. Ora, vejamos, isto está em total desconformidade com o princípio da função social, que impõe que os titulares da propriedade as utilizem com base na solidariedade, no interesse particular em prol do interesse público, visando a harmonia e justiça.

Quando o constituinte estabeleceu o princípio da função social nas propriedades particulares, almejou dizer que a propriedade não é um bem absoluto, e sim, que possuem limites, que não pode ser utilizada da forma como bem entender deu titular, com a finalidade de que a sociedade evolua, não exista egoísmos e diminua os conflitos sociais em relação as propriedades, que são bens escassos.

A LPI diferentemente do que estabelecido na Constituição Federal de 1988, deu ao titular da Patente poderes que ferem a função social da propriedade. O poder de exclusividade na produção da coisa, atuando sozinho no mercado por tempo determinado, que impede a sociedade de terem acesso por muitos anos. A LPI visa proteger tão somente os direitos do titular, ignorando o interesse social nas invenções e modelos de utilidade.

Em suma, quando o Estado autoriza a concessão da Patente com a intenção de retribuir ao titular pelo tempo e esforço na pesquisa, está indo contra a prática, da tão pretendida função social, isto porque, está priorizando o direito individual em face do direito coletivo. A sociedade é a prejudicada, afinal, fica privada por longos anos, do conhecimento. Nesse interim, a razão da existência da propriedade está em cumprir a função social e quanto mais importante for a criação, seja ela cultural, científica, industrial, maior deve ser a acessibilidade. Pois é através da distribuição do desenvolvimento que se cumpre a função social.

3. Conclusão

Os principais aspectos analisados na presente pesquisa é a crítica ao sistema de Patentes. Conclui-se que a Patente é direito dos inventores de explorar o objeto criado, por tempo determinado de forma exclusiva, previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXIX, sendo, portanto, direito fundamental. A previsão legal é regulamentada pela Lei de Propriedade Industrial nº 9.279/96.

Conclui-se que, a Constituição Federal, equivocadamente concedeu aos inventos industriais o direito de serem tratados como propriedade. Isto porque, conforme a doutrina estudada, a propriedade é aquilo que é escasso e em decorrência disso gera conflitos, portanto, deve ter um cuidado especial pela lei. Ocorre que, as ideias, que geram os inventos, não são escassas, não se esgotam e não se consomem. Deixar outra pessoa utilizar de uma ideia não a torna inutilizável ou pouco produtiva. E o fato da lei prever os inventos industriais como direito de propriedade, cria uma escassez artificial desnecessária, criando conflitos aonde não existia antes.

Em que pese a Constituição faça a previsão do privilégio temporário de exploração aos inventores, não estabelece o prazo de vigência do privilégio e em face disso a Lei de Propriedade definiu por ser 20 anos para a invenção e 15 anos para o modelo de utilidade. O que, foi concluído ser um arbitrário privilégio aos inventores e altamente prejudicial a sociedade, que ficaram muitos anos sem acesso as invenções, que abrange até mesmo os medicamentos.

O objetivo da lei de prosperar o desenvolvimento social e econômico através da proteção as criações intelectuais não são de valia alguma se a lei específica (Lei de Propriedade Industrial nº 9.279/96) dá poderes aos titulares da Patente de forma arbitrária e por um longo prazo. Em suma, conclui-se que a lei não respeitou a diretriz do constituinte, em face de priorizar a proteção particular do direito do titular à proteger o interesse social que é altamente visado pela Carta Magna.

O incentivo às pesquisas, almejado pela lei, não faz o menor sentido em face da demora na concessão da Carta Patente pelo INPI, pois, ficarão os inventores desmotivados a voltar a pesquisar e irão preferir a facilidade de explorar exclusivamente por até 20 longos anos. Ocorrendo, por sinal, a estagnação do conhecimento e a inacessibilidade a coletividade.

O principal objetivo da pesquisa é o de analisar se a Patente, como direito de propriedade, está pautada no princípio da Função social da propriedade, que limita o uso da propriedade, com o interesse de organizar a sociedade de maneira justa e solidaria, atendendo ao bem-estar social, a justiça e a harmonia na convivência. Estabelecendo ainda, que o interesse social prevaleça em detrimento do interesse egoístico individual, de utilizar como bem entender a propriedade. Restou claro que o sistema da Patente não atende ao princípio da função social, pois a lei permitiu que o titular do direito usufruísse de forma arbitrária, com fundamento de retribuí-lo ao tempo gasto pelas pesquisas na criação, atuando sem concorrência nenhuma por muito tempo, sem visar o interesse social.

Ao enfrentarmos os questionamentos trazidos na problemática, concluímos que não há razões jurídicas e sociais da proteção exacerbada as criações imateriais, uma vez que é altamente prejudicial a sociedade, em face da inacessibilidade dos inventos por longos anos. E que, poderá o inventor atuar no mercado colhendo os frutos de suas pesquisas, sem necessariamente utilizar da proteção da Patente, o que seria benéfico a sociedade, afinal, atuar com concorrência no mercado faz com que seja favorável ao consumidor e ao desenvolvimento científico e tecnológico. Pois, quando se atua no mercado sem nenhuma concorrência não há incentivo para a melhoria, somente o comodismo e a estagnação. Foi concluído ainda, que a função social não é aplicada ao instituto da Patente, em face de priorizar os interesses particulares em prol do coletivo.

Os objetivos propostos no presente trabalho de analisar criticamente o Instituto da Propriedade Industrial, especificamente no sistema de Patentes e responder a problemática foram alcançados. Utilizando do método dedutivo, de pesquisas principalmente doutrinarias bibliográficas, artigos científicos, artigos da internet, entre outros. E concluímos por todos os motivos expostos, a absoluta extinção do arcabouço das Patentes, por ser um instituto que privilegia uma minoria em detrimento da coletividade.

4. Referências bibliográficas

AFONSO, Larissa Maria Galimberti. **Exclusões e exceções ao direito de patente**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-25112016-111541/>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

BOUCKAERT, Boudewijn. **What is property?** 3. ed. Harvard: Revista de Direito e Políticas Públicas, 1990. v.13.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 23. ed. São Paulo: Saraiva: 2011.

CRUZ, Adriana Alves dos Santos. A licença compulsória como instrumento de adequação da patente e sua função social. **Revista da ABPI**, n. 80. jan./fev. 2006, p. 52.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2012. v.5.

KINSELLA, N. Stephan. **Contra a propriedade industrial**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

LOT JÚNIOR, Rafael Angelo. **Função Social da Propriedade Intelectual: O Patrimonialismo Autoralista em Contraste com o Direito de Acesso à Cultura**, Fortaleza, 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=160974>. Acesso em: 22 abr. 2017.

PAESANI, Liliana Minardi. **Manual de propriedade intelectual**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

_____. **Direito empresarial esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2016.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual**. 5. ed. São Paulo: Manole, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil 1: lei de introdução e parte geral**. 10. ed. São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v.5.

O jurisdicionado com poderes do *jus postulandi* no âmbito do juizado especial cível

Polyana da Silva Pedroso¹

Eurico Honorato de Sousa Junior²

Sumário: 1. Introdução; 2. O nascimento dos juzados especiais e o *jus postulandi* – Lei 9.099/95; 3. Finalidades e particularidades dos juzados especiais; 4. O *jus postulandi* nos juzados especiais cíveis; 5. As vantagens e desvantagens do *jus postulandi*; 6. Tentativas de extinção do *jus postulandi*; 7. Conclusão; 8. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho objetiva-se a demonstrar a aplicação efetiva do instituto do *jus postulandi* nos Juzados Especiais Cíveis, analisando a Lei 9.099/95 que regula os juzados, bem como uma explanação sobre o funcionamento e características destes, visando esclarecer como o legislador buscou aproximar a Justiça, do cidadão. A metodologia do trabalho consiste em pesquisas bibliográficas e jurisprudências, com vistas a demonstrar as particularidades destes órgãos jurisdicionais, as vantagens e desvantagens do *jus postulandi* e os tipos de matérias alegadas, visando demonstrar que o legislador acertou ao amparar o jurisdicionado com uma estrutura material e pessoal, que são os juzados especiais, que se tornaram um incentivo para o cidadão buscar a proteção para seus direitos.

Palavras-chaves: *Jus postulandi*. Juzados especiais. Vantagens. Desvantagens.

1. Introdução

Os juzados especiais cíveis surgiram para atender ao preceito constitucional expresso no artigo 98, inciso I, trazendo novos rumos à justiça brasileira no intuito de solucionar os conflitos de forma mais célere, o que tornou acessível o amparo jurisdicional para grande parte dos cidadãos em 1984, com a entrada em vigor da Lei 7.244/84 intitulada Lei das Pequenas Causas, que possibilitou as pessoas que não tinham condições financeiras de custear as despesas com honorários advocatícios e custas judiciais, intentar pessoalmente nas instâncias jurídicas sem a presença de profissional habilitado, por meio do instituto *jus postulandi* e com o benefício da justiça gratuita.

Jus postulandi do grego significa direito de postular, diz respeito à capacidade facultada a pessoa para se representar perante as instâncias judiciárias no intuito de obter

¹ Discente do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – Unitri. E-mail: polyana_pedroso@hotmail.com.

² Advogado. Professor do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – Unitri. E-mail: euricojunior@euricojunior.adv.br.

amparo da justiça para suas lides sem o auxílio e acompanhamento de advogado ou representante.

Este modelo de acesso ao judiciário deu extremamente certo, trazendo ao conhecimento da justiça causas que até então passavam na obscuridade da lei, seja pelo alto valor para entrar com um processo ou pela baixa complexidade das demandas, assim em 1988 foi promulgada a Constituição Federal Brasileira de 1988 (CFB/88), que referendou a importância dos Juizados de Pequenas Causas e deu lançamento a pedra fundamental para a criação dos Juizados Especiais (Jesp), os quais foram legalmente instituídos em 1995 com a Lei 9.099.

