

VOLUME X - Nº 1 - ABRIL/2013

# REVISTA JURÍDICA DA FA7

FA7 LAW  
REVIEW

PERÍODICO CIENTÍFICO E CULTURAL ANUAL DO  
CURSO DE DIREITO DA FACULDADE 7 DE SETEMBRO



**FA7**

FACULDADE 7 DE SETEMBRO

# REVISTA JURÍDICA DA FA7

PERIÓDICO CIENTÍFICO E CULTURAL ANUAL DO CURSO DE DIREITO  
DA FACULDADE 7 DE SETEMBRO

ISSN 1809-5836

RJurFA7	Fortaleza	v. X	n. 1	abr. 2013	132 p.
---------	-----------	------	------	-----------	--------

Revista Jurídica da FA7: periódico científico e cultural anual do Curso de Direito da Faculdade 7 de Setembro / Faculdade 7 de Setembro – v. 1, nº 1, (jan./dez. 2004) – Fortaleza: Bookmaker, 2004.

Publicação anual  
ISSN 1809-5836

1. Periódico científico e cultural – Faculdade 7 de Setembro – FA7.
2. Artigos Jurídicos. I. Faculdade 7 de Setembro – FA7.

CDD 340.05

*Pede-se permuta / We ask for exchange / On demande l'échange / Se pide permuta*

REVISTA JURÍDICA DA FA7  
PERIÓDICO CIENTÍFICO E CULTURAL ANUAL DO CURSO DE DIREITO DA FACULDADE 7 DE SETEMBRO  
www.fa7.edu.br | rjurfa7@fa7.edu.br

ISSN 1809-5836

EDITOR

Prof. Ms. Felipe dos Reis Barroso, FA7

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Ms. Alécio Saraiva Diniz, FA7

Prof<sup>a</sup>. Ms. Ângela Teresa Gondim Carneiro, FA7

Prof. Ms. Danilo Fontenelle Sampaio, FA7

Prof. Ednilo Gomes de Soárez, FA7

Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque, UFC

Prof. Ms. Fernando Antônio Negreiros Lima, FA7

Prof. Dr. João Luis Nogueira Matias, UFC

Prof. Ms. Luiz Dias Martins Filho, FA7

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Maria Vital da Rocha, FA7

Prof. Dr. Otavio Luiz Rodrigues Jr., USP

CONSELHO INTERNACIONAL

Prof. Dr. Antonio Fernández de Buján  
(Universidade Autônoma de Madri, Espanha)

Prof. Dr. Luís Rodrigues Ennes  
(Universidade de Vigo, Espanha)

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. María José Bravo Bosch  
(Universidade de Vigo, Espanha)

EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA

Carlos Rios

REVISÃO

Tony Sales

PROJETO GRÁFICO

**Book**  
e d i t o r a

Tiragem: 500 exemplares

FACULDADE 7 DE SETEMBRO  
Rua Maximiano da Fonseca, 1395 – Bairro Eng. Luciano Cavalcante  
CEP: 60811-024 – Fortaleza, Ceará, Brasil  
Telefone: (+55.85) 4006.7600

---

DIRETOR-GERAL  
Ednilton Gomes de Soárez

DIRETOR ACADÊMICO  
Ednilo Gomes de Soárez

VICE-DIRETOR ACADÊMICO  
Prof. Adelmir de Menezes Jucá

SECRETÁRIA-GERAL  
Fani Weinschenker de Soárez

COORDENADORES:

Administração: Prof. Francisco Hercílio de Brito Filho

Ciências Contábeis: Prof. Emílio Capelo

Comunicação Social: Prof. Dilson Alexandre

Direito: Prof<sup>a</sup>. Maria Vital da Rocha

Pedagogia: Prof<sup>a</sup>. Selene Maria Penaforte Silveira

Sistemas de Informação: Prof. Marum Simão Filho

# APRESENTAÇÃO

Este décimo volume da nossa revista traz artigos de doutrinadores brasileiros e estrangeiros, e de graduandos e pós-graduandos que obtiveram a maior pontuação no IX Encontro de Iniciação Científica da FA7, ocorrido no presente ano.

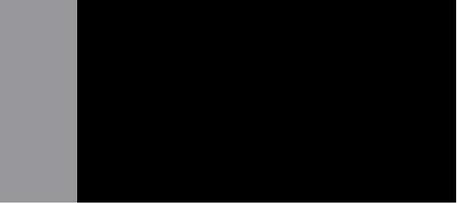
Ressaltamos que todos os textos publicados na nossa revista, desde o primeiro volume, encontram-se também disponíveis no sítio eletrônico da FA7, em [www.fa7.edu.br](http://www.fa7.edu.br).

Queremos registrar a instituição, pelo nosso curso de Direito, em 2012, da Comenda FA7 Professor Agerson Tabosa, em homenagem ao mestre romanista, outorgada anualmente a um professor de Direito, com notoriedade na docência jurídica e que tenha, no mínimo, dez anos de ensino em instituição de ensino superior. No ano passado, em solenidade própria, foi concedida ao prof. Hugo de Brito Machado e, em 2013, ao prof. Arnaldo Vasconcelos, ambos acadêmicos que enobrecem o ensino jurídico no estado e no país.

Agradecemos aos colaboradores pelos textos aqui publicados e seguimos no propósito de dar maior visibilidade à produção acadêmica local, sem descuidar obviamente de parcerias com docentes de instituições domésticas e d'além-mar.

Até breve,

*Prof. Ms. FELIPE dos Reis BARROSO*  
*editor*



# EXPEDIENTE

---

A Revista Jurídica da FA7 é o periódico anual de divulgação da produção acadêmica dos professores e alunos do Curso de Direito da Faculdade 7 de Setembro (FA7).

Publica também textos de professores e demais profissionais do Direito de outras instituições, nacionais e estrangeiras.

A RJurFA7 concentra-se na área do Direito Privado e todos os textos nela publicados estão também disponíveis, na íntegra, no sítio eletrônico da FA7, em [www.fa7.edu.br](http://www.fa7.edu.br).

As regras para publicação na RJurFA7 encontram-se ao final de cada volume e no referido sítio eletrônico da FA7.

A FA7, o editor e o Conselho Editorial não são responsáveis pelo conteúdo dos textos publicados, nem pelos dados e opiniões expressas pelos seus autores.

A RJurFA7 não tem fins lucrativos e é distribuída gratuitamente para bibliotecas brasileiras e estrangeiras, pelo sistema de permuta.

# SUMÁRIO

## Artigos

<b>O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO</b> <i>THEORY OF CONVENTIONALITY CONTROL IN BRAZIL</i> Antonieli Lima ALMEIDA .....	9
<b>TUTELA CAUTELAR COMO GARANTIA FUNDAMENTAL</b> <i>INJUNCTIVE RELIEF AS FUNDAMENTAL GUARANTEE</i> Edilson Santana GONÇALVES FILHO .....	21
<b>RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO-GESTOR NA SOCIEDADE LIMITADA (ANÁLISE DO ART. 135, III, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL)</b> <i>TAX LIABILITY IN LIMITED PARTNERSHIP</i> Renan Wanderley Santos MELO .....	33
<b>ARTIGO 18: O DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA</b> <i>ARTÍCULO 18: EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA</i> Rosa MENTXAKA .....	45
<b>APLICAÇÃO DO PROCESSO CIVIL NA EXECUÇÃO TRABALHISTA DE PAGAR QUANTIA</b> <i>CIVIL PROCEDURE IN LABOR LAW</i> Francisco Italo Rabelo da SILVA .....	57
<b>O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO E SUA INFLUÊNCIA NA APURAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA</b> <i>TAX ADMINISTRATIVE PROCESS IN BRAZIL AND ITS INFLUENCE ON RELATED CRIMINAL OFFENSES</i> Marcos José de ARAÚJO FILHO   Ricardo Wagner Amorim TAVARES FILHO .....	67

## IX Encontro de Iniciação à Pesquisa (2013)

### Categoria: Não Graduados

<b>A PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA E A TUTELA DO CONSUMIDOR</b> <i>CONSUMER LAW IN BRAZIL BEFORE DECEPTIVE AND ABUSIVE ADVERTISING</i> Bruna Nayara dos Santos SILVA .....	79
---	----

<b>OS NOVOS DIREITOS DOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS TRAZIDOS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 72/2013</b> <i>BRAZIL'S CONSTITUTIONAL AMENDMENT N. 72/2013 AND NEW LABOUR RIGHTS FOR DOMESTIC WORKERS</i> Yvens Dixon Moreira Aragão de LIMA .....	91
<b>A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM COMO GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA</b> <i>THE EVOLUTION OF ARBITRATION AS GUARANTEE OF ACCESS TO JUSTICE</i> Bárbara Veras GADELHA .....	103
<b>Categoria: Graduados</b>	
<b>ALGUNS ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES SOBRE AS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NO BRASIL</b> <i>SOME RELEVANT LEGAL ASPECTS ON THE MICRO AND SMALL ENTERPRISES IN BRAZIL</i> Sabrina de França DAMASCENO .....	117

## Resenha

<b>EFEITOS PESSOAIS DO DIVÓRCIO SOBRE OS FILHOS. DE ROMA AO CÓDIGO CIVIL ESPANHOL</b> <i>EFFECTOS PERSONALES DEL DIVORCIO RESPECTO DE LOS HIJOS. DE ROMA AL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL</i> Carmen López-Rendo RODRÍGUEZ   Teresa Duplá MARÍN .....	127
--	-----

Os textos assinados são de responsabilidade exclusiva dos seus autores  
e estão organizados por ordem alfabética pelo sobrenome do autor.

Os *abstracts* encontram-se ao final dos textos respectivos.  
*Abstracts follow each text.*

# O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

**Antoniél Lima Almeida**

Estagiário da Procuradoria da República no Estado do Ceará. Concludente do Curso de Direito da FA7, orientado pelo prof. Dr. João Luís Nogueira Matias (FA7).  
antoniellecaninde@yahoo.com.br

**Sumário:** Introdução. 1. Análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Acerca da Hierarquia Normativa dos Diplomas Internacionais de Direitos Humanos. 2. A Teoria da Dupla Compatibilidade Vertical e o Controle de Convencionalidade. 3. Controle de Convencionalidade: Uma Questão Terminológica? 4. Diferenças Entre a Teoria do Controle de Convencionalidade e o Entendimento Predominante no Supremo Tribunal Federal. Considerações Finais. Referências.

**Resumo:** O presente estudo tem por objetivo analisar a inovadora teoria do controle de convencionalidade, que apresenta um modelo de controle judicial das normas internas infraconstitucionais utilizando como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país. Apresenta-se, inicialmente, o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Após, analisam-se os principais aspectos da teoria do controle de convencionalidade. Ao final, faz-se um comparativo entre essa nova teoria e o entendimento até então predominante na Suprema Corte.

**Palavras-chave:** Tratados internacionais de direitos humanos. Supremo Tribunal Federal. Controle de convencionalidade.

## INTRODUÇÃO

A problemática atinente à definição da hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna sempre suscitou calorosos debates doutrinários e jurisprudenciais, motivo pelo qual também pairam inúmeras incertezas acerca da sua utilização como parâmetro de controle da legislação interna.

A presente pesquisa tem por escopo analisar o controle de convencionalidade, teoria que, em harmonia com os valores emanados do recém-surgido “Direito Internacional dos Direitos Humanos” e com os avanços promovidos pela Constituição de 1988, defende serem os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no País, assim como a Constituição da República, paradigma de controle da produção normativa doméstica, porém, sob perspectiva diversa da até então adotada pelo STF.

O tema foi desenvolvido pioneiramente no Brasil pelo professor Valério de Oliveira Mazzuoli em sua tese de doutorado apresentada à Universidade Federal do Rio Grande do Sul no ano de 2008.

## **1 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA HIERARQUIA NORMATIVA DOS DIPLOMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS**

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 acresceu o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal de 1988 outorgando ao Congresso Nacional a prerrogativa de incorporar os tratados internacionais sobre direitos humanos com equivalência à emenda constitucional.

Essa reforma constitucional pacificou intrigante controvérsia doutrinária e jurisprudencial até então existente em relação à hierarquia normativa desses tratados. Todavia, questionamentos surgiram em relação aos tratados internacionais humanistas que já tinham sido incorporados ao direito brasileiro antes da sobredita reforma constitucional.

No ano de 2008, no histórico julgamento do RE 466.343/SP, no qual se discutia a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal firmou, por apertada maioria (cinco votos a quatro), a tese da supralegalidade desses tratados, asseverando que eles estão em posição hierárquica inferior à Constituição, mas acima das demais espécies normativas.

Na ocasião estavam em pauta duas correntes. A primeira, encabeçada pelo Ministro Celso de Mello, sustentava o valor constitucional dessas normas. A segunda (e vencedora), defendida pelo então presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, sustentava o valor supralegal dessas normas.

Confira-se, nesse sentido, trecho do voto do Ministro Celso de Mello:

Em decorrência dessa reforma constitucional, e ressalvadas as hipóteses a ela anteriores (considerando, quanto a estas, o disposto no § 2º do art. 5º da Constituição), tornou-se possível, agora, atribuir, formal e materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, hierarquia jurídico-constitucional, desde que observado, quanto ao processo de incorporação de tais convenções, o “iter” procedimental concernente ao rito de apreciação e aprovação das propostas de emenda à Constituição, consoante prescreve o § 3º do art. 5º da Constituição, embora pessoalmente entenda superior a fórmula consagrada pelo art. 75, nº 22, da Constituição argentina de 1853, na redação que lhe deu a reforma de 1994. É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC nº 45/2004, pois, quanto a elas, incide o § 2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção de bloco de constitucionalidade. (RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, nº 186, 2010, p. 29-165)

Observe-se, agora, trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no ponto em que diverge da tese da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos internalizados anteriormente à entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, de 2004:

Apesar da interessante argumentação proposta por essa tese, parece que a discussão em torno do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a Reforma do Judiciário (oriunda do Projeto de Emenda Constitucional nº 29/2000), a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do § 3º ao art. 5º, com a seguinte disciplina: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” Em termos práticos trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

Adiante, reconhecendo, porém, o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais atos normativos internacionais, o Ministro Gilmar Mendes apontou para a insuficiência da tese da legalidade, posicionando-se em defesa da tese da supralegalidade.

Importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao estado brasileiro, a fim e ao cabo, o descumprimento unilateral de um acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante “pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica da supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

Desse modo, seguindo o entendimento perfilhado pelo Ministro Gilmar Mendes, o Pretório Excelso acolheu a tese da supralegalidade desses tratados, consignando o seguinte:

a) Tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao direito brasileiro com obediência ao quórum qualificado estabelecido no art. 5º, § 3º, da Constituição têm equivalência à Emenda Constitucional;

b) Tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil antes da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, possuem *status* normativo supralegal (acima das leis e abaixo da Constituição);

c) Tratados internacionais comuns (que não versam sobre direitos humanos) possuem paridade hierárquica com a legislação interna infraconstitucional.

Destarte, pode-se considerar que a adoção da tese da supralegalidade pelo STF significou uma verdadeira releitura da clássica pirâmide normativa kelseana, uma vez que os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao direito brasileiro antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 passaram a ocupar uma posição específica e inovadora dentro da hierarquia do ordenamento jurídico, a saber, acima de todas as espécies normativas infraconstitucionais e abaixo da Constituição.

Ademais, em decorrência desse novo entendimento do STF, a Constituição deixou de ser o único paradigma de controle das normas de direito interno. De agora em diante, toda lei ordinária, para ser válida, deverá guardar uma dupla compatibilidade vertical, tendo como parâmetro de validade não só a Constituição, mas também os diplomas internacionais de direitos humanos internalizados pelo Brasil com valor constitucional (na forma do § 3º do art. 5º da CF/88) ou com *status* supralegal (na forma do § 2º do mesmo dispositivo constitucional).

Dentro dessa perspectiva de reconhecimento da superioridade normativa dos tratados internacionais de direitos humanos diante da legislação ordinária e, sobretudo, após as alterações advindas da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, surge o controle de convencionalidade, tese que defende serem os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no País, assim como a Constituição, paradigma de controle da produção normativa interna, porém, sob perspectiva diversa da até então adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

## **2 A TEORIA DA DUPLA COMPATIBILIDADE VERTICAL E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**

É de conhecimento de todos que o Ordenamento Jurídico brasileiro compõe-se de um conjunto normativo pautado no Princípio da Supremacia das Normas Constitucionais, do qual resulta a necessidade de se exercer o controle de constitucionalidade de todos os atos normativos situados abaixo da Constituição.

Por esse motivo, torna-se necessário determinar com precisão quais normas podem ser consideradas como detentoras dessa supremacia, ou seja, quais normas compõem o parâmetro do controle de constitucionalidade.

Nesse contexto, a noção de bloco de constitucionalidade, que tem origem no direito francês, remete à existência de um conjunto de normas que, embora situadas fora do documento constitucional propriamente dito, são detentoras de status constitucional. (Vargas, 2007, p. 158-159).

Nesse passo, expressivas vozes doutrinárias sustentam, a partir de uma interpretação sistêmica e teleológica das normas constitucionais, e especialmente em razão do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição Federal, que os tratados internacionais de direitos humanos vigentes na ordem jurídica brasileira se revestem de caráter materialmente constitucional, integrando, assim, a noção de bloco de constitucionalidade. Nesse sentido se posiciona Piovesan:

Ora, ao prescrever que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, *a contrario sensu*, a carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos. Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. (2012, p. 108).

Igual entendimento é perfilhado por Lafer:

[...] Explico-me, observando que entendo, por força do § 2º do art. 5º, que as normas destes tratados são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco de constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas. Por essa razão, considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45 não são meras leis ordinárias, pois têm a hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade. Faço estas considerações porque concebo, na linha de Flávia Piovesan, que o § 2º do art. 5º, na sistemática da Constituição de 1988, tem uma função clara: a de tecer “a interação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional”. (2005, p.17-18).

Nessa direção também é a doutrina de Mazzuoli:

E a nossa interpretação sempre foi a seguinte: se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade”. (2011, p. 28-29).

Com efeito, para Mazzuoli, os tratados não relacionados aos direitos humanos (chamados comuns) é que têm valor supralegal. Tal interpretação surge em razão do disposto no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e no art. 98 do Código Tributário Nacional, os quais estabelecem uma prevalência das convenções internacionais sobre a legislação interna comum. (2011, p. 383).

Assim sendo, Mazzuoli defende que, em razão da hierarquia superior dos tratados internacionais subscritos pelo Brasil, toda a legislação ordinária doméstica, para ser válida, deve guardar compatibilidade não só com a Constituição Federal, mas também com todos os tratados internacionais, versem ou não sobre direitos humanos.

Destarte, partindo dessas premissas, conclui pela existência de um duplo limite vertical para a produção legislativa brasileira, na qual se tem, de um lado, a Constituição e todos os tratados de direitos humanos (bloco de constitucionalidade) e, do outro, os tratados internacionais comuns (que possuem *status* supralegal). (2011, p. 116-117).

Nessa perspectiva, Mazzuoli apresenta a teoria da dupla compatibilidade vertical material. Veja-se:

Sob o ponto de vista de que, em geral, os tratados internacionais têm superioridade hierárquica em relação às demais normas da estrutura infraconstitucional (quer seja tal superioridade constitucional, como no caso dos tratados de direitos humanos, quer supralegal, como no caso dos demais tratados chamados de comuns) é lícito concluir que a produção normativa estatal deve contar não somente com limites formais (ou procedimentais), senão também com dois limites verticais materiais, quais sejam: a) a Constituição e os tratados de direitos humanos; e b) os tratados internacionais comuns de estatura supralegal. Assim, uma determinada lei interna poderá até ser considerada *vigente* por estar (formalmente) de acordo com o texto constitucional, mas não será *válida* se estiver (materialmente) em desacordo ou com os tratados de direitos humanos (que têm estatura constitucional) ou com os demais tratados dos quais a República Federativa do Brasil é parte (que têm *status* supralegal). Para que exista a *vigência* e a concomitante *validade* das leis, será necessário respeitar-se uma dupla compatibilidade vertical material, qual seja, a compatibilidade da lei (1) com a Constituição e os tratados de direitos humanos em vigor no país e (2) com os demais instrumentos internacionais ratificados pelo estado brasileiro. (2011, p. 116-117).

Assim, de acordo com a teoria apresentada, a aferição da obediência ao primeiro limite vertical material a que se sujeitam as leis internas desdobra-se em duas etapas: o exame de conformidade com a Constituição e o exame de compatibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos. O segundo limite, por sua vez, refere-se tão somente à obediência aos tratados comuns.

Na primeira etapa da primeira compatibilização vertical material, ou seja, no processo de verificação de conformidade em que se utiliza como parâmetro a Constituição, tem-se o controle de constitucionalidade. De outro modo, quando se tem por referência os tratados de

direitos humanos, o que corresponde à segunda etapa da primeira compatibilização vertical material, tem-se o controle de convencionalidade. Por fim, quando o controle é baseado nos tratados comuns, o que ocorre na análise de obediência ao segundo limite vertical, está-se diante do controle de suprallegalidade. (MAZZUOLI, 2011, p.119).

## 2.1 Aplicação do critério *pro homine* no controle de convencionalidade

De acordo com o que leciona Mazzuoli, a lógica de aplicação do controle de convencionalidade leva em consideração que a solução de conflito entre o direito internacional e o direito interno deve ser equacionada por meio da realização de um “diálogo de fontes”, tal como proposto pelo alemão Erik Jaime, a fim de aplicar a norma que, no caso concreto, seja mais favorável à proteção da pessoa humana (Princípio *pro homine*). (2011, p.141-142).

Assim sendo, em caso de conflito entre a Constituição (ou qualquer outra norma interna) e um tratado internacional de direitos humanos deve prevalecer a norma que mais protege a pessoa humana presente no caso. A partir dessa compreensão, analise-se, então, duas situações:

a) uma lei interna é compatível com os tratados de direitos humanos em vigor no país, mas viola a Constituição Federal (tendo em vista que esta prevê normas mais benéficas à pessoa humana do que aqueles);

b) uma lei interna está de acordo com a Constituição, mas viola algum tratado de direitos humanos (uma vez que este prevê uma maior proteção à pessoa humana do que a Constituição).

No primeiro caso, a norma mais benéfica à pessoa humana é a Constituição, motivo pelo qual deve ser aplicada em detrimento dos tratados internacionais (Princípio *pro homine*). Assim sendo, a hipotética lei será inválida em razão de não passar imune à primeira etapa do primeiro limite vertical material: o controle de constitucionalidade.

Na segunda situação, o tratado de direitos humanos deve ser aplicado em detrimento da Constituição, haja vista ser mais benéfico. Assim, a referida lei, embora esteja de acordo com a Constituição, será inválida em razão de não passar incólume à segunda etapa do primeiro limite vertical material, que tem como parâmetro os tratados de direitos humanos, ou seja, de não passar pelo crivo do controle de convencionalidade.

À guisa de conclusão, expõe-se a lição de Mazzuoli:

Não se pense que a teoria da dupla compatibilidade vertical material, bem como a do controle (difuso e concentrado) de convencionalidade, está a afastar o “diálogo das fontes”. De maneira alguma. Quando a norma infraconstitucional é *mais benéfica* que o texto constitucional ou que as normas internacionais de proteção, é *ela* que deve ser aplicada em detrimento daqueles (lembre-se que a permissão para tanto vem da própria normativa internacional, por meio das suas “cláusulas de diálogo”, de que é exemplo o art. 29, b, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). O problema que surge – e aí se aplica a teoria da dupla compatibilidade vertical material e o consequente controle de convencionalidade – vai dizer respeito ao caso em que a *lei* interna é em tudo *compatível* com a Constituição, mas *viola* um tratado de direitos humanos por ser *menos benéfica* que este. Nesse caso, aplicando novamente o “diálogo das fontes”, é evidente que terá lugar a aplicação do tratado em detrimento tanto da Constituição (que autoriza algo *menos benéfico* que ele) como da lei interna (que operacionaliza essa *proteção a menor*). Ocorre que, diferentemente do conflito entre a Constituição e os tratados de direitos humanos, as leis internas menos benéficas (as quais têm garantia constitucional de sobrevivência, pois são *compatíveis* com a Constituição) permanecem perambulando nos compêndios legislativos publicados. Assim, como já falamos mais de uma vez, tais leis são *vigentes*, mas não podem ser tidas como *válidas* dentro da ordem interna. Por tal motivo é que devem ser declaradas *inválidas* pelo Poder Judiciário, o que somente é possível controlando sua *convencionalidade*,

isto é, compatibilizando-as com as normas internacionais de direitos humanos que têm hierarquia (*material*, no mínimo) de normas constitucionais, podendo tal controle ser exercido quer pela via de exceção (controle difuso), quer por meio de ação direta (controle concentrado). (2011, p. 143-144).

Compreendidas as noções acima apontadas, passa-se, na sequência, a dissertar sobre os modos de exercício do controle jurisdicional de convencionalidade no direito brasileiro, o qual pode ser exercido por via de ação (abstrato/concentrado) e/ou por via de exceção (concreto/difuso), a depender do parâmetro utilizado.

## 2.2 O controle judicial de convencionalidade difuso e concentrado

Apesar de reconhecer dignidade constitucional a todos os tratados de direitos humanos, Mazzuoli distingue aqueles que se qualificam como (apenas) materialmente constitucionais (“*status* constitucional”), cuja hierarquia constitucional funda-se somente no § 2º do art. 5º da Constituição, daqueles que se qualificam como material e formalmente constitucionais (“equivalência constitucional”), o que ocorre quando são aprovados de acordo com o *iter procedimental* previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição. (2011, p. 52-53).

Em razão dessa diferenciação, Mazzuoli entende que os tratados internacionais equivalentes às emendas constitucionais (incorporados de acordo com liturgia prevista no art. 5º, § 3º, da Constituição) contam com um regime de proteção mais robusto em relação àqueles tratados detentores (apenas) de *status* constitucional. Para ele, enquanto os tratados com “*status* constitucional” servem de parâmetro para o exercício do controle difuso de convencionalidade (apenas), os tratados “equivalentes à emenda constitucional” servem de parâmetro para o controle difuso e concentrado de convencionalidade. (2011, p. 153).

Destarte, no que tange aos tratados de direitos humanos incorporados ao direito brasileiro de acordo com o procedimento especial previsto no art. 5º, § 3º da Carta Republicana, detentores, portanto, de equivalência constitucional, o controle de convencionalidade pode ser exercido tanto de modo difuso/concreto quanto de forma concentrada, perante a Suprema Corte, por meio dos legitimados constantes no art. 103 da Constituição Federal e tomando-se por empréstimo as ações e procedimentos típicos do controle de constitucionalidade. Nesse sentido, Mazzuoli argumenta o seguinte:

Ora, se a constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, *com equivalência de emenda*, por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que garantem a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional. Nesse sentido, é plenamente defensável a utilização das ações do controle concentrado, como a ADIn (que invalidaria *erga omnes* a norma infraconstitucional por *inconvenionalidade*), a ADECON (que garantiria à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional), e até mesmo a ADPF (que possibilitaria o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional), não mais baseadas no texto constitucional, senão também nos tratados de direitos humanos aprovados pela sistemática do art. 5º, § 3º, da Constituição e em vigor no país. Dessa forma, a conhecida Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) transformar-se-ia em verdadeira Ação Direta de *Inconvenionalidade*. Da mesma maneira, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON) assumiria o papel de Ação Declaratória de *Convencionalidade* (seria o caso de propô-la quando a norma infraconstitucional não atinge a Constituição de qualquer maneira, mas se pretende desde já garantir sua *compatibilidade* com determinado comando de tratado de direitos humanos formalmente incorporado com equivalência de emenda constitucional). Em idêntico sentido, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) poderia ser utilizada para proteger “preceito fundamental” de um tratado de

direitos humanos violado por normas infraconstitucionais, inclusive leis *municipais* e normas *anteriores* à data em que dito tratado fora aprovado (e entrou em vigor) com equivalência de emenda constitucional no Brasil. Não se pode também esquecer da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), prevista no art. 103, § 2º, da Constituição, que poderá ser proposta sempre que *faltar lei interna* que se faria necessária a dar efetividade a uma norma convencional formalmente constitucional. Nesse caso, pode o STF declarar a *inconvencionalidade por omissão* de medida para tornar efetiva norma internacional de direitos humanos em vigor no Brasil e anteriormente aprovada por maioria qualificada, dando ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. (2011, p.147-149).

Por outro lado, relativamente aos tratados de direitos humanos não incorporados na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição (detentores de *status* constitucional em razão do disposto no § 2º do art. 5º), o controle de convencionalidade só pode ser exercido de modo difuso/concreto.

Pode-se considerar, então, que o controle de convencionalidade difuso sempre existiu (embora não fosse aplicado) desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e desde a entrada em vigor dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, pois o § 2º do art. 5º da CF/88 (pela expressão “não excluem os outros”) já os colocava em patamar materialmente constitucional. Já o controle de convencionalidade concentrado nasceu com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que possibilitou serem os tratados internacionais de direitos humanos incorporados com equivalência constitucional.

### **3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: UMA QUESTÃO TERMINOLÓGICA?**

A teoria do controle de convencionalidade ainda é bastante recente, motivo pelo qual suscita certa desconfiança na doutrina. A fim de se analisar as intrigas existentes, registra-se o entendimento de Patrícia Cobianchi Figueiredo, que faz ponderáveis críticas à terminologia “controle de convencionalidade” adotada por Mazzuoli.

Segundo Figueiredo, não se justifica a diferenciação entre o controle de constitucionalidade e de convencionalidade, uma vez que todos os tratados de direitos humanos, ao integrarem a noção de bloco de constitucionalidade, servem de referência ao próprio controle de constitucionalidade. Observe-se:

Ao considerar as normas decorrentes dos tratados de direitos humanos integrantes do bloco de constitucionalidade, o controle a ser efetuado é o controle de constitucionalidade e mediante a sistemática já existente no Brasil, pois comporta esses instrumentos nessa posição, como se passa a considerar. (2009, p.197).