Estes órgãos jurisdicionais são pautados em princípios que trazem maior possibilidade de acesso ao cidadão conforme artigo 2º da referida lei, pois mantiveram a idéia principal de seus precursores, ou seja, possibilitar o *jus postulandi* para pessoas que não possuem condições de custear a contratação de advogado, significando um grande avanço, trazendo vantagens no tocante à economia, celeridade, simplicidade, mas que pode gerar prejuízos para o jurisdicionado, vez que este estará sozinho frente a todos os trâmites do processo, será de sua responsabilidade a produção de provas para corroborar suas afirmações e acaso necessário recorrer da decisão proferida deverá constituir advogado.

Com base em doutrinas, jurisprudências e pesquisas de campo, será possível analisar até que ponto é benéfico ao autor buscar o mérito de seu pedido de forma unipartária, bem como demonstrar os problemas enfrentados, os empecilhos para conseguir provas e os prejuízos gerados pela falta destas ou pela perda de prazos legais.

2. O nascimento dos juizados especiais e o *jus postulandi* – lei 9.099/95

A ideia de implantar os juizados especiais brasileiros teve início no Rio Grande do Sul em 1982, por iniciativa do Desembargador Antonio Guilherme Tanger Jardim, então Juiz de Direito da Comarca de Rio Grande, que instituiu os conselhos de conciliação e arbitragem destinados a solucionar conflitos de vizinhança e causas de mínima complexidade, deixando o jurisdicionado livre para se fazer presente pessoalmente nos órgãos jurisdicionais desacompanhado de advogado e pleitear seu direito.

Tais conselhos deram imensos resultados ao ponto de em 1984 ser aprovada a Lei Federal nº. 7.244/84 que instituía os Juizados de Pequenas Causas com competência voltada exclusivamente para a esfera cível e valor da lide em até 20 salários mínimos, estes tinham como inspiração as Small Claims Courts americanas. Sobre a importância e as vantagens dos Juizados de Pequenas Causas, Silva (1997) afirma que:

A Justiça das Pequenas Causas é a Justiça do futuro: acessível, gratuita, célere e de baixo custo. Acessível a todos, sem as formalidades e as complicações que embaraçam a Justiça Comum, como o excesso de formalismos ou o uso de terminologia indecifrável pelo cidadão comum. Gratuita e isenta de ônus econômicos, porque a Justiça é serviço público essencial, tal como a educação, a segurança e a saúde, não pode ser negada aos que dela mais necessitam. Célere pelo procedimento objetivo, sem os

subterfúgios do procedimento comum que, antes de ser instrumental para decisão eficaz, preocupa-se mais em legitimar a futura decisão. Baixo Custo, porque o custo da Justiça, não pode ser aferido senão em termos dos ganhos sociais. (SILVA, 1997, s.p).

Conforme preceitua Carneiro (2003; p. 46-47) estes juizados surgiram para descentralizar a justiça, para que esta se aproximasse da população em especial dos menos favorecidos, dando resolução para causas de pequena monta que não eram levadas a conhecimento da justiça tradicional, garantindo o exercício da plena cidadania, além de ser polo de informação para a população sobre seus direitos e garantias, gerando assim um desaforamento das instâncias judiciárias.

Em 1988 houve a promulgação da Constituição Federal Brasileira – CFB/88 que trouxe menção aos Juizados de Pequenas Causas em seu artigo 24, inciso X deixando expressa a competência comum dos Estados, Municípios e da União na criação, funcionamento e processo dos mesmos, cuidando de estabelecer no artigo 98, inciso I e parágrafo 1º a exigência para a criação dos Juizados Especiais, ordem cumprida em 2005 com a Lei 9.099, que instituiu tais órgãos judiciários e revogou expressamente a Lei 7.244/84.

Os juizados especiais são responsáveis por analisar e julgar causas de menor complexidade, com assistência de defensores públicos, são compostos por juízes togados e leigos, competentes para conciliação e acaso essa reste infrutífera profiram sentença antecipada ou após à audiência de instrução e julgamento, a fim de solucionar a lide e dar as partes o alcance de seus objetivos.

3. Finalidades e particularidades dos juizados especiais

A CFB/88 ao preconizar a necessidade de criação dos Juizados Especiais, estabeleceu a finalidade destes órgãos jurisdicionais ao expressar que são responsáveis pelo julgamento e execução de causas de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, com base nos princípios de celeridade, oralidade, economia processual e informalidade, buscando a pacificação social por meio da conciliação e transação, no intuito de reparar os danos sofridos pela vítima, os Jesp alcançaram seu objetivo ao possibilitar as partes intentarem a solução de suas lides sem constituir advogado e com o apoio do poder judiciário. A Excelentíssima Juíza Piske (2015) afirma:

Os Juizados Especiais visam à simplificação e desburocratização do processo, e vão além ao implicarem uma mudança de mentalidade dos operadores do direito, no sentido de adequá-los a um novo exercício da cidadania, passando a ser notável instrumento de acesso rápido e democrático à Justiça. (PISKE, 2015. s.p.).

Os juizados especiais abarcam lides de até 40 salários, desde que os autores estejam acompanhados por advogados, mantendo em 20 salários a possibilidade para o *jus postulandi*, ou seja, intentar sem postular profissional habilitado, mudou também à designação de pequenas causas por de menor complexidade, mas ainda hoje tais

instituições jurídicas são popularmente conhecidas por essa alcunha, mantendo o ideário principal, que é garantir o acesso à justiça, principalmente para os jurisdicionados com menor alcance de renda per capita.

Para obter tal intento os juizados possuem características personalíssimas, a iniciar pelo rito sumaríssimo, com a preferência pela conciliação, os setores de atermção que prestam atendimento a parte *jus postulandi*, a incompetência para causas que exijam perícia, citação por edital ou intervenção de terceiros, a atuação dos juízes e serventuários da justiça voltada a conciliar e a transacionar, além de especificar de forma restrita quem pode ou não ser parte e a proibição da representatividade.

A conciliação trata-se de um terceiro imparcial, a quem é imposta a missão de tentar aproximar os interesses das partes, orientando-as na formação de um acordo, visando pôr fim à demanda de forma mais célere e vantajosa para ambas, sendo de suma importância no atual ordenamento jurídico, que vem tentando dirimir a política do litígio, de forma que este meio de solução de conflitos é o principal objetivo do Jesp. Viana Jr. (2016) afirma que:

O conciliador é um facilitador do acordo entre os envolvidos e para isso deve tentar criar um ambiente propício ao entendimento mútuo com a aproximação dos interesses. Em geral, na conciliação há concessões recíprocas com vistas a resolver antecipadamente o conflito com um acordo razoável para ambas as partes e o conciliador participa da formação da comunhão de vontades (VIANA JÚNOR, 2016, s.p.).

Sobre a conciliação, Costa (2006) ressalta que:

Um decreto condenatório é sempre traumático às partes, assim a solução que se baseia no consenso mútuo promove, um aparamento das arestas decorrentes da disputa pelo objeto da demanda. Além do mais, a sentença homologatória do acordo faz findo o processo cognitivo, a imediata realização do processo executivo, há ainda que se considerar que, quanto à conciliação, o valor ajustado entre as partes pode ultrapassar o limite de alçada previsto na Lei (COSTA, 2006, p. 140).

Antes da criação dos Jesps a conciliação era tida como utopia, apesar de sua existência ser expressa desde a Constituição de 1984, pois no Brasil sempre existiu a ideia do litígio, na qual as partes deveriam recorrer até a última instância na busca de obter um parecer mais favorável para uma delas, nem sempre o mais justo.

A solução de conflitos por métodos não adversárias tem o escopo de ser o menos traumático e frustrante para os litigantes, de forma a proporcionar a estabilidade e a segurança jurídica, para isso os juizados contam com o auxílio dos conciliadores, o Código de Processo Civil que entrou em vigor em 18 de março de 2016 no art. 334, preconizou a conciliação como uma obrigatoriedade no processo, exceto se ambos os litigantes se manifestarem contrários a esta.

Neste diapasão Pereira (2016) afirma:

O Novo CPC recepcionou os anseios do CNJ, de estimular o que este chamou de “Cultura da Paz”, trazendo o texto aprovado, grande destaque para a Mediação e Conciliação, e que para se firmarem como instrumentos de solução de conflitos de forma rápida e eficiente, por certo, exigirá mudança de postura e ações efetivas para dar o mínimo de suporte material, estímulo, treinamento, inclusive com a previsão de remuneração dos mediadores e conciliadores, sob pena de perecer todo o esforço legislativo até então empreendido (PEREIRA, 2016, s.p.).

A Lei 9.099/95, em seu art. 8º, determina que poderão ser partes no Juizado Especial todos os maiores de 18 anos desde que não exijam representação, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei, organizações da sociedade civil de interesse público; as sociedades de crédito ao microempreendedor.

A pessoa física acaso intente via *jus postulandi* e não perceba renda familiar superior a três salários, fará jus ao auxílio da Defensoria Pública que é a representação do Estado Democrático de Direito, sendo responsável por auxiliar tais autores, cabendo a ela a defesa e assessoria do cidadão, sua existência está prevista na CFB/88 no artigo 134, assim afirma Costa (2006, p. 06) “havendo a necessidade de assistência por advogado, cuidou o legislador de dar enfoque à implantação de órgãos de assistência judiciária junto aos Juizados, possibilitando o acesso à justiça aos menos favorecidos economicamente”.

Os juizados especiais atendem causas de até 40 salários com advogado postulado e 20 salários via *jus postulandi* desde que estas se encaixem nas premissas do artigo 275, inciso II do Código de Processo Civil de 1973 abaixo transcrito, o qual não foi expresso no ordenamento número 13.105 de 16 de março de 2015 – CPC/15, pois este deixou a cargo dos juizados tratarem de tais matérias.

Art. 275 CPC/73. Observar-se-á o procedimento sumário.

I - nas causas, cujo valor não exceder 20 (vinte) vezes o maior salário mínimo vigente no País;

I - nas causas cujo valor não exceda a 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo; II - nas causas, qualquer que seja o valor.

a) de arrendamento rural e de parceria agrícola;

b) de cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio

c) de ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico

d) de ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre;

e) de cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução;

- f) de cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial;
- g) nos demais casos previstos em lei;
- g) que versem sobre revogação de doação;
- h) nos demais casos previstos em lei;

Parágrafo único. Este procedimento não será observado nas ações relativas ao estado e à capacidade das pessoas (BRASIL, 1973, s.p., art. 275).

Ressalta-se que conforme preceitos legais a Fazenda Pública, não tem capacidade processual nos Juizados Especiais Cíveis, ficando as ações da qual é participe a cargo dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, conforme a Lei 12.153/09, porém em muitas comarcas estes órgãos não foram criados ou se o foram não atuam no atendimento direto ao cidadão, assim coube aos primeiros, prestarem atendimento a estas partes em causas que tenham como polo passivo órgãos dos Estados e Municípios.

Para a parte *jus postulandi* será prestado o atendimento pessoal no setor de Atermação, secretária responsável por reduzir a termo as alegações do requerente, ou seja, por transcrever as pretensões para um documento similar a petição inicial e fazer juntada das provas necessárias para corroborar as afirmações, com vista a buscar reparar o dano sofrido, este setor visam preferencialmente o atendimento a pessoa física, todos os outros interessados podem interpor ação perante os Jesp, desde que providenciem toda a documentação necessária e procurem diretamente o setor de protocolo para iniciar o processo.

Neste atendimento o autor será informado acerca dos trâmites processuais, da data e hora da primeira audiência de conciliação e das implicações acaso venha a faltar nas mesmas, da possibilidade de requerer auxílio da Defensoria Pública e da facultatividade de acompanhamento por advogado, conforme estabelece o artigo 9º da Lei 9.099/95.

O que se observa nos atendimentos realizados na atermação, é que nas ações impetradas via *jus postulandi* à parte autora possui um quase total desconhecimento de seus direitos e dos meios necessários para obtê-los, haja vista, que muitas pessoas vão aos juizados na busca de uma orientação jurídica, que não poderá ser prestada devido ao fato que os serventuários ali atuantes não serem advogados, portanto, não possuem prerrogativas para tanto, quando isto ocorre, a parte é encaminhada aos núcleos jurídicos gratuitos, para que destes obtenham o esclarecimento necessário para prosseguir com o feito.

Outra premissa da Lei 9.099/95 é a impossibilidade de perícia devido ao alto custo para trazer ao processo a análise de um profissional especializado e intervenção de terceiros que segundo Guimarães (2006, p. 372) “são pessoas estranhas ao processo que vem a este para assisti-lo a fim de defender interesse próprio ou de uma das partes”, como descrito tais interventores não podem atuar nas causas impetradas junto aos Jesp, pois as ações ali ajuizadas são de cunho simples, conforme afirma Figueira Júnior (1997, p. 180) este tipo “especial de jurisdição representaria maior complexidade para a causa e maior número de participantes no processo, fazendo com que se torne mais lento”, ante o exposto, refutaria na fuga dos preceitos da celeridade e simplicidade, pilares dos juizados.

Porém é mister citar o artigo 35 da Lei 9.099/95 que expressa à possibilidade de o Juiz solicitar quando achar necessário parecer técnico de profissional habilitado, desde que feito informalmente em audiência por via oral. Verifica-se que a prova pericial complexa e onerosa não é cabível, mas a de caráter técnico pode ser admitida, com vista a dirimir fato controverso, porém se a demanda se tornar complexa o processo será encerrado sem resolução de mérito e o autor deverá reiniciá-lo na Justiça Comum, assim afirma Theodoro Júnior (2000):

Se não for possível solucionar a lide à base de simples esclarecimentos do técnico em audiência, a causa deverá ser considerada complexa. O feito será encerrado no âmbito do Juizado Especial, sem julgamento do mérito, e as partes serão remetidas à justiça comum. Isto porque os Juizados Especiais, por mandamento constitucional, são destinados apenas a compor 'causas cíveis de menor complexidade' (THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 436).

Outro ponto que gera a arguição de incompetência dos juizados é a necessidade de citação por edital, visando à conciliação entre as partes, pois este tipo de chamamento ao processo não exige a presença obrigatória do réu, contrário ao estabelecido na Lei 9.099/95 que preconiza a identificação certa e determinada da parte contrária, bem como, a especificação de seu endereço, pois as citações são feitas primeiramente via correspondência, mediante aviso de recebimento de mão própria.

A lei afirma ainda que mesmo não tendo o réu recebido a citação pelos meios legalmente expressos, mas se fizer presente em audiência, os atos serão válidos. Em caso de não encontrar o réu no local indicado pelo autor, este será comunicado para que apresente novo endereço a fim de que seja feita a citação, deverão ainda as partes manter atualizados seus endereços, sob pena de serem convalidadas as intimações enviadas ao local antes indicado, artigo 19, § 2º.

4. O *jus postulandi* nos juizados especiais cíveis

O direito de postular perante o judiciário era prerrogativa exclusiva dos advogados conforme artigo 1º da Lei 8.906/94 – Estatuto da OAB, até a entrada da Lei 7.244/84 que foi revogada pela Lei 9.099/95, que trouxe expressa no artigo 9º a possibilidade do *jus postulandi* para causas até 20 salários nos Jesp, antes era possível a parte buscar o auxílio judicial sem a presença de profissional habilitado para resolver suas lides, apenas na esfera trabalhista.

Pinto (1991) define o *jus postulandi*:

Jus postulandi pessoal, simples efeito da capacidade postulatória, não é uma peculiaridade legal, em si. Esta se traduz no reconhecimento da capacidade de postular em juízo a quem não esta legalmente habilitado ao exercício da advocacia, quebrando o princípio geral da tríplice manifestação de capacidade, em processo (capacidade *ad processum*, capacidade *ad causam* e capacidade

postulatória), esta última só pode ser reconhecida ao advogado, ou seja, ao bacharel em direito regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, de modo a facultar-lhe o exercício da profissão (PINTO, 1991, p. 60).

Cabe observar que ao autor é facultada a possibilidade de intentar sua demanda via *jus postulandi*, apenas nas causas até 20 salários, a lei preceituou ainda que acaso o demandante não concorde com a decisão proferida e decida recorrer, será preciso acompanhamento de advogado, como também em casos nos quais o Juiz entenda que a causa exige a presença do profissional para não gerar prejuízos para o jurisdicionado.

É sabido que as partes que intentam via *jus postulandi* em muitos casos não possuem meios econômicos de contratar advogados ou consideram sua demanda de simples resolução e por isso buscam receber o amparo legal sem precisar despender valores de honorários, assim, sempre que intentam judicialmente é importante que solicitem os benefícios da justiça gratuita.

A autorização do *jus postulandi* para o cidadão comum trouxe a facilitação do acesso à justiça, assim afirma Figueira Júnior (2007, p. 180), “cada vez mais o jurisdicionado, em particular as camadas mais carentes da comunidade, tem acorrido às secretárias dos Juizados para formularem seus requerimentos, simples e informais”. Tal afirmação encontra-se respaldo nos princípios norteadores dos Juizados, que garantem as partes a proteção jurídica de seu intento e a possibilidade de garantir uma resposta do Estado a sua demanda.

5. As vantagens e desvantagens do *jus postulandi*

Os princípios norteadores dos Juizados Especiais são grande valia ao *jus postulandi* na hora de acionar o judiciário, haja vista, tratar-se em grande parte dos casos de um leigo em matéria processual, conforme afirma Costa (2006):

Este elenco de princípios tem por principal objetivo a desformalização do processo tradicionalmente arraigado de formalismo, de modo a torná-lo mais simples, ágil, eficiente, democrático e, principalmente, mais próximo da sociedade, facilitando o acesso à justiça, realizando com efetividade a pacificação social, fazendo do processo um mecanismo de resultado rápido à pretensão das partes (COSTA, 2006, p. 06).

Com o advento da Lei 9.099/95 o principal avanço aos olhos dos cidadãos comuns foi o fato de não mais necessitarem pagar um profissional habilitado junto a OAB, para que este o represente em demandas que muitas vezes não alcançavam o valor cobrado de honorários, ou em causas que não possuem quantia expressa, fazendo valer o princípio da economicidade, que influi ainda no fato de não serem cobradas do autor custas processuais, desde que este não de causa a extinção do processo por contumácia ou litigue com má-fé.

As demandas abarcadas pelo Juizado Especial foram por muito tempo, deixadas fora do conhecimento da justiça, pois os custos processuais não condiziam com a realidade do demandante, assim a população se via afastada do amparo jurídico, deixando de exercer seu direito de receber da justiça a solução de seus intentos litigiosos, contrariando ao preceito constitucional expresso no art. 5º, inciso XXXV, que garante a todos a apreciação judiciária para lesão ou ameaça a direitos.

Além da vantagem econômica, a celeridade do processo incentiva as pessoas a buscarem cada vez mais a via judiciária, segundo o CNJ o tempo para se pôr fim a uma demanda no Juizado Especial varia de três meses a dois anos, dependendo da quantidade de ações em curso e da possibilidade de efetuar transação ou conciliação, contra os prazos intermináveis da justiça comum, assim o jurisdicionado tem a possibilidade de resolver um litígio que muitas vezes se arrasta á anos, em uma única audiência de conciliação que pode ser marcada com pouco mais de um mês da data de distribuição do processo.

O princípio da informalidade e da instrumentalidade, segundo Nogueira (1996, p. 9) diz respeito “ao registro do que seja realmente necessário, bem resumido, sem excessos inúteis”, a não exigência do formalismo de tratamento e dizeres da justiça comum, como também a forma de executar os atos processuais que é feita com mais simplicidade, deixando expresso no artigo 13 da Lei 9.099/95 que todos os atos serão válidos ainda que praticados em desconformidade com a lei, contanto que preencham o objetivo para o qual foram criados e não causem prejuízos as partes, proporcionando ao autor o mínimo de entendimento acerca do que está ocorrendo em seu processo, pois segundo Figueira Júnior (2007, p. 180) “quando o autor litiga desacompanhado de procurador ele não se interessa pelas coisas do processo, mas apenas por provar que tem razão, agindo com mais sinceridade e franqueza”.