Conforme visto, a autora entende que a sistemática de controle de constitucionalidade existente no Brasil comporta perfeitamente os tratados internacionais de direitos humanos, de modo que o controle que se exerce utilizando-os como parâmetro não é outro senão o próprio controle de constitucionalidade.

Nessa perspectiva, Figueiredo acrescenta que a análise da constitucionalidade de uma lei deve ser feita levando-se em consideração necessariamente todo o conjunto de normas integrante do bloco de constitucionalidade, não se podendo utilizar, para tal aferição, apenas os preceitos constantes nos tratados internacionais de direitos humanos. Veja-se:

As normas do texto constitucional são parâmetros no controle de constitucionalidade por excelência, imprescindíveis na atividade interpretativa necessária a qualquer controle de constitucionalidade. Não há controle de constitucionalidade considerando apenas os ditames dos tratados de direitos humanos como parâmetros. Para o controle da constitucionalidade deve ser considerado todo o “bloco de constitucionalidade”,

ainda que, para ao final, apontar certa norma violada. À norma violada, que pode ser decorrente de tratado de direitos humanos, chega-se após percurso constitucional obrigatório. (2009, p.194).

Ao final, arremata Figueiredo:

Nesse sentido, controle da constitucionalidade abarca o controle de convencionalidade, sendo, portanto, mais abrangente. É afirmar, a título ilustrativo, que, considerando apenas o “controle de convencionalidade”, uma lei infraconstitucional pode ser compatível com os tratados internacionais de direitos humanos, embora incompatível com a Constituição, já considerando o controle de constitucionalidade como exposto, o resultado seria a inconstitucionalidade, já que o tratado quando inserido na ordem constitucional recebe nova interpretação, como parte de um todo e não como parte isolada. (2009, p.194).

Em face desses argumentos, a autora defende não ser possível reconhecer uma autonomia do controle exercido em face dos tratados internacionais de direitos humanos.

Mazzuoli, por sua vez, ressalta dois aspectos que, para ele, demandam a distinção entre as duas espécies de controle: a) embora os tratados tenham status constitucional ou equivalência de emenda constitucional não estão presentes no corpo do texto da Constituição; b) uma norma pode estar de acordo com a Constituição (e, portanto, passar incólume ao controle de constitucionalidade), mas ferir preceito constante em tratado internacional (o que tornaria a norma inconveniente, retirando sua validade). Observe-se:

Poderia se objetar tratar-se de controle de constitucionalidade aquele exercido em razão dos tratados de direitos humanos internalizados pela sistemática do art. 5º, § 3º, por ostentarem equivalência de emenda constitucional. Para nós, apenas quando existe afronta à Constituição mesma é que pode haver controle de constitucionalidade propriamente dito. Ainda que os tratados de direitos humanos (material e formalmente constitucionais) sejam equivalentes às emendas constitucionais, tal não autoriza a chamar de controle “de constitucionalidade” o exercício da compatibilidade vertical que se exerce em razão deles, notadamente no caso de o texto constitucional permanecer incólume de qualquer violação legislativa (ou seja, no caso de a lei não violar a Constituição propriamente, mas apenas o tratado de direitos humanos). (2011, p. 74).

Adiante, prossegue Mazzuoli:

[...] iludem-se os que aceitam o exercício do controle de convencionalidade por parte de tribunais internos, mas o entendem somente assimilável ao controle de constitucionalidade quando o conteúdo das disposições convencional e constitucional for materialmente idêntico. Como o leitor atento já pôde perceber, segundo a tese que estamos a desenvolver, o controle de convencionalidade *das leis* terá lugar exatamente quando os conteúdos da Constituição e dos tratados *não forem idênticos*. Se forem, não há que se falar em passar a lei por qualquer outro exame de compatibilidade vertical material além daquele que tem por paradigma a Constituição. É evidente que *não sendo idênticos* os conteúdos do texto constitucional e o do tratado de direitos humanos, a antinomia existente entre eles (ou seja, entre a própria Constituição e o tratado internacional em questão) será resolvida pela aplicação do princípio internacional *pro homine*, segundo o qual a primazia deve ser da norma que, no caso concreto, mais proteja os direitos da pessoa em causa. Contudo, o problema que estamos a tratar neste momento é outro, pois diz respeito à incompatibilidade das leis, ou seja, das normas *infraconstitucionais* (e, porque não dizer, *infraconvencionais*, uma vez que também estão abaixo dos tratados *comuns*) com os tratados de direitos humanos (os quais têm sempre, como já se estudou, *status* de norma constitucional, tenham ou não sido aprovados por maioria qualificada no Congresso Nacional). É exatamente nesta última hipótese – leis *compatíveis* com a Constituição, mas *violadoras* das normas internacionais de direitos humanos em vigor – que tem lugar o “controle de convencionalidade”, tanto o difuso como o concentrado. (2011, p. 136-137).

Com efeito, é perfeitamente possível a existência de uma norma interna compatível com a Constituição, porém contrária ao que dispõe um preceito constante em tratado internacional em vigor no Brasil, o que ocorre nos casos em que os tratados internacionais de direitos humanos ampliam os direitos já previstos internamente, vindo a densificar o valor da dignidade humana.

É nessa situação que tem lugar e se justifica o controle de convencionalidade como instrumento de garantia da efetividade das normas internacionais de proteção ao ser humano, invalidando leis internas que, a despeito de serem compatíveis com a Constituição da República, violam um tratado humanista.

Há vários pactos internacionais em vigor no Brasil cuja proteção do Homem é bem mais abrangente do que a inserida na Constituição Federal. Como exemplo, destaca-se a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), da qual Marmelstein destaca os seguintes avanços em relação à Constituição de 1988:

[...] O Pacto de San José da Costa Rica (a) protege a vida “desde a concepção”, o que não está tão claro na Constituição brasileira; (b) proíbe expressamente a pena de morte aos maiores de 70 anos e às mulheres grávidas, o que não existe no nosso texto constitucional, que autoriza a pena de morte em caso de guerra sem restrições subjetivas; (c) reconhece de forma expressa o direito do acusado contra autoincriminação, enquanto na Constituição de 88 não há nada expresso a respeito, sendo decorrente de interpretação jurisprudencial construtiva; (d) assegura o direito de recorrer de forma expressa; (e) prevê um direito ao nome, algo que não está presente de modo nítido na Constituição de 88; (f) consagra o direito de toda pessoa “à nacionalidade do estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito à outra”, entre as várias outras medidas sem previsão constitucional expressa. (2009, p. 205-206).

O fato é que, independentemente da terminologia utilizada (se controle de constitucionalidade ou de convencionalidade), o exame da compatibilidade das leis domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos deve ser realizado, uma vez que é ordenado pela própria Constituição Federal. Prefere-se, contudo, a tese defendida por Mazzuoli, que, enxergando as distinções existentes e as consequências resultantes da não diferenciação entre as duas espécies de controle, desenvolve fundamentada teoria sobre o tema, apresentando a sistemática de aplicação do controle de convencionalidade no direito brasileiro.

Nessa direção, o Ministro Celso de Mello, no julgamento do *Habeas Corpus* de nº 87.585/TO, em que reconheceu natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, atentou para a necessidade de um duplo controle da produção legislativa interna: o controle de constitucionalidade e o de convencionalidade, conforme se observa no trecho a seguir:

Proponho que se reconheça natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, submetendo, em consequência, as normas que integram o ordenamento positivo interno e que dispõem sobre a proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos a um duplo controle de ordem jurídica: o controle de constitucionalidade e, também, o controle de convencionalidade, ambos incidindo sobre as regras jurídicas de caráter doméstico. (Ministro Celso de Mello, no HC 87.585/TO, Tribunal Pleno do STF, j. 03.12.2008, fls. 341).

Passa-se, agora, a analisar as diferenças entre a teoria do controle de convencionalidade e o entendimento atual predominante no âmbito do Excelso Pretório.

#### **4 DIFERENÇAS ENTRE A TEORIA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O ENTENDIMENTO PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Há uma considerável divergência entre a inovadora teoria do controle de convencionalidade e o entendimento até então predominante no Supremo Tribunal Federal, conforme sintetizado a seguir:

a) Tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao direito interno antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2004:

Para o STF, tais normas têm valor supralegal, servindo de paradigma para o controle de supralegalidade. Para Mazzuoli, possuem *status* constitucional, servindo de paradigma para o controle difuso de convencionalidade.

b) Tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao direito interno na forma do § 3º do art. 5º da Constituição:

Para o STF, tais normas têm valor constitucional, servindo de paradigma para o controle de constitucionalidade. Para Mazzuoli, possuem equivalência constitucional, servindo de paradigma para o controle concentrado e difuso de convencionalidade.

Nessa toada, Gomes (2009, *on-line*) resume a questão da seguinte forma:

A diferença fundamental, em síntese, entre a tese de Valério Mazzuoli e a vencedora (por ora) no STF está no seguinte: a primeira está um tom acima. Para o STF (tese majoritária, conduzida pelo Min. Gilmar Mendes) os tratados de direitos humanos não aprovados por quórum [*sic*] qualificado seriam supralegais (Valério discorda e os eleva ao patamar constitucional); para o STF os tratados não relacionados com os direitos humanos possuem valor legal (para Valério eles são supralegais). Valério Mazzuoli e Celso de Mello estão no tom maior. Gilmar Mendes (e a maioria votante do STF) está no tom menor. A diferença é de tom. De qualquer modo, todos fazem parte de uma orquestra jurídica espetacular: porque finalmente tornou-se realidade no Brasil a terceira onda (internacionalista) do Direito, do Estado e da Justiça.

À guisa de conclusão, entende-se que a tese do professor Mazzuoli (que, no STF, coincide em parte com o pensamento do Ministro Celso de Mello) parece ser a que mais se coaduna com a tendência contemporânea do constitucionalismo mundial em prestigiar a proteção do ser humano e com os avanços trazidos pela Constituição de 1988, sobretudo em razão do disposto no art. 1º, inciso III, que alocou o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento da República, e no art. 4º, inciso II, que instituiu a prevalência dos Direitos Humanos como princípio norteador das relações internacionais da República Federativa do Brasil.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, considera-se que o controle de convencionalidade apresenta-se como uma importante ferramenta disponível aos aplicadores do direito no sentido de conferir maior eficácia aos preceitos emanados dos diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos, sendo sua realização uma imposição advinda da própria evolução internacional da proteção aos direitos humanos e do Estado Democrático de Direito instituído pela Carta Republicana de 1988.

Com efeito, de nada adianta a maciça adesão do Brasil a esses instrumentos internacionais de proteção se eles não forem efetivamente aplicados pelo Poder Judiciário nacional. E o controle de convencionalidade é o instrumento para isso!

Desse modo, pretendeu-se, com este trabalho, ao menos contribuir com a disseminação do controle de convencionalidade no meio acadêmico e, conseqüentemente, com a efetividade dos direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 466343**, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 03/12/2008, publicado em DJ 05/06/2009 PP-01106. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 22 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 87.585/TO**. Relator(a): Min. Celso de Mello, julgado em 03/12/2008, publicado em DJ 26/06/2009 PP-00237. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC &docID=597891>>. Acesso em: 26 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. **Os tratados internacionais de direitos humanos como parâmetros para o controle da constitucionalidade das leis**. 2009. 238 f. Orientadora: Dra. Flávia Cristina Piovesan. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <[http://www.sapientia.pucsp.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=9587](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=9587)>. Acesso em: 15 dez. 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Controle de convencionalidade: Valerio Mazzuoli versus STF**. 2009. Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20090615165108665&mode=print](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090615165108665&mode=print)>. Acesso em: 15 nov. 2012.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. São Paulo: Manole, 2005.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

VARGAS, Ângelo Miguel de Souza. **O Bloco de Constitucionalidade: reconhecimento e consequências no Sistema Constitucional Brasileiro**. 2007. 204 f. Orientadora: Doutora Maria Garcia. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <[http://www.sapientia.pucsp.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=5710](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5710)>. Acesso em: 23 ago. 2012.

## ***THEORY OF CONVENTIONALITY CONTROL IN BRAZIL***

**Abstract:** *The present study aims to analyze the innovative theory of conventionality control, presenting a model of judicial review of internal infraconstitutional rules using as parameter the international human rights treaties in force in Brazil. Initially presents the understanding of the Supreme Court about the subject. It then analyzes the main aspects of the said theory. In the end, develops a comparison between this new theory and the prevalent understanding of the Supreme Court.*

**Keywords:** *International human rights treaties. Brazil's Supreme Court. Conventionality control.*

Data de recebimento: **dez/2012** – Data de aprovação: **mar/2013**

# TUTELA CAUTELAR COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

**Edilson Santana Gonçalves Filho**

Defensor Público. Pós-graduado em Direito Processual (Turma IV – FA7). Autor do livro *A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais – sua vinculação às relações particulares*.  
edilsonsanaganf@hotmail.com

**Sumário:** Introdução. 1. A Clássica Concepção da Tutela Cautelar de Piero Calamandrei. 2. A Tutela Cautelar para Ovídio Batista. 3. A Tutelar Cautelar e o Novo Código de Processo Civil. 4. A Constitucionalização do Direito, do Processo e das Tutelas de Urgência. 5. Direito e Garantia Fundamental. Conclusão. Referências.

**Resumo:** O presente estudo objetiva realizar um exame da tutela cautelar, analisada sob diversos enfoques. Partindo das duas mais destacadas escolas que versam sobre o assunto, materializadas nas teorias de Piero Calamandrei e Ovídio Araújo Batista da Silva, observar-se-á tratar-se de proteção instrumental da mais elevada importância, apta, por demais das vezes, à defesa das garantias mais valiosas do ser humano, consagradas nos direitos fundamentais do homem cidadão. Bem por isso, adquire o *status* de garantia fundamental. A pesquisa foi elaborada dentro de uma abordagem descritivo-analítica do tipo bibliográfica e documental.

**Palavras-chave:** Processo Cautelar. Tutela Cautelar. Devido Processo Legal. Piero Calamandrei. Ovídio Araújo Batista da Silva. Tutela de Urgência. Garantia Fundamental.

## INTRODUÇÃO

O tempo é fato ineliminável, não podendo ser desconsiderado em qualquer ordenamento jurídico real.

As leis do processo, todavia, podem reduzir os efeitos negativos passíveis de serem causados pela demora na efetivação dos direitos, afastando as inconveniências decorrentes. Devem, assim, sempre buscar uma afeição às exigências do caso concreto, sem jamais suprimir o fator temporal.

A tutela cautelar, desse modo, é um instrumento apto a reduzir os inconvenientes que decorrem do tempo.

O modelo adotado pelo legislador brasileiro no *Livro das Cautelares* em 1973 sofreu uma radical transformação em 1994, com a Lei 8.952 daquele ano, a qual instituiu a tutela antecipada no direito pátrio.

A matéria é objeto de acirradas discussões, não havendo uma posição pacífica e prevalente.

O que não se discute, todavia, é a importância e imprescindibilidade de um processo apto a proteger o direito da parte, sempre que o fator temporal seja inimigo de sua efetividade.

## 1 A CLÁSSICA CONCEPÇÃO DA TUTELA CAUTELAR DE PIERO CALAMANDREI

Levanta-se como eminente expoente da compreensão denominada clássica, do processo cautelar, o jurista Piero Calamandrei. Bem por isso costume-se extrair de seus ensinamentos as características marcantes dessa corrente, dentre as quais destacam-se a *instrumentalidade*, *provisoriedade* e *o perigo na demora*.

Nessa linha, com precisa concisão, aponta José dos Santos Bedaque (1988, p. 34):

As características fundamentais dessa modalidade de tutela são a instrumentalidade, a provisoriedade e a sumariedade. Guarda com a tutela final relação de subordinação instrumental, pois visa a preservar sua efetividade, pelo que carece de autonomia. Por isso é provisória ou interina, ou seja, deixa de existir se o direito, para cuja proteção foi admitida, não for reconhecido afinal, no provimento definitivo. Tendo em vista a urgência que lhe é inerente, a tutela cautelar se caracteriza pela sumariedade da cognição.

Como primeira nota característica a *instrumentalidade* revela a ideia de ser, o procedimento cautelar, instrumento fadado à proteção do processo principal. Objetiva, dessarte, assegurar a eficácia da ação definitiva, a qual servirá, por seu turno, à consecução do exercício do direito almejado.

Diz-se, por isso, haver nas tutelas cautelares uma “instrumentalidade qualificada ou ao quadrado”, posto constituírem-se, em verdade, meio dispostas à consecução de um procedimento definitivo, o qual, por sua vez, mostra-se apto à concessão do bem da vida mirado. São, por assim dizer, instrumento do instrumento, ou, nas palavras de Calmon de Passos (1984, p. 46) “processo a serviço do processo, não processo a serviço do direito material”.

De mais a mais, essa nota instrumental é qualificada de hipotética, posto voltada para a hipótese de que aquele que pleiteia eventualmente possua razão.

Por *provisoriedade*, segundo traço característico, Calamandrei expressa a limitação da duração dos efeitos da tutela cautelar.

Nesse sentido, os procedimentos cautelares não se entremostam idôneos a regulamentar definitivamente a relação de direito material controvertida. Não possuem, assim, autonomia, mantendo-se ligados ao provimento final derradeiro e principal, destinando-se a produzir os efeitos necessários à prolação daquele.

Os efeitos jurídicos acauteladores, por serem provisórios, têm duração limitada ao período de tempo que intermedeia entre o processo cautelar e a promulgação de uma decisão final ou substitutiva num procedimento principal.

Nada obstante, “A concepção de provisório para Piero Calamandrei tem incluída em seu interior a ideia de substituição e, por via de consequência, de antecipação”, afirma com correção Jaqueline Mielke Silva (2009, p. 25).

A peculiaridade reside no fato de que se o provisório é substituído por algo definitivo, isso representa a existência de uma antecipação dos efeitos finais. Logo, é forçoso reconhecer a satisfação ou, em outros termos, a existência de cautelares satisfativas.

Destarte, as medidas cautelares poderiam assumir não somente o papel de garante da efetividade jurisdicional. Sem embargo, se mostrariam aptas à função de economia processual. Nessa esteira, nem sempre seria necessário e imprescindível, sob pena de ineficácia, um processo posterior com o fito de alcançar cognição plena.

Cumpra ainda mencionar o perigo de dano que pode derivar do atraso ocasionado pela inevitável lentidão do procedimento ordinário (ou definitivo), configurando aquilo doutrinariamente denominado por *periculum in mora*.

A prestação jurisdicional para ser eficaz necessita, por mais das vezes, ser proferida sem atraso. Doutra banda, o procedimento comum demanda tempo para ser efetivado com presteza. A tutela cautelar representa, nesse diapasão, ponderação entre tais necessidades.

A demora que visa afastar verifica-se no perigo de a execução se frustrar, ante a ameaça concreta causada por determinado acontecimento. Noutras vezes, o próprio tempo necessário ao desenvolvimento do processo, por si só, representa perigo de dano.

À guisa de remate, pode-se apontar diversos dispositivos legais apostos no Código de Processo Civil – CPC voltados para concepção de tutela cautelar clássica (de Calamandrei), dentre os quais destacam-se os artigos 796, 806 e 808, os quais trazem em seu bojo a ideia de instrumentalidade e provisoriedade dos procedimentos cautelares.

## **2 A TUTELA CAUTELAR PARA OVÍDIO BATISTA**

Como traços marcantes da tutela cautelar, na visão de Ovídio Batista, exsurgem: preventividade; temporariedade; existência de situação cautelanda; autonomia; iminência de dano irreparável; sumariiedade da cognição. Passa-se a discorrer:

Na concepção do supramencionado jurista, a proteção cautelar encontra-se inserida no âmbito da tutela de simples segurança. Quer com isso dizer que sua função principal é assegurar direitos, sem jamais satisfazer, contrapondo-se ao conceito de antecipação de tutela, a qual se dá com satisfação.

Não há, dessarte, como falar em antecipação dos efeitos pretendidos em sede cautelar. Daí falar-se em preventividade como marca desse tipo de provimento jurisdicional. Igualmente, deve ser temporário. A sentença que o contém jamais poderá investir-se na imutabilidade inerente à coisa julgada material.

A característica da temporariedade se revela essencial para construção do raciocínio perfilhado por Ovídio, ao passo que a partir do momento no qual se concebe a cautelar como algo temporário, e não provisório<sup>1</sup>, resta afastado o imbróglgio doutrinário e jurisprudencial existente entre aquela e a tutela antecipada. A provisoriedade seria característica dessa última.

A eficácia do provimento cautelar, posto que temporária, perdurará enquanto durar a situação de perigo a que está exposto o interessado, servindo de amparo à construção de uma tutela definitiva.

Por sua vez, a antecipação da tutela equivaleria ao próprio efeito definitivo almejado, antecipado em sua concessão, vigendo provisoriamente até decisão final na demanda.<sup>2</sup>

Em suma, a função da tutela cautelar não seria proteger o processo principal, como afirmava a doutrina clássica, mas sim resguardar o direito da parte, sem jamais satisfazê-lo. Referido direito, seja subjetivo, seja a uma pretensão, ação ou exceção, identificaria uma situação carente de proteção<sup>3</sup>, autorizando o uso do meio protetivo cautelar.

<sup>1</sup> Adotando-se a provisoriedade como um dos elementos da proteção cautelar, como o fez Piero Calamandrei, inevitavelmente acaba-se por inserir a possibilidade de provimentos antecipatórios em seu âmbito. Daí a razão pela qual reconheceu em sua doutrina a existência de cautelares satisfativas.

<sup>2</sup> Retirando da cautelar o aspecto provisório, afasta-se, por conseguinte, as medidas satisfativas em seu âmbito, as quais restam enquadradas como antecipação de efeitos da sentença final.

<sup>3</sup> É o que se denominou situação cautelanda.

A doutrina ora em análise no presente tópic, partindo de uma base diversa (temporiedade), afasta, assim, em quaisquer casos, o reconhecimento da satisfação em tutela cautelar. Essa visaria única e exclusivamente a segurança de direitos. Havendo satisfatividade estaremos diante do instituto da tutela antecipada.

De mais a mais, tendo por objetivo supramencionada proteção, o processo cautelar não necessariamente deverá se estar vinculado a um processo principal. Trata-se da *autonomia cautelar*. Não depende, portanto, do processo principal, em razão de não ter por papel sua proteção. A partir daí, observa-se a não concordância com a função instrumental do processo cautelar, proposta pela doutrina clássica.

Nada obstante, o *periculum in mora* também não seria um requisito necessário à concessão da tutela protetiva, mas, o seria, o risco de dano iminente. É que, havendo perigo na demora deve se antecipar os efeitos (tutela antecipada), e, conseqüentemente, satisfazer.

Por fim, insta salientar a nota denominada sumariada da cognição, verificada tanto sob o ponto de vista material (conhecimento não exauriente ou superficial da matéria), quanto formal (exigindo uma forma sumária de procedimento por via do qual ela haverá de se realizar), considerando a urgência como premissa constante e impregnada em todo provimento cautelar.

Em sendo assim, “Pode-se dizer que o juízo de mera plausibilidade do direito para cuja proteção se invoca a segurança é não apenas pressuposto, mas igualmente limite desta modalidade especial de atividade jurisdicional”, consoante aduz Mielke Silva (2009, p. 37).

Conclui-se, daí, sustentar-se a tutela de urgência em juízo de verossimilhança, traduzido em cognição sumária.

### **3 A TUTELAR CAUTELAR E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

O famigerado Novo Código de Processo Civil, em vias de aprovação no Congresso Nacional, pretende trazer maior celeridade à seara processual, sem deixar de lado valores outros igualmente importantes.

No tocante às cautelares, certamente procurando resolver, ou ao menos diminuir, o imbróglio existente entre esta e a tutela antecipada, traz seção destinada às Tutelas de Urgência, acabando com a partição atualmente existente entre tutela cautelar e antecipatória.

A medida poderá ter natureza satisfativa ou não<sup>4</sup>, ser concedida antes ou no curso do processo, por iniciativa da parte ou de ofício, neste último caso de forma excepcional ou quando autorizado por lei.

Para a concessão da medida de urgência, serão exigidos elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Levantam-se vozes, já agora, afirmando a expressa possibilidade da concessão de cautelares satisfativas, em razão da novel redação. Defendem outros que, quando satisfativa, estaremos diante de antecipação da tutela, não obstante o novel diploma não utilize essa expressão.

Demais disso, se poderia agora reconhecer, sem celeumas, a possibilidade de concessão de tutela antecipada de ofício, mesmo que sob o título de tutela de urgência? Ou as antecipatórias teriam sumido de vez do ordenamento?

<sup>4</sup> O novo diploma utiliza a expressão satisfativa ou cautelar.

Como se vê, longe de acabar com as discussões acerca das divergências existentes entre as medidas cautelares e as antecipatórias de tutela, o Novo Código já é motivo de cizânias doutrinárias, com as quais deveremos conviver por mais alguns anos.

#### **4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO, DO PROCESSO E DAS TUTELAS DE URGÊNCIA**

O fenômeno denominado constitucionalização das tutelas de urgência (em que se inclui a cautelar) é consequência do mesmo fato observado no âmbito do processo (em geral), que, por sua vez, deriva da constitucionalização do direito como um todo, motivo pelo qual, compreendendo o último se chega ao primeiro.

Uma das principais mudanças de paradigma que, no âmbito do direito constitucional, foi responsável pela constitucionalização do direito, refere-se à quebra do arcaico pensamento, ainda hoje arraigado em alguns ordenamentos, de que os direitos fundamentais possuem aplicação apenas nas relações do tipo “Estado-cidadão”.

Sabe-se hoje que não é somente o Estado que pode ameaçar as garantias essenciais do cidadão, mas também outros particulares.

Embora hoje nos pareça óbvio, a ideia de Constituição como norma de caráter jurídico, dotada de coercibilidade e imperatividade, demorou algum tempo para ser concebida.

No panorama liberal, a Constituição não interferia no campo das relações particulares, as quais eram disciplinadas pela legislação ordinária, encontrando-se especialmente no Código Civil, centro das projeções dos interesses sociais da classe burguesa dominante. Apenas com o Surgimento do Estado Social a Carta Magna passou a prever, de maneira geral, aspectos relacionados à economia, ao mercado e aos direitos oponíveis em face de atores privados, como os trabalhistas, projetando-se, assim, na ordem civil.

Um dos obstáculos basilares para o reconhecimento da Constituição como centro de valores de um ordenamento transmutava-se na concepção de que as normas apostas nos textos constitucionais, referentes à esfera jurídico-privada, eram meramente programáticas, desvestidas de eficácia imediata, necessitando sempre da atividade do legislador infraconstitucional para produzirem seus efeitos.

Dessa forma, a falta de efetividade das normas constitucionais contribuía, e ainda contribuem, para gerar um enfraquecimento da credibilidade da Constituição, impedindo a formação de um sentimento patriótico-constitucional entre o povo, transformando o texto supremo em meras promessas sem nenhuma eficácia social. A Carta Maior passa a ser vista como um calhamaço de utopias de pouca, ou nenhuma, validade prática.

Quando se fala em constitucionalização do direito e, conseqüentemente, do processo e das tutelas de urgência (dentre as quais se inclui a cautelar), deve-se ter em vista a ideia de irradiação dos efeitos das normas constitucionais nos demais ramos do ordenamento, por meio de um processo lento, o qual pode se dar por diversas formas, sobretudo por meio de reforma legislativa.

Gunnar Folke Schuppert e Christian Bumke apontam esta como a mais efetiva e menos problemática forma de constitucionalização, realizando-se por meio de reformas gerais ou pontuais na legislação infraconstitucional, adaptando-a às prescrições apostas na Carta Maior.

Desse modo, o principal papel do poder legislativo como constitucionalizador do direito se desenvolve na sua função de adequar a legislação ordinária aos preceitos constitucionais.

Ainda segundo citados autores, dão impulso ao processo o judiciário, na atividade de aplicar as normas fundamentais, e a doutrina, responsável pela formação imprescindível do alicerce teórico para o desenvolvimento do tema.

A Constitucionalização, portanto, é um processo pelo qual as normas constitucionais penetram nos demais ramos do ordenamento, já que trazem em seu bojo o norte essencial ao desenvolvimento de um ordenamento jurídico unitário e coeso. Assim, obedecendo aos parâmetros traçados constitucionalmente, as demais leis infraconstitucionais se embebedam nas proposições de justiça apostas pelo legislador constitucional, as quais nada mais são que a vontade do povo.

Daniel Sarmiento (2004), um dos pioneiros no que se refere ao estudo doutrinário da aplicação dos direitos fundamentais em relações privadas no Brasil, aponta para uma Dimensão Objetiva dos direitos fundamentais. O pensamento prende-se ao reconhecimento de que nos direitos de natureza fundamental estão contidos os valores mais importantes da comunidade, os quais, através dos princípios constitucionais que consagram, penetram nos demais ramos ordenamento jurídico, modelando suas leis e institutos.

Bem por isso, tratar-se, a Constitucionalização, de um movimento necessário para pautar as relações privadas em parâmetros mais justos, onde se concebe a Constituição como o topo hermenêutico direcionador da interpretação do restante do ordenamento, para, com isso, conformar o direito infraconstitucional nos valores da Lei Maior.

Destarte, as normas de cunho fundamental, no mínimo, produzirão efeitos hermenêuticos, condicionando a interpretação e integração do sistema jurídico, vinculando o legislador, servido de base para a criação de leis em conformidade com os seus preceitos e, ainda, a decretação da inconstitucionalidade daqueles já existentes em desconformidade com suas previsões.

Nesse diapasão, o final dos anos sessenta e princípio da década de setenta foram marcados pelo advento de uma renovação do direito processual civil, voltada a enfatizar a origem constitucional de institutos processuais, como, *ex vi*, o princípio do contraditório à luz de determinações constitucionais.

Surge aí a concepção do direito de ação como aquele direito subjetivo público, garantido constitucionalmente como direito de petição.