Figueira Júnior (2007, p. 194) afirma ainda que além dos princípios expressos no artigo 2º da Lei 9.099/95, “o trinômio rapidez, segurança e efetivação, facilita e amplia o espectro do acesso a justiça”. Sobre tais dizeres, cabe ressaltar que para o *jus postulandi* o processo tem o escopo de lhe proporcionar a solução de sua lide pautada nas assertivas citadas.

Ao demandante caberá pautado nos princípios norteadores, formular seu pedido da forma como entender cabível, seja ele de forma específica ou genérica, ressalte-se que nos juizados não existe sentença ilíquida, devendo o autor que apresentar um pedido genérico na inicial, trazer o quantum deseja na audiência de conciliação ou instrução, deverá ainda produzir as provas que achar suficientes e da forma que conseguir apresentá-las, poderá fazer sua defesa de forma oral, sem se preocupar com a linguagem, desde que faça de forma inteligível, corroborando com a não instrumentalidade.

Aos olhos da Justiça, a maior vantagem para o *jus postulandi* é a conciliação, pois esta representa a possibilidade de pôr fim a uma lide em um curto prazo, sem ocupar o judiciário com a análise de processos de simples resolução, é a oportunidade de as partes transigirem em um acordo de vantagens similares para ambas.

Porém, ainda que os Juizados representem o meio mais célere de acesso ao judiciário, devido a crescente busca pela via litigiosa, vem ocorrendo uma sobrecarga de ações, o que torna lentas resoluções que poderiam ser decididas em poucos dias, fazendo com que os prazos legais, não possam ser cumpridos, a citar o do art. 16 de quinze dias para a realização da audiência de conciliação, que hoje é realizada com no mínimo 45 dias a contar da distribuição do processo no sistema do tribunal, mas que ainda assim são mais breves que no procedimento comum.

Outra desvantagem trata-se do desconhecimento acerca do direito e de como requerer, pois o cidadão comum não tem o esclarecimento jurídico, vindo por vezes a procurar os juizados visando informações que somente poderão ser prestadas por profissional habilitado junto a OAB, o que causa um desamparo jurisdicional a este demandante.

A falta de conhecimento jurídico leva a inúmeros prejuízos principalmente de cunho material, pois os autores perdem prazos ou deixam de comparecer a audiências, levando a extinção do processo por contumácia o que poderá levar a condenação a custas, além de sofrerem perdas ao firmarem acordos insatisfatórios apenas pela pressão de estarem diante de um advogado da parte passiva.

Algumas alegações autorais podem levar a perícia, o que leva ao fim do processo por incompetência do juizado, mesmo tratando-se de causas de baixo valor, o que causa indignação ao demandante, cumpre destacar que a Lei expressa causas de baixa complexidade e valores, assim a depender dos anseios autorais seu feito não obedecerá o rito sumaríssimo, neste contexto, Figueira Júnior (2006) afirma:

Contudo, não há que se confundir pequeno valor com reduzida complexidade do litígio, seja em termos fáticos ou jurídicos. Nada obsta que estejamos diante de uma ação que não ultrapasse quarenta salários mínimos, mas que, em contrapartida, apresente questões jurídicas de alta indagação, não raras vezes acrescida da necessidade de intrincada produção de prova pericial (FIGUEIRA JÚNIOR, 2006, p. 115).

O desconhecimento da linguagem técnica é outro fator que causa perdas aos demandantes, pois apesar dos juizados prezarem pela não tecnicidade e simplicidade de dizeres, algumas expressões são intrínsecas da justiça e não podem ser dispensadas de uso, assim o autor ao receber a comunicação acerca de um pedido de tutela, um despacho interlocutório ou qualquer outra informação, por vezes não entende o que lhe é informado e deixa de cumprir o que ali expressa ou aos demais trâmites processuais.

Observando as matérias intentadas nos Juizados Especiais, bem como, as dificuldades judiciais enfrentadas pela parte *jus postulandi*, resta claro que em algumas ações há uma desigualdade processual entre os litigantes, pois se por um lado o impetrante vem desacompanhado em busca de reparação para seu direito lesado, do outro se encontra o opositor representado ou acompanhado por advogado, causando uma disparidade, que a Lei tratou de tentar evitar no artigo 9º, §2º, ao deixar a cargo do Juiz a incumbência de orientar as partes da necessidade de assistência por profissional capacitado quando a causa recomendar.

O regramento constitucional de 1988 buscou reparar esta disparidade processual, criando as Defensorias Públicas dentro dos Juizados, estas cuidam apenas das causas de competência destes órgãos, buscando orientar e proteger o direito da parte hipossuficiente juridicamente e financeiramente, proporcionando o acesso do jurisdicionado não apenas ao Estado-Juiz, mas também ao advogado, a fim de garantir o direito fundamental do cidadão de receber amparo da justiça.

Para demonstrar a importância da via sumaríssima para o jurisdicionado, apenas no setor de atermação do juizado especial de Uberlândia, foram realizados nos meses de agosto e setembro de 2016, 600 triagens e 521 processos no total, tratando principalmente de matérias de cunho consumerista, danos materiais em razão de acidentes automobilísticos, danos morais por responsabilidade civil ou por inserção indevida nos órgãos de proteção ao crédito, dissolução contratual com devolução de valores, obrigação de fazer, cobranças, execuções de títulos extrajudiciais e judiciais, entre outras, sendo todas intentadas via *jus postulandi*. Apesar da importância da via sumaríssima para o cidadão, Piske (2015) afirma:

Os Juizados Especiais Estaduais e Federais representam uma das maiores contribuições da Justiça brasileira para a construção de uma sociedade mais justa, por contribuir sobremaneira para a concretização dos Direitos de cidadania. A atuação criativa dos juízes pode ser constatada mediante a diuturna e efetiva prestação jurisdicional nos Juizados, ao darem solução adequada a cada caso, revelando um compromisso inequívoco com o Direito e a Justiça. (PISKE, 2015, s.p.)

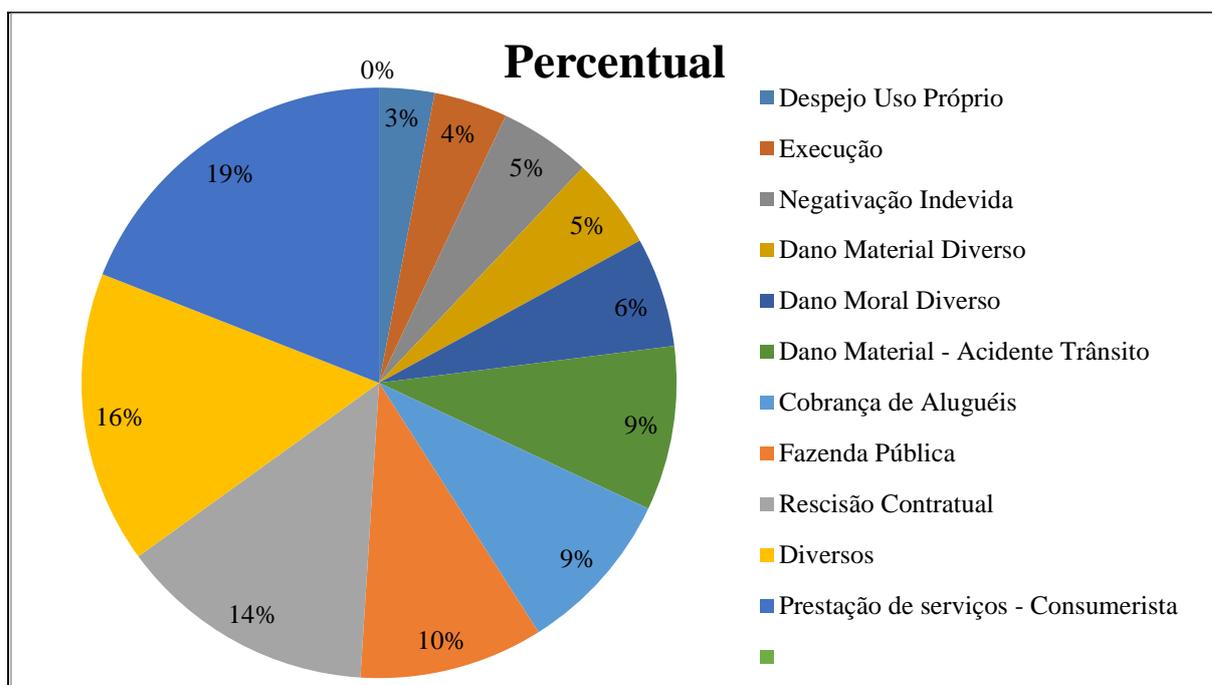
Destaque-se que a parte ao intentar sua lide perante o judiciário acompanhada de um advogado, terá maior garantia de êxito, tranquilidade frente aos trâmites processuais e uma maior segurança jurídica, no contexto que o profissional habilitado pela OAB pressupõe uma defesa técnica que garantirá a igualdade dos litigantes, o *jus postulandi* por sua vez, não garante ao jurisdicionado uma participação efetiva em todas as fases processuais, haja vista, que acaso este não concorde com a decisão proferida pelo Juiz competente, deverá oferecer recurso no prazo máximo de dez dias e deverá obrigatoriamente ser representado por um advogado, conforme preceitua os artigos 41 e 42 da Lei 9.099/95.

A Lei tratou de exigir a presença do advogado, pois na fase recursal são tratadas matérias mais complexas e que exigem conhecimento específico, pois o recurso será pautado em jurisprudências e matérias factuais, corrobora Silva (2002, p. 51) que “a assistência das partes por advogado é uma faculdade delas e não uma obrigatoriedade, salvo quando o valor atribuído à causa for superior a 20 vezes o salário mínimo” ou acaso o Juiz entenda necessário para evitar desequilíbrio fático e jurídico entre os litigantes.

Visando demonstrar a importância dos juizados para a população como um todo, foram feitas pesquisas de campo junto ao setor de atermação do órgão jurisdicional desta comarca, com as quais foi possível estabelecer um parâmetro percentual das matérias impetradas em agosto e setembro, conforme demonstra o gráfico abaixo, com vistas a demonstrar a importância para o cidadão comum da possibilidade de buscar a proteção jurídica sem auxílio de advogado.

Matéria	Processos	Percentual
Despejo Uso Próprio	14	3%
Execução	19	4%

Matéria (continuação)	Processos	Percentual
Negativação Indevida	27	5%
Dano Material Diverso	27	5%
Dano Moral Diverso	29	6%
Dano Material - Acidente Trânsito	46	9%
Cobrança de Aluguéis	46	9%
Fazenda Pública	53	10%
Rescisão Contratual	79	14%
Diversos	83	16%
Prestação de serviços - Consumerista	98	19%
TOTAL	521	100%



O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás por meio de uma cartilha direcionada ao cidadão exemplifica de forma simples os tipos de demandas abarcadas pelos juizados:

Se você emprestou dinheiro ou bens até 40 salários mínimos a um amigo e ele não lhe devolveu; se bateram no seu carro, moto ou bicicleta e não querem lhe pagar o conserto; se você sofreu ferimentos em acidente de trânsito e não querem lhe pagar as despesas médicas e prejuízos; se você tem um título (cheque, promissória) até 40 salários mínimos e não querem lhe pagar; se comprou alguma mercadoria até 40 salários mínimos, mas ela estava com defeito ou estragada e

não querem lhe dar outra ou devolver seu dinheiro; se pagou a uma pessoa ou a uma empresa para lhe fazer um serviço de até 40 salários mínimos e o serviço foi mal feito ou não foi realizado; se você alugou o seu imóvel ou uma parte dele e precisa de volta para o seu próprio uso; cobrança de taxas de condomínio; arrendamento rural e parceria agrícola. (TJGO, 2016).

Observa-se que o legislador acertou ao possibilitar a população a facultatividade de postular suas lides sem o auxílio de advogado, não podendo deixar de frisar a importância deste profissional a efetiva aplicação da justiça, como preceitua nosso regramento constitucional.

6. Tentativas de extinção do *jus postulandi*

Apesar de ser de extrema importância a população no acesso a justiça a Lei 9.099/95 no tocante ao o instituto do *jus postulandi* sofreu diversas tentativas de declarações de inconstitucionalidade, tais ações foram propostas pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), porém em 1994 a Ordem dos Magistrados do Brasil (AMB) intentou ação junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) visando declarar a inconstitucionalidade de alguns artigos do Estatuto da OAB, que culminou por proteger o direito de postular em causa própria.

A AMB em 1994 intentou ação junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1.127, com vistas a declarar a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei 8.906/94 – Estatuto da OAB, que preconizava em seu texto original a postulação privativa do advogado frente a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais, sendo julgada procedente para determinar a inaplicabilidade do referido artigo aos Juizados Especiais, com isso ficou garantido o direito de postular perante o judiciário desacompanhado de advogado.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994. ESTATUTO DA ADVOCACIA E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. DISPOSITIVOS IMPUGNADOS PELA AMB. PREJUDICADO O PEDIDO QUANTO À EXPRESSÃO "JUIZADOS ESPECIAIS", EM RAZÃO DA SUPERVENIÊNCIA DA LEI 9.099/1995. ACÇÃO DIRETA CONHECIDA EM PARTE E, NESSA PARTE, JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

I - O advogado é indispensável à administração da Justiça. Sua presença, contudo, pode ser dispensada em certos atos jurisdicionais.

Em 2006 o Conselho Federal da OAB impetrou a ADI 3168-6 sob a alegação da imprescindibilidade do advogado nas ações propostas nos Juizados Especiais Federais, com fulcro no art. 133 da CFB/88, buscando declarar a inconstitucionalidade do artigo 10 da Lei 10.259/01 – Lei dos Juizados Especiais Federais, que traz em seu texto a

possibilidade das partes designarem representantes para a causa, sendo estes advogados ou não, sendo declarada improcedente pelo Ministro Relator Joaquim Barbosa.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. LEI 10.259/2001, ART. 10. DISPENSABILIDADE DE ADVOGADO NAS CAUSAS CÍVEIS. IMPRESCINDIBILIDADE DA PRESENÇA DE ADVOGADO NAS CAUSAS CRIMINAIS. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI 9.099/1995. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. É constitucional o art. 10 da Lei 10.259/2001, que faculta às partes a designação de representantes para a causa, advogados ou não, no âmbito dos juizados especiais federais. No que se refere aos processos de natureza cível, o Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que a imprescindibilidade de advogado é relativa, podendo, portanto, ser afastada pela lei em relação aos juizados especiais. Precedentes. Perante os juizados especiais federais, em processos de natureza cível, as partes podem comparecer pessoalmente em juízo ou designar representante, advogado ou não, desde que a causa não ultrapasse o valor de sessenta salários mínimos (art. 3º da Lei 10.259/2001) e sem prejuízo da aplicação subsidiária integral dos parágrafos do art. 9º da Lei 9.099/1995. Já quanto aos processos de natureza criminal, em homenagem ao princípio da ampla defesa, é imperativo que o réu compareça ao processo devidamente acompanhado de profissional habilitado a oferecer-lhe defesa técnica de qualidade, ou seja, de advogado devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil ou defensor público. Aplicação subsidiária do art. 68, III, da Lei 9.099/1995. Interpretação conforme, para excluir do âmbito de incidência do art. 10 da Lei 10.259/2001 os feitos de competência dos juizados especiais criminais da Justiça Federal. **ACÓRDÃO:** Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência da ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em afastar a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, desde que excluídos os feitos criminais, respeitados o teto estabelecido no art. 3º e sem prejuízo da aplicação subsidiária integral dos parágrafos do art. 9º da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, vencidos, parcialmente, os ministros Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, que especificavam, ainda, que o representante não poderia exercer atos postulatórios.

No julgamento do RE 635.729 – RG/SP o Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que não é absoluta a assistência compulsória do profissional da advocacia em juízo, ressaltando ainda que não se deve negar a importância do advogado na aplicação da justiça e na ampla defesa, mas que a imprescindibilidade da postulação aceita exceções expressas em lei.

O Conselho da OAB intentou ainda a ADI 1.539/DF com vistas a declarar a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei 9.099/95 que deixa para a parte a opção de constituir advogado para representá-la perante os Juizados Especiais, sendo julgada improcedente conforme relatório do Ministro Maurício Corrêa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACESSO À JUSTIÇA. JUIZADO ESPECIAL. PRESENÇA DO ADVOGADO. IMPRESCINDIBILIDADE RELATIVA. PRECEDENTES. LEI 9099/95. OBSERVÂNCIA DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. RAZOABILIDADE DA NORMA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO. FACULDADE DA PARTE. CAUSA DE PEQUENO VALOR. DISPENSA DO ADVOGADO. POSSIBILIDADE.

1. Juizado Especial. Lei 9099/95, artigo 9º. Faculdade conferida à parte para demandar ou defender-se pessoalmente em juízo, sem assistência de advogado. Ofensa à Constituição Federal. Inexistência. Não é absoluta a assistência do profissional da advocacia em juízo, podendo a lei prever situações em que é prescindível a indicação de advogado, dados os princípios da oralidade e da informalidade adotados pela norma para tornar mais célere e menos oneroso o acesso à justiça. Precedentes.

2. Lei 9099/95. Fixação da competência dos juízos especiais civis tendo como parâmetro o valor dado à causa. Razoabilidade da lei, que possibilita o acesso do cidadão ao judiciário de forma simples, rápida e efetiva, sem maiores despesas e entraves burocráticos. Ação julgada improcedente.

Ainda que tenha havido diversas tentativas de extinguir o *jus postulandi*, o STF decidiu que este aproxima o jurisdicionado do amparo da justiça, proporcionando a parte dirimir conflitos de pequena monta ou complexidade diretamente com o poder judiciário, sem necessitar despender valores com honorários advocatícios.

7. Conclusão

O presente texto buscou demonstrar a importância dos Juizados Especiais Cíveis e do instituto do *jus postulandi*, com suas vantagens e desvantagens para o jurisdicionado que teve seu direito lesado e busca intentar ação judicial para repará-lo, porém não possui recursos financeiros para custear honorários advocatícios de profissional habilitado.

Ao analisar o contexto histórico dos juizados especiais, até a entrada em vigor da Lei 9.099/95, foi possível visualizar as premissas que ampararam a implantação destes órgãos jurisdicionais, conceituando as particularidades que possibilitam ao jurisdicionado uma aproximação da esfera jurídica, trazendo facilidade na busca por uma maior proteção a seus direitos.

Os juizados especiais tem o condão de julgar causas de menor complexidade e baixos valores, pautado nos princípios de celeridade, oralidade, economia processual e informalidade, explicitando a importância da conciliação, como meio alternativo de

resolução de conflitos visando à pacificação social, este instituto é de primordial valoração não apenas para os juizados como também para todo o ordenamento jurídico, que visa por meio dele obter a satisfação da lide de forma rápida diminuindo a quantidade de processos em curso na justiça, ocasionando um desaforamento processual.

Conclui-se ao tratar da problemática acerca das vantagens e desvantagens que a parte *jus postulandi* enfrenta nos juizados especiais, que apesar dos percalços jurídicos no trâmite processual, é inegável que tal instituto possibilitou a grande parcela da população o acesso ao judiciário, pois se antes a maior parte das demandas era deixada na obscuridade da lei, devido aos altos valores para se ingressar judicialmente, hoje com os juizados e a prerrogativa de postular em causa própria, essas ações vieram ao conhecimento da justiça, trazendo benefícios que o próprio legislador desconhecia ao aprovar a lei e suas premissas.

Conclui-se que apesar de não ter o conhecimento dos dizeres, trâmites e burocracias jurídicas, o cidadão ao fazer uso da prerrogativa do *jus postulandi* age com sinceridade e busca apenas a proteção legal a seu direito, não deixando de reconhecer a importância do advogado, mas observando que para determinadas causas, a afirmação da verdade e as provas são suficientes para trazer a satisfação de sua lide.