A partir de então ensejaram-se esforços no sentido de adaptar o direito processual às exigências constitucionais, tornando-o compatível com os ditames relacionados ao processo apostos no bojo das Constituições, como o devido processo legal, acesso ao poder judiciário e igualdade entre as partes, num nítido processo de constitucionalização.

## 5 DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL

A expressão “Direitos Fundamentais” surgiu na França, por volta de 1770, como fruto do movimento deflagrador da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, vindo a alcançar, tempos após, lugar imprescindível nas Cartas Constitucionais de todo o mundo.

Formular um conceito fechado, sintético e preciso, definindo o que são direitos fundamentais não é tarefa das mais simples, antes de tudo, em virtude de sua transformação ao longo da evolução histórica. Aumenta essa dificuldade o fato de se utilizarem várias expressões quando nos referimos aos tais, como *direitos humanos*, *direitos naturais*, *direitos individuais do homem e do cidadão* etc., o que acaba por gerar uma confusão entre tais institutos, que, em verdade, encontram-se entrelaçados de forma quase que indissociável.

Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 36) conceitua, de maneira bastante didática, “Direitos Fundamentais” como sendo “a denominação comumente empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente<sup>5</sup> reconhecidos por uma determinada ordem constitucional.” Chama atenção para o fato de que estes encontram-se positivados, e servem de veículo para a incorporação dos direitos da pessoa humana pelo Direito interno.

Destarte, Direitos, ou Princípios Constitucionais, Fundamentais são normas essenciais, as quais conferem sistematicidade à Constituição, servindo de parâmetros para todas as demais regras trazidas à baila pelo ordenamento jurídico, minimizando possíveis conflitos de leis, por meio de uma interpretação conforme os preceitos fundamentais, e garantindo o mínimo necessário ao homem-cidadão.

Ocupam, assim, o mais alto grau na escala normativa, identificando-se com os mais supremos valores humanos, culturais, filosóficos, políticos, traduzindo o melhor da vontade de toda a humanidade para o desenvolvimento de uma sociedade justa. Possuem em seu âmago ligação direta com o universo moral dos direitos da pessoa humana.

São, deste modo, um parâmetro estabelecido do que se busca pela sociedade, de modo que o interesse por ele protegido deve prevalecer sobre outros de cunho não fundamental. Por sua importância, possuem aplicação imediata, ou seja, não podem ter sua aplicabilidade retardada pela inexistência de leis regulamentadoras..

Modernamente, os direitos fundamentais apresentam-se como garantias *de primeira, de segunda e de terceira dimensões*<sup>6</sup>, segundo a evolução histórica em que passaram a ser, cronologicamente, reconhecidos. Referida divisão nos remete ao lema da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade e fraternidade*.

Importante frisar que não existe hierarquia ou grau de importância entre referidas dimensões, Importante frisar que não existe hierarquia ou grau de importância entre referidas dimensões, motivo pelo qual alguns doutrinadores preferem a utilização do vocábulo “dimensão” dos direitos fundamentais em detrimento da expressão “geração”, que daria uma ideia de que cada nova geração adviria em substituição à anterior.

Desta feita, correspondem os direitos de primeira geração às liberdades clássicas ou formais (direitos civis e políticos), os de segunda identificam-se com as liberdades positivas ou concretas (direitos sociais, econômicos), enquanto os direitos de terceira geração materializam-se nas titularidades coletivas (atribuídos genericamente a todos os indivíduos ou cidadãos), consagrando o princípio da solidariedade.

Considera-se que se deu na França a consagração “jurídico-positiva” dos direitos de índole fundamental, com a *Declaração dos Direitos Fundamentais do Homem e do Cidadão* (26.08.1789) e com as Constituições de 1791 e 1793.

Desde que assumiram caráter concreto de normas positivas na Carta Magna, passou sua natureza a ser constitucional, o que já constava de maneira expressa nas Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão, mais especificamente em seu art. 16, o qual previa que a adoção das garantias de cunho fundamental seriam elementos essenciais ao próprio conceito de constituição.

<sup>5</sup> Os §§ 2º e 3º do art. 5º da CF/88 apontam claramente para uma abertura voltada ao reconhecimento de outros direitos fundamentais não constantes explicitamente no texto constitucional.

<sup>6</sup> O professor Paulo Bonavides defende a existência de uma quarta geração dos direitos fundamentais, os quais, decorrentes da globalização política, se introduzem na esfera da normatividade jurídica, o que corresponde à derradeira fase de institucionalização do Estado Social.

Não basta, entretanto, que um direito seja reconhecido e declarado, sendo imprescindível garanti-lo, porquanto virão ocasiões em que será discutido e violado. Ruy Barbosa (1978, p. 121) já ensinava haver “no texto da lei fundamental as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias.”

Não são nítidas, todavia, a linhas divisórias entre direitos e garantias. Não raro vê-se confusão doutrinária e legislativa. O próprio legislador constituinte de 1988 não teve acuidade ao tratar do tema, enunciando-o no Título II (Dos direitos e garantias individuais), sem, contudo, apartar as duas categorias, deixando à doutrina missão de desvendar onde estão os direitos ou se acham as garantias.

Paulo Bonavides (2000), dissertando acerca da diferença entre direitos e garantias fundamentais, ressalta que em casos excepcionais é impossível distinguir tais institutos, os quais, todavia, no geral, são dissociáveis. Não raro, juntam-se na mesma disposição (norma) a fixação da garantia e a declaração de direitos. Segundo suas lições, os direitos fundamentais, por suas estrutura, natureza e função, constituem-se em direitos propriamente ditos, por um lado, e garantias, por outro. As garantias visam defender os direitos contra certas classes de atentados.

Doutrinariamente, apontam-se três sentidos para a expressão “garantias fundamentais”: reconhecimento positivado nas constituições dos direitos fundamentais; prescrições que vedam determinadas ações do poder público; recursos jurídicos destinados a fazer efetivos os direitos que assegura.<sup>7</sup>

Tais vantagens (direitos) asseguradas podem ser auferidas sem a utilização das garantias. Essas, porém, são instrumentos, servindo como meio de obtenção daqueles benefícios (direitos) constitucionalmente afirmados, sempre que de alguma forma sejam negados ou violados. São, destarte, direitos instrumentais concedidos para proteção, defesa e concretização de outras normas principais e substanciais.

Nesse sentido, o direito processual cautelar não se perfaz em um fim em si mesmo, mas em instrumento destinado à tutela de um direito substancial, público ou privado. Está, em suma, a serviço deste último (do direito substancial), tendo por função garantir sua efetividade.

A síntese mais formosa e lapidar dessa acepção de garantias constitucionais encontra-se gravada no axioma de no 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, onde se lê: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não se acha assegurada nem a separação dos poderes estabelecida não tem Constituição.”

À guisa de conclusão, vale repisar poderem os direitos fundamentais consagrados pela Constituição ficar sem qualquer sentido, se não viessem acompanhados de concretas ações que conferissem o devido alcance prático. Bem por isso a Carta Maior já previu uma série de possíveis ações, verdadeiros direitos de ordem processual, visando basicamente a obtenção de medidas judiciais específicas.

Tradicionalmente apontam-se como típicas e expressas garantias de tal natureza o *habeas corpus*, o mandado de segurança e o mandado de injunção. Não se resumem a essas, todavia. Podem elas decorrer, implicitamente, de regras trazidas na Carta Constitucional, não necessitando, de forma inarredável, constar expressamente de dispositivo específico aposto no corpo constitucional. É o que decorre do direito ao devido processo legal, estabelecido na Constituição Federal vigente.

<sup>7</sup> É nesse último conceito (recursos jurídicos destinados a fazer efetivos os direitos que assegura) que a tutela cautelar se revela como verdadeira garantia destinada a efetivar o direito ao processo devido, célere, econômico, efetivo e justo.

Os processos judiciais devem ser organizados de forma a assegurar resultados os mais imparciais e justos possíveis. Ao decidir uma questão judicial os juízes devem atender uma série de requisitos que proporcionem uma decisão consentânea com aquilo apresentado no processo em igualdade de condições. Entre essas condições encontram-se os princípios do contraditório, da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, do juiz natural, da imparcialidade, da duração razoável do processo etc.

Conclui-se, portanto, que o processo, incluindo-se aqui a tutela cautelar, é instrumento qualificado, por garantir a efetividade de direitos, sobretudo aqueles relacionados com um processo justo, imparcial, razoável. Por tudo isso, não há como negar ao mesmo status de garantia fundamental, fadado à concretização desses direitos igualmente essenciais.

### 5.1 Tutela Cautelar: Garantia Fundamental

A Constituição fornece o fundamento último do ordenamento jurídico. Os valores fundamentais sobre os quais se erige o sistema passam a integrá-lo por meio da própria Carta que os positiva.

A consecução desses valores exige a intermediação de procedimentos estabelecidos em respeito a eles, para que se tomem decisões igualmente condizentes com tais ideologias. O processo (como um todo, inclusive o cautelar) aparece, então, como consectário lógico dos direitos insculpidos na constituição, sobretudo daqueles apostos em normas fundamentais, de aplicabilidade imediata e integral.<sup>8</sup>

Imperioso se faz, portanto, estabelecer procedimentos aptos a se chegar a decisões destinadas a concretizar os direitos do homem/cidadão, porquanto deverão ser dotados de determinadas características para cumprir a função sociopolítica assumida nesse contexto, pautados pelos princípios da proporcionalidade, ponderação, conformidade ou adequação dos meios etc.

A tutela cautelar não foge a tudo isso, entremostrando-se como verdadeira garantia fundamental, posto ser apta à proteção e efetivação de direitos fundamentais. Sobre o tema, ilustra J. J. Calmon de Passos (1984, p. 77-78):

A ideia de procedimento tornou-se determinante na evolução do direito público na última década, e a participação procedimental passou, ela mesma, a ser um direito fundamental. A ideia de procedimento faz-se indissociável dos direitos fundamentais.

A mera elaboração de uma Carta Magna, por maiores que sejam os direitos assegurados, não se mostra suficiente para efetivar o ideário no qual se inspirou, introduzindo-o nas estruturas sociais. Sua realização efetiva depende de procedimentos que a assegurem, somados ao engajamento maciço de todos os que fazem parte do processo.

O processo devido, incluindo-se o cautelar, revela-se instrumento apto à consecução e efetivação dos ideais constitucionais fundamentais, configurando-se em verdadeira garantia essencial, buscando e protegendo, em *ultima ratio*, a dignidade da pessoa humana.

<sup>8</sup> Constituição Federal, art. 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

## CONCLUSÃO

Não obstante o desencontro doutrinário e jurisprudencial, acarretando na falta de tratamento pacífico acerca da proteção cautelar, certo se mostra sua importância e imprescindibilidade.

Seja entendendo-a como instrumento afeito à segurança de um processo dito principal, seja como protetivo do próprio direito, a tutela cautelar, como medida de urgência, revela-se verdadeiro garante da efetivação da própria dignidade do ser humano. É que de nada adiantaria se garantir direitos como liberdade, igualdade, moradia ou alimentação caso estes não pudessem ser implementados efetivamente.

O processo ordinário, ferramenta voltada para esse fim, entremostra-se ineficaz em casos nos quais o direito da parte pode padecer com o tempo, não podendo mais esperar para ser efetivado.

Em um contexto de Estado Social, propiciar aos cidadãos a oportunidade de ter concretizados seus direitos é tão importante quanto garanti-los formalmente. A tutela de urgência, gênero dentro do qual se encontra o processo cautelar, é meio apto e capaz de desempenhar esse papel, merecendo, bem por isso, atenção e tratamento condignos com sua importância.

Diante de tudo já exposto, não há outro caminho hermenêutico a seguir: o processo cautelar, à luz da Constituição Federal, tem, como objetivo primordial, a garantia de um processo efetivo. Trata-se, assim, em última análise, de garantia fundamental ao postulado do processo efetivo.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BARBOSA, Ruy. **República: teoria e prática** (textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República). Petrópolis/Brasília: Vozes/Câmara dos Deputados, 1978.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Brasil: Malheiros, 2000.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. X, Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A Filosofia do Direito – aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição**. São Paulo: Atlas, 2001.

MACHADO HORTA, Raul. **Constituição e Direitos Individuais**. Revista de Informação Legislativa, a. 20, nº 79, junho/set.

MAGALHÃES, José Luis Quadros de. **Direitos humanos**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: tomo IV: direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, vol. X, Tomo I, p. 46.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.
- \_\_\_\_\_, (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SARMENO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- SILVA, De Plácido e. **Dicionário vocabulário jurídico**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de urgência: De Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Batista da Silva**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.
- SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais - uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen, 2002.

## ***INJUNCTIVE RELIEF AS FUNDAMENTAL GUARANTEE***

**Abstract:** *The present study examines the injunctive relief from several perspectives. It considers the two most outstanding schools that deal with the subject, materialized in the theories of Piero Calamandrei and Ovídio Araújo Batista da Silva, which acquires the status of a fundamental guarantee. The research was developed within a descriptive-analytical approach, such as bibliographic and documentary.*

**Keywords:** *Provisional proceedings; Injunctive relief; Due process of law; Piero Calamandrei; Ovídio Araújo Batista da Silva; Urgency relief; Fundamental guarantee.*

Data de recebimento: **dez/2012** – Data de aprovação: **mar/2013**



# RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO-GESTOR NA SOCIEDADE LIMITADA (ANÁLISE DO ART. 135, III, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL)

**Renan Wanderley Santos Melo**

Pós-graduado em Direito Tributário (FA7) e LLM em Direito Corporativo (IBMEC). Advogado.

Artigo sob orientação do prof. Ms. Rui Farias (FA7).

renanwm@hotmail.com

**Sumário:** Introdução. 1. Responsabilidade tributária. 2. Responsabilidade de terceiros. Conclusão.

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo a análise do art. 135, III, do Código Tributário Nacional. Para isso, é feita uma análise da responsabilidade no âmbito do Direito Tributário, enumerando os casos em que a responsabilidade recai em terceiros que não têm relação pessoal e direta com o fato gerador do tributo, ou seja, que não são contribuintes. Ao final, são analisadas decisões do Superior Tribunal de Justiça, mostrando a evolução da jurisprudência e traçando um panorama atual acerca da responsabilidade tributária do sócio-gestor da sociedade limitada.

**Palavras-chave:** Responsabilidade tributária. Sócio-gestor. Sociedade limitada. Atos irregulares.

## INTRODUÇÃO

A ideia do presente trabalho surgiu da enorme quantidade de casos em que os sócios de sociedades com quotas de responsabilidade limitada são colocados no polo passivo de execuções fiscais, sendo que em regra não devem ser responsabilizados pelas dívidas das empresas.

Ocorre que há exceções a essa regra, e o Fisco usa justamente essas exceções para chegar aos sócios das empresas.

Isso acontece porque algumas normas do Código Tributário Nacional, apesar deste já possuir quase cinquenta anos, são motivo de várias discussões na doutrina e na jurisprudência, e uma delas é a norma contida no artigo 135, III.

A grande discussão se dá pelo fato da norma supracitada prever uma responsabilidade de diretores, gerentes e representantes de pessoas jurídicas de direito privado em determinadas situações e, em regra, na sociedade limitada, não há responsabilidade dos sócios pelas dívidas contraídas pela empresa.

Dessa forma, o que se questiona é: quando essa norma deve ser aplicada no caso das sociedades que preveem uma responsabilidade limitada dos seus sócios? Para essa pergunta existem várias respostas, encontradas em decisões dos Tribunais pátrios e na própria doutrina. Além

disso, o Superior Tribunal de Justiça, órgão máximo no Brasil para tratar de questões federais, tem decisões diferentes acerca do assunto, o que acirra ainda mais a discussão sobre o tema.

O que se pretende fazer no presente artigo é analisar a norma contida no art. 135, III, do Código Tributário Nacional, para apresentar as hipóteses em que a responsabilidade pelo pagamento dos tributos devidos pela empresa atinja o seu sócio-gestor.

Com isso, serão analisados os requisitos para que se aplique a exceção contida na norma supracitada, os conceitos e as espécies de responsabilidade previstos no Código Tributário Nacional.

O estudo também se propõe a apresentar alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça para que seja demonstrada a evolução da jurisprudência sobre o tema, fazendo-se uma análise crítica acerca da posição atual adotada pelo STJ.

Por fim, o que motivou a realização do presente estudo foi a busca de uma alternativa justa para o problema em questão, pois, apesar da jurisprudência ter evoluído muito no que concerne à interpretação do dispositivo em questão, ainda há muito o que evoluir para que os direitos do contribuinte não sejam desrespeitados pelo Fisco, já que este tem se aproveitado desta exceção prevista no Código Tributário Nacional para responsabilizar o sócio indistintamente, sem obedecer às normas da legislação tributária e societária.

## **1 RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA**

### **1.1 Conceito**

No âmbito do direito tributário, a palavra responsabilidade assume dois significados, um *lato sensu* e um *stricto sensu*.

De acordo com Machado (2010, p. 158):

Em sentido amplo, é a submissão de determinada pessoa, contribuinte ou não, ao direito do fisco de exigir a prestação da obrigação tributária. Essa responsabilidade vincula qualquer dos sujeitos passivos da relação obrigacional tributária.

Em sentido estrito, é a submissão, em virtude de disposição legal expressa, de determinada pessoa que não é contribuinte, mas está vinculada ao fato gerador da obrigação tributária, ao direito do fisco de exigir a prestação respectiva.

O presente estudo é voltado especialmente para a responsabilidade tributária em sentido estrito, que está prevista no art. 121, II do Código Tributário Nacional.

Sabe-se que existem dois tipos de sujeito passivo da obrigação tributária, a saber, o contribuinte e o responsável. O primeiro é aquele que tem uma relação direta e pessoal com o fato gerador e o segundo, aquele que tem a obrigação de pagar o tributo em virtude de expressa previsão legal.

Porém, a lei não pode determinar que qualquer pessoa seja responsável pelo pagamento de um tributo – a pessoa deve ter um vínculo com o fato gerador da obrigação tributária. O art. 128 do CTN diz:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-se a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Importante salientar que não é qualquer espécie de vínculo com o fato gerador da obrigação tributária que pode gerar a responsabilidade de terceira pessoa. Segundo Amaro (2011, p. 338):

Em suma, o ônus do tributo não pode ser deslocado arbitrariamente pela lei a qualquer pessoa (como responsável por substituição, por solidariedade ou por subsidiariedade), ainda que vinculada ao fato gerador, se essa pessoa não puder agir no sentido de evitar esse ônus nem tiver como diligenciar no sentido de que o tributo seja recolhido à conta do indivíduo que, dado o fato gerador, seria elegível como contribuinte.

Pois bem. Tem-se, portanto, que responsabilidade tributária é a sujeição de alguém ao direito do fisco de exigir o pagamento da obrigação tributária, podendo o sujeito passivo desta obrigação ser o contribuinte, que é aquele que tem uma relação pessoal e direta com o fato gerador, ou o responsável, que é aquele que não tem relação direta e pessoal com o fato gerador, mas possui um vínculo com este.

## 1.2 Espécies

O Código Tributário Nacional prevê três tipos de responsabilidade tributária. São elas: responsabilidade dos sucessores; responsabilidade de terceiros; responsabilidade por infrações.

A responsabilidade dos sucessores está prevista nos artigos 129 a 133 do CTN. A sucessão modifica o sujeito passivo da obrigação tributária. Dessa forma, o sucessor passa a ocupar o lugar do antigo devedor, na situação em que a obrigação se encontrava no momento do acontecimento que fundamentou a sucessão.

No que concerne a tributos referentes a bens imóveis, a regra prevista no art. 130 do CTN diz que os créditos tributários relativos à propriedade, domínio útil ou posse desses bens sub-rogam-se na pessoa do adquirente, a não ser que conste do título a prova de sua quitação. O parágrafo único do artigo supracitado também excepciona os casos de arrematação em hasta pública – nestes casos, o arrematante não fica responsável pelos tributos.

No art. 131 do CTN estão previstas outras modalidades de responsabilidade por sucessão. De acordo com a referida norma, são pessoalmente responsáveis pelo pagamento do tributo: o adquirente ou remitente, pelos bens adquiridos ou remidos, sejam eles móveis ou imóveis; o sucessor e o cônjuge meior, pelos tributos devidos pelo *de cujus* até a data da partilha ou adjudicação, sendo que esta responsabilidade é limitada até o montante do quinhão, legado ou meação; o espólio, pelos tributos devidos pelo *de cujus* até a data da abertura da sucessão.

A regra contida no art. 132 do CTN refere-se às empresas resultantes de fusão, transformação ou incorporação. Estas são responsáveis pelos tributos devidos pelas empresas fusionadas, transformadas ou incorporadas até a data do ato. Importante observar que a operação denominada “cisão” também deve ser incluída nesta regra, tendo em vista que passou a ser prevista no ordenamento com o advento da Lei 6.404/76.

De acordo com o parágrafo único do art. 132 do CTN, a mesma regra supramencionada se aplica nos casos em que, após a extinção da pessoa jurídica, um sócio remanescente ou seu espólio continue a mesma atividade sob a mesma ou outra razão social ou mesmo sob firma individual. Essa regra tem o objetivo de evitar alguns tipos de fraude.

A última regra referente à responsabilidade por sucessão está contida no art. 133 do CTN. Segundo essa regra, a pessoa que adquirir fundo de comércio ou estabelecimento e continuar a exploração da atividade responde pelos tributos do estabelecimento adquirido. Essa responsabilidade pode ser: integral, quando o alienante cessa a exploração da atividade; subsidiária, quando o alienante continua na exploração da atividade ou inicie dentro de seis meses, contados da alienação, a mesma ou nova atividade.

O § 1º do art. 133 excepciona essa regra nos casos de alienação judicial em processo de falência ou em processo de recuperação judicial.

Com o objetivo, mais uma vez, de evitar fraudes, foi criada a regra do § 2º do artigo em questão, em que se faz uma “exceção da exceção” do § 1º. Segundo a regra contida no dispositivo legal, não se aplica a exceção do § 1º nos casos em que o comprador for sócio da empresa falida ou em recuperação judicial, ou for agente ou parente do falido ou devedor em recuperação judicial.

Feita uma breve exposição acerca da responsabilidade dos sucessores, passa-se à análise da responsabilidade por infrações, posto que a chamada responsabilidade de terceiros será analisada em capítulo próprio.

A responsabilidade por infrações independe da intenção do agente ou do responsável. Independe também da natureza, efetividade e extensão dos efeitos da ação ou omissão (art. 136 do CTN).

De acordo com Machado (2010, p. 171), esse artigo não prevê uma responsabilidade objetiva, mas sim por culpa presumida. A diferença é que na responsabilidade objetiva não se questiona a culpa do agente, ao contrário da responsabilidade por culpa presumida, em que não há necessidade de demonstrar a culpa, mas caso o interessado prove que agiu sem a intenção de infringir a lei, que na verdade tentou cumpri-la, mas não foi possível por motivos além da sua vontade, ele afasta a sua responsabilidade.

Machado Segundo (2009, p. 264) afirma que se deve examinar o artigo em conjunto com o art. 137, que consagra a responsabilidade subjetiva e, por isso, concorda que não se pode dizer que a responsabilidade prevista no artigo em questão é objetiva.

Porém, existem autores como Ribeiro Neto (2011, p. 197) que acreditam que a responsabilidade prevista no art. 136 é objetiva, pois não depende da vontade do agente ou responsável. Com o devido respeito, o presente estudo irá se pautar na primeira posição.

O art. 137 prevê uma responsabilidade pessoal do agente:

Art. 137. A responsabilidade é pessoal ao agente:

I - quanto às infrações conceituadas por lei como crimes ou contravenções, salvo quando praticadas no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito;

II - quanto às infrações em cuja definição o dolo específico do agente seja elementar;

III - quanto às infrações que decorram direta e exclusivamente de dolo específico:

a) das pessoas referidas no artigo 134, contra aquelas por quem respondem;

b) dos mandatários, prepostos ou empregados, contra seus mandantes, preponentes ou empregadores;

c) dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, contra estas.

Amaro (2011, p. 473) faz uma comparação entre os artigos 136 e 137 do CTN:

Vimos, no art. 136, que a responsabilidade por infrações independe da intenção “do agente ou do responsável”, e concluímos que o Código Tributário Nacional quis abranger, com essa locução, as figuras do *agente* ou *executor material* do ato (quando se trate do próprio interessado em dada situação material à qual o ato se conecte), e o *terceiro*, em nome e por conta de quem o agente tenha praticado o ato. Esse terceiro é que é o “responsável”, na citada alternativa: “agente ou responsável”.

Agora, no art. 137, o Código arrola situações em que a responsabilidade por infrações é pessoal do *agente*, não, obviamente, em situação na qual ele atue em seu nome e por sua conta, hipótese em que não haveria dúvida, mas em casos nos quais, agindo embora em nome e por conta de terceiro, a responsabilidade é imputada ao próprio agente ou executor material.

Desta forma, nas hipóteses definidas no art. 137, responsabiliza-se pessoalmente o autor da ação ou omissão que atue em nome de outrem.

Por fim, o Código Tributário Nacional prevê em seu art. 138 a denominada “denúncia espontânea”, estatuto criado para estimular o cumprimento das obrigações tributárias por parte dos responsáveis. Assim, quando ocorre a denúncia espontânea, desde que antes de procedimento administrativo ou medida de fiscalização referente à infração, a responsabilidade é excluída.

## **2 RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS**

A responsabilidade de terceiros está prevista nos artigos 134 e 135 do CTN, sendo que o primeiro artigo trata da responsabilidade por atos regulares e o segundo trata de responsabilidade por atos irregulares.

### **2.1 Responsabilidade de terceiros por atos regulares x irregulares**

O art. 134 prevê uma responsabilidade subsidiária, pois afirma que a responsabilidade surge com a impossibilidade de cumprimento da obrigação pelo contribuinte:

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;

II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;

III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;

V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;

VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

Quando o artigo fala em responsabilidade solidária, o que se quer dizer é que a responsabilidade é solidária entre os responsáveis, e não entre estes e o contribuinte.

Lido o artigo, ficam claros os dois requisitos para que surja a responsabilidade subsidiária de terceiro prevista no art. 134 do CTN: a impossibilidade de cumprimento da obrigação pelo contribuinte e a participação do terceiro no ato, seja essa participação de forma comissiva ou omissiva. Dessa forma, não é qualquer vínculo que irá gerar essa responsabilidade. Ensina Amaro (2011, p. 352 e 353):

Observe-se que não basta o mero vínculo decorrente da relação de tutela, inventariança etc., para que se dê a eleição do terceiro como responsável; requer-se que ele tenha praticado algum ato (omissivo ou comissivo), pois sua responsabilidade se conecta com os atos em que tenha intervindo ou com as omissões pelas quais for responsável.

O parágrafo único do art. 134 ainda deixa claro que só se aplicam a esses responsáveis as penalidades de caráter moratório.

No que concerne à responsabilidade de sócios, tem-se que estes podem responder pelos débitos tributários de suas empresas, no caso de liquidação destas. Mas não é qualquer tributo que será responsabilidade do sócio, devendo-se observar os requisitos do art. 134.

Diferente do artigo supracitado, o art. 135 do CTN prevê uma responsabilidade pessoal pelo pagamento do tributo:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Nesse artigo, ao contrário do anterior, a responsabilidade não é subsidiária, é pessoal. Outra diferença é que o art. 135 prevê a prática de ato irregular.

Assim, verifica-se uma possibilidade de responsabilidade do sócio-gestor da sociedade limitada, mas é importante perceber que o inciso III do artigo não fala em sócio, fala em diretor, gerente ou representante. Portanto, o sócio, neste caso, só poderá responder se for sócio-gestor. Se for meramente sócio-quotista, não está incluído nessa possibilidade.

Com o estudo dos artigos que tratam da responsabilidade de terceiros, percebe-se que o art. 134 prevê uma responsabilidade por atos regulares e o art. 135 prevê uma responsabilidade por atos irregulares.

O art. 134 não deve ser aplicado para responsabilizar sócios ou administradores de sociedades de capital, visto que é bem claro ao mencionar “sociedade de pessoas”. Só vai haver responsabilidade de administradores ou sócios-administradores quando houver a prática de ato irregular, ou seja, com base no art. 135.

Para a aplicação da responsabilidade de terceiro por ato irregular é necessário um requisito elementar: prática de algum ato para o qual o terceiro não tinha poderes ou de ato que infringiu a lei, estatuto ou contrato social.

## **2.2 Extensão da responsabilidade dos administradores/gestores em decorrência da atuação irregular**

Parte da doutrina acredita que, ao mencionar o termo “pessoalmente responsáveis”, o CTN retira o contribuinte do polo passivo e coloca o terceiro no seu lugar. Segundo Amaro (2011, p. 353 e 354):

Em confronto com o artigo anterior, verifica-se que esse dispositivo exclui do polo passivo da obrigação a figura do contribuinte (que, em princípio, seria a pessoa em cujo nome e por cuja conta agiria o terceiro), ao mandar que o executor do ato responda *pessoalmente*. A responsabilidade pessoal deve ter aí o sentido (que já se adivinhava no art. 131) de que ela não é compartilhada com o devedor “original” ou “natural”.

Não se trata, portanto, de responsabilidade subsidiária do terceiro, nem de responsabilidade solidária. Somente o terceiro responde, “pessoalmente”.

Essa posição é seguida por alguns tributaristas brasileiros, como Marques (2004, p. 67), que em artigo escrito afirma que a responsabilidade no caso não é solidária. Souza e Funaro (2007, p. 54) também acreditam que a responsabilidade prevista na norma em questão exclui do polo passivo o contribuinte.

Por outro lado, outra parcela importante da doutrina acredita que o art. 135 prevê uma responsabilidade solidária entre o terceiro e o contribuinte. Segundo Machado (2010, p. 167):

Note-se que as pessoas mencionadas no art. 134, se agirem com excesso de mandato, infração à lei ou contrato, assumem plena responsabilidade pelos créditos

tributários respectivos. Deixam de responder apenas na impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, e passam à posição de responsáveis solidários.

Ribeiro Neto (2011, p. 197) é também adepto dessa corrente, assim como muitos outros tributaristas e o autor do presente trabalho, com todo respeito aos autores defensores da primeira corrente.