8. Referências bibliográficas

BATISTA, Keila Rodrigues. **Acesso à justiça: instrumentos viabilizadores**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Juizados Especiais Cíveis. Disponível em: <http://docs.tjgo.jus.br/comarcas/juizadosespeciais/diversos/DOC_perguntasfrequent es.pdf>. Acesso em: 10 mar 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Cartilha dos juizados especiais. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/comarcas/juizados_especiais/cartilha_je.html>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRUNO, Susana. **Conciliação: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do jurisdicionado**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COSTA, Hélio Martins. **Lei dos juizados especiais cíveis anotada e sua interpretação jurisprudencial**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FUCHS, Angela Maria Silva; FRANÇA, Maira Nani; PINHEIRO, Maria Salete de Freitas (Org.). **Guia para normalização de publicações técnico-científicas**. Uberlândia: EDUFU, 2013.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Juizados especiais cíveis e criminais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

PEREIRA, Clóvis Brasil. **Conciliação e Mediação no Novo CPC**. 2016. Disponível em: <<http://www.conima.org.br/arquivos>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães; FARIA, Claudio Nunes; SILVA, Cristiano Alves. **20 Anos dos Juizados Especiais**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

SILVA, Luiz Cláudio. **Os juizados especiais cíveis na doutrina e na prática forense**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v.3.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VIANA JÚNIOR, Dorgival. **Audiência de conciliação: mediação Obrigatória no Novo CPC**. Disponível em: <<http://www.novocpcbrazileiro.com.br>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

Picasso, Guerra Civil Espanhola e crimes contra a humanidade: uma resenha sobre o filme “O massacre em Guernica”

*Marta Batalini*¹

*Luiz Cesar Machado de Macedo*²

(GUERNICA). Direção: Koldo Serra. Roteiro: Barney Cohen e Carlos Clavijo. Elenco: James D’Arcy, Maria Valverde e Jack Davenport. Gênero: Guerra/ Drama histórico/Romance. Produção: ESP/EUA, 2016, 110 min.

O filme é dirigido pelo cineasta e roteirista basco Koldo Serra, nascido em Bilbao em 15 de abril de 1975 (43 anos) e diretor, dentre outros trabalhos realizados no campo da publicidade e da televisão, dos filmes Amor de madre (1999), El tren de la bruja (2003) e Bosque das Sombras (2006). Em entrevista logo após o lançamento do filme na Espanha em 2016, declarou que sua intenção principal era “contar uma história clássica da maneira mais clássica”, porém declarou peremptoriamente: “sou basco e conheço a sensibilidade especial do assunto”, o que de fato se revela no tom quase documental de sua abordagem, ainda que por assumidas razões comerciais de acesso ao público, o enredo de amor entre os protagonistas principais, o jornalista americano Henry (James D’Arcy) e a militante republicana e socialista Teresa (Maria Valverde), seja o fio condutor da história.

Mesmo tendo ampla experiência como roteirista em trabalhos anteriores, coube a Carlos Clavijo, nascido em 1973 em Algeciras/Espanha e amigo de Koldo e ao americano Barney Cohen, indicado pela coprodutora Sony, a tarefa de escrever a quatro mãos o roteiro, o que resultou por fim em um excelente trabalho narrativo e com ampla base documental, a critério de Koldo Serra.

O filme “Guernica” (em espanhol, Gernika em basco) foi lançado em 26 de abril de 2016 em Málaga, e em 9 de setembro do mesmo ano em toda a Espanha. Recebeu no mesmo ano o Prêmio Goya por efeitos especiais. No Brasil não estreou no circuito comercial de cinemas, sendo lançado apenas para acesso por assinatura, e no formato DVD em 02 de agosto de 2016, com o nome de “O massacre em Guernica”. O filme tem como pano de fundo e cenário histórico um dos mais célebres eventos da Guerra Civil Espanhola (1936-1939), a saber, o bombardeio por duas horas seguidas da pequena cidade histórica de Gernika, com apenas 7.000 mil habitantes, situada no País Basco/Espanha, no fatídico dia 26 de abril de 1937. Calcula-se que cerca de 50 aviões bombardeiros em atuação aérea conjunta da Legião Condor (enviada por Hitler) e da aviação italiana (enviada por Mussolini) tenham lançado ao todo cerca de 22 toneladas de explosivos. O número de mortos é até hoje motivo de dúvidas entre os historiadores, mas o estado de destruição total da cidade é inegável. As justificativas para o ataque, realizado

¹ Bacharel em Filosofia. Mestre em Filosofia pela PUC-SP. Professora do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. Especialista em Filosofia Clínica. E-mail: martabatalini@hotmail.com.

² Bacharel em Direito e Filosofia. Mestre em Filosofia do Direito pela PUC-SP. Professor efetivo no curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia – UFU. E-mail: luizcmmacedo2013@gmail.com.

em apoio ao insurgente General Franco, que combatia em guerra civil contra o governo legal republicano, foram tidas como pífiás, por não se tratar a cidade de objetivo militar. A autoria do ataque foi inicialmente negada pelos governos alemão e italiano, porém, ao final da guerra civil com a vitória de Franco, o bombardeio sobre Guernica passa a ser visto e apresentado como exemplo da eficiência da Luftwaffe (força aérea) alemã.

O enredo do filme acompanha a atuação do personagem fictício Henry (interpretado por James D'Arcy), um misto de jornalista, escritor e fotógrafo que busca sintetizar as figuras históricas do jornalista britânico George Steer (1909-1944), do escritor americano Ernest Hemingway (1899-1961) e do fotógrafo húngaro Robert Capa (1913-1954), pois todos eles estiveram atuando na cobertura da Guerra Civil Espanhola, verdadeiro prelúdio da Segunda Guerra Mundial. Na vida real porém, coube a George Steer a primazia histórica de ser o primeiro jornalista a estar de fato em Guernica logo após o bombardeio, e a relatar a extensão da destruição lançada sobre a cidade basca, denunciando inclusive a participação alemã no bombardeio por meio de bombas tradicionais e incendiárias para criar uma tempestade de fogo sobre o povoado. Na época, atuava como correspondente de guerra do tradicionalíssimo e conservador diário britânico The Times, o que se por um lado garantiu que o seu relato fosse divulgado em todo o mundo, por outro, causou atritos com a direção do jornal, que não apreciou o tom decididamente contrário às forças de intervenção nazistas e fascistas, temerosa de que a cobertura jornalística pudesse causar problemas diplomáticos para a política de apaziguamento promovida pelo governo do primeiro-ministro inglês Neville Chamberlain com a Alemanha e a Itália. O seu papel de denúncia está imortalizado em um busto de homenagem ao jornalista na cidade de Guernica.

Dentre as repercussões de sua reportagem, talvez a mais famosa seja, em decorrência do realismo de sua descrição do massacre no povoado basco, a motivação para o pintor Pablo Picasso a realizar a famosa pintura à óleo Guernica, no formato de um mural, iniciada sua confecção no mesmo dia em que teve acesso às notícias do bombardeio, em 26 de abril de 1937, e concluída por ele em junho de 1937. Tendo sido inspirado pelas notícias de jornal sobre o bombardeio, teria optado por pintar o mural em tons monocromáticos. Com 349 centímetros de altura por 776,5 centímetros de comprimento, a obra constituiu-se, segundo palavras do próprio Picasso, em uma “declaração de guerra contra a guerra e um manifesto contra a violência”. Em virtude da postura pacifista e anti-fascista de Picasso (1881-1973) e da vigência de quatro décadas do regime ditatorial do General Franco (1936-1975), o mural que se tornou um ícone mundialmente reconhecido, apenas retornou à Espanha em 10 de setembro de 1981, mais de quarenta anos após sua confecção e a morte de ambos. Desde 1992 encontra-se em exposição no acervo permanente do Museu Nacional Centro de Arte Reina Sofia em Madrid.

Com relação ao próprio enredo, os temas históricos acabaram por receber um tratamento superficial e pouco esclarecedor, como por exemplo, o conflito ideológico interno entre as forças que combateram Franco: comunistas espanhóis (apoiados por Stálin), anarquistas catalães, sociais democratas, liberais madrilenos e brigadistas voluntários internacionais que atenderam ao pedido de ajuda do governo republicano espanhol. De outro lado, em tons nitidamente maniqueístas, o filme apresenta uma indisfarçada subserviência dos republicanos espanhóis aos cruéis comunistas soviéticos. Exemplo dessa abordagem é representado pela personagem Teresa, que atua como obediente censora dos textos dos correspondentes de guerra estrangeiros na região do conflito sob as ordens de seu chefe soviético, Vasyl (Jack Davenport), que por sua vez,

apresenta-se sempre temeroso em desagradar os caricatos “agentes de Stálin”, que no filme estão constantemente a exigir que lhe sejam apresentados “os inimigos do povo” para a execução. Para se ter uma ideia da complexidade do conflito ideológico na guerra civil espanhola, melhor seria assistir ao trabalho de outros diretores em produções anteriores tais como, *Terra e Liberdade (Land and Freedom)*, de Ken Loach, em 1995; *Soldados de Salamina*, de David Trueba, em 2003, ou ainda, a oportuna abordagem de gênero sobre o conflito no sensível *Libertárias*, de Vicende Aranda, em 1996.

Por outra perspectiva, ao contrário do tom de “denúncia” ao stalinismo apresentado no filme, não aparecem críticas mais veementes a atuação da *Legião Condor*, força de intervenção estrangeira nazista e majoritariamente composta pela força área alemã (Luftwaffe), que é tratada com certa deferência respeitosa no filme, como se pode ver pela cena onde é narrada uma demonstração da eficácia alemã por meio da disciplina e planejamento do ataque aéreo a ser realizado sobre Guernica, em uma “aula” dada pelo comandante Marechal-do-ar Wolfram von Richthofen (parente do famoso avião alemão Barão Vermelho da primeira guerra mundial) que discorre sobre a estratégia do tapete de bombas e sobre os efeitos das bombas incendiárias (thermite) que, segundo dito pelo comandante, não poderiam ser combatidas por água ou areia, até que esgotassem o seu poder de combustão. Sabe-se hoje que a Legião Condor começou sua atuação na Espanha a partir de 11 de novembro de 1936 e chegou a reunir 5 mil aviadores, além de milhares de soldados, unidades de tanques, blindados e infantaria motorizada durante todo o período da guerra civil na Espanha. Em 06 de junho de 1939, encerrado o conflito na Espanha com a vitória de Franco, cerca de 15 mil combatentes alemães na Espanha desfilaram sob aclamação nas ruas de Berlim.

A participação italiana no conflito praticamente não é retratada no filme. No entanto, a intervenção italiana na guerra civil é a maior de qualquer outra potência estrangeira no conflito. Em janeiro de 1937 encontravam-se em território espanhol cerca de 44 mil soldados italianos, colaborando ativamente nas operações militares, sendo certo que o seu número alcançou 50 mil homens em meados de 1937, formada por soldados do exército regular italiano e não por “voluntários” como a propaganda fascista de Mussolini propagava. A força expedicionária foi denominada de *Corpo di Truppe Volontarie*.

Deve-se destacar uma outra personagem no enredo, a fotógrafa e correspondente de guerra Marta, representada pela atriz sueca Ingrid Garcia Jonsson, que recebeu em 2015 o prêmio Goya de melhor atriz revelação por sua atuação em *Linda Juventude*, pois possibilita comentar o papel essencial dos correspondentes fotográficos de guerra. O personagem fictício em questão, provavelmente é inspirado na combinação dos aspectos da vida real de duas jovens e corajosas mulheres que acompanharam de perto a guerra civil espanhola: a escritora e jornalista correspondente de guerra Martha Gellhorn (1908-1998) e a fotógrafa Gerda Taro (1910-1937). O trabalho e a qualidade da escrita de Martha Gellhorn a qualifica como um dos maiores correspondentes de guerra do século XX, cobrindo praticamente todos os grandes conflitos mundiais em uma carreira de mais de 60 anos. Chegou a Espanha com a idade de 28 anos e permaneceu na sitiada Madri durante a guerra civil. Por meio de passeios próximos ao Hotel onde estavam os correspondentes, em entrevistas com os cidadãos e mulheres madrilenas, descreveu o drama humano da guerra: destruição das casas, utensílios e móveis, a dificuldade de conseguir comida, etc. Foi durante esse período que conheceu Hemingway, de quem se tornou a terceira esposa por pouco tempo (1940-1945). A história dessa tempestuosa relação pessoal, em uma versão romanceada, pode ser vista no filme *Hemingway e Gellhorn*, de 2012, dirigido por Philip Kaufman e estrelado por Clive Owen (Hemingway) e Nicole Kidman (Gellhorn). Já

a fotografa Gerda Taro, nascida em 1 de agosto de 1910 em um família de prósperos judeus poloneses que viviam na Alemanha, na região de Stuttgart, chegou a Espanha na mesma época do início da guerra civil, com a idade de 26 anos e fortes convicções políticas anarquistas, disposta a contribuir com sua arte na denuncia das atrocidades de guerra. Para tanto, atuou nos fronts de batalha fotografando tudo o que podia, ao lado dos grandes amigos e companheiros de arte, o polonês David Seymour (1911-1956), apelidado de “Chim” e o húngaro Robert Capa, talvez o maior correspondente fotográfico de guerra de todos os tempos. Infelizmente, Gerda Taro faleceu no mesmo ano de sua chegada, em 26 de julho de 1937 na cidade de Brunete, Espanha, atropelada por um tanque de guerra enquanto cobria o front. O seu trabalho fotográfico e de seus colegas durante o período, quase se perdeu, visto que tiveram que ser deixados para trás quando da fuga de Capa e Chim do avanço franquista na Espanha. Perdidos por mais de quarenta anos, 126 rolos de filme com 4.500 negativos de Robert Capa, mais também de Gerda Taro e de David Seymour chegaram no final de dezembro de 2007 a cidade de Nova York, ao Internacional Center of Photography, vindos da cidade do México. Sua origem misteriosa, ainda por investigar, deu as caixas esfarrapadas que os acondicionavam o nome de *valises mexicanas*. No período de 23 de julho a 2 de outubro de 2016, algumas das mais marcantes fotos estiveram em exibição no Brasil, na cidade de São Paulo, no Centro Caixa Cultural, em exposição denominada *A valise mexicana: a redescoberta dos negativos da guerra civil espanhola de Capa, Chim e Taro*.

Dessa forma, em que pese alguns deslizes do roteiro e de abordagem, o fato é que o filme consegue apresentar no essencial a tragédia que significou o massacre planejado de civis e a destruição de uma cidade, apenas para cumprir um exercício de guerra, como experiência calculada de morte. De fato, o bombardeio de Guernica durante a segunda guerra mundial pode ser considerado o início espetacular de toda uma série de bombardeios indiscriminados sobre as populações civis, realizadas tanto pelas potencias do eixo como pelo denominados aliados, passando pelo holocausto nuclear de Hiroshima e Nagasaki e chegando nos dias de hoje aos incessantes estragos e mortes causados à desesperada população de Aleppo no norte da Síria, contabilizados pelos senhores da guerra como “danos colaterais” aos objetivos militares. Infelizmente, até os dias de hoje o direito internacional ainda não conseguiu expressamente conceituar esses atos como verdadeiros crimes contra humanidade e ainda aguarda uma melhor definição do que a prevista no atual Tratado de Roma de 1998, que instituiu o Tribunal Penal Internacional e conceituou *alguns dos crimes contra a humanidade* em seu artigo 7º, porém, *sem incluir as agressões diretas à população civil em tempos de guerra ou mesmo de paz*. Dessa forma, visualizar o quadro Guernica de Picasso continua a relembrar a nossas consciências todas essas atrocidades e de nossas omissões.

Como sugestão para aprofundar o conhecimento sobre os fatos narrados no filme, temos em português o insuperável relato sobre a guerra civil feito pelo historiador e especialista em segunda guerra mundial Antony Beevor, *A Batalha pela Espanha: a guerra civil espanhola (1936-1939)*. Para conhecer o trabalho de George Steer e a descrição dos acontecimentos de Guernica, temos em recente tradução a obra *A árvore de Gernika: um estudo de campo da guerra moderna* de autoria do próprio jornalista. Para conhecer o trabalho de Martha Gellhorn a coletânea das reportagens mais marcantes de sua carreira saiu publicada no Brasil com sob o título de *A face da guerra*, e por fim, para conhecer em detalhes a epopeia da produção do mural de Picasso, temos o livro de Gijs van Hesusbergen, *Guernica*. Para compor um quadro essencial, não poderiam faltar os livros de mais influente estudioso do período, o historiador americano Paul Preston,

infelizmente ainda não traduzidos, mas disponíveis em espanhol: *Franco: caudillo de España* e *La guerra civil española: reacción, revolución y venganza*.

Referências

BEEVOR, Antony. **A batalha pela Espanha: a guerra civil espanhola (1936-1939)**. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GELLHORN, Martha. **A face da guerra**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

HENSBERGEN, Gijs van. **Guernica: a tela de Picasso**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009.

PRESTON, Paul. **La guerra civil española: reacción, revolución y venganza**. 3ed. Barcelona/España: Ediciones Debolsillo, 2011.

_____. **Franco: caudillo de España**. 2ed. Barcelona/España: Ediciones Debolsillo, 2006.

STEER, G.L. **A árvore de Gernika: um estudo de campo da guerra moderna**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.



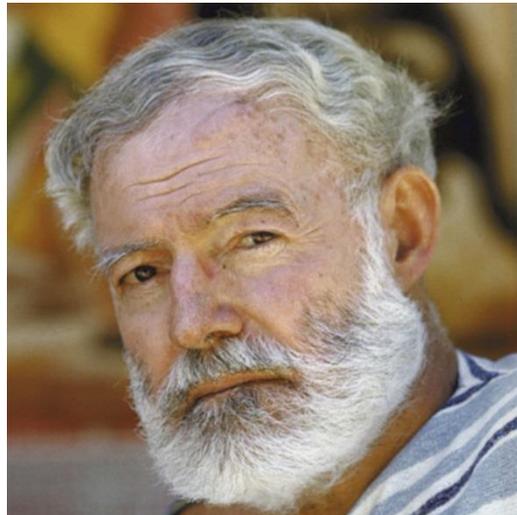
Guernica (1937) Pablo Picasso



Imagens de Guernica destruída pela guerra



Busto de George Steer (1909-1944) na cidade de Guernica



Ernest Hemingway (1899-1961)



Robert Capa (1913-1954)



Martha Gellhorn (1908-1998)



Gerda Taro (1910-1937)

Resumos aprovados e apresentados

A constitucionalidade da condução coercitiva do acusado

Sarah Elaine, Thaynara França e Welder Freitas

A proteção do consumidor remetida no art. 49 do CDC frente ao comércio eletrônico

Lucas Henrique Aparecido Silva e William dos Reis

A punição dos atos preparatórios na Lei 13.260/2016

Bruna Gabriela Tavares e Azevedo e Ana Carolina Tomicioli Cotrim

A questão da imposição de naturalização por norma estrangeira

Daniele da Silva Machado, Pamela Ferreira, Aparecida Helena e Gédida M. de Bessa Zanovello

A questão geracional do direito ambiental

Aline Oliveira, Vanessa Antunes e Gédida M. de Bessa Zanovello

A responsabilidade civil das instituições bancárias por invasão on-line das contas de clientes

Sílvio Albuquerque do Amaral Chaves, Priscylla Luiza Borges e Giany Regina Pazeta da Costa

Análise do poder discricionário do juiz na aprovação do plano de recuperação judicial

Lara Rodrigues de Souza e William dos Reis

Correlação entre acusação e sentença: a incompatibilidade do art. 385 do CPP com sistema processual acusatório brasileiro

Maciel Sousa, Ronaldo César Fagundes Filho e Fernando Araújo Lemes Félix

Crimes do colarinho branco e a seletividade do sistema penal

Willison Moreira Araujo e Rafhaella Cardoso

Domínio funcional no acórdão da ação penal nº 470: possível aplicação na Operação “Lava Jato”