Visto essa divergência, passa-se agora à análise da responsabilidade dos sócios-administradores das empresas decorrente de atuação irregular, objeto do inciso III do art. 135 e tema central do presente estudo.

Como se sabe, na sociedade limitada a responsabilidade dos sócios é limitada às suas quotas. Essa é a grande vantagem de se constituir esse tipo de sociedade.

Já foram vistas as situações em que a responsabilidade pode recair nos sócios desses tipos de sociedade. Para isso é necessário, primeiramente, que o sócio seja o gestor da sociedade. Assim, a partir de agora, quando se falar em sócio, se estará referindo ao sócio-gestor, pois quanto ao sócio meramente quotista, não há discussão, este não poderá ser responsabilizado pelas dívidas da empresa.

Não basta que o sócio seja o gestor, deve ele agir com excesso de mandato, infração à lei, estatuto ou contrato social da empresa, e o crédito tributário deve ser decorrente dessa ação ou omissão.

Portanto, deve-se analisar tudo isso antes de colocar o sócio como sujeito passivo da obrigação, primeiro ver se ele é o gestor da empresa, pois é a condição de gestor que responsabiliza, e não a de sócio, e, depois, ver se o crédito resulta de ato irregular praticado por ele.

De todos os dispositivos analisados, tem-se que a regra é a não responsabilização dos sócios pelo pagamento de tributos devidos pelas sociedades empresárias, porém, existe a exceção prevista no art. 135, III do Código Tributário Nacional.

Dessa forma, são necessárias as condições acima estudadas para direcionar a responsabilidade tributária para os sócios, e, para colocar os nomes destes na Certidão de Dívida Ativa, é necessário antes apurar se é caso de aplicação dessa responsabilidade através de procedimento administrativo. Ensina Machado Segundo (2010, p. 240):

Em nosso entendimento, para atribuir responsabilidade tributária às pessoas referidas no artigo 135 do CTN é indispensável a instauração de processo administrativo específico. Trata-se, aliás, de um privilégio do Fisco, vez que os demais credores se têm de valer de ação judicial. O puro e simples “redirecionamento” da execução fiscal para as pessoas referidas no art. 135, III, do CTN, em regra, só é possível nas hipóteses em que, quando da busca de bens para penhora, constata-se o irregular e completo desaparecimento da pessoa jurídica. Essa hipótese, aliás, autoriza o redirecionamento de qualquer execução, e não apenas da promovida pela Fazenda Pública.

A Fazenda Pública não pode colocar o nome do sócio na CDA indistintamente, porém, o Fisco enxerga o dispositivo em tela como uma solução para que os seus créditos sejam adimplidos. Por isso, costuma fazer uma interpretação demasiadamente extensiva da norma e acaba por abarcar todos os casos em que a empresa figura no polo passivo.

A tese fazendária normalmente afirma que não é necessária a comprovação do ato irregular. Costuma colocar qualquer sócio, independentemente de ser gestor ou não, no polo passivo e afirma também que o simples inadimplemento da pessoa jurídica já é infração à lei capaz de gerar a responsabilidade do sócio, argumento este que, como será visto, já foi aceito pelo STJ, porém, foi superado.

São justamente essas teses fazendárias que fazem com que o assunto se torne polêmico e motivo de tanta discussão no Superior Tribunal de Justiça, tendo este Tribunal evoluído bastante na interpretação da norma em questão, como será visto no tópico seguinte, em que serão analisadas algumas decisões do STJ, que são de grande importância para fins práticos por este ser o tribunal que detém a última palavra no que concerne à interpretação da legislação federal.

### 2.3 Casuística e exame da jurisprudência do STJ

Ao longo dos anos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem evoluindo ao aplicar o art. 135, III do CTN. A tese defendida pelo STJ já foi a de que basta que não haja o recolhimento do tributo devido pela sociedade para que se responsabilize o sócio-gerente. *In verbis*:

RIBUTÁRIO - RESPONSABILIDADE PESSOAL DO SÓCIO-GERENTE - AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS DEVIDOS PELA SOCIEDADE. Os sócios-gerentes são responsáveis pela dívida tributária resultante de atos praticados com infração à lei e quem deixa de recolher tributos devidos pela sociedade comete infração à lei. Recurso improvido. (Ac. Un. da 1ª T. do STJ – Resp 203.878/RJ – Rel Min. Garcia Vieira – DJU I de 21.6.1999, p. 96).

Essa tese está superada, pois caso ainda fosse adotada, a exceção prevista no dispositivo em estudo viraria a regra. O que passou a prevalecer foi que o simples inadimplemento não gera a responsabilidade do sócio-gerente. Esse entendimento foi, inclusive, sumulado – Súmula 430 do STJ: “O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”.

Dessa forma, hoje, é unânime o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é indispensável a comprovação de culpa no ato irregular, que vai contra lei, estatuto ou contrato social da empresa, para que seja configurada a responsabilidade do sócio-gestor.

Apesar da evolução da jurisprudência, a impressão que se tem é que esta ainda deve evoluir, pois ainda encontra, *data venia*, algumas imprecisões e omissões.

O Superior Tribunal de Justiça, apesar de já ter pacificado o entendimento de que deve ser comprovada a atividade irregular do sócio-gestor, não definiu com clareza quando esta hipótese resta configurada.

Em alguns julgados, o STJ já se posicionou no sentido de que caso o sócio-gestor seja o responsável pelo recolhimento do bônus lucrativo da sociedade, mas não verifica o adimplemento dos tributos, comete ato ilícito e faz surgir sua responsabilidade (STJ – 1ª Turma – AgRg nos Edcl no Resp 510.590 – Rel. Min. Luiz Fux – DJ de 01/03/2004).

Essa presunção, por óbvio, é relativa, podendo, inclusive, ser comprovado o contrário em sede de exceção de pré-executividade.

Outra presunção criada pelo STJ é a da Súmula 435. Segundo esta, quando uma empresa muda seu domicílio sem informar para a autoridade competente, presume-se dissolvida irregularmente, recaindo a responsabilidade para o sócio.

Como dito, essa presunção também é relativa, pois comporta prova em contrário.

Por fim, tem-se que hoje há uma discussão acerca do momento da inclusão do nome do sócio-gestor na CDA. Não restam dúvidas de que para executar o sócio-gestor de uma pessoa jurídica é necessário que o nome deste conste no título executivo. A partir daí já se conclui que, em tese, seria impossível executar esse sócio se apenas o nome da empresa constar na CDA.

Porém, o STJ tem admitido a inclusão posterior do nome do sócio na CDA, desde que a Fazenda Pública prove, nos autos da execução, os motivos do redirecionamento:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. EXECUÇÃO QUE CONSTA NO POLO PASSIVO A SOCIEDADE DEVEDORA E OS SÓCIOS. PENHORA. SISTEMA BACEN-JUD. LEI Nº 11.382/2006. ARTS. 655, I E 655-A, DO CPC. TEMPUS REGIT ACTUM. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA Nº 1184765/PA. NOMEAÇÃO DE DEPOSITÁRIO. RECUSA AO ENCARGO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 319 DO STJ. 1. O redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa, não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias.

[...]

3. A jurisprudência da Primeira Seção desta Corte Superior ao concluir o julgamento do ERESP nº 702.232/RS, da relatoria do e. Ministro Castro Meira, publicado no DJ de 26.09.2005, assentou que: a) se a execução fiscal foi ajuizada somente contra a pessoa jurídica e, após o ajuizamento, foi requerido o seu redirecionamento contra o sócio-gerente, incumbe ao Fisco a prova da ocorrência de alguns dos requisitos do art. 135, do CTN: a) quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa; b) constando o nome do sócio-gerente como corresponsável tributário na CDA cabe a ele o ônus de provar a ausência dos requisitos do art. 135 do CTN, independentemente se a ação executiva foi proposta contra a pessoa jurídica e contra o sócio ou somente contra a empresa, tendo em vista que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza, nos termos do art. 204 do CTN c/c o art. 3º da Lei nº 6.830/80. 4. Os fundamentos de referido aresto restaram sintetizados na seguinte ementa: “TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ART. 135 DO CTN. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. EXECUÇÃO FUNDADA EM CDA QUE INDICA O NOME DO SÓCIO. REDIRECIONAMENTO. DISTINÇÃO. 1. Iniciada a execução contra a pessoa jurídica e, posteriormente, redirecionada contra o sócio-gerente, que não constava da CDA, cabe ao Fisco demonstrar a presença de um dos requisitos do art. 135 do CTN. Se a Fazenda Pública, ao propor a ação, não visualizava qualquer fato capaz de estender a responsabilidade ao sócio-gerente e, posteriormente, pretende voltar-se também contra o seu patrimônio, deverá demonstrar infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos ou, ainda, dissolução irregular da sociedade. 2. Se a execução foi proposta contra a pessoa jurídica e contra o sócio-gerente, a este compete o ônus da prova, já que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza, nos termos do art. 204 do CTN c/c o art. 3º da Lei nº 6.830/80. 3. Caso a execução tenha sido proposta somente contra a pessoa jurídica e havendo indicação do nome do sócio-gerente na CDA como corresponsável tributário, não se trata de típico redirecionamento. Neste caso, o ônus da prova compete igualmente ao sócio, tendo em vista a presunção relativa de liquidez e certeza que milita em favor da Certidão de Dívida Ativa. 4. Na hipótese, a execução foi proposta com base em CDA da qual constava o nome do sócio-gerente como corresponsável tributário, do que se conclui caber a ele o ônus de provar a ausência dos requisitos do art. 135 do CTN. 5. Embargos de divergência providos”. (...) (STJ – 1ª Turma – AgRg no REsp 1196537/MG – Rel. Min. Luiz Fux – DJ de 22/02/2011)

Importante salientar que esse redirecionamento deve ter um prazo prescricional, pois, caso não houvesse, tornaria a dívida imprescritível. O prazo é de cinco anos, contados do despacho que determinou a citação da pessoa jurídica na execução fiscal.

O que mais gera discussão, porém, é o posicionamento do STJ acerca dos casos em que o nome do sócio consta na CDA desde o início. Segundo o tribunal, como visto, devido à presunção de certeza e liquidez da CDA, quando nesta já consta o nome do sócio, é este quem deve provar a não ocorrência dos requisitos do art. 135, III.

Esse posicionamento jurisprudencial faz com que a Fazenda Pública coloque o nomes dos sócios nas CDAs indistintamente, pois alega que o sócio é quem tem que provar que não é responsável.

Esse entendimento, *data máxima venia*, não é o mais acertado. Se o Fisco coloca o nome do sócio na CDA, o Fisco que tem que provar a ocorrência de fato que se enquadre na hipótese do art. 135, III. A prova cabe a quem faz a alegação, devendo haver, antes da inclusão do nome do sócio na CDA, um procedimento administrativo por parte do Fisco que demonstre essa responsabilidade. Mas não é isso que vem acontecendo.

O correto seria dar oportunidade ao sócio em questão para que este se defendesse em processo administrativo, para que fosse consagrado o princípio do contraditório. O fato de o sócio ter o ônus de provar na execução fiscal a não ocorrência de um fato torna o processo extremamente desigual.

Dessa forma, tem-se que o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é o de que: não basta o mero inadimplemento do tributo para a configuração da responsabilidade do sócio-gestor da sociedade limitada, porém, existem algumas formas de se presumir essa responsabilidade; no caso de redirecionamento da execução fiscal para o sócio da empresa, a Fazenda tem que juntar prova de que é caso de responsabilização daquele, e tem um prazo de cinco anos para fazer esse redirecionamento; caso na CDA já conste o nome do sócio, a este cabe provar que não é caso de aplicação do art. 135, III do Código Tributário Nacional.

## CONCLUSÃO

Feita a análise doutrinária e jurisprudencial acerca da aplicação do art. 135, III do Código Tributário Nacional, verifica-se que esse dispositivo é uma exceção que não pode ser aplicado indistintamente, só devendo ser aplicado quando o sócio-gestor agir com excesso de mandato, ou praticar ato em desconformidade com a lei, o estatuto ou o contrato social da empresa, ou ainda no caso de dissolução irregular da empresa.

Conclui-se também que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em muito já evoluiu no que concerne à aplicação dessa norma, porém, ainda vem admitindo a inclusão do nome do sócio na CDA sem que o Fisco comprove que é caso de incidência do dispositivo em questão, transferindo o ônus da prova para o sócio da empresa.

Dessa forma, apesar da evolução, o que se vê é que a jurisprudência precisa evoluir ainda mais para que a exceção não se torne a regra e o contribuinte tenha seus direitos resguardados diante do enorme poder do Fisco.

## REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Ac. Un. da 1ª T. do STJ – Resp 203.878/RJ – Rel Min. Garcia Vieira – DJU I de 21.6.1999, p. 96. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&processo=203878&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=203878&b=ACOR)>. Acesso em: 15/05/2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1196537 MG –Rel. Min. Luis Fux – DJ de 22/02/2011. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&processo=1196537&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=1196537&b=ACOR)>. Acesso em: 15/05/2011.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Código Tributário Nacional**: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às leis complementares 87/1996 e 116/2003. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. **Processo Tributário**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARQUES, Leonardo Nunes. **A responsabilidade dos membros da sociedade limitada pelas obrigações tributárias e o novo Código Civil**. Revista dialética de direito tributário. Nº 111. São Paulo: Dialética, 2004, p. 60.

RIBEIRO NETO, José. **Direito Tributário e legislação tributária do Estado do Ceará**: comentários, doutrina e jurisprudência. 4. ed. Fortaleza: Fortes, 2011.

SOUZA, Hamilton Dias de. FUNARO, Hugo. **A desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilidade tributária dos sócios e administradores**. Revista dialética de direito tributário. Nº 137. São Paulo: Dialética, 2007, p. 38.

### ***TAX LIABILITY IN LIMITED PARTNERSHIP***

**Abstract:** *This study aims the analysis of article 135, III, of Brazil's National Tax Code, considering the liability under the tax law, enumerating the cases where the responsibility lies on third parties that do not have direct personal relationship with the triggering event of the tribute. Decisions of the Superior Court of Justice are analysed, showing the evolution of case law and drawing a current picture about tax liability of the partner manager of a limited partnership.*

**Keywords:** *Tax liability. Partner manager. Limited Partnership. Irregular procedure.*

Data de recebimento: **dez/2011** – Data de aprovação: **nov/2012**



# ARTÍCULO 18: EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA<sup>1</sup>

**Rosa Mentxaka**

Professora catedrática de Direito Romano no Departamento de Direito Romano e Eclesiástico (Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea — Espanha)  
rosa.mentxaka@ehu.es

**Sumário:** Introdução. 1. El ayer. 2. El hoy. 3. El mañana.

**Resumen:** El texto, partiendo del artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, exponer los principales textos jurídicos que a nivel internacional, europeo y estatal han desarrollado este artículo. Tras una breve exposición histórica referida sólo a algunos de los antecedentes existentes en la cultura jurídica europea, el artículo se centra en la exposición cronológica del contenido del derecho a la libertad religiosa en documentos internacionales de distinta naturaleza jurídica (desde declaraciones adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas hasta Pactos o Convenios Internacionales). Tras comenzar por la Declaración Universal (1948), se sigue con el Convenio para la protección de los Derechos y las Libertades Fundamentales (1950), el Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones (1981), para concluir el apartado dedicado a la Regulación Internacional con la referencia existen a la libertad religiosa en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000). Otro apartado importante se dedica al tratamiento del tema en la Constitución española, que recogió dicho derecho fundamental así como a su desarrollo posterior en la ley Orgánica de Libertad religiosa (1980). De este conjunto de disposiciones puede deducirse que en el Estado español los textos normativos proclaman sin ningún género de dudas la libertad religiosa garantizándola tanto a las personas individuales como a las Confesiones sin más limitaciones que las necesidades del orden público establezcan. Ello se concreta en el máximo respeto tanto a la creencia interna (reconocimiento de un ámbito íntimo de creencias) como a la manifestación externa (que permite a los ciudadanos actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros) así como a la no creencia y su expresión. Además, la relación entre el Estado y las Confesiones religiosas está basada en dos elementos: la separación del Estado de las Confesiones y la neutralidad positiva que implica la intervención de los poderes públicos mediante actividades encaminadas a hacer efectivo ejercicio de la libertad a todos por igual<sup>2</sup>. Ahora bien, la aplicación práctica de esta legislación ha dado lugar en algunas ocasiones a un régimen dispar por lo que se ha reivindicado por parte de la doctrina la necesidad de una nueva regulación que no produzca trato discriminatorio ni entre las personas ni entre las Confesiones religiosas como tal.

**Palabras-clave:** Religión. Libertad religiosa. Derechos Humanos.

<sup>1</sup> Las presentes páginas deben insertarse en el Proyecto de Investigación EHU13/06: Cristianismo y Derecho Romano.

<sup>2</sup> Al respecto desarrollando el tema con profundidad: CASTRO JOVER, Laicidad cit.

## 1 EL AYER

### 1.1 Consideraciones previas

Se da la paradoja que siendo mi especialidad el Derecho Romano haya aceptado el compromiso de sintetizar en unas breves páginas la problemática que encierra un tema tan universal<sup>3</sup>, actual<sup>4</sup>, importante<sup>5</sup> y difícil por su interdisciplinariedad<sup>6</sup> como el que me ocupa, que, en alguna medida, también se vivió en una sociedad plural y compleja como lo fue la romana de la época imperial.

### 1.2 Mínimas referencias de carácter histórico

Es mi intención mencionar aquí sólo algunos de los antecedentes europeos a la libertad religiosa que, así formulada, aparece en la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789<sup>7</sup>, dejando de lado los precedentes que, en otras sociedades y culturas, hayan podido existir sobre la cuestión<sup>8</sup>. Como sabemos, el mundo greco-romano era politeísta, lo que suponía la existencia de una pluralidad de cultos. En ese contexto tolerante se permitió la práctica del Judaísmo y también surgió el Cristianismo, religión que se difundió con éxito por todo el Imperio hasta principios del siglo III y se erigió en importante minoría religiosa. Desde mediados

<sup>3</sup> Sirva como dato el hecho conocido de que el derecho a la libertad religiosa ha quedado recogido, como se expondrá en este mismo texto, en la Declaración Universal de Derechos del Hombre. Además, en su 42º período de sesiones, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas decidió, mediante su resolución 1986/20 de 10 de marzo de 1986, designar un relator especial para que examinara los incidentes y las actividades de los gobiernos que tuvieran lugar en todas partes del mundo y que no se ajustaran a las disposiciones de la Declaración. A partir del año 1988 los distintos relatores sucesivamente nombrados han venido presentando informes a la Comisión de Derechos Humanos así como a la Asamblea General, informes que se pueden consultar en: <http://documents.un.org/simple.asp>.

<sup>4</sup> Basta citar a título de ejemplo el problema suscitado por la retirada de los crucifijos de las aulas de los colegios públicos que ha dado lugar a una sentencia del tribunal de Estrasburgo de 3 de noviembre de 2009. *Affaire Lautsi c. Italie (Requête 30814-06)*. De la cuantiosa literatura en múltiples idiomas que ha generado este caso voy a citar sólo algunos artículos: PAREJO GUZMÁN, M. J., “Reflexiones sobre el asunto Lautsi y la jurisprudencia del TEDH sobre símbolos religiosos: hacia soluciones de carácter inclusivo en el orden público europeo”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 37 (2010) 865-895; TOSCANO, M., “La lezione di Strasburgo: i casi Lombardi Vallauri e Lautsi”, *Il Diritto ecclesiastico*, 120/3-4 (2009) 505-540 y PANARA, C., “Lautsi v. Italy”: The Display of Religious Symbols by the State”, *European public law*, 17/1 (2011) 139-168.

<sup>5</sup> A nivel individual la religión, o su ausencia, constituye uno de los elementos fundamentales de la identidad, la concepción vital, y las creencias de los seres humanos; a nivel académico, la libertad religiosa, ideológica y de conciencia se presenta como el objeto de la disciplina Derecho Eclesiástico del Estado. Al respecto: LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia*. Vol. I. Conciencia, tolerancia y laicidad, 4. ed., Thomson Civitas, Cizur Menor 2011, 34 ss.

<sup>6</sup> Basta citar a título de ejemplo el problema suscitado por la retirada de los crucifijos de las aulas de los colegios públicos que ha dado lugar a una sentencia del tribunal de Estrasburgo de 3 de noviembre de 2009. *Affaire Lautsi c. Italie (Requête 30814-06)*. De la cuantiosa literatura en múltiples idiomas que ha generado este caso voy a citar sólo algunos artículos: PAREJO GUZMÁN, M. J., “Reflexiones sobre el asunto Lautsi y la jurisprudencia del TEDH sobre símbolos religiosos: hacia soluciones de carácter inclusivo en el orden público europeo”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 37 (2010) 865-895; TOSCANO, M., “La lezione di Strasburgo: i casi Lombardi Vallauri e Lautsi”, *Il Diritto ecclesiastico*, 120/3-4 (2009) 505-540 y PANARA, C., “Lautsi v. Italy”: The Display of Religious Symbols by the State”, *European public law*, 17/1 (2011) 139-168.

<sup>7</sup> Concretamente en su artículo 10 recoge tal derecho al afirmar que: “Ningún hombre debe ser molestado por razón de sus opiniones, ni aún por sus ideas religiosas, siempre que al manifestarlas no se causen trastornos del orden público establecido por la ley”.

<sup>8</sup> Por ejemplo, la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 que en su artículo 16 recogía el derecho al libre ejercicio de la religión. Reproduce este documento así como otros de la Edad Moderna y Contemporánea referidos a derechos fundamentales en el mundo occidental: AAVV, (Eds. PECES-BARBA, G.- LLAMAS GASCÓN, A.-FERNÁNDEZ LIESA, C.), *Textos básicos de Derechos humanos*. Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional, Aranzadi, Elcano Navarra 2001, 43 ss.

del citado siglo, al considerarse que su práctica atentaba a los principios básicos de lealtad política a Roma, fue objeto de persecución sistemática hasta que Constantino, haciéndose eco de las medidas adoptadas por Galerio en el 311, promulgó el llamado Edicto de Milán del 313¿? que reconoció la libertad de culto también para los cristianos<sup>9</sup>, religión que se convirtió con Teodosio I en el 380 en la oficial del Imperio<sup>10</sup>. A la caída del Imperio Romano, el carácter universal del Cristianismo le produjo fuertes tensiones y enfrentamientos con otras religiones con las que compartía ámbito geográfico y monoteísmo (por ejemplo con el Judaísmo al producirse la expulsión de los judíos en España, o con el mundo islámico en las cruzadas). Pero también en su propio seno se dieron discrepancias y la Inquisición<sup>11</sup> o las Guerras de Religión<sup>12</sup> son un buen ejemplo de ello. En Francia, con el fin de resolver las luchas entre católicos y calvinistas, se promulgó el Edicto de Nantes<sup>13</sup> y los enfrentamientos iniciales entre partidarios de la Reforma Protestante y la Contra-Reforma (1500-1650) acabaron en convivencia, gracias a la Paz de Augsburgo de 1555<sup>14</sup> inicialmente y al Tratado de Westfalia de 1648<sup>15</sup> con posterioridad. Pero las primeras conquistas religiosas en la Europa feudal occidental se habían producido con antelación, cuando las confrontaciones entre la nobleza, la iglesia y la monarquía hicieron posible la aparición de lo que se conoce como *La Magna Carta Libertatum*, promulgada en 1215 por Juan I de Inglaterra y que iniciaba reconociendo la libertad de la Iglesia frente al monarca<sup>16</sup>. Entre otros, estos precedentes explican que, tras el fracaso colectivo que supuso la segunda Guerra Mundial, unas Naciones Unidas incipientes se plantearan la elaboración de un texto universal.

<sup>9</sup> Nos informa de ello tanto Lactancio, *Mort.*, 48,2 como Eusebio de Cesarea, *HE*, X,5,4 texto que aquí se reproduce en castellano: "...Cuando yo, Constantino Augusto, y yo, Licinio Augusto, nos reunimos felizmente en Milán..... decidimos sobre todo distribuir unas primeras disposiciones en que se aseguraba el respeto y el culto a la divinidad, esto es, para dar, tanto a los cristianos como a todos en general, libre elección en seguir la religión que quisieran.....". Al respecto por ejemplo: FERNÁNDEZ UBIÑA, J., "Constantino y el triunfo del Cristianismo en el Imperio Romano", AAVV., (Coords. STOMOMAYOR, M. – FERNÁNDEZ UBIÑA, J.), *Historia del Cristianismo. I. El mundo Antiguo*. Editorial Trotta, Madrid 2003, 329ss.

<sup>10</sup> CTh. 16,1,2. Desarrolla el tema por ejemplo: ENSSLIN, W. *Die Religionspolitik des Kaisers Th. des Grossen*, (SBAW 1953,2) München 1953 y BLÁZQUEZ, J. M., "El cristianismo religión oficial del Imperio", *Historia* 16, XXI (1997) 56-65.

<sup>11</sup> Entre la múltiple bibliografía: KAMEN, H., *La inquisición española. Una revisión histórica*. 2. Ed., Crítica, Barcelona 2004..

<sup>12</sup> Ver: DUNN, R. S., *The Age of Religious Wars 1559-1715*, 2. Ed., W.W. Norton & C., New York 1979.

<sup>13</sup> El texto viene precedido de otros que habían ido surgiendo durante los cuatro decenios previos que ya habían aceptado en algunos lugares la libertad de culto para los protestantes. En 1598 mediante este texto Enrique IV de Francia sienta las bases de la coexistencia entre protestantes y católicos al reconocer plena libertad de conciencia a los protestantes franceses garantizándoles incluso la protección contra la Inquisición cuando viajaran al extranjero. El texto es accesible en francés en: [http://huguenotsweb.free.fr/histoire/edit\\_nantes.htm](http://huguenotsweb.free.fr/histoire/edit_nantes.htm) y en castellano: PECES-BARBA, *Textos cit.*, 51 ss.; LLAMAZARES, *Derecho*, Vol. I, cit., 96 ss. atribuye a este Edicto la separación entre unidad política y unidad de fe religiosa y en consecuencia, la desconfesionalización del Estado.

<sup>14</sup> Legalizó el Luteranismo al permitir a los príncipes alemanes elegir la confesión a practicar. Vid. texto en: [http://www.lwl.org/westfaelischegeschichte/portal/Internet/finde/langDatensatz.php?urlID=739&url\\_tabelle=tab\\_quelle](http://www.lwl.org/westfaelischegeschichte/portal/Internet/finde/langDatensatz.php?urlID=739&url_tabelle=tab_quelle). Así como PARKER, G., *La guerra de los Treinta Años*, Crítica, Barcelona 1988.

<sup>15</sup> Compuesto en realidad por los acuerdos de *Münster* y *Osnabrück* se ha considerado el primer Tratado Internacional multilateral. Por lo que se refiere a la libertad religiosa, reconoce, confirma y ratifica el primero en los párrafos 28 y 49 el libre ejercicio de la religión. El acuerdo de *Osnabrück* trata en su capítulo V de las relaciones entre las confesiones en el Imperio. Ambos textos disponibles en alemán en: [http://www.lwl.org/westfaelischegeschichte/portal/Internet/finde/langDatensatz.php?urlID=741&url\\_tabelle=tab\\_quelle](http://www.lwl.org/westfaelischegeschichte/portal/Internet/finde/langDatensatz.php?urlID=741&url_tabelle=tab_quelle). LLAMAZARES, *Derecho*, Vol. I, cit., 91 subraya que entre las partes que llegan a un acuerdo no está nunca la Iglesia ni católica ni protestante sino que estamos ante acuerdos secularizados.

<sup>16</sup> Versión en inglés en la British Library: [http://www.bl.uk/treasures/magnacarta/translation/mc\\_trans.html](http://www.bl.uk/treasures/magnacarta/translation/mc_trans.html) y en castellano: PECES-BARBA, *Textos cit.*, 34 ss..

## 2 EL HOY

También en este punto me limitaré a mencionar únicamente algunos de los documentos más relevantes que en diferentes niveles (normas internacionales, Derecho de la Unión Europea y legislación estatal<sup>17</sup>) se han dado sobre el tema, tomando como punto de partida el artículo correspondiente de la Declaración Universal<sup>18</sup>.

### 2.1 Algunas normas internacionales que se refieren a la libertad religiosa

Recojo aquí sólo<sup>19</sup> algunos instrumentos<sup>20</sup> cuya interrelación ha sido subrayada por la doctrina<sup>21</sup>, de naturaleza jurídica muy diversa y, por consiguiente, con distinto carácter vinculante<sup>22</sup>. Su reproducción permitirá apreciar en algunas ocasiones el calco casi mimético entre unos artículos y otros, pese a proceder de distintos cuerpos jurídicos<sup>23</sup>.

<sup>17</sup> No se va a hacer referencia a la legislación autonómica que pueda existir y trate de la cuestión religiosa. Al respecto por ejemplo: LLAMAZARES, *Derecho*, Vol. I cit., 379 ss.; BRIONES MARTÍNEZ, I. M., *Análisis general de la normativa estatal y autonómica sobre inmigración en España. Inmigración, cultura y factor religioso*. Difusión jurídica, Madrid, 2007 y AAVV, (Dir. GARCÍA GARCÍA, R.), *La libertad religiosa en las Comunidades Autónomas. 25 años de su regulación*. Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona 2008.

<sup>18</sup> Sobre la totalidad de textos existentes al respecto puede consultarse por ejemplo el compendio de *Legislación Eclesiástica*, AAVV, (Eds. FORNÉS, J.- BLANCO, M.- CASTILLO, B. y PÉREZ-MADRID, F.), Thomson-Aranzadi, 11. Ed., Cizur Menor 2011.

<sup>19</sup> No se van a traer a este enunciado por razones varias (espacio, tratar indirectamente nuestro tema y no ser mi objetivo la exposición exhaustiva de la regulación internacional existente sobre la libertad religiosa): a.- *Los convenios de Ginebra, en particular el de 1949 y los protocolos posteriores* (en: <http://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/index.jsp>) que, con el propósito de minimizar los efectos de la guerra, establecen la no discriminación por razones de religión a heridos, enfermos de las fuerzas armadas así como a los prisioneros de guerra; b.- *la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales, religiosas y lingüísticas* (accesible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/minorias.htm>) que, en su artículo primero, reconoce a las minorías religiosas el derecho a practicar su propia religión en público o en privado así como a formar y mantener sus propias asociaciones; c.- *El pacto internacional de Derechos Económicos sociales y culturales* (disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>) donde, en relación con el derecho a la educación, se establece en el artículo 13 que éste debe favorecer la comprensión, tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos; d.- *La Convención sobre los Derechos del Niño* (accesible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>) que, en diversos artículos --2,1; 5; 14, etc.--, menciona el derecho del niño a que el Estado respete su libertad de religión.

<sup>20</sup> Si bien los voy a mencionar siguiendo un orden cronológico es necesario precisar que los cuatro primeros son los que ciertamente tienen cabida bajo el epígrafe de normas internacionales que encabeza este apartado, mientras que la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión pertenece propiamente al Derecho de la Unión Europea. Esta estructura se sigue en LLAMAZARES, D., *Derecho eclesiástico del Estado*, 9.ed., Ariel, Barcelona 2008, 5.

<sup>21</sup> LLAMAZARES, *Derecho*, Vol. I, cit., 192 ss; CASTRO JOVER, A., "La tutela de la libertad religiosa en la Unión Europea y su incidencia en el Ordenamiento interno español", AAVV, (Coords. BARRANCO AVILES, M. C., - CELADOR ANGÓN, O. y VACAS FERNÁNDEZ, F.), *Perspectivas actuales en las fuentes del Derecho*, Dykinson 2011, Madrid 2011, 98ss. y TAYLOR, P. M., *Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, 7ss.

<sup>22</sup> Sobre el valor vinculante o no de las declaraciones por ejemplo: LLAMAZARES, *Derecho*, Vol. I, cit., 187 y CARRILLO SALCEDO, A., "Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos", AAVV., (Coord. PÉREZ GONZÁLEZ, M.), *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Homenaje al Profesor Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid 1993, 167-178.

<sup>23</sup> Por ejemplo, el artículo 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge de manera casi idéntica el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Breve comentario a la variación: LLAMAZARES, *Derecho*, Vol. I, cit., 191.

### 2.1.1 La Declaración Universal (1948)<sup>24</sup>

El punto de partida del reconocimiento a la libertad religiosa en un texto internacional de carácter universal lo constituye la Declaración Universal de 1948, que en su artículo 18 establece el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, conciencia y religión<sup>25</sup>; ello se concreta en que, todo ser humano o comunidad pueda elegir libremente su religión o creencia, practicarla o propagarla, tanto en el ámbito público como privado, así como abstenerse de cualquier práctica religiosa o cambiar de una religión a otra<sup>26</sup>. En nuestro caso concreto, el artículo 10.2<sup>27</sup> de la Constitución fija la necesidad de interpretar las normas referidas a derechos fundamentales de acuerdo con la Declaración Universal.

### 2.1.2 Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950)<sup>28</sup>

Adoptado en Roma el cuatro de noviembre de 1950, no se limita a proclamar los derechos sino que incorpora un sistema de control jurisdiccional de las violaciones<sup>29</sup>; en su

<sup>24</sup> El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas reunida en Nueva York aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos (Resolución 217, A, III) cuyo texto completo es accesible en: [www.un.org/es/documents/udhr/](http://www.un.org/es/documents/udhr/). Sobre ella por ejemplo las obras de: ORAÁ, J. - GÓMEZ ISA, F., *La Declaración Universal de Derechos Humanos. Un Breve Comentario en su Cincuenta Aniversario*, Universidad de Deusto, Bilbao 1998; MORSINK, J., *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, drafting, and intent*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1999; PONS RAFOLS, X. (Coord.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*. Icaria. Barcelona 1998, así como la abundante bibliografía recogida en: [http://www2.ohchr.org/english/issues/education/training/docs/UDHR\\_Bibliography.pdf](http://www2.ohchr.org/english/issues/education/training/docs/UDHR_Bibliography.pdf).

<sup>25</sup> Artículo 18: Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia. Véase sobre el tema por ejemplo: JONG, C. D. de, *The freedom of thought, conscience and religion or belief in the United Nations (1946-1992)*, Intersentia-Hart, Oxford 2000; SOUTO GALVÁN, E., *El reconocimiento de la libertad religiosa en Naciones Unidas*, Marcial Pons, Madrid y otras, 2000 y, sobre todo: AAVV, (Ed. GHANEA N.), *Religion and human rights. Critical concepts in religious studies*, 4 vols. Routledge Major Works, London 2009.

<sup>26</sup> En estrecha relación con este artículo, encontramos en la Declaración otros como el 20 que consagra la libertad de reunión y asociación (1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. 2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación ) y el 26 que contempla el derecho a la educación, que debe favorecer, entre otras cosas, la tolerancia entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos y que también reconoce el derecho de los padres a elegir la educación que deseen para sus hijos (1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos. 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. 3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos).

<sup>27</sup> Artículo 10.2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Sobre ello: LLAMAZARES, Derecho, Vol. I, cit., 375 ss., así como APARICIO PÉREZ, M. A., “La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales”, *Jueces para la democracia*, 6 (1989) 9-18.

<sup>28</sup> Disponible en la dirección electrónica: [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP\\_CONV.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP_CONV.pdf). También en el BOE núm. 108 de 6 de mayo; rect. BOE núm. 140 de 12 de junio. Véase al respecto por ejemplo: STOFFEL VALLOTTON, N., “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: evolución de la cuestión, previsiones y posibles consecuencias”, AAVV., (Coord. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J.), *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*: Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional-AEPDRI-celebradas en Madrid el 17 y 18 de diciembre de 2007, Portal Derecho S. A., Madrid 2008, 179-198.

<sup>29</sup> Vid.: LLAMAZARES, *Derecho*, Vol. I, cit., 187 ss.

artículo 9 recoge la libertad de pensamiento, conciencia y religión, conteniendo una referencia expresa a la libertad de manifestar la religión de manera individual o colectiva, en público o en privado, mediante culto, enseñanza u observación de ritos y sometiénola a los límites previstos en la ley<sup>30</sup>. Su interpretación y aplicación ha correspondido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo que tiene jurisdicción sobre los Estados firmantes del Convenio<sup>31</sup>. Según MARTÍNEZ-TORRÓN<sup>32</sup> y TAYLOR<sup>33</sup> la jurisprudencia del Tribunal ha establecido la distinción entre, el *forum internum* y el *externum* de la libertad religiosa. El primero consiste en la libertad de creer (que comprende la libertad para elegir las propias creencias – religiosas o no –) y la libertad para cambiar de religión. El segundo se refiere a la libertad de actuar de acuerdo con la propia religión o creencia.

### 2.1.3 Pacto internacional de Derechos Civiles y políticos (1966)<sup>34</sup>

Este texto, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas<sup>35</sup>, estableció un mecanismo de control, no jurisdiccional, pero vinculante para los Estados firmantes<sup>36</sup>, al crear un sistema de conciliación amistosa con intervención del Comité de Derechos Humanos – como principal órgano internacional encargado de vigilar la vigencia de los derechos enunciados en el Pacto – y en el supuesto de no conseguirse un arreglo, la Comisión de conciliación. En nuestro caso, entró en vigor el 27 de julio de 1977<sup>37</sup> tras la oportuna ratificación; en su artículo 18 consagra la libertad religiosa al especificar que toda persona tiene derecho a la libertad de religión, derecho que incluye la libertad de tener o adoptar la religión o creencias que se deseen

<sup>30</sup> Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

<sup>31</sup> Sobre el contenido del derecho de libertad religiosa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, vid. por ejemplo: MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2 (2003) edición electrónica en <http://www.iustel.com>.

<sup>32</sup> *Los límites* cit., 4, artículo en el que se detiene en particular en el estudio jurisprudencial de las principales cuestiones suscitadas ante el tribunal europeo en materia de límites a la libertad religiosa, que son: 1. Proselitismo. 2. Lugares de culto. 3. Personalidad jurídica. 4. La autonomía de los grupos religiosos. 5. La libertad religiosa de los individuos dentro de una confesión religiosa. 6. La manifestación pública de ideas religiosas en el ámbito educativo. 7. El control gubernamental de las ‘sectas’. 8. Las restricciones impuestas a la libertad de expresión a causa de la religión.

<sup>33</sup> TAYLOR, *Freedom* cit., 115 ss.

<sup>34</sup> Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>. así como en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977. Sobre ello: TOMUSCHAT, C., “Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos”, en [http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/iccpr/iccpr\\_s.pdf](http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/iccpr/iccpr_s.pdf); NOWAK, M., *UN Covenant on Civil and Political Rights*, 2. Ed., N.P. Engel Publishers, Kehl, 2005; JOSEPH, S.- SCHULZ, J. - CASTÁN, M., *International covenant on civil and political rights: Cases, commentary and materials*, 2. Ed., Oxford U. Press, Oxford 2005.

<sup>35</sup> Consciente de la necesidad de un tratado internacional que completase y diera un valor jurídico plenamente vinculante a los derechos contenidos en la Declaración Universal por resolución núm. 2200 adoptada en su vigésimo primer periodo de sesiones con fecha de 16 de diciembre de 1966.

<sup>36</sup> En este sentido: LLAMAZARES, *Derecho*, Vol. I, cit., 188.

<sup>37</sup> Fue ratificado el 13 de abril de 1977 y publicado en el BOE núm. 193, de 30 de abril de 1977.

así como la libertad de manifestar las creencias individual o colectivamente, en público y en privado mediante la celebración de ritos, prácticas y enseñanza<sup>38</sup>.

#### **2.1.4 Declaración sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación en la religión o las convicciones (1981)<sup>39</sup>**

Este texto fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 25.11.1981 mediante la resolución 36/55; la institución estaba preocupada por las manifestaciones de intolerancia y discriminación en el ámbito religioso que se advertían en algunos lugares del mundo; por ello, decidió adoptar las medidas necesarias para la rápida eliminación de dicha intolerancia en todas sus formas y manifestaciones y a prevenir y combatir la discriminación por motivos de religión o convicciones. En consecuencia, se planteó el reto de precisar su contenido haciendo una enumeración de las facultades que contiene el derecho a la libertad de religión<sup>40</sup>, al mismo tiempo que establece qué debe entenderse por intolerancia y discriminación basada en la religión o en las convicciones<sup>41</sup>, considerando que, cuando se produce da lugar a una violación de los derechos humanos<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Artículo 18. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Sobre si recoge tres derechos distintos o formas de un mismo derecho, así como su contenido: LLAMAZARES, Derecho, Vol. I, cit., 196ss.

<sup>39</sup> Accesible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/intolerancia.htm>. Al respecto: SULLIVAN, D. J., “Advancing the freedom of religion or belief through the UN declaration on the elimination of religious intolerance and discrimination”, *American Journal of International Law*, 82, 3 (1988) 487-520.

<sup>40</sup> Artículo 1: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de coacción que pueda menoscabar su libertad de tener una religión o convicciones de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones estará sujeta únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás. Artículo 6. De conformidad con el artículo 1 de la presente Declaración y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 1, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones comprenderá, en particular, las libertades siguientes: a) la de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines; b) La de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas; c) la de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción; d) La de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas; e) La de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines; f) La de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones; g) La de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción; h) La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción; j) La de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional.

<sup>41</sup> Artículo 2: 1. Nadie será objeto de discriminación por motivos de religión o convicciones por parte de ningún Estado, institución, grupo de personas o particulares. 2. A los efectos de la presente Declaración, se entiende por “intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones” toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

<sup>42</sup> Artículo 3: La discriminación entre los seres humanos por motivos de religión o convicciones constituye una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, y debe ser condenada como una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y enunciados detalladamente en los Pactos internacionales de derechos humanos, y como un obstáculo para las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones.

### 2.1.5 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000)<sup>43</sup>

El texto, proclamado por el Parlamento y la Comisión Europea así como por el Consejo de la Unión Europea, contiene disposiciones sobre derechos humanos. Inicialmente, la doctrina<sup>44</sup> ha subrayado las dudas existentes acerca de su naturaleza jurídica y su valor aceptado que estamos ante actos jurídicos de naturaleza no obligatoria, si bien se interpreta que llegará a ser obligatoria a través de su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas en tanto que síntesis y expresión de los principios generales del Derecho comunitario<sup>45</sup>. En su artículo 10 recoge la libertad de pensamiento, conciencia y religión así como la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales<sup>46</sup>. Gracias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que se ha incorporado en los tratados, la tutela de la libertad religiosa se ha producido en la Unión Europea. En opinión de CASTRO JOVER<sup>47</sup> el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa firmado en Roma el 2004 ha constituido un punto de inflexión, ya que ha incorporado la Carta en el texto y al dotar a la Unión de personalidad jurídica ha hecho posible la adhesión al Convenio europeo para la protección de derechos fundamentales. Por otra parte, el Tratado de Lisboa, además de mantener el lugar prevalente de los derechos fundamentales, no ha alterado el valor jurídico de la Carta que se incorpora como declaración en el anexo del Acta final, ni ha modificado el instrumento de desarrollo mediante ley.

## 2.2 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000)

### 2.2.1 La Constitución española (1978)<sup>48</sup>

Como se sabe, la Constitución española de 1978, se refiere a la libertad religiosa<sup>49</sup> en

<sup>43</sup> Accesible en: [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf). La nueva versión de este texto ha entrado en vigor con el Tratado de Lisboa, cuya ratificación se ha producido por la LO 1/2008, de 30 de julio, en el BOE núm. 184 de 31 de julio, con corrección de errores en el BOE núm. 98 de 22 de abril de 2009. Sobre él véase por ejemplo: RUIZ MIGUEL, C., (Coord.), *Estudio sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Universidad de S. de Compostela, Santiago de Compostela 2004; AAVV., (Dra., MANGAS MARTÍN, A.), *Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Fundación BBVA, Bilbao 2008; PAREJO NAVAJAS, T., “La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 22 (2010) 205-239 y sobre todo: AAVV, (Ed. MEYER, J.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Ed., Nomos, Baden-Baden 2011.

<sup>44</sup> CARRILLO SALCEDO, J. A., “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 5, 9 (2001) 7-26.

<sup>45</sup> CARRILLO SALCEDO, Notas cit., 19.

<sup>46</sup> Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio. Comentario del artículo en: MARTÍN SÁNCHEZ, I., “La protección de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza en la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2 (edición electrónica) en <http://www.iustel.com> así como MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Artículo 10: Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, en AAVV, (Dra., MANGAS MARTÍN, A.), Carta cit., 256-269.

<sup>47</sup> CASTRO JOVER, La tutela cit., 96 ss.

<sup>48</sup> BOE, núm. 311, de 29 diciembre. Comentando en general dicho cuerpo jurídico véase, a título de ejemplo: AAVV, (Dres. CASAS BAAMONDE, M. E., et al.), *Comentarios a la Constitución española: XXX aniversario*. Wolters Kluwer España, Madrid 2009.

<sup>49</sup> Sobre esta cuestión concreta vid. por ejemplo: LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.- SUÁREZ PERTIERRA, G., “El fenómeno religioso en la nueva Constitución española. Bases de su tratamiento jurídico”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 61(1980) 7-34; AAVV, (Ed. MARTÍNEZ-TORRÓN, J.), *Estado y religión en la Constitución Española y en la Constitución Europea*, Comares, Granada, 2006.

el artículo 16<sup>50</sup> que inicia la sección primera del capítulo dedicado a los derechos fundamentales y libertades públicas<sup>51</sup>, cuando proclama sin vacilación que se garantiza la libertad religiosa y de culto tanto a las personas individuales como a las Comunidades sin más limitaciones que las necesidades del orden público establezcan<sup>52</sup>. Ello se concreta en el máximo respeto tanto a la creencia interna (reconocimiento de un ámbito íntimo de creencias) como a la manifestación externa (que permite a los ciudadanos actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros) así como a la no creencia y su expresión. Además, la relación entre el Estado y las Confesiones religiosas está basada en dos elementos: la separación del Estado de las Confesiones y la neutralidad positiva que implica la intervención de los poderes públicos mediante actividades encaminadas a hacer efectivo el ejercicio de la libertad a todos por igual<sup>53</sup>.

### 2.2.2 *La Ley Orgánica de libertad religiosa (1980)*<sup>54</sup>

El desarrollo del derecho fundamental recogido en el texto constitucional se produjo con la promulgación de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 5 de julio de 1980, ley que en su artículo segundo<sup>55</sup> especifica el contenido de dicha libertad tanto para personas individuales (reconociéndoles un conjunto de facultades como por ejemplo el profesar las creencias que

<sup>50</sup> 16.1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley. 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

<sup>51</sup> Además, el capítulo II de la Carta Magna bajo el rótulo de Derechos y Libertades, inicia su articulado con una referencia indirecta a nuestro tema al impedir la discriminación por razón de religión (Artículo 14. Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social).

<sup>52</sup> Véase por ejemplo el breve comentario en LLAMAZARES, *Derecho*, Vol. I, cit., 325 ss.

<sup>53</sup> Al respecto desarrollando el tema con profundidad: CASTRO JOVER, A., "Laicidad y actividad positiva de los poderes públicos", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 3(2003) accesible en: [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id=2&numero=3](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=2&numero=3).

<sup>54</sup> Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, de ocho artículos, dos disposiciones transitorias, una derogatoria y una final. BOE núm. 177 de 24 de Julio. Vid. por ejemplo: AAVV, *La nueva realidad religiosa española: 25 años de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa*, Ministerio de Justicia. Madrid 2006; AAVV, (Coords. CORSINO ÁLVAREZ CORTINA, A. - RODRÍGUEZ BLANCO M.), *La libertad religiosa en España. XXV años de vigencia de la LO 7/1980, de 5 de Julio. (Comentarios a su articulado)*, Editorial Comares. Granada 2006; AAVV, (Coords. NAVARRO-VALLS, R., - MANTECÓN SANCHO, J., y MARTÍNEZ-TORRÓN, J.), *La libertad religiosa y su regulación legal. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*, Ed. Iustel, Madrid 2009, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 19 (2009). Sección monográfica: La ley orgánica de libertad religiosa: contenido y reforma. En homenaje al Profesor Mariano López Alarcón, accesible en: [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id=2&numero=19](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=2&numero=19).

<sup>55</sup> Artículo 2. Uno. La Libertad Religiosa y de culto garantizado por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a: a.- Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas. b.- Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales. c.- Recibir e impartir enseñanza a información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento; elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. d.- Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el Ordenamiento Jurídico General y lo establecido en la presente Ley Orgánica. Dos. Asimismo comprende el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, a designar y formar a sus ministros, a divulgar y propagar su propio credo, y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sean en territorio nacional o en el extranjero. Tres. Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos.

elijan, el practicar los actos de culto de la confesión, el recibir enseñanza o información religiosa o el reunirse, asociarse o manifestarse con fines religiosos) como para Iglesias, Comunidades y Confesiones religiosas (a quienes se les reconoce la facultad de, por ejemplo, establecer lugares de culto, formar y nombrar a sus ministros, etc.)<sup>56</sup>. Además, como no podía ser de otra manera tratándose de un derecho fundamental<sup>57</sup>, la libertad religiosa ostenta una protección jurídica especial a la que se hace referencia en el artículo cuarto<sup>58</sup>. Dicha protección se ve reforzada por la tutela recogida en el vigente Código Penal que castiga las coacciones o actos contrarios a su ejercicio en el capítulo IV, encontrándonos en la sección segunda un apartado especial referido a los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos<sup>59</sup>.

Ahora bien, delimitar su contenido no es sencillo; tal como se había establecido en la propia Constitución<sup>60</sup>, el ejercicio de la libertad religiosa tiene límites a los que la ley orgánica menciona en su artículo tercero<sup>61</sup> y que vienen fijados por el “orden público”. El legislador intenta precisar este tópico concepto y señala sus elementos constitutivos: la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales y la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública. Sin embargo, han tenido que ser los tribunales los que se encarguen de precisar su contenido haciendo con ello posible la necesaria convivencia entre diferentes religiones en una sociedad como la española, en la que tradicionalmente el catolicismo ha sido religión única y sigue siendo la religión mayoritaria. La sociedad multicultural actual hace que el acceso o no al Registro de Entidades Religiosas, su financiación, la enseñanza de disciplinas religiosas, la dificultad, en particular de las alumnas de emplear pacíficamente determinados atuendos en centros de enseñanza, la presencia de símbolos religiosos en las aulas, el ejercicio de la libertad de expresión sin incurrir en difamaciones religiosas, el ejercicio de la

<sup>56</sup> Al respecto: SOUTO GALVÁN, B., El reconocimiento estatal de las entidades religiosas, Universidad Complutense, Madrid, 2000; POLO SABAU, J. R., La naturaleza jurídica de las confesiones religiosas en el derecho constitucional español, Serv. Publicaciones Universidad de Málaga, Málaga 2008; PALOMINO, R., “Iglesias, Confesiones y Comunidades Religiosas: el concepto legal de confesión religiosa en la LOLR y la doctrina”, Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 19 (2009) cit., en: [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id=2&numero=19](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=2&numero=19).

<sup>57</sup> Es preciso recordar que el artículo 53.2 de la Constitución establece que “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”.

<sup>58</sup> Artículo cuarto. Los derechos reconocidos en esta Ley ejercitados dentro de los límites que la misma señala serán tutelados mediante amparo judicial ante los Tribunales Ordinarios y amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional en los términos establecidos en su ley Orgánica.

<sup>59</sup> Concretamente los artículos 522-526 que tratan de: a.- el impedir o forzar la práctica de actos religiosos, b.- el impedir o perturbar actos de confesiones religiosas; c.- de los actos de profanación en lugar destinado al culto; d.- el escarnio y e.- la violación de sepulturas y profanación de cadáveres. Sobre aspectos concretos vid: OLMOS ORTEGA, E., “La tutela de las entidades religiosas en el Código Penal de 1995”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 2ª. época, 17 (1996) 137-146; RAMÍREZ NAVALÓN, R. M., “La protección penal del derecho de libertad religiosa: valoración crítica de su regulación en el vigente Código Penal de 1995”, *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Universidad de Valencia, Valencia 1997, 655-670 y FERREIRA GALGUERA, J., *Protección jurídico penal de la religión*, Universidade da Coruña, La Coruña 1998.

<sup>60</sup> Véase en la nota 49 reproducido el artículo 16.1 de la Constitución.

<sup>61</sup> Artículo Tercero. Uno. El ejercicio de los derechos dimanantes de la Libertad Religiosa y de Culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática. Dos. Quedan fuera del ámbito de protección de la presente Ley las actividades, finalidades y entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espirituales u otros fines análogos ajenos a los religiosos.

libertad religiosa en las fuerzas armadas, etc.,<sup>62</sup> se hayan convertido en cuestiones debatidas sobre las que los tribunales de diversas instancias se han ido pronunciando delimitando el contenido de libertad religiosa y su límite, siendo al final el Tribunal Constitucional<sup>63</sup>, a nivel nacional, y el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo<sup>64</sup>, a nivel europeo, los que, al determinar en cada caso qué ha de entenderse por orden público<sup>65</sup>, vienen fijando el contenido de la libertad religiosa.

### 3 EL MAÑANA

#### 3.1 Perspectivas de reforma

La tutela de la libertad religiosa es incuestionable en nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, hay voces críticas respecto de algunos aspectos de su regulación<sup>66</sup>. Así, tras los acuerdos firmados con las Confesiones Religiosas se alude a la existencia de un régimen jurídico plural. Por un lado, el surgido de los Tratados Internacionales entre el Estado Español y la Santa Sede<sup>67</sup> y por otro, el nacido de los acuerdos<sup>68</sup> entre el Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas<sup>69</sup>, con las Comunidades israelitas<sup>70</sup> y con la Comisión Islámica<sup>71</sup>. Además, está el régimen aplicable a las Confesiones simplemente inscritas que no han firmado acuerdo

<sup>62</sup> Una extensa exposición de, entre otras, la regulación de estas cuestiones en: LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., -LLAMAZARES CALZADILLA, M. C., *Derecho de la Libertad de Conciencia*. Vol. II, *Conciencia, identidad personal y solidaridad*, 4. Ed., Civitas, Cizur Menor 2011.

<sup>63</sup> Un resumen de su interpretación sobre todo en: LLAMAZARES, *Derecho*, Vol. I, cit., 312 ss.; LIBERTAD. *La libertad religiosa en España a los veinte años de su Ley orgánica /España*. Ministerio de Justicia, Ministerio de Justicia, Madrid 1999; ROSSELL, J., “El concepto y contenido del derecho de libertad religiosa en la doctrina científica española y su incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 15 (1999) 87-128; LÓPEZ CASTILLO, A., *La libertad religiosa en la jurisprudencia constitucional, Aranzadi*, Cizur Menor 2002; *La libertad religiosa en el Tribunal Constitucional y en el Tribunal Supremo (1979-2004)*. Ministerio de Justicia. Madrid 2005.

<sup>64</sup> La obra de TAYLOR, *Freedom* cit., recoge y comenta múltiples sentencias de este tribunal. Comenta también este punto: CASTRO JOVER, *La tutela* cit., 114 ss.

<sup>65</sup> Sobre el mismo véase a título de ejemplo: CALVO-ÁLVAREZ, J., *Orden público y factor religioso en la Constitución española*. Universidad de Navarra, Pamplona 1983; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “El orden público como límite al derecho de libertad religiosa”, AAVV, (Coord. RAMÍREZ JIMENEZ, M.), *El desarrollo de la Constitución española de 1978*. Libros Pórtico, Zaragoza 1982, 111-143; CARRETERO SÁNCHEZ, S., “Orden público y Poder político ante el fenómeno intercultural religioso: la dificultad neutralidad del Estado”, *Actualidad administrativa*, 5 (2011) 575ss.

<sup>66</sup> LLAMAZARES, *Derecho*, Vol. I, cit., 394 ss. habla de problemas del Derecho Eclesiástico español.

<sup>67</sup> Son varios: 1.- Acuerdo de 28 de Julio de 1976 (BOE núm. 230 de 24 de septiembre) sobre nombramientos de arzobispos, obispos y vicario general castrense y relaciones con autoridades civiles. Instrumento de ratificación 19 Agosto 1976; 2.- Acuerdo de 3 de enero de 1979 sobre asuntos jurídicos; 3.- Acuerdo de 3 de enero de 1979 sobre asuntos económicos; 4.- Acuerdo de 3 de enero de 1979 sobre enseñanza y asuntos culturales; 5.- Acuerdo de 3 de enero de 1979 sobre asistencia religiosa a las fuerzas armadas y servicio militar de clérigos y religiosos. Todos ellos en el BOE núm. 300 de 15 de diciembre; Instrumento de ratificación 4 diciembre 1979.

<sup>68</sup> Véase al respecto por ejemplo: CASTRO JOVER, A., «El desarrollo de la libertad religiosa a partir de la Constitución de 1978: breves consideraciones acerca de la firma de los acuerdos con las minorías religiosas», AAVV, (Coords. REINA, V. – FÉLIX BALLESTA, M. A.), *Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado (7º. 1994. Barcelona)*. *Acuerdos del Estado español con las confesiones religiosas minoritarias: actas del VII congreso internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, Barcelona 1994*, Marcial Pons, Madrid 1996, 523-536.

<sup>69</sup> Ley 24/1992, de 10 de noviembre (BOE núm. 272, de 12 de noviembre), acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de entidades religiosas evangélicas de España.

<sup>70</sup> Ley 25/1992, de 10 de noviembre (BOE núm. 272, de 12 de noviembre), acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Judías de España.

<sup>71</sup> Ley 26/1992, de 10 de noviembre (BOE núm. 272, de 12 de noviembre), acuerdo de cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.

alguno. Esta pluralidad normativa, en la práctica, da lugar a un régimen dispar. Así por ejemplo, el Estado español ha financiado la actividad de la Iglesia Católica a través del sistema de asignación tributaria y, en consecuencia, de manera diversa a la del resto de las Confesiones. Igualmente han surgido problemas con los profesores de religión católica en los centros educativos. Sirvan estos ejemplos para reivindicar la necesidad de una nueva regulación que no produzca trato discriminatorio ni entre las personas por su creencia religiosa, ni entre las Confesiones como tal<sup>72</sup>.

### **ARTIGO 18: O DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA**

**Resumo:** *O presente artigo, embasado no art. 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, examina os principais textos jurídicos afins, em ordem cronológica, sobre direito à liberdade religiosa, promulgados em níveis internacional, europeu e doméstico.*

**Palavras-chave:** *Religião. Liberdade religiosa. Direitos Humanos.*

Data de recebimento: **mar/2013** – Data de aprovação: **mar/2013**

---

<sup>72</sup> Se pronuncian al respecto: CAÑAMARES ARRIBAS, S., “La Ley Orgánica de Libertad Religiosa: oportunidad y fundamento de una reforma”, *Ius Canonicum*, 50, Num. Extra 100 (2010) 477-515 y MESEGUER VELASCO, S., “Claves para una discutida reforma de la Ley Orgánica de Libertad religiosa”, *Anuario Jurídico Villanueva*, 4 (2010) 211-224.

# APLICAÇÃO DO PROCESSO CIVIL NA EXECUÇÃO TRABALHISTA DE PAGAR QUANTIA

**Francisco Italo Rabelo da Silva**  
Especialista em Direito Processual (FA7)  
italorabelo@hotmail.com

**Sumário:** Introdução. 1. Lacunas na CLT e regras de aplicação subsidiária do CPC. 2. Execução de títulos executivos judiciais na Justiça do Trabalho. Conclusão.

**Resumo:** Este artigo tem como objetivo abordar a aplicação das normas do Código Processual Civil ao processo executório trabalhista, precipuamente após a reforma processual de 2005, que deu novos parâmetros à execução judicial. A partir disso, tendo em vista diversas lacunas deixadas pela legislação laboral, procuramos analisar a utilização dos novos dispositivos legais na melhoria da prestação jurisdicional na Justiça do Trabalho, quando em busca da satisfação dos direitos reconhecidos ao credor trabalhista.

**Palavras-chave:** Execução trabalhista. Código de Processo Civil. Aplicação subsidiária.

## INTRODUÇÃO

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) representou, no momento da sua aprovação, estágio de maturidade política, jurídica e social, pelo qual foram instituídos princípios e regras contempladores de melhorias nas condições econômicas dos trabalhadores. Seus dispositivos estabeleceram um patamar de direitos mínimos aos empregados, humanizando as relações laborais e trazendo expectativa de evolução de suas condições contratuais.

Esse avanço ocorreu no Direito Material e Processual, planejados para facilitar o acesso do trabalhador à Justiça, diminuir formalismos, dar celeridade à prestação jurisdicional. Institutos como *jus postulandi*, oralidade dos atos processuais, irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, entre outros, tornaram seu procedimento ágil se comparado a outros ramos processuais.

Ao passar do tempo, entretanto, a sistemática celetista, em virtude da inércia legislativa, vem se mostrando anacrônica. Surgiu, assim, um quadro intrigante, no qual direitos de natureza alimentar, reclamados na Justiça do Trabalho, valorados na Constituição de forma especial, possuem mecanismos de satisfação menos eficazes que os debatidos no processo comum, caracterizados, essencialmente, pelo aspecto individual e patrimonial.

O Direito, ciência coerente, não deve permitir tal contrassenso. O intérprete deverá atuar na correção de tais antinomias. Tal correção deve ser levada tendo a efetividade jurisdicional como norte, premissa e diretriz máxima, permitindo um diálogo entre diplomas jurídicos.

Procurou-se, portanto, a formulação de um critério para a importação das regras processuais civis ao processo trabalhista, para, em seguida, analisar como as principais alterações legislativas do regramento cível são utilizadas no âmbito da execução laboral.

## **1 LACUNAS NA CLT E REGRAS DE APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC**

Originalmente, a CLT inovou do ponto de vista da celeridade e efetividade processual. Comparada ao CPC/1939, trouxe instrumentos novos, arejados, e implementou institutos como execução por iniciativa judicial, oralidade dos atos processuais, unicidade da audiência, entre outros, que tornavam, até então, o processo do trabalho mais adequado para instrumentalizar o direito substantivo.

O CPC/1973 não mudou, substancialmente, o panorama de inefetividade e formalismo do processo civil, permanecendo as regras celetistas o caminho mais eficaz para a construção jurisdicional.

Ao passar do tempo, todavia, a legislação processual civil sofreu intensa reforma, na tentativa de melhorar a prestação jurisdicional, até então, favorecedora da morosidade. Conjuntamente com uma lamentável acomodação do legislador trabalhista, os institutos do direito adjetivo civil tornaram-se, injustificadamente, mais efetivos que os da justiça especializada.

Vê-se, então, um quadro contraditório, em que normas de concretização do direito do trabalho, valoradas de forma especial pela Constituição, são menos incisivas e eficazes que no Direito Civil, violando frontalmente princípios postos, dentre eles a valorização social do trabalho. Nesse sentido, Schiavi (apud Jorge Luiz Souto Maior, 2010, p. 119) comenta: “um processo civil mais efetivo que o processo do trabalho, [...] é inconcebível, já que o crédito trabalhista merece tratamento privilegiado no ordenamento jurídico”.

Nesse contexto, é imperioso aos operadores jurtrabalhistas adotarem critérios reformulados de aplicação subsidiária das normas processuais comuns, diversos dos tradicionalmente previstos na CLT, tornando o processo do trabalho mais eficaz na solução dos conflitos.

### **1.1 Aplicação subsidiária do CPC. Arts. 769 e 889, CLT**

A CLT prevê critérios de aplicação subsidiária de outros diplomas processuais. Esses critérios estão dispostos nos artigos 769 e 889:

Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

Art. 889. Aos trâmites e incidentes do processo de execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.

Para incidência de tais normas, são exigidas a omissão legal e a compatibilidade entre as regras a serem importadas e os princípios fundamentais do processo do trabalho, requisitos cumulativos.

Historicamente, essa preocupação do legislador em não permitir a livre aplicação do CPC na esfera laboral era justificada, vez que a CLT possuía os instrumentos mais rápidos e efetivos na busca da tutela estatal. Entretanto, esse quadro mudou, passando o processo civil a conter mecanismos mais eficientes. Bezerra Leite (2009, p. 99) aduz:

Quando criada (em 1943) a norma consolidada, funcionava como uma “cláusula de contenção” destinada a impedir a migração indiscriminada das regras do processo civil, que poderia comprometer a simplicidade, a celeridade, a efetividade do processo laboral.

Atualmente, a realidade é outra, pois o processo civil passou a consagrar, em muitas situações, a otimização do princípio da efetividade da prestação jurisdicional.

Nesse quadro, precisamos reinterpretar o método de aplicação subsidiária das regras processuais comuns ao processo trabalhista.

## 1.2 Nova interpretação dos artigos 769 e 889, CLT

Conforme visto, a CLT traz dois requisitos para a aplicação subsidiária de normas processuais comuns. A aplicação literal de tais preceitos, entretanto, nos conduziria a uma situação conflituosa no Direito. Tal contrassenso surgiria em virtude de que normas mais eficazes do processo civil não seriam utilizadas no processo do trabalho, se a legislação laboral dispusesse, expressamente, sobre determinado assunto.

Moderna doutrina, sob o prisma finalístico do processo trabalhista, advoga no sentido de que as omissões celetistas não devem ser entendidas apenas como a inexistência de previsão legislativa, não se referindo somente às lacunas normativas, mas também às lacunas ontológicas e axiológicas, conforme famosa classificação de Maria Helena Diniz.

Questiona-se, portanto, se é possível aplicar, subsidiariamente, a sistemática processual civil mesmo havendo, na CLT, norma disposta em sentido diverso. Esse debate é dividido em duas correntes: restritiva, entendendo que somente será aplicável o CPC ao processo do trabalho se existir omissão legislativa – lacuna normativa –, enquanto outra, ampliativa, defendendo que, para incidirem regras do processo comum, basta haver lacunas ontológicas ou axiológicas, ou seja, sendo os enunciados celetistas ultrapassados, sem respaldo com os fatos sociais ou quando trouxerem solução injusta, cabível será utilizar regras de outros ramos da processualística.

Majoritariamente, a doutrina adotou a corrente ampliativa. Encontramos aqui Bezerra Leite e Luciano Athayde Chaves. Ensina Mauro Schiavi (apud Jorge Luiz Souto Maior, 2010, p. 119):

A aplicação de normas do Código de Processo Civil no procedimento trabalhista só se justifica quando for necessária e eficaz para melhorar a efetividade da prestação jurisdicional trabalhista. [...] O direito processual trabalhista, diante do seu caráter instrumental, está voltado à aplicação de um direito material, direito do trabalho, permeado de questões de ordem pública, que exigem da prestação jurisdicional muito mais que celeridade; exigem que a noção de efetividade seja levada às últimas consequências.

Completa Wolney Cordeiro (2010, p. 26):

A mera existência de norma trabalhista regulando questões processuais não impede a aplicação do processo comum [...] a atividade do intérprete não é mais norteadada pela simples aferição formal da existência da norma, mas sim pela comparação das normas em relação à concretização da prestação jurisdicional. Esse método, portanto, envolve um número maior de operações por parte do intérprete, que se desapega da análise superficial da norma e se vincula ao seu aspecto teleológico diante das necessidades modernas da sociedade por uma prestação jurisdicional rápida, efetiva.

Confirmando essa evolução, o Enunciado 66 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2012, *online*):

APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE NORMAS DO PROCESSO COMUM AO PROCESSO TRABALHISTA. OMISSÕES ONTOLÓGICAS E AXIOLÓGICAS. ADMISSIBILIDADE. Diante do atual estágio de desenvolvimento do processo comum e necessidade de se conferir aplicabilidade à garantia constitucional da duração razoável do processo, os artigos 769 e 889 da CLT comportam interpretação conforme a Constituição Federal, permitindo a aplicação de normas processuais mais adequadas à efetivação do direito. Aplicação dos princípios da instrumentalidade, efetividade e não retrocesso social.

Podemos, com essa ideia – efetivar a prestação jurisdicional –, ampliar a importação de regras ao processo do trabalho para toda norma que se mostre capaz de reforçar o princípio constitucional da efetividade jurisdicional, quando compatível com a ideologia adotada pelo Direito Material do Trabalho, enquanto o legislador não se dispuser a fazê-lo.

## 2 EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL

### 2.1 Cumprimento de sentença e aplicação do artigo 475-J, CPC na execução trabalhista

O processo executório trabalhista não é, conforme a doutrina, procedimento autônomo. Segundo Schiavi (2010, p. 821):

para os títulos executivos judiciais, a execução trabalhista nunca foi, na prática, considerada um processo autônomo [...] entendendo-se a execução como fase do processo.

A CLT não regulamenta, distintamente, os procedimentos de execução de títulos executivos judiciais e extrajudiciais, como faz o CPC. Nos dispositivos celetistas, não há o instituto do cumprimento de sentença, vastamente implementado no processo civil, mais recentemente pela Lei nº 11.232/2005.

O art. 475-J do CPC, mais importante dispositivo trazido pela citada lei, altera diversos institutos da execução, por exemplo, afastando a necessidade de citação do executado, chamando-o para cumprir o estabelecido no provimento jurisdicional. Seu *caput* dispõe:

Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

Pelo critério aqui adotado, podemos importar tal artigo à esfera laboral, compatibilizando-o com os princípios desse ramo especializado. É preciso, contudo, uma adaptação, de modo a não ferir premissas nucleares.

#### 2.1.1 Da não necessidade de citação do executado

Embora conste no art. 880, *caput*, CLT previsão de citação do devedor, devemos aplicar o art. 475-J, do CPC, no qual se exige a mera intimação do executado, para cumprir a obrigação declarada no título, tendo em vista a inutilidade de nova citação. O art. 880, *caput*, CLT prevê:

Requerida a execução, o juiz ou presidente do tribunal mandará expedir mandado de citação do executado, a fim de que cumpra a decisão ou o acordo no prazo, pelo modo e sob as cominações estabelecidas ou, quando se tratar de pagamento em dinheiro, inclusive das contribuições sociais devidas à União, para que o faça em 48 (quarenta e oito) horas ou garanta a execução, sob pena de penhora.

A citação exigida se mostra eminentemente formal, vez que o executado já integra a relação processual. É, ainda, contrária à celeridade e economicidade. Ensina Athayde Chaves (2006, p. 55):

O art. 880 da CLT ainda conserva a superada ideia da autonomia do processo executivo, na medida em que alude à necessidade de expedição de “mandado de citação ao executado, a fim de que cumpra a decisão ou acordo no prazo”. Cuida-se de comando normativo atingido em cheio pelo fenômeno do anciloseamento normativo.

Wolney Cordeiro aduz (2010, p. 126):

A lei 11.232/2005 afastou do processo civil entulho burocrático, que nunca contribuiu para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Desapareceu, por conseguinte, a base ideológica para a manutenção da citação no processo do trabalho. [...] devendo ser admitida a aplicação subsidiária da norma processual comum.

Essa intimação deverá indicar que o executado terá quinze dias para cumprir a obrigação, conforme o art. 475-J, CPC. Bezerra Leite (2009, p. 811) entende ser de 48 horas o prazo para pagamento, por força do art. 880, *caput*, CLT. Preferimos, contudo, a aplicação integral do 475-J do CPC, por ser mais efetivo como um todo. Nesse sentido, Schiavi (2010, p. 920) afirma:

Acreditamos que deva constar da própria sentença de mérito a advertência ao reclamado, que fica notificado que deverá efetuar o pagamento da condenação em 15 dias se a decisão for líquida. [...]. Prazo de 15 dias para pagamento, sob consequência da multa de 10%, se mostra razoável e compatível, não sendo aplicável o prazo de 48 horas previsto no art. 880 da CLT ou dos recursos trabalhistas de 8 dias.

Ainda no *caput* do art. 475-J, vem prevista multa de 10% sobre o valor da condenação, caso o devedor não pague a quantia determinada na sentença. Tal multa também se aplica ao processo trabalhista.

### 2.1.2 Multa do art. 475-J, CPC

Há grande polêmica acerca do tema. Autores como Estevão Mallet e Manoel Antonio Teixeira Filho (*apud* Mauro Schiavi, 2010, p. 915) defendem não ser aplicável a multa do art. 475-J, CPC ao processo trabalhista, por não existir disposição expressa admitindo. Advogam que o art. 880, CLT determina a execução, sob pena de penhora, não de multa, e que sua incidência feriria a legalidade.

Luiz Koury (*apud* José Augusto Rodrigues Pinto, 2007, p. 278) expõe:

Sendo norma impositiva de coerção econômica, há que ter aplicação restrita, forçando a caracterização do silêncio da legislação a ser suprida como impeditivo e não omissivo.

Prevalece, todavia, entendimento favorável à aplicação da multa. Ora, ela visa a buscar uma rápida satisfação de verba alimentar, coagindo o devedor ao pagamento da obrigação, prestigiando os princípios da efetividade, dignidade do trabalhador e valorização social do trabalho. Prevista na esfera cível, mais sentido faz sua aplicação no âmbito trabalhista, onde o hipossuficiente precisa obter com urgência seus créditos reconhecidos. Defende Wolney Cordeiro (2010, p. 140):

O caráter instrumental da multa do art. 475-J facilita sua aplicabilidade ao direito processual do trabalho. Embora a legislação processual do trabalhista não traga nenhuma disposição acerca do tema, não se pode afastar sua aplicabilidade. [...] a penalidade em análise visa a pressionar o cumprimento das obrigações reconhecidas pelo Judiciário. [...] Inexiste, por conseguinte, qualquer óbice legal ou dogmático para a absorção de tais medidas no âmbito do direito processual do trabalho.

Conforme Ivani Bramante e Rodrigo Abrahão Linares (*apud* Mauro Schiavi, 2010, p. 918):

se o juiz pode aplicar multa de ofício na fase cognitiva, não há motivo para lhe negar tal prerrogativa na aplicação do art. 475-J do CPC.

Schiavi (2010, p. 918) corrobora: “o art. 475-J do CPC se encaixa perfeitamente ao Processo do Trabalho”. Vemos, assim, que o legislador disponibiliza mecanismos que incentivam o cumprimento da ordem judicial pelo devedor. Devemos aplicá-los à esfera laboral, por todo cunho social existente.

### 2.1.3 Penhora

O art. 475-J, § 1º, CPC estabelece que será intimado o executado do auto de penhora, podendo oferecer impugnação em quinze dias. Esse dispositivo se aplica ao processo trabalhista, vez que a CLT é omissa a respeito, sendo a intimação marco inicial do prazo para embargar. Deve-se atentar, contudo, que o prazo da resposta não será de quinze dias, como previsto no CPC, mas de cinco, adequando-se às premissas do procedimento laboral, conforme o art. 884, CLT.

É aplicável ao processo trabalhista, ainda, o § 3º do art. 475-J, que prevê a possibilidade de o exequente indicar, desde logo, bens a serem penhorados, embora haja previsão

na CLT (art. 882) dispondo ser do executado o ônus de indicar bens, diminuindo o atraso nessa fase procedimental, pelo que se adequa perfeitamente à índole celetista. Aduz Wolney Cordeiro (2010, p. 146):

Desapareceu a esdrúxula prerrogativa de nomeação de bens à penhora, que tantos dissabores trouxe para a atividade executiva. Surge, portanto, prerrogativa inversa, ou seja, de o próprio credor proceder à indicação dos bens do devedor que deseja que sofram a penhora.

O disposto no § 4º do art. 475-J, CPC também é aplicável à execução trabalhista. Esse dispositivo reza que, caso efetuado o pagamento apenas parcial, no prazo previsto no *caput* do artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante. A CLT possui previsão semelhante, quando trata do agravo de petição, art. 897, § 1º. Desta feita, vemos perfeitamente compatível a previsão processual comum com os princípios trabalhistas.

O art. 475-J, § 5º, diferentemente, não é compatível com o processo trabalhista. Sua redação prevê que, não sendo requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte. Ora, no âmbito laboral, a execução não dependerá de requerimento, vez que pode ser promovida *ex officio* pelo juiz, conforme art. 878, CLT. O Juiz, de ofício, inicia os atos executórios, prescindindo de qualquer requerimento.

Em consonância, o Enunciado 71 da 1ª Jornada (2012, *online*):

ART. 475-J DO CPC. APLICAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO. A aplicação subsidiária do art. 475-J do CPC atende às garantias constitucionais da razoável duração do processo, efetividade e celeridade, tendo, portanto, pleno cabimento na execução trabalhista.

Pelo exposto, e fundado em moderno entendimento doutrinário, o art. 475-J do CPC é plenamente adequado a ser utilizado no processo trabalhista, com as devidas adaptações.

## 2.2 Execução provisória

Com a prolatação da sentença condenatória, há três possibilidades: não interposição de recursos; recursos com efeito suspensivo; recursos sem efeito suspensivo. Apenas na terceira, será possível execução provisória. Ensinam Didier, Cunha, Braga e Oliveira (2011, p. 195): “O ordenamento processual brasileiro tem no recurso com efeito meramente devolutivo o substrato em que repousa a propositura da execução provisória”.

O art. 475-I, §1º, CPC estabelece:

É definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo.

A CLT não aborda o instituto da execução provisória satisfatoriamente, pelo contrário. Sua única e escassa previsão está no art. 899, *caput*, quando estabelece: “os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora”.

Essa previsão, claro, é incapaz de regular tal instituto, pelo que nos resta aplicar o CPC. Wolney Cordeiro (2010, p. 69) ensina.

Embora a questão da execução provisória seja tema intimamente ligado à efetividade da tutela executiva trabalhista, nossa legislação processual pouquíssima importância deu ao assunto. Restringiu-se a Consolidação a citar a possibilidade de ocorrência de execução provisória.

O primeiro problema que se vislumbra é a disposição celetista que limita a execução provisória até a penhora. Será que de fato a execução provisória trabalhista é interrompida na penhora ou seria possível adiantar a execução?

A doutrina majoritária responde ser possível a continuação da execução, não obstante a previsão do texto legal. Nesse sentido, Wolney Cordeiro (2010, p. 72):

Ao se reportar à locução “até a penhora”, não se estabelece um limite intransponível para a continuidade do procedimento executório. O texto limitou-se a adotar a sistemática vigente quando de sua edição, não sendo possível visualizar a fixação de qualquer elemento normativo definidor ou limitador da prática dos atos relativos à execução provisória.

Corroborando o Enunciado 69, da 1ª Jornada (2012, *online*):

EXECUÇÃO PROVISÓRIA. APLICABILIDADE DO ART. 475-O DO CPC NO PROCESSO DO TRABALHO. I – A expressão ‘...até a penhora...’ constante da CLT, art. 899, é meramente referencial e não limita a execução provisória no âmbito do direito processual do trabalho, sendo plenamente aplicável o disposto no CPC, art. 475-O.

Conforme o enunciado, e pela ausência de normatividade celetista, aplicamos as disposições do art. 475-O do CPC na execução provisória trabalhista. Dispõe seu *caput*:

Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento;

III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

Como vemos no inciso I, *caput*, o exequente se obrigará a reparar os danos sofridos pelo executado, caso haja reforma da sentença. Aqui, não aplicamos a regra do direito trabalhista, art. 878, CLT, na qual a execução poderá ser promovida de ofício pelo juiz, vez que a responsabilidade recairá sobre a parte exequente. Portanto, será imprescindível expresso requerimento da parte para iniciar a execução provisória.

É aplicável também o inciso III do artigo em análise, sendo permitido o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou que possam resultar grave dano ao executado, desde que prestada caução suficiente e idônea.

O CPC nos trouxe, ainda, a possibilidade de dispensa da caução exigida, entregando o bem da vida ao credor exequente provisório, mediante o preenchimento de alguns requisitos, trazidos pelo § 2º do art. 475-O, estabelecendo duas hipóteses para a dispensa, a saber:

- a) Dívida de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito; limite de até sessenta salários-mínimos; e situação de necessidade do exequente (art. 475-O, § 2º, I, CPC);
- b) Pendência de julgamento de agravo de instrumento (art. 544, CPC) junto ao STF ou STJ.

Na primeira hipótese, a necessidade deve ser provada pelo exequente no âmbito civil, no trabalhista é presumida. Wolney Cordeiro (2010, p. 85) defende:

A hipótese preconizada pela legislação processual civil adequa-se perfeitamente ao direito processual do trabalho, onde os créditos postulados gozam de caráter indubitavelmente alimentar.

Luciano Chaves ensina (2007, p. 47):

Ambas as exceções são de grande alcance no panorama da jurisdição trabalhista, especialmente a referida no inciso I, em face da natureza alimentar do crédito trabalhista, e o presumido estado de necessidade do trabalhador.

Questão polêmica, na execução provisória, diz respeito à possibilidade de aplicação da multa prevista no art. 475-J, *caput*, CPC, no valor de 10% sobre a condenação. Para alguns, é inviável tal penalidade. Aqui, encontram-se Didier Jr, Cunha, Braga e Oliveira (2011, p. 527):

Provocado o reexame da matéria mediante interposição de recurso, ainda que sem efeito suspensivo, a obrigação ainda não está revestida de certeza jurídica, não podendo funcionar a multa como instrumento para coagir o devedor a extingui-la, mediante o cumprimento voluntário da prestação pecuniária certificada na decisão exequenda. [...] Há incompatibilidade lógica na aplicação da multa do art. 475-J na execução provisória.

A maioria, entretanto, advoga no sentido favorável à aplicação da multa na execução provisória. Cássio Scarpinella Bueno (2006, p. 150) explica:

A circunstância de a execução ser provisória não significa que ela não seja uma verdadeira execução em todo o sentido da palavra. [...] O que é provisório é o título que fundamenta a execução, sendo certo que o risco de vir a ser modificado ainda que parcialmente com o desfecho do seguimento recursal, foi expressamente assumido pelo legislador. [...] Assim, a ideia de facultatividade da execução não deve causar qualquer estranheza quanto à circunstância de seu cumprimento observar o modelo executivo do art. 475-J, inclusive no que diz respeito à incidência da multa de 10% a que se refere o *caput*.

Nesse sentido, Schiavi (2010, p. 925):

Pensamos que, na execução provisória trabalhista, incidirá a multa de 10%, pois o art. 475-J não faz qualquer ressalva, tampouco o art. 475-O do CPC. [...] é medida que se impõe rumo à efetividade processual.

Entendemos igualmente ser cabível a multa de 10% na execução provisória, vez que não há diferença ontológica entre a execução definitiva e provisória, aplicando-se os institutos possíveis a uma eficaz prestação jurisdicional.

### 2.3 Resposta do executado

A Lei nº 11.232/2005 modificou substancialmente a resposta do executado na execução fundada em título judicial. Aqui, a defesa se dá mediante impugnação. Para Bezerra Leite (2009, p. 828): “tratando-se de cumprimento de título executivo judicial, não há mais embargos do devedor, e sim mera impugnação”. O CPC disciplina o instituto nos artigos 475-L e 475-M. Enquanto a CLT aborda o tema no art. 884, denominando pela expressão embargos à execução, sem distinguir a execução fundada em título executivo judicial ou extrajudicial, *in verbis*:

Art. 884. Garantida a execução ou penhorados os bens, terá o executado 5 (cinco) dias para apresentar embargos, cabendo igual prazo ao exequente para impugnação.

§ 1º. A matéria de defesa será restrita às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida.

§ 2º. Se na defesa tiverem sido arroladas testemunhas, poderá o Juiz ou o Presidente do Tribunal, caso julgue necessários seus depoimentos, marcar audiência de produção de provas, a qual deverá realizar-se dentro de 5 (cinco) dias.

§ 3º. Somente nos embargos à penhora poderá o executado impugnar a sentença de liquidação, cabendo ao exequente igual direito e no mesmo prazo.

Esse artigo, contudo, é lacunoso, pelo que devemos aplicar lições trazidas pelo CPC. Quanto à matéria a ser alegada nos embargos, dispõe o § 1º do art. 884, CLT ser restrita às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida. É consenso na doutrina, porém, que esse rol é enunciativo, cabendo interpretação extensiva para aplicação do art. 475-L do CPC. Bezerra Leite (2009, p. 829) ensina:

Sabe-se que a doutrina e jurisprudência juslaboralistas mitigam o conteúdo restritivo do § 1º do art. 884 da CLT, o qual também sofreu envelhecimento (lacuna ontológica), razão pela qual não vemos qualquer impedimento da aplicação do art. 475-L do CPC no processo laboral.

O executado trabalhista, portanto, poderá alegar, na sua defesa, todas as hipóteses previstas no art. 475-L do CPC, bem como matérias que o juiz conhece de ofício.

O art. 475-M disciplina os efeitos em que será recebida a impugnação. Após o advento da Lei nº 11.232/2005, os embargos do devedor, que suspendiam automaticamente a execução, passaram a não dispor desse efeito. Para suspender a execução, atualmente, é preciso o juiz conceder ordem neste sentido, quando preenchidos os requisitos legais. Didier Jr, Cunha, Braga e Oliveira (2011, p. 387) ensinam: “A suspensão do procedimento executivo é determinada pelo juiz, e não um efeito necessário da lei”.

A suspensão da execução será concedida a requerimento do executado, desde que relevantes seus fundamentos e seu prosseguimento seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

A CLT é completamente omissa em relação aos efeitos da impugnação e dos embargos à execução, sendo forçosa a aplicação das normas processuais comuns ao processo do trabalho. Enunciado 72, 1ª Jornada (2012, *online*) salienta:

EMBARGOS À EXECUÇÃO (IMPUGNAÇÃO). EFEITO SUSPENSIVO. Em razão da omissão da CLT, os embargos à execução não terão efeito suspensivo, salvo quando relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação (art. 475-M do CPC).

Por fim, ressalte-se que o § 3º do art. 475-M, CPC não é aplicável ao processo do trabalho. Prevê tal dispositivo que a decisão que resolver a impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando importar extinção da execução, quando caberá apelação. No processo trabalhista, temos uma modalidade típica para atacar decisões no âmbito do procedimento executivo. Tal recurso é o agravo de petição, art. 897, a, CLT.

## CONCLUSÃO

A legislação processual trabalhista a cada dia se mostra menos efetiva na regulamentação dos seus conflitos. A inércia legislativa não pode, contudo, ser um empecilho ao aplicador do Direito no enfrentamento das questões. A evolução do regramento processual civil, a partir do ano de 1994, tornou a sistemática executiva, nesse âmbito, indiscutivelmente melhor e mais apta a satisfazer os direitos veiculados pelo seu Direito Material do que na justiça especializada.

Assim, é imperioso um critério de aplicação das novas regras processuais comuns ao processo do trabalho, quando mais efetivos à prestação jurisdicional, desde que compatível com a principiologia trabalhista. A omissão, posta como requisito para a importação das normas processuais comuns ao ramo especializado, deve ser entendida não apenas como omissão normativa - ausência de normas, mas também omissões ontológicas e axiológicas, ou seja, regras envelhecidas ou que apresentam soluções injustas, insatisfatórias.

Procurando, então, efetivar a execução trabalhista, tentamos estabelecer um método para a importação dessas normas à processualística trabalhista, voltando-se sempre para a celeridade e eficácia jurisdicional, visto sua índole social, com o fim último de satisfazer eficazmente direitos reclamados na Justiça do Trabalho, concretizando importantes princípios constitucionais.

## REFERÊNCIAS

- BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Aspectos polêmicos da nova execução**. Vol. 3. Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006.
- CHAVES, Luciano Athayde. **Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade**. São Paulo: LTr, 2007.
- CORDEIRO, Wolney de Macedo. **Manual de Execução Trabalhista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 1. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.
- DIDIER JR, Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 5. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. **Execução Trabalhista**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.

## DOCUMENTOS JURÍDICOS

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado 1988.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Vade Mecum**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis Trabalhistas. **Vade Mecum**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. Nucleo Trabalhista Calvet. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/novidades/ljornadadedireiro.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

## PERIÓDICOS

- CHAVES, Luciano Athayde. **A recente reforma no processo: reflexos no direito judiciário do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “Reflexos das alterações no Código de Processo Civil no processo do trabalho”. In: **Revista LTr 70-08/920**.

### ***CIVIL PROCEDURE IN LABOR LAW***

***Abstract:*** *This study intends to examine the application of civil procedure standards in labor law and their consequences.*

***Keywords:*** *Labor Law. Civil Procedure. Subsidiary application.*

Data de recebimento: **maio/2013** – Data de aprovação: **jun/2013**

# O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO E SUA INFLUÊNCIA NA APURAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

**Marcos José de Araújo Filho**

**Ricardo Wagner Amorim Tavares Filho**

Especialistas em Direito Tributário (FA7). Advogados.

Artigo orientado pelo prof. Ms. Rui Farias (FA7).

marcosjose@regev.com.br

**Sumário:** Introdução. 1. Breves considerações sobre o processo tributário. 2. Independência das instâncias: administrativa e criminal. 3. Processo penal independente do término do procedimento administrativo. 4. O processo administrativo tributário e a sua influência na apuração dos crimes contra a ordem tributária. Conclusão.

**Resumo:** Discorre sobre a interdependência das instâncias administrativa e criminal no que respeita ao processo dos delitos contra a ordem tributária, conforme o ordenamento jurídico brasileiro; tema já pacificado entre juristas e tribunais brasileiros. Em primeiro lugar, analisam-se aspectos gerais acerca do processo tributário e como se dava a independência entre as esferas administrativa fiscal e a penal nos, outrora, conhecidos crimes de sonegação fiscal. Em seguida, desenvolve-se a mudança de paradigma com a edição da lei 9.430 de 27 de dezembro de 1996, trazendo um pressuposto de admissibilidade específico para os crimes contra a ordem tributária, qual seja: o término do procedimento fiscal. Por fim, traça comentários exemplificativos tanto da doutrina como da jurisprudência, para demonstrar a relevância da conexão dessas instâncias.

**Palavras-chave:** Interdependência. Administração. Crimes.

## INTRODUÇÃO

O objetivo deste estudo é analisar o procedimento/processo administrativo-fiscal e seu prévio exaurimento, a influenciar o processo penal dos delitos contra a ordem tributária.

O processo administrativo tributário contempla o conjunto de normas que disciplinam o regime jurídico processual aplicável às lides tributárias, inexistindo uniformização delas, visto que sua instituição cabe a cada ente federativo.

Antes da edição da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, o Processo Penal brasileiro rezava que, independentemente do término da avaliação do processo e procedimento administrativo tributário, a ação penal nos crimes de sonegação fiscal não estava a eles condicionada; não havia nenhuma condição prévia de procedibilidade.

Esse panorama fora alterado principalmente com a vigência do artigo 83 da Lei 9.430/96, que atualmente não traz mais a denominação “crimes de sonegação fiscal”, e sim crimes contra a Ordem Tributária (Lei 8.137/90).

Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. (Redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010).”

O Trabalho configura-se teórico-científico, desenvolvido por meio de pesquisas amparadas na legislação, doutrina e jurisprudência, de forma a demonstrar de maneira objetiva, mas ampla, todo o arcabouço em que se desenvolveu a mudança de entendimento quanto à independência das instâncias administrativa tributária e a criminal no que tange aos delitos contra a Ordem Tributária.

## **1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO TRIBUTÁRIO**

O processo administrativo tributário possui autonomia frente ao processo civil e ao administrativo propriamente dito. Ele é formado pelas normas que disciplinam o regime jurídico processual aplicável às lides tributárias deduzidas perante a Administração Pública. É válido salientar que não há, como no processo judicial, uma uniformização da legislação do processo administrativo tributário para vigorar em todo o território nacional, pois sua instituição cabe a cada ente, conforme a sua competência constitucional concorrente.

O Processo Tributário é um termo amplo que engloba o estudo do Procedimento Administrativo Tributário (fase oficiosa), Processo Administrativo Tributário (fase contenciosa administrativa) e o Processo Judicial Tributário (fase contenciosa judicial).

Vale demonstrar sucintamente as distinções entre procedimento e processo: o mero procedimento ocorre quando houver apenas uma sequência de atos interligados de forma ordenada, previstos em lei, com vistas ao provimento final, prescindindo da participação ou influência de outros sujeitos no objetivo visado. Pode-se citar como exemplo a fiscalização a um contribuinte, que é a fase não litigiosa da atividade administrativa tributária sem nenhuma feição judicante.

Já o processo configura-se numa série de atos que objetivam solucionar uma lide, assegurando-se o contraditório com a participação dos sujeitos no resultado final. O processo tributário pode ser verificado na impugnação de lançamento, indeferimento de compensação ou restituição etc. Em suma, vislumbramos atividades de feições jurisdicionais exercidas atipicamente pelo Poder Executivo.

Os Procedimentos Administrativos são regidos por uma série de princípios, tais como a oficialidade em que a Administração, independentemente de provocação, instaura, impulsiona e conclui seus procedimentos; a inquisitorialidade, pois não há contraditório, dispensando-se a participação do contribuinte; a subordinação hierárquica, já que o poder hierárquico é exercido pelas autoridades superiores precipuamente através de edição de normas infralegais que devem ser obedecidas pelos subordinados, bem como o dever de fundamentação, a cientificação (decorre da publicidade – é direito do contribuinte ser cientificado previamente de todos os atos) e a busca pela verdade real (as presunções devem ser investigadas).

O Processo Administrativo é norteado por vários princípios inerentes ao judicial, como o Devido Processo Legal, a Ampla Defesa e o Contraditório, a Instrumentalidade e Economia Processual, o Duplo Grau de Jurisdição e a Fundamentação das Decisões.

Mas, saliente-se que possui seus princípios específicos, que são: a Utilidade do processo que possui semelhança com a efetividade da tutela jurisdicional (o processo administrativo há de ter um resultado útil e eficaz). Este princípio fundamenta o fato de que o MP não pode

denunciar o contribuinte por crime contra a ordem tributária, senão depois de decisão final da Administração Tributária; não submissão do órgão julgador ao poder hierárquico - a autoridade administrativa quando exerce a função atípica de julgar é livre para fazê-lo; Verdade material e a Oficialidade, pois a autoridade administrativa deve impulsionar o processo para que se alcance uma conclusão rápida.

O Processo Administrativo Tributário inicia-se, comumente, pela impugnação ao lançamento que possui os efeitos de suspender a exigibilidade do crédito até ulterior decisão definitiva<sup>1</sup>, bem como o de impedir a propositura de ação penal nos crimes contra a ordem tributária antes da manifestação definitiva da autoridade administrativa (objeto de nosso estudo).

Pode-se concluir que há, portanto, vantagens em se utilizar a esfera administrativa, pois muito embora os órgãos julgadores da administração não possuam a independência e a imparcialidade do Judiciário, eles, em regra, agem com mais celeridade em face da menor formalidade e da onerosidade diminuta do processo administrativo fiscal. É válido salientar também que estes julgadores administrativos possuem um maior conhecimento da legislação e das peculiaridades fáticas (já que exercem uma atividade mais específica).

## **2 INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS: ADMINISTRATIVA E CRIMINAL**

Nas fiscalizações realizadas por entidades ou órgãos públicos como a Receita Federal, dentre outros, quando detectada a existência de infração administrativa (aí incluída a fiscal), o agente público autua o infrator e, quando observa a existência de elementos que evidenciem também prática de crime, encaminha-os ao órgão próprio para que seja dado início à persecução criminal. É certo que o procedimento administrativo não se encerrou, eis que há a possibilidade do exercício do direito de defesa, assegurado constitucionalmente, até a última instância administrativa.

O entendimento majoritário, antes das Leis nºs 8.137/90 e 9.430/96, era de que não havia de se esperar o encerramento da instância administrativa para que se desse início à investigação criminal nos crimes de sonegação fiscal, seguida da propositura da ação penal por meio da denúncia, sequenciada pela sentença (condenatória ou absolutória) e por eventual acórdão, formando-se a coisa julgada. Inexistia condição de procedibilidade ou questão prejudicial ou, ainda, qualquer elemento do tipo penal, quanto ao encerramento do procedimento administrativo para efeito no Processo Penal.

Tal posicionamento foi esposado na Súmula 609 do Supremo Tribunal Federal, dispondo que a ação penal nos crimes de sonegação fiscal não estava condicionada a nenhuma condição prévia de procedibilidade.

Ainda na década de 80, Jorge Medeiros da Silva, em análise detida a respeito do assunto, mormente em matéria de crimes tratados nas leis previdenciárias, comentava:

Com respeito às faltas administrativas vale, todavia, mencionar que, quando um fato repercute tanto na esfera administrativa como na penal, os processos correspondentes são totalmente independentes, inexistindo qualquer relação legal entre ambos. Ao ser apurada infração administrativa que, em tese, também possa ser considerada ilícito penal, incumbe à Administração Pública promover as comunicações pertinentes, à época da descoberta da infração, independentemente do desfecho do procedimento administrativo, ou mesmo que este ainda não tenha sido instaurado. (SILVA, 1981, p. 38-39).

<sup>1</sup> Art. 151, III da Lei 5.172/66 (Código Tributário Nacional).

A comunicação imediata do agente da administração pública ao responsável pela investigação ou pela deflagração da ação penal é indispensável, mesmo porque, na qualidade de funcionário público no exercício de suas funções, não pode ser tratado como qualquer pessoa do povo, consoante os preceitos dos arts. 5º, § 3º, e 27, ambos do Código de Processo Penal, e, assim, em vez de faculdade, há o dever funcional de realizar tal comunicação.

Na eventualidade de um mesmo acontecimento repercutir nas esferas administrativa, civil e criminal, como no caso de um servidor público perpetrar a conduta de subtrair bem ou valor da repartição em que exercia suas funções, valendo-se da facilidade da função exercida, três sanções de diferentes naturezas poderão ser aplicadas ao infrator. Para cada instância, a princípio, será instaurado procedimento distinto sem qualquer prevalência de uma sobre as outras. De acordo com os ensinamentos do saudoso Helly Lopes Meirelles (2000), essas três responsabilidades são independentes e podem ser apuradas conjunta ou separadamente.

A condenação criminal implica, entretanto, reconhecimento automático das duas outras, porque o ilícito penal contém o ilícito administrativo e o ilícito civil. Assim sendo, a condenação criminal por um delito funcional importa no reconhecimento, também, de culpa administrativa e civil; mas a absolvição no crime nem sempre isenta o funcionário dessas responsabilidades, porque pode não haver ilícito penal e existirem ilícitos administrativos e civis.

No âmbito do direito processual penal, é oportuna a transcrição da orientação do professor Fernando da Costa Tourinho Filho, que, após citar os sistemas legais referentes às ações penais e civis acerca do mesmo fato, leciona:

No direito pátrio, o sistema adotado é o da independência, com certa mitigação. O preceito legal que norteia todo o ordenamento jurídico pátrio acerca do tema, e também é aplicável às infrações administrativas, é o esculpido no art. 1.525 do Código Civil que, desse modo, preserva a independência de instâncias, de forma atenuada, quando a causa tiver sido definitivamente solucionada na jurisdição penal. (Tourinho Filho, 1986, p. 87).

Não há propriamente uma prevalência da instância criminal sobre as outras, mas sim o reconhecimento de que, como no processo penal, vigoram princípios mais extremados na proteção do *status libertatis* do cidadão, dentre eles o da verdade real; a sentença criminal é aquela que detém presunção absoluta de haver solucionado o conflito com base naquilo que realmente ocorreu, e não por ilações ou ficções jurídico-processuais. Daí a justificativa para as normas dos arts. 63 e 65, ambos do Código de Processo Penal.

Colocadas tais premissas, na década de 80 e início dos anos 90, entendia-se que eram perfeitamente aplicáveis às instâncias criminal, cível e administrativa, destacando-se a questão inserida nos delitos fiscais e contra o sistema financeiro nacional. Naquela época, entendia-se ser possível a não influência do procedimento administrativo (tampouco do seu encerramento) na ação penal em que se debate a prática de ilícito penal.

Esse panorama fora modificado completamente com a edição do artigo 83 da Lei 9.430/96, o qual dispõe que a representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos artigos 1º e 2º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público, após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a existência fiscal do crédito tributário correspondente.

### **3 PROCESSO PENAL INDEPENDENTE DO TÉRMINO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO**

Antes da lei que trata dos crimes contra a ordem tributária, era assente que o prévio esgotamento da via administrativa não era condição de procedibilidade para a ação penal.

As responsabilidades administrativas e criminais eram independentes e autônomas, bastando lembrar que nos delitos fiscais o lançamento apenas declarava e formalizava o crédito tributário existente, ou seja, entendia-se que o ilícito penal existira em período anterior e diante da fiscalização realizada era constatado e devidamente documentado e retratado por meio de auto de infração com o conseqüente lançamento fiscal. O mesmo raciocínio era válido para os crimes contra o sistema financeiro nacional no que tange à fiscalização levada a efeito pela autarquia própria.

Assim, o posicionamento majoritário era de que o ilícito penal e ao mesmo tempo tributário não é constituído com o lançamento, nos delitos fiscais, mas sim apurado (pois já ocorreu) e apenas será tornado líquido para efeito de sua exigibilidade. É possível, em tese, que seja descoberta conduta que se amolda ao delito de sonegação fiscal sem qualquer procedimento administrativo-fiscal: supondo-se que o crédito tributário esteja prescrito, mas o delito não, diante das penas mais rigorosas previstas na vigente Lei nº 8.137/90. Ninguém sustentaria que a ação penal não poderia ser iniciada e finda independentemente de qualquer responsabilização administrativa.

Ao lado das condições da ação, ditas genéricas (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para agir e interesse de agir), a lei prevê certas condições que subordinam o exercício da ação penal. Assim, por exemplo, as ações penais condicionadas dependem da representação da pessoa designada em lei para que possam ser iniciadas. Confira a precisa lição de Tourinho Filho:

Tomemos como exemplo um crime de ameaça. Se o promotor oferece denúncia contra Mévio, pelo fato de haver ameaçado Tício, embora aquele seja parte legítima, porquanto a ação é pública, embora haja exuberantes elementos de convicção quanto ao fato e autoria, vale dizer, não obstante satisfeitas as condições genéricas, o juiz procurará examinar se houve ou não a representação. Realmente. Dispõe o art. 43, III, última parte, do CPP, que a denúncia ou queixa será rejeitada, a despeito de satisfeitas as exigências dos incs. I, II e III, primeira parte, se “faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal”. Por outro lado, o art. 24 do Estatuto Processual Penal proclama que “nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir (...), de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”. (1986, P. 87).

Admitia-se a inexigibilidade de qualquer condição de procedibilidade para o início da ação penal referente aos delitos fiscais ou contra o sistema financeiro nacional, nem mesmo a apresentação da denominada “representação para fins criminais”. Assim, cabia ao Ministério Público, ao analisar os elementos de prova existentes, independentemente da fase do procedimento administrativo (ou de sua ausência), formular a *opinio delictii*, oferecendo denúncia ou pedido de arquivamento, conforme o caso. Confrimam-se, por oportuno, alguns julgados:

O procedimento administrativo-fiscal não constituía pressuposto ou condição de procedibilidade da ação penal, ou de instauração de inquérito policial, para apurar o delito de sonegação fiscal.

Quanto aos delitos fiscais, não era unânime, mas prevalecia o entendimento de que conforme o art. 142, do Código Tributário Nacional, o qual dá atribuição à autoridade administrativa de efetuar o lançamento, consolidando o crédito tributário existente desde a ocorrência do fato gerador, determinando o valor do tributo (e, se for o caso, do que deve ser pago, na hipótese de sonegação). Pode ocorrer hipoteticamente que a autoridade fazendária, por lapso ou mesmo por delito funcional, não efetue o lançamento e, portanto, defendia-se que isso não iria impedir o exercício da ação penal, por meio da máquina judiciária.

O oferecimento de impugnação ou a interposição de recurso administrativo suspende a exigibilidade do crédito tributário, mas não a possibilidade de se ingressar com a ação penal correspondente, diante da independência das instâncias. Conforme mencionado, o tributo é

preexistente ao lançamento – apenas vai ser declarado por este – e, assim, a lesão ao fisco ocorreu quando da prática da conduta lesiva ao erário. Dessa maneira, o bem juridicamente tutelado foi lesado pela conduta do agente, não sendo necessário se aguardar o término do procedimento administrativo-fiscal.

No mesmo diapasão, entendia-se que como o fato gerador do tributo é anterior à atividade de fiscalização desenvolvida pela Administração Pública e, assim, o encerramento do procedimento administrativo seria completamente irrelevante para a configuração do delito, não sendo condição para o início da ação penal.

Ainda sobre o tema, deve ser destacado trecho de artigo doutrinário de Antonio Cláudio Mariz de Oliveira (1995), referente aos delitos denominados econômicos:

Um dado importante revelado pela modificação da natureza do crime tributário, que de crime formal passou a ser um crime material ou de dano, diz respeito à influência da decisão administrativa na esfera penal. Como a conduta material tem por escopo a supressão ou redução de tributos, se no âmbito administrativo for declarada a inexistência do mesmo, não se poderá falar em crime, pois, qualquer ação do agente objetivando atingir os tributos será inócua, pois estes inexistem. (1995, p. 25).

É certo que, nos delitos fiscais, a descrição de condutas penalmente reprováveis na Lei nº 8.137/90 pressupõe a redução ou supressão de tributo, sendo que a noção de tributo advém do Direito Tributário e, conseqüentemente, deve ser buscada na legislação tributária, desde a Constituição Federal até os atos normativos baixados no âmbito do Poder Executivo, e, é claro, o vigente Código Tributário Nacional.

Tal constatação não tem o condão de atribuir às autoridades fiscais o monopólio de definir a existência ou não de crime de sonegação fiscal, por exemplo, mesmo porque incumbirá ao magistrado, na ação penal, apreciar *incidenter tantum* a questão referente à ocorrência ou não do fato gerador e todos os seus consectários.

A correta interpretação acerca da Lei nº 8.137/90 depende do aproveitamento de noções e conceitos de Direito Tributário, que podem ser perfeitamente detectados pelo juiz criminal, não ficando este adstrito à decisão proferida no procedimento administrativo. Zelmo Denari (1996), ao analisar o tema quanto aos delitos fiscais, comentou que, inobstante à autonomia da ação penal enunciada na Súmula 609 do STF, o reconhecimento de exoneração fiscal na esfera administrativa afeta o conteúdo da decisão criminal, visto que o tipo penal do art. 1º da Lei nº 8.137/90 é um crime material.

Não obstante a orientação acima, havia quem defendesse a possibilidade do seu não acatamento, ainda mais considerando que várias poderiam ser as causas de extinção do crédito tributário, como, por exemplo, o pagamento do tributo após o recebimento da denúncia no Processo Penal. Outro exemplo: a decadência ou mesmo prescrição do crédito tributário, sem que tenha ocorrido a prescrição da pretensão punitiva. E, evidentemente, se houver causa para a invalidação da autuação levada a efeito e, conseqüentemente, a desconstituição do lançamento realizado, o juiz, na condução do processo penal, deverá proferir julgamento absolutório.

Assim, defendia-se o não acolhimento da tese de que a questão tributária no âmbito administrativo seja prejudicial à questão penal. O art. 93 do Código de Processo Penal, ao tratar da denominada questão prejudicial heterogênea, refere-se à competência do Juízo Cível e não da alçada de autoridade administrativa, mas sim judicial.

O próximo tópico demonstrará que a tese esposada acima perdeu força na doutrina e na jurisprudência, culminando com a edição de uma súmula vinculante que condensou o entendimento de que as instâncias administrativa, tributária e penal nos delitos contra a Ordem Tributária são interdependentes.

## **4 O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO E A SUA INFLUÊNCIA NA APURAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA**

Conforme se verificou a questão da independência entre as instâncias administrativa e penal – assunto longamente debatido nos tribunais e que culminou com a edição da Súmula nº 609 do STF – “É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal”, editada na vigência da Lei nº 4.729/65 que trazia o crime de sonegação fiscal e que não impunha legalmente o prévio esgotamento da via administrativa como pressuposto para o exercício da ação penal.

Contudo, esta lei foi revogada pela Lei nº 8.137, de 1990, que não mais fala em sonegação fiscal e sim em crimes contra a ordem tributária. Na definição dos tipos penais deu-se um tratamento diverso à matéria.

Os crimes contra a ordem tributária e outras matérias correlatas foram disciplinados pela Lei nº 8.137/90, que tipifica condutas realizadas pelo contribuinte e por funcionários públicos. Também fixa as penalidades (penas privativas de liberdade ou pecuniárias) ou medidas de segurança. As condutas mais graves são alcançadas pelas regras do direito penal e os crimes contra a ordem tributária preveem não apenas a sanções civis e administrativas, mas também a sanções de natureza penal.

Os crimes contra a ordem tributária ou práticas fraudulentas definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, que visam reduzir, retardar ou suprimir a cobrança dos tributos, possuem o seu tipo legal delimitado por esta legislação específica, mas somente estarão definitivamente constituídos por meio de procedimento administrativo no qual se deva garantir a aplicação dos princípios da legalidade e da ampla defesa, inclusive com a discussão sobre a regularidade da constituição deste crédito e com a garantia de duplo grau.

É unânime na doutrina de que o delito do art. 1º da Lei nº 8.137/90 é crime material, de dano, para cuja consumação é necessária a produção do resultado previsto no tipo “suprimir ou reduzir tributos”. No delito de sonegação fiscal, que era formal, bastava a prática de qualquer das condutas, independentemente do resultado. Até mesmo o delito previsto no art. 2º da Lei nº 8.137/90, entende-se, majoritariamente, como sendo este de natureza material, pois o *caput* do art. 2º estatui que constituem crimes da “mesma natureza” a prática das ações previstas em seus diversos incisos.

Destarte, percebe-se que, conforme a definição legal dos crimes contra a ordem tributária (supressão ou redução de tributos), estes possuem a sua consumação com a efetiva produção desse resultado. Então, consequência lógica é a de que só se pode cogitar em supressão ou redução do tributo após findar-se o procedimento administrativo, que culmina com o lançamento tributário, uma das formas de constituição definitiva do crédito tributário.

Portanto, não há como negar a influência do processo administrativo tributário nos delitos contra a Ordem Tributária, pois é clarividente a existência de uma relação de interdependência das instâncias penais e administrativas no concernente à verificação desses citados crimes. Hodiernamente, é imprescindível a comprovação efetiva do dano ao erário público com a comprovada supressão ou redução do tributo, não sendo suficiente para a instauração da ação penal a mera lavratura do auto de infração.

Nesse viés, o art. 83 da Lei nº 9.430/96 dispõe que, para a fiscalização poder encaminhar representação de crime contra a ordem tributária ao Ministério Público, necessário se faz que seja proferida a decisão final na esfera administrativa sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

Temos que a possibilidade de utilização da sanção penal como forma de coação para o pagamento dos tributos também é severamente questionada ainda mais em um país como o nosso, em que a alta carga tributária é considerada injusta devido à ausência de contraprestação ao *quantum* arrecadado com tributos diretos e indiretos. A tipificação dos crimes contra a ordem tributária não pode extrapolar a finalidade primordial das sanções criminais, que é a de proteção dos bens jurídicos essenciais ameaçados por determinado comportamento humano.

A mera ausência de pagamento dos tributos pelo contribuinte do qual não se poderia exigir outra conduta ou, de outro modo, a impossibilidade de sua prestação devido a impossibilidades financeiras pelas quais passe o contribuinte, caracterizando estado de necessidade, não pode ser considerada ilícito penal. A punição dessa conduta por meio de uma aplicação de pena privativa de liberdade somente poderá ocorrer se o contribuinte obteve o resultado de redução ou supressão do tributo por meio de condutas ilícitas, previstas expressamente na legislação pátria e se houve o dolo de produzir aquele resultado.

Em matéria tributária, devemos observar ainda que, para que se comprove a existência do crédito tributário passível de execução pela administração pública, deve esse crédito estar regular e definitivamente constituído pelo lançamento e pelo esgotamento dos questionamentos em âmbito administrativo. Ainda devemos nos ater às causas de suspensão, extinção e exclusão do crédito tributário, as quais fazem cessar os efeitos decorrentes desses créditos, bem como às causas extintivas de punibilidade.

Retomando a já citada Súmula 609, saliente-se que, em face do novo panorama jurídico, esta deve ser reformulada, já que a nova lei definidora dos delitos contra a ordem tributária instituiu infrações penais que se classificam como materiais e de dano, com um arcabouço jurídico diverso do existente à época da sonegação fiscal, tipificada pela revogada e obsoleta Lei nº 4.729/65.

Rememore-se que no início da década de 90, o STF já vinha modificando seu posicionamento e, conforme a nova definição legal do ilícito penal tributário, manifestou-se a favor do reconhecimento da interdependência das instâncias penal e administrativa, por meio da concessão da ordem de *habeas corpus* (HC nº 71.755-1 - DJU 4.11.94)<sup>2</sup>.

Verificava-se, portanto, que a jurisprudência já rumava ao encontro dos reclamos da doutrina, que há tempos vem defendendo a influência da esfera administrativa tributária na penal, conclamando a existência de verdadeira prejudicialidade na matéria. Além do Supremo, outros tribunais também já se manifestaram nesse sentido, tais como o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (HC nº 96.03.060711-8, Rel. Juíza Sylvania Steiner, DJU 9.10.96, p. 76.292); analisou-se que, embora se admitisse independência das instâncias administrativas e penal, o mero auto de infração não é suficiente para deflagrar a ação penal. Vejamos:

1. Se a denúncia arrima-se tão somente em autos de infração lavrados pela fiscalização autárquica, e se tais autos de infração foram anulados por decisão judicial, inexistente prova da materialidade delitiva.
2. O princípio da independência das instâncias administrativa e penal não autoriza a que se impute ao contribuinte a prática de crime de natureza fiscal antes mesmo de a administração proceder à regular apuração da existência do débito, ou quando nulo o procedimento administrativo de que resultou a lavratura do auto de infração.
3. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal.

<sup>2</sup> A fim de impedir o seguimento da ação penal proposta contra dirigentes de empresa exportadora de madeira, baseado no fato de que a materialidade do fato gerador da obrigação tributária, reclamada pela Fazenda Pública, ainda se encontrava em fase de discussão no âmbito administrativo (Cf. em Direito Penal Tributário - Edmar Oliveira Andrade Filho - Ed. Atlas - ed. 1995 - p. 147).

E no mesmo sentido:

AÇÃO PENAL. Crime tributário, ou crime contra a ordem tributária. Art. 1º da Lei nº 8.137/90. Delito material. Tributo. Inscrição mediante auto de infração. Cancelamento por decisão judicial em mandado de segurança. Crédito não lançado definitivamente. Falta irremediável de elemento normativo do tipo. Crime que se não tipificou. Trancamento do processo. HC concedido para esse fim. Precedentes. Não se tipificando crime tributário sem o lançamento fiscal definitivo, não se justifica pendência de ação penal, quando foi cancelada, por decisão judicial em mandado de segurança, a inscrição do suposto débito exigido. BRASIL. STF. HC nº 81.321/SP, Relator Min. Cezar Peluso. D.j.u. 15/02/2008.

CRIME. ORDEM TRIBUTÁRIA. INQUÉRITO POLICIAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. Resulta do descumprimento de condição objetiva de punibilidade a impossibilidade de instauração da ação penal por prática do *crime* de sonegação fiscal (*crime contra a ordem tributária*) e, conseqüentemente, do próprio inquérito policial enquanto não houver decisão final sobre a exigência do crédito tributário (lançamento definitivo do tributo), tal como determinado pelo art. 83 da Lei nº 9.430/1996. No caso, não houve sequer auto de infração, como demonstrado por certidão, a comprovar inexistir ainda crédito exigível. Precedentes citados do STF: ADI 1.571-1-DF, DJ 30/04/2004; do STJ: RHC 16.994-RS, DJ 28/11/2005. HC 53.033-BA, Rel. Min. Paulo Medina, julgado em 28/03/2006.

É inquestionável, pois, a interdependência entre as mencionadas instâncias, mas a ação penal por crimes contra a ordem tributária é de natureza pública incondicionada (artigo 15 da Lei nº 8.137/90). Esse artigo não foi modificado pelo art. 83 da Lei nº 9.430/96, de modo a introduzir uma condição de procedibilidade para o exercício da ação penal.

A representação de que trata o mencionado artigo 83 configura-se como uma espécie de *notitia criminis*, em que qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos na Lei 8.137/90, não sendo esta uma possibilidade exclusiva das autoridades fazendárias (art. 16 da Lei 8.137/90). E tal representação fiscal para fins penais só será encaminhada após o fim do procedimento administrativo em que se apure a constituição definitiva do crédito tributário, pois o bem jurídico só restará hipoteticamente ofendido, quando o tributo é exigível e o contribuinte se nega a pagá-lo.

Desse modo, a conclusão definitiva do procedimento administrativo trará ou não a comprovação da materialidade do crime, consectário lógico da ação do contribuinte.

Vale ressaltar que o Ministério Público não está impedido de oferecer denúncia antes do término deste procedimento. Contudo, o magistrado deverá rejeitar essa denúncia por carência de ação e falta de interesse de agir. Nesses casos, como não houve a comprovação do resultado descrito no tipo penal, inexistirá justa causa para a ação penal, que somente exsurge após a afirmação na instância administrativa de que se constituiu um crédito tributário exigível devido.

Nesse viés, defende-se que o mais acertado, em observância aos princípios da eficiência e da celeridade, seria que o Ministério Público não pudesse oferecer denúncia nos crimes previstos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137 e nos artigos 168-A e 337-A do Código Penal, antes do prévio exaurimento da via administrativa.

Tal constatação advém da suspensão da exigibilidade do crédito tributário em razão da pendência do processo administrativo, pois apenas com a decisão final deste é que se obterá certeza acerca do débito tributário. Se essa decorrência não fosse aferida, conforme o entendimento de Hugo de Brito Machado (2004), estaria “admitindo-se o uso da ação penal como instrumento para constranger o contribuinte ao pagamento de tributo que pode não ser devido”.

Nessa mesma linha de raciocínio, segue o posicionamento do entendimento do Supremo Tribunal Federal:

I. EMENTA: I. Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADINMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 - que é material ou de resultado -, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. (...) HC 81.611 (DJ 13.5.2005) - Relator Ministro Sepúlveda Pertence - Tribunal Pleno.

E ainda a edição da súmula vinculante nº 24<sup>3</sup>, que pacifica inexistirem os crimes elencados nos incisos do art. 1º da Lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.

Contudo, vale considerar se em virtude dessa opção legislativa e jurisprudencial não se estaria passando para a sociedade uma sensação de impunidade em relação aos crimes contra a ordem tributária.

Frente a essa hipótese é que se observou ainda bastante polêmica quanto a tais decisões (por exemplo: HC 81611, julgado no dia 10/12/2003) em que o Supremo Tribunal Federal fixou finalmente a sua jurisprudência no sentido de que não pode o Ministério Público promover a ação penal, nos crimes tributários, antes do julgamento definitivo dos processos na via administrativa. O julgamento trouxe várias divergências, gerando decisão não unânime.

Entretanto, assevera Hugo de Brito Machado (2004)<sup>4</sup>, ao comentar o julgamento do supracitado *Habeas Corpus*, defendendo que:

O importante, porém, é que afinal prevaleceu **a tese que evita seja a ação penal utilizada como instrumento de coação contra o contribuinte, com o objetivo de impedir que o mesmo conteste, pelas vias legais, a cobrança de tributo indevido.** (Grifo nosso).

Vale destacar a importância da influência do processo administrativo fiscal na esfera penal, pois, até mesmo o Ministro Joaquim Barbosa, que teve seu voto vencido na decisão do HC 81611, reconheceu a relevância da interdependência entre tais instâncias, conforme se vê através do comentário do ilustre doutrinador Hugo de Brito Machado (2004):

Ressalte-se finalmente que o Ministro Joaquim Barbosa, mesmo tendo afinal aderido à tese da Ministra Ellen Gracie, afirmou **“a necessidade de tratamento harmônico da matéria nas esferas administrativa, penal e civil.”** Pois **“a desarmonia entre elas poderia acarretar a indesejável coincidência da condenação penal seguida do reconhecimento da inexistência do débito fiscal na esfera administrativa.”** (Grifo nosso).

Assevere-se que o presente trabalho foi motivado pela relevância da questão que envolve a validade jurídica do uso da ação penal como instrumento de coação para obrigar o contribuinte a pagar tributos, sem direito de questionar a legalidade e até mesmo a existência destes (se realmente o crédito tributário fora definitivamente constituído).

<sup>3</sup> Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art.1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.113/90, antes do lançamento definitivo do tributo. (Súm. Vinculante 24 STF).

<sup>4</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Ação penal como instrumento de coação nos crimes tributários. 2004. Disponível em: <http://www.hugomachado.adv.br>. Acesso em: 07 out. 2012.

Tal questionamento fora respondido e solucionado a contento pelas decisões da Suprema Corte (precedentes: HC 81611, HC 85185, HC 86120, HC 83353, HC 85463 e HC 85428), culminando com a edição da Súmula Vinculante nº 24: (STF Súmula Vinculante nº 24 - DJE nº 30/2010 - Tribunal Pleno de 02/12/2009 - DJE nº 232, p. 1, em 11/12/2009 - DOU de 11/12/2009, p. 1 - Tipificação - Crime Material Contra a Ordem Tributária - Lançamento do Tributo):

Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.

Desta feita, nosso posicionamento é no sentido de que o Supremo Tribunal Federal agiu com bastante presteza e eficiência no que tange à resposta oferecida à comunidade jurídica, demonstrando a imprescindibilidade da conclusão do procedimento administrativo tributário para a tipificação de crime material contra a ordem tributária.

Este posicionamento da Suprema Corte revela o habitual zelo aos princípios basilares do Direito Penal, e contribui positivamente para a construção, no Brasil, de um Estado Democrático de Direito e de Direito Democrático. É por este caminho que todos nós, operadores do Direito, devemos seguir, sempre em busca da eficiência, celeridade, equidade e justiça, a caminho da verdadeira democracia.

## CONCLUSÃO

Pelo exposto, resulta clara a influência determinante do procedimento administrativo tributário na apuração e processamento dos crimes contra a ordem tributária, já que é necessário o lançamento definitivo do tributo para que se tipifiquem os crimes materiais contra ordem tributária, previstos na Lei 8.137/90.

Esse entendimento é vinculante, ou seja, todo o Judiciário deve se pautar por ele, sob pena de o magistrado que proceder diversamente ser submetido a uma reclamação constitucional (previsão do instituto no art. 102, I, “I”, e no art. 105, I, “F”, da Constituição Federal de 1988).

Desse modo, deve-se aguardar o término do procedimento administrativo a fim de ser possível o início do procedimento criminal, pois, restou comprovado que a mera vista da autuação fiscal (representação da Autoridade Fiscal ou a lavratura do auto de infração) não induz justa causa penal e, além disso, lesaria fortemente o princípio constitucional da ampla defesa previsto no artigo 5º, IV da Constituição Federal de 1988.

Enfim, concluímos que o procedimento administrativo tributário exerce influência determinante nos crimes contra a Ordem Tributária, visto que há uma verdadeira relação de interdependência das instâncias criminais e administrativas no que tange à existência, suspensão e extinção da punibilidade de tais crimes.

Hodiernamente, já não basta a mera realização formal da conduta descrita no tipo. Faz-se mister que além das condutas típicas se produza o resultado lesivo ao erário público, sendo imprescindível a comprovação efetiva do dano, qual seja: a supressão ou redução do tributo, que será aferida apenas com o término do processo tributário, por meio do lançamento definitivo do tributo e sua posterior inadimplência.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Direito penal tributário**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

BARBOSA, Evandro Paes. **Direito tributário perante os tribunais**. Campo Grande/MS: Solivros, 2000.

- DENARI, Zelmo. **Infrações Tributárias e Delitos Fiscais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Ação Penal como Instrumento de Coação nos Crimes Tributários**. 2004. Disponível em: <<http://www.hugomachado.adv.br>>. Acesso em: 07 out. 2005.
- \_\_\_\_\_. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. São Paulo: Atlas, 2008. Em 30/03/2012.
- \_\_\_\_\_. **Julgamento Administrativo e Ação Penal nos Crimes Contra a Ordem Tributária**. 2003. Disponível em: <<http://www.hugomachado.adv.br>>. Acesso em: 11 abr. 2012.
- \_\_\_\_\_. **Inexigibilidade de Outra Conduta nos Crimes Contra a Ordem Tributária**. 2004. Disponível em: <<http://www.hugomachado.adv.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MENDES, Ronnie Freitas. A suspensão e a extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 64, 01/05/2009. [Internet] Disponível em: <[www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?N\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6217](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?N_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6217)>. Acesso em: 01/03/2012.
- OLIVEIRA, Antonio Cláudio Mariz de. “Reflexões sobre os crimes econômicos”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, nº 11, p. 99-100, Jul./Set. 1995.
- SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Anotações da aula de processo tributário realizadas na Faculdade Farias Brito em 2008.
- SILVA, Jorge Medeiros da. **Direito Penal Especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- SOUZA, Nelson Bernardes de. **Crimes Contra a Ordem Tributária e Processo Administrativo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 2, nº 8, 3 mar. 1997. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1311>>. Acesso em: 29 mar. 2012.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. V. 2.
- WATANABE, Ippo; PIGATI JÚNIOR, Luiz. **Dicionário de Decisões Tributárias**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

## ***TAX ADMINISTRATIVE PROCESS IN BRAZIL AND ITS INFLUENCE ON RELATED CRIMINAL OFFENSES***

**Abstract:** *The present article discusses the interdependence of criminal and administrative bodies as regards the prosecution of offenses against Brazil's Tax Order system, under Federal Law nº 9.430 of december 27, 1996 and through reviews of both the doctrine and jurisprudence, to demonstrate the relevance of connecting these instances.*

**Keywords:** *Interdependence. Administration. Crimes. Tax law.*

Data de recebimento: fev/2013 – Data de aprovação: abr/2013

# A PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA E A TUTELA DO CONSUMIDOR

**Bruna Nayara dos Santos Silva**

Aluna do Curso de Direito da FA7.

Artigo sob orientação da prof<sup>a</sup>. Ms. Ângela Teresa Gondim Carneiro (FA7)

advogada.brunasantos@gmail.com

**Sumário:** Introdução. 1. A publicidade. 2. A evolução da publicidade no mercado de consumo. 3. Princípios da publicidade. 4. Técnicas publicitárias. 5. A publicidade ilícita. Considerações finais.

**Resumo:** O presente artigo se propõe a fazer uma análise sobre a sociedade dita pós-moderna, quanto à construção de seus padrões culturais e a forma como eles estão intimamente ligados ao uso da publicidade ilícita. O controle dessas práticas perniciosas à formação do comportamento dos consumidores deve se dar em dois âmbitos distintos, mas complementares, a saber, o jurídico e o privado, cabendo ao CONAR, como órgão de controle exclusivamente privado, exercer o controle ético sobre os profissionais de publicidade e propaganda, de forma a cumprir com o mandamento constitucional de defesa do consumidor.

**Palavras-chave:** Publicidade. Publicidade enganosa e abusiva. Consumidor. Autorregulamentação.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo cercear os limites da atuação publicitária em relação à prática da publicidade enganosa e abusiva, voltando-se, com esse fim, para a perspectiva da autorregulamentação no controle dessas práticas ilícitas, tendo em vista a proteção e defesa do consumidor.

A sociedade contemporânea tem se confrontando diariamente com diversos tipos de apelos publicitários. Os meios de comunicação de massa aparecem como instrumentos que visam influenciar o consumidor, condicionando-o a certo comportamento. Muitas dessas condutas são irregulares e se dirigem, sobretudo, às grandes populações, daí salientarmos a existência de um alto grau de lesividade, abusando da boa-fé dos consumidores e acarretando-lhes prejuízos de diversas ordens.

Diante desse cenário, torna-se imperativo ressaltarmos a importância do controle dessa atividade. O presente artigo se propõe, então, a examinar como a autorregulamentação cumpre o seu papel diante dos seus partícipes (anunciantes, fornecedores, empresas, consumidores) e se esta desenvolve seu compromisso, em direção à proteção do consumidor. A intenção não é esgotar o assunto, mas apenas analisá-lo de forma sucinta.

## 1 A PUBLICIDADE

Para seguirmos em nossa análise quanto à publicidade e suas implicações sociais e jurídicas, ultrapassaremos, inicialmente, algumas questões que formam o arcabouço dessa discussão. Compreendemos que se faz necessário entender o contexto socioeconômico da sociedade em que estamos inseridos, buscando as características que lhe são intrínsecas e que a torna vulnerável às condutas ilícitas da comunicação de massa.

A principal característica da sociedade pós-moderna consiste na alta propensão ao consumo, por isso a denominação de sociedade de consumo. Sua delimitação se iniciou com o advento da Revolução Industrial e intensificou-se após a Segunda Guerra Mundial. No entanto, as mudanças sociais não ficaram limitadas ao século XIX. Nos últimos anos, o Brasil assiste a profundas mudanças no cenário econômico com o crescimento do mercado de consumo, devido, principalmente, à estabilidade econômica resultante da diminuição da inflação e do aumento do poder aquisitivo das classes sociais menos favorecidas.

Jamerson (2007) descreve o movimento histórico contemporâneo como um determinante cultural, caracterizado principalmente pelo esmaecimento dos laços sociais ditados pelo estilo de vida pós-moderno baseado no consumismo exacerbado:

O que ocorre é que a produção estética hoje está integrada à produção das mercadorias em geral: a urgência desvairada da economia em produzir novas séries de produtos que cada vez mais pareçam novidades (de roupas a aviões), com um ritmo de *turn over* cada vez maior, atribui uma posição e uma função estrutural cada vez mais essenciais à inovação estética e ao experimentalismo. (2007, p. 30).

Jamerson (2007) afirma que o ponto central do pós-modernismo consiste na mercantilização, que reduz a produção cultural e artística a *outdoors* e embalagens de produtos famosos, o que resulta na ausência de profundidade e na superficialidade dos homens, levando-os ao total enfraquecimento da identidade social na cultura como um todo, seja na arquitetura, nas artes, na música ou no cinema.

Houve, na verdade, uma transformação dos objetos em mercadoria e um esmaecimento dos laços sociais e afetivos, que é uma espécie de precondição indispensável para o consumismo, possibilitando ao homem criar para si uma espécie de mundo-objeto, cercado por paredes, permitindo-lhe estar alheio às questões sociais, como o uso do trabalho infantil na produção dos seus objetos de desejo consumerista, fenômeno chamado pelo autor de esquizofrenia da consciência coletiva. (JAMERSON, 2007).

Nessa sociedade consumista, o indivíduo desaparece frente à ideia da generalização, consistente na divisão da população em diversos grupos, incomunicáveis entre si e por isso enfraquecidos, fenômeno chamado de pluralismo social e que está baseado no relativismo identitário e na eliminação da objetividade na investigação social. Daí a sua vinculação com o consumo generalizado, devido à busca de satisfação das necessidades inventadas pela mídia que levam à padronização dos grupos e não da sociedade como um todo.

O pós-modernismo é alocado numa espécie de “capitalismo tardio”, em que os ideais revolucionários burgueses - liberdade e igualdade - perderam-se na utopia e nunca chegaram à realização social. A partir daí, surge a proposição infundada e tendenciosa de que “o mercado está na natureza humana”, como se houvesse desaparecido a capacidade humana de crítica e transformação, diante do poderio devastador do consumismo midiático. (JAMERSON, 2007).

Esta sociedade do consumo se caracteriza pela cultura do capitalismo, onde forma, conteúdo, estética e aparência são ditadas por valores criados pelo mercado: sobre o que se deve usar, comprar e como se satisfazer. E isso numa lógica descartável e efêmera, afinal, os novos

produtos já nascem para ser substituídos num curto espaço de tempo. A referência absoluta dessa sociedade é a busca desenfreada pela felicidade que nesse contexto se torna mensurável e dotada de uma ideologia mercadológica, baseada no binômio: necessidade x satisfação. (BAUDRILLARD, 2007).

Outra fundamental característica e instrumento de dominação dessa sociedade do consumo pós-moderna consiste na comunicação de massa, que ocorre através de diversos instrumentos, todos bastante eficazes, em que “toda a informação política, histórica e cultural é acolhida da mesma forma, simultaneamente anódina e miraculosa, do <<*faits divers*<sup>1</sup>>>, em que o conteúdo das mensagens, [...], em grande parte são indiferentes. O nosso empenhamento não nos acompanha e os meios de comunicação não nos orientam para o mundo, oferecem-nos para o consumo [...]”. (BAUDRILLARD, 2007, p. 24-25).

Para Efing (2012), essa nova arquitetura social deve-se à massificação da produção, do consumo e do crédito, na qual, para que sejam alcançados altos índices de vendas, é preciso uma ampla disseminação da publicidade e das estratégias mercadológicas, que tornam o consumidor vulnerável às ações dos produtores e fornecedores de bens e serviços.

O meio utilizado pela publicidade é, basicamente, a comunicação. Esta, de forma genérica, baseia-se em um processo humano e social fundamental para a vida em sociedade. Abrange tanto a comunicação interpessoal como a comunicação de massa e faz uso da palavra falada, da escrita, dos símbolos, do gesto, dos sons, da imagem, da radiodifusão, do cinema. Seu espectro é muito amplo.

Antes de prosseguir na explanação dos temas propostos é preciso definir os conceitos de propaganda e publicidade, vocábulos que não são sinônimos, embora muitas vezes sejam usados como tal, de forma que o termo publicidade significa divulgar, tornar público, enquanto a palavra propaganda corresponde à ideia de implantar, de incutir uma ideia, uma crença na mente de outrem. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) não aplica tal diferenciação, utilizando os dois termos indistintamente. (SANT’ANNA, 2002).

Sampaio (2003) ensina que a publicidade é uma das grandes formadoras do ambiente cultural e social de nossa época, atuando sobre os centros sensoriais, emocionais e lógicos do consumidor. Ela trabalha modelando e combinando dados culturais existentes e novos sobre os instintos mais fortes dos seres humanos, como o medo, a competitividade, a inveja, o fascínio pelo novo, a insegurança e a necessidade de autorrealização.

Pode-se, então, concluir com as palavras de Xavier (2012, p. 119):

A atuação publicitária funciona como um efetivo instrumento de comunicação entre os agentes econômicos e os consumidores. Esta comunicação, entretanto, não ocorre na forma de monólogo, mas sim de um diálogo perfeito, sendo que cada mensagem publicitária recebe uma resposta própria, advinda do mercado consumerista, que muitas vezes, de forma ingênua, trava essa conversação sem ter conhecimento de toda a complexidade que a situação envolve.

Daí o entendimento de que “a publicidade é uma técnica de comunicação de massa, paga com a finalidade precípua de fornecer informações, desenvolver atitudes e provocar ações benéficas para os anunciantes, geralmente para vender produtos e serviços”. (SANT’ANNA, 2002, p. 76).

<sup>1</sup> *Faits divers* (pronuncia-se *fê-divêr*; em francês, literalmente, “fatos diversos”) é uma expressão de jargão jornalístico. São fatos desconectados de historicidade jornalística, ou seja, referem-se apenas ao seu caráter interno e seu interesse como fato inusitado, pitoresco. Em geral, remetem a temas considerados “leves”, curiosos, não muito sérios e sem comprometer seriamente ninguém.

## 2 A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DA PUBLICIDADE NO MERCADO DE CONSUMO

O Direito do Consumidor é um ramo transversal entre o direito público e o privado. O sujeito de direitos desse novo direito, que se pode chamar de tutelar ou protetório, antes da Carta Magna de 1988, era identificado com outros nomes, como “contratante”, “cliente”, “comprador”, denominações que vislumbravam apenas o indivíduo detentor de direitos, ocupante de uma posição momentânea relacional específica, visão que não permitia que se enxergasse a sua posição na sociedade como membro de um grupo com interesses semelhantes, os chamados interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos. (MARQUES, 2012).

O Direito do Consumidor teve sua reflexão jurídica inicial lançada nos Estados Unidos, no discurso do então presidente John F. Kennedy, em 1962, em que se concluiu que “todos somos consumidores” e, conseqüentemente, detentores de direitos, um novo desafio para o mercado. A própria ONU (Organização das Nações Unidas), em 1985, estabeleceu as diretrizes para a legislação e a consolidação da ideia de um direito social e econômico, um direito de igualdade material do mais fraco, dos vulneráveis, frente à superioridade dos fornecedores. (MARQUES, 2012).

Marques (2012, p. 30), comentando o surgimento legislativo do direito do consumidor, que somente ocorreu no Brasil após o seu desenvolvimento nos Estados Unidos e países europeus, declara que:

[...] o direito do consumidor é direito social típico das sociedades capitalistas industrializadas, onde os riscos do progresso devem ser compensados por uma legislação tutelar (protetiva) e subjetivamente especial (para aquele sujeito ou grupo de sujeitos).

Esse novo ramo do direito recebeu tratamento especial pela Constituição Federal do Brasil, tendo sido elevado à categoria de direito fundamental. Passando a compor os chamados direitos de segunda geração, em que se exige do Estado uma posição proativa, de atuação positiva para defesa de toda a sociedade. (NUNES JUNIOR, 2010).

Por esse motivo, a Carta Magna de 1988, ao tratar dos Direitos e Garantias Fundamentais, estabelece, em seu artigo 5º, XXXII, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Segundo Garcia (2010, p. 3), “a inclusão da defesa do consumidor como direito fundamental na Constituição Federal vincula o Estado e todos os demais operadores a aplicar e efetivar a defesa deste ente vulnerável, considerado mais fraco na sociedade”.

A disciplina infraconstitucional da proteção e defesa do consumidor foi elevada a princípio da ordem econômica, consistindo em um microsistema próprio, justo e coerente. Seus princípios e normas devem prevalecer sobre os demais, excetuando-se apenas a própria Constituição Federal. Dessa nova condição advêm várias conseqüências, principalmente no campo prático, onde a tutela do consumidor passa a ocupar posição de preeminência nos horizontes jurídicos. (NUNES, 2011).

A proteção ao consumidor inicia-se antes mesmo da realização do contrato de consumo, uma vez que a relação de consumo começa quando ainda existe apenas uma expectativa de consumo gerada pelo uso de técnicas de estimulação do consumo, dentre as quais a principal é a publicidade. Ao legislador coube a escolha por tutelar esse fenômeno que gera impacto incalculável na vida do consumidor. (BENJAMIN *et al.*, 2012).

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) não trata de regular especificamente a publicidade, mas somente coibir suas formas ilícitas, a saber, a publicidade enganosa e abusiva. Efig (2012, p. 96) destaca que: “até a edição do CDC, apenas existiam regras éticas sobre o exercício da publicidade, nenhuma das quais oferecia proteção ao consumidor propriamente”.

No que tange ao objeto do controle, bem declararam Benjamin *et al.* (2007, p. 312): “O controle não é exercido de maneira isolada sobre a atividade publicitária. Insere-se em um contexto mais amplo de disciplina da atividade produtiva e comercial”.

A regulamentação, no Direito brasileiro, resulta da composição de dois sistemas originários: o primeiro é o que se chama de exclusivamente estatal, em que somente o Estado possui legitimidade para intervir na atividade publicitária; o outro é o exclusivamente privado, em que, em oposição ao anterior, somente atuam os entes privados.

Da composição desses dois sistemas resulta a convivência de forma complementar, tanto das leis estatais, da Constituição Federal e do CDC, como das normas criadas pelos próprios partícipes publicitários, como o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP), formando um sistema misto de proteção.

O CONAR possui função complementar ao sistema normativo estatal, ficando comprometido com os valores éticos. Sua atuação se dá basicamente na fiscalização da publicidade realizada no mercado, com a possibilidade de aplicação de sanções administrativas. Pode-se, então, concluir que “os limites éticos da atividade publicitária estão no respeito ao consumidor”. (EFING, 2012, p. 105).

Fadel (2004, p.155) ensina:

O CONAR apresenta como finalidade maior zelar pela aplicação do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, recebendo denúncias de consumidores, de autoridades, de associados ou mesmo de sua diretoria, em face de qualquer empresa do mercado publicitário. Se não houver conciliação e a denúncia for julgada procedente, o CONAR aplica sanção administrativa que, embora sem coerção legal, apresenta fortíssima coerção ética.

Seu surgimento deveu-se em parte ao sentimento de desconfiança que permeava o consumidor em relação à atividade publicitária e da ameaça do governo federal de sancionar uma lei que criava uma espécie de censura prévia a ser exercida por um departamento próprio de controle, o que significaria um retrocesso absurdo em matéria de liberdade de expressão.

Segundo Xavier (2012, p. 133): “na seara normativa, o CDC se encarrega de fornecer o arcabouço legal, regulando a atuação da publicidade [...]”.

Por outro lado, ao CONAR cabe a tarefa de zelar pela aplicação do CBAP. No entanto, essas regras de autorregulamentação não compõem um corpo de normas jurídicas, não possuindo, por isso, generalidade, de forma que obrigam apenas os seus aderentes, operando apenas no plano normativo interno. (GRINOVER *et al.*, 2007).

O artigo 16 do CBPA estabelece que as regras de autodisciplina da atividade publicitária também têm a função de servir como referência e fonte subsidiária pelo Poder Judiciário no exame de causas envolvendo questões publicitárias.

Coelho (2012, p. 379) observa que: “a autorregulamentação publicitária é, no Brasil, a mais interessante experiência de disciplina de atividade econômica por iniciativa dos próprios agentes nela envolvidos”.

Os princípios que regem os processos instaurados no CONAR são: princípios do contraditório, da ampla defesa, da celeridade, da simplicidade e da proibição da censura prévia. Está ainda prevista a possibilidade de pedido liminar e de instâncias recursais. (FADEL, 2004).

Na abordagem do tema, Grinover *et al.* (2007, p. 316) defende o controle exercido sobre a publicidade:

De uma preocupação eminentemente individualista com a publicidade, priorizando mais o ato que a atividade, o legislador, modernamente, vem passando a exercer um controle social difuso do fenômeno. Ou seja, a publicidade [...] passa a ser vista como manifestação social difusa, daí concluindo-se que os malefícios que ocasionalmente provoca no mercado são, pela mesma razão, difusos. É em razão dessa nova perspectiva que se torna admissível a postulação – e deferimento – de pleitos indenizatórios difusos para o atuar publicitário patológico (em particular a publicidade enganosa e abusiva) [...].

O CDC inclui no rol de princípios a observância da boa-fé, que é uma regra de conduta para ambas as partes que devem agir pautadas pela honestidade e lealdade, e a garantia de proteção contra a publicidade enganosa e abusiva. Quando verificados atentados contra esses direitos básicos, a legislação brasileira permite a adoção de medidas sancionatórias, que possuem duplo objetivo, punir o infrator e reprimir o uso do mesmo tipo metodológico por outros agentes publicitários. (EFING, 2012).

Conforme ensinamento de Grinover *et al.* (2007), o CDC não veda a publicidade, mas apenas se posiciona contra as suas formas perniciosas ao consumidor, sendo essa proibição ampla e flexível para a publicidade enganosa e abusiva.

Diante desse cenário, é curial investigar se a autorregulamentação cumpre o seu papel diante de seus partícipes (anunciantes, fornecedores, empresas, consumidores) e se está cumprindo verdadeiramente com o compromisso da proteção do consumidor.

### **3 PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE**

O CDC elenca uma gama de princípios orientadores da prática publicitária. Entre eles, destacam-se:

#### **3.1 Princípio da veracidade da publicidade**

Benjamin leciona que esse é um princípio consagrado pela definição e proibição da publicidade enganosa, constante no artigo 37, § 1º, do CDC, sendo um dos mais importantes princípios da publicidade, nas palavras de Almeida (*apud* BENJAMIN, 2007, p. 328): “e também aquele que tem uma expressão legal mais antiga, mesmo quando o tratamento jurídico a publicidade não ultrapassa os limites da defesa da concorrência leal”.

Conforme ensinamentos do professor Durandim (1997), um dos principais meios usados pela publicidade é a informação e a falsificação desta para alcançar seus objetivos, que consistem na obtenção de uma determinada conduta pelo consumidor. O citado autor afirma ainda que: “para induzir alguém ao erro, e modificar assim sua conduta, não é necessário lhe dar uma representação completamente falsa da situação; basta enganá-lo a respeito de um número limitado de pontos”. (1997, p. 22). Esse obtuso uso da mentira ocorre porque o papel principal da publicidade não é informar ao consumidor sobre a existência do produto, mas influenciá-lo a consumir.

Baudrillard (1995, p. 155) discorre que:

O problema da veracidade da publicidade deve pôr-se da seguinte maneira: se os publicitários mentissem verdadeiramente, seria fácil desmascará-los – só que não o fazem, não por serem demasiado inteligentes, mas sobretudo porque a arte publicitária consiste principalmente na invenção de enunciados persuasivos, que não sejam nem verdadeiros nem falsos.

O próprio CBPA traz a honestidade e a verdade, em seus artigos 23 e 27, *caput*, como regras basilares do anúncio publicitário, como se vê, respectivamente, que “os anúncios devem ser realizados de forma a não abusar da confiança do consumidor, não explorar sua falta de experiência ou de conhecimento e não se beneficiar de sua credulidade” e “o anúncio deve conter uma apresentação verdadeira do produto oferecido, [...]”.

Dessa forma, o anúncio publicitário não pode faltar com a verdade naquilo que anuncia, seja por afirmações ou omissões, estando vedada ainda a manipulação de frases, sons e imagens, com a finalidade de iludir o consumidor através da confusão e ambiguidade em suas declarações. (NUNES, 2011).

Lopes (2003, p. 30-31), em crítica à atividade publicitária, leciona que:

[...] com relação exclusiva à Ética na Propaganda e Publicidade, nada se contempla em termos de bibliografia, por mais simplória que se pretenda. Há enorme escassez de informações. Há uma lacuna imensa, como se a Ética, a Lei, o Direito não importassem à atividade publicitária.

Com efeito, é inegável que a atividade publicitária é realizada muitas vezes à margem do direito e, por consequência, em desrespeito ao consumidor. Lida-se com uma bibliografia curta sobre o tema. As próprias pesquisas na área de publicidade demonstram que seus profissionais são muitas vezes relapsos em relação a esse assunto que, como se viu, possui vital importância para a sociedade como um todo, mas principalmente para o público infantojuvenil.

### 3.2 Princípio da transparência da fundamentação

Estipula ainda o artigo 36, parágrafo único, do CDC, que: “o fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem”.

Segundo Benjamin *et al.* (2007, p. 334): “O fornecedor tem ampla liberdade para anunciar seus produtos ou serviços. Deve, contudo, fazê-lo sempre com base em elementos fáticos e científicos: é sua fundamentação”.

Nunes (2011) traz a ideia de licença publicitária, que corresponde à liberalidade para compor um universo lúdico na apresentação do produto. No entanto, a ficção publicitária está limitada ao próprio produto ou serviço, que devem ser “reais” quanto às suas características, utilidades, preço, formas de pagamento, etc., sob pena de responsabilização do fornecedor.

Por último, deve-se ressaltar que o descumprimento de tal princípio gerará, além da repercussão cível e administrativa, tipificação penal, conforme o artigo 69, do CDC: “Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade: Pena - Detenção de um a seis meses ou multa”. Ocorre que, nesse caso, exige-se que haja o elemento subjetivo dolo, mas, no âmbito civil, a responsabilidade é objetiva, ou seja, prescinde de culpa.

Em resumo, Garcia (2010, p. 49) leciona que:

Segundo o princípio da transparência, a relação contratual deve se mostrar clara para as partes, significando descrição e informação correta sobre o produto ou serviço a ser prestado. Este princípio se mostra de imensa importância, principalmente na fase pré-contratual, na qual o fornecedor usa de todos os meios para estimular o consumidor a aderir aos serviços e produtos oferecidos.

O que se busca com este princípio são a veracidade e a correção da publicidade, de forma a resultar num consumo consciente, livre de enganos, sendo resguardado o princípio da boa-fé objetiva. (GARCIA, 2010).

Outra questão importante é a proteção dos segredos industriais quanto à divulgação ampla, uma vez que a finalidade do Código é que sejam disponibilizadas informações relevantes ao consumidor, referentes à saúde e segurança, para que possa haver o adequado uso do produto e não informações sigilosas que não estão passíveis de ampla divulgação, como é o caso dos segredos industriais.

### 3.3 Princípio da identificação obrigatória da publicidade

O CDC, em seu artigo 36, *caput*, dispõe claramente que: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”. Ainda sobre o tema, o item no 20 do Código de Ética dos Profissionais da Propaganda determina que “[...] A mistificação e o engodo que, escondendo a propaganda, decepcionam e confundem o público são expressamente repudiados pelos profissionais de propaganda”. Dispõe ainda o CBAP,

em seu artigo 9º, *caput*: “A atividade publicitária de que trata este Código será sempre ostensiva.” e em seu § 1º: “A alusão à marca de produto ou serviço, razão social do anunciante ou emprego de elementos reconhecidamente a ele associados atende ao princípio da ostensividade”.

Este princípio, que é reflexo do princípio da transparência, tem como principal consequência a criação para o fornecedor do dever de esclarecer ao consumidor todos os elementos do produto ou serviço, bem como todos os termos do contrato, sob pena de responsabilidade pela falha na informação. (GARCIA, 2010).

Dessa forma, a publicidade em respeito ao princípio em epígrafe, quando veiculada, deve ser ostensiva para possibilitar a sua completa identificação, de modo fácil e imediato pelo consumidor, sem qualquer esforço ou capacitação