Isabella Souto Mendes e Rafhaella Cardoso

Extradição: requisitos, possibilidades e impossibilidades

Monique Nunes Silva, Pedro Luciano Fernandes Fornazier e Gédida M. Bessa Zanovello

Investigação criminal e o princípio do *in dubio pro reo*

Paula Dayany Freitas Silva e Rafhaella Cardoso

Logística reversa de resíduos sólidos na cidade de Uberlândia

Isnald dos Santos Morais, Jeová Severino Faria Júnior, Wesley Ferreira Lopes Peixoto e Gedida M. de Bessa Zanovello

Modalidades típicas de intervenção de terceiros no processo de execução

Wellerson Camargo Garcia e Eurico Honorato Junior

O atual problema da imigração para países da União Europeia

Darlyane Carvalho, Polyana da Silva Pedroso e Gédida Maria de Bessa Zanovello

O bem jurídico tutelado na lei de crimes contra o sistema financeiro

Brenda Tavares Gonçalves e Rafhaella Cardoso

O caráter fragmentário e subsidiário das normas penais de proteção à ordem tributária: direito penal como *ultima ratio*

Willison Moreira Araujo e Rafhaella Cardoso

O expansionismo do direito penal frente ao mercado de capitais: a tipificação dos abusos econômicos

Maciel Sousa Oliveira e Rafhaella Cardoso

O princípio da proporcionalidade no processo penal

Roberta Alves Dayrell da Cunha Pereira e Rafhaella Cardoso

O problema da quantificação dos danos morais

Bruna Gabriela Tavares e Azevedo, Gustavo Gonçalves, Lucas Vinicius Marques Costa e Maria Conceição Martins Ferreira

Pós-verdade e preguiça cognitiva

Tamara Lima de Farias e Anderson Rosa Vaz

Reforma da previdência

Gabriela Silva Alves e Anderson Rosa Vaz

Regulação dos abusos econômicos pelo direito penal: atuação conjunta com o direito administrativo

Brenda Tavares Gonçalves e Rafhaella Cardoso

Responsabilidade civil das empresas de jornalismo perante o direito à vida privada e a liberdade de informação

Paulo Fernandes Dantas, Radames Vieira do Nascimento, Rosane Afonso Borges de Sousa e Maria Conceição Martins Ferreira Castro

Responsabilidade civil das instituições bancárias por assalto e caixas eletrônicos

Jéssica Caroline Silva Araújo, Amanda Oliveira Albuquerque, Raysa Caroline de Sousa e Maria Conceição Martins Ferreira Castro

Responsabilidade civil dos médicos cirurgiões plásticos

Djalmes Silas de Oliveira, Raniery Martins Borges, Wellerson Camargo Garcia e Maria Conceição Martins Ferreira Castro

Responsabilidade civil no dano estético

Ana Lúcia Martins Pereira, Jenniffer de Lima Mendonça, Tatiane Moura Silva e Maria Conceição Martins Ferreira Castro

Responsabilidade civil no transporte aéreo: responsabilidade no atraso de horários e da entrega de mercadorias e cancelamento de viagem

Marcela de Lisieux Felipe Prestes de Oliveira

Transgênicos e controvérsias

Priscylla Luiza Borges Neto, Giany Regina Pazeta, Silvio Albuquerque do Amaral e Gédida

Normas para publicação

1. Regras Gerais

- a) há duas modalidades de trabalhos previstas para o evento: resumo e trabalhos completos, cujas regras específicas constam dos itens 2 e 3, respectivamente.
- b) para submissão dos trabalhos (resumos e trabalhos completos) os autores deverão enviar ao e-mail **semanadireitounitri@gmail.com** duas (02) versões: a primeira em PDF sem a indicação de autoria, que será enviada à Comissão Científica para avaliação anônima. A segunda, em arquivo do Word (extensão *.doc), deverá indicar a autoria. No corpo do e-mail deverá constar um telefone fixo e outro celular para contato com o responsável pela inscrição.
- c) os trabalhos aprovados serão divulgados na página do evento, no endereço **www.semanacientificadireitounitri.blogspot.com**, bem como a data e horário das comunicações orais. Os trabalhos não aceitos pela Comissão Científica não constarão dessa relação, mas os autores serão informados via e-mail sobre a recusa.
- d) os **trabalhos completos** aceitos pela Comissão Científica e apresentados nas sessões de comunicação oral darão direito ao certificado de participação aos autores, bem como a inclusão do texto nos anais do evento. Os trabalhos aceitos, mas não apresentados, não farão parte dos Anais do evento, bem como os autores não receberão qualquer certificado de participação.
- e) as páginas dos arquivos devem obedecer às seguintes configurações: papel A4 (29,7cm x 21cm), margem superior de 3cm, margem inferior de 2cm, margem esquerda de 3cm e margem direita de 2cm.
- f) na redação dos trabalhos deverá ser utilizada a fonte *Times New Roman*, com as seguintes especificações: tamanho 14 para o título do trabalho, tamanho 11 para as citações longas (em recuo), tamanho 10 para as notas de rodapé e tamanho 12 para os demais elementos do texto.
- g) os destaques em negrito serão utilizados apenas para o título, subtítulos e nas referências bibliográficas (conforme instruções no item 4). Nos destaques para expressões em língua estrangeira ou grifos dos autores deverá ser utilizado o itálico.
- h) o espaçamento entre linhas será de 1,5. Será simples o espaçamento para as citações longas em recuo (mais de 3 linhas) e para os elementos pré-textuais dos trabalhos completos (ver item 3, letra “a”). Haverá uma linha em branco entre cada elemento textual, como entre itens, entre subitens, entre o título e o nome dos autores, entre o resumo e as palavras-chave. Não haverá linha em branco entre as obras que compõem as referências bibliográficas.
- i) para os resumos admite-se o máximo de 4 (quatro) coautores e para os trabalhos completos admite-se o máximo de 3 (três) coautores. É obrigatória a presença do orientador na condição de coautor, mas o nome deste será mencionado por último.
- j) tanto para resumos quanto para trabalhos completos, os títulos virão em caixa alta e centralizados. Abaixo, alinhados à direita, os nomes dos autores. Para cada autor deverá

ser inserida uma nota de rodapé para inserção de informações referentes à sua qualificação: vinculação acadêmica, grau acadêmico (titulação) e e-mail para contato. Havendo alguma espécie de fomento para a realização da pesquisa o órgão/entidade deverá ser informado.

2. Regras formais para os resumos

a) os resumos terão entre 400 e 500 palavras, excluídos nessa contagem o título do trabalho e autor(es). O texto deverá explicitar o tema, sua justificativa, objetivos, metodologia empregada, referencial teórico, resultados (parciais ou finais) e referências bibliográficas.

b) após o texto do resumo deverão ser indicadas três palavras-chave.

c) para demais formalidades, observar o que dispõe o item 1.

3. Regras formais para os trabalhos completos

a) os trabalhos completos deverão conter logo após o título e autoria (ver item 1, letra “j”): um sumário, indicando numericamente os subtítulos do trabalho; um resumo do trabalho, com o máximo de 250 palavras; e três palavras-chave. As expressões “Sumário”, “Resumo” e “Palavras-chave” virão em negrito, com a primeira letra maiúscula.

b) os trabalhos completos terão entre 10 (dez) e 25 (vinte e cinco) laudas, aqui incluídos desde os elementos pré-textuais (item “a”) até as referências bibliográficas.

c) todos os subitens deverão receber um número, seguido de um ponto. Exemplo: 1. Introdução; 2. Histórico; 2.1. Direito Romano; (...) 9. Considerações finais; 10. Referências bibliográficas.

d) a primeira linha dos parágrafos deverá ter afastamento de 1,25 cm. As citações longas (mais de três linhas) deverão vir em destaque, com recuo à direita de 4 cm, espaçamento simples, sem utilização de aspas e sem itálico. Para as citações com menos de três linhas, abrir e fechar aspas quando houver citação literal do texto pesquisado.

e) para demais formalidades, observar o que dispõe o item 1.

f) a Comissão Científica levará em consideração para aprovação dos trabalhos completos os seguintes critérios: relevância do tema; explicitação de objetivos e problema; metodologia adequada; demonstração de raciocínio lógico-científico; bibliografia pertinente e atualizada; consistência da fundamentação teórica; concatenação lógica entre as diversas partes do trabalho; respeito à regra culta da língua portuguesa; e respeito às regras formais explicitadas nesse documento.

g) trabalhos contendo citações não referenciadas de outros autores poderão excluir o trabalho, a critério da Comissão Científica.

4. Regras para citações bibliográficas

a) as citações no corpo do texto serão referenciadas pelo sistema autor-data. Ex.: (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 59). Havendo mais de um autor para a obra, referenciar como segue: (BONAVIDES; ANDRADE, 1989, p. 90). Se o nome do autor constar do corpo do texto, basta a indicação da data e página. Por exemplo: "... como defende o jurista Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 109)...". Havendo três ou mais autores, mencionar apenas o primeiro deles seguido da expressão et al. Ex.: (CINTRA, et al., 2009, p. 22).

b) as notas de rodapé serão destinadas apenas às informações dos autores e a notas explicativas.

c) as referências bibliográficas devem seguir as normas da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas para os casos omitidos nesse documento. Para as situações abaixo, observar as regras específicas do evento:

c.1) artigo de periódico

DANTAS, Ivo. A recepção legislativa e os sistemas constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 40, n. 158, p. 7-21, abr./jun. 2003.

c.2) artigo em periódico eletrônico

HARADA, Kiyoshi. Ato de improbidade administrativa. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=361>>. Acesso em: 24 set. 2013.

c.3) jurisprudência

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 000.298.133-0/00, da 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Pedro Henriques, Belo Horizonte, 12 ago. 2003.

c.4) livros completos

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

c.5) capítulos de livros

WOLKMER, Antônio Carlos. Contribuição para o projeto da juridicidade alternativa. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (Org.). **Lições de direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1991. p. 28-52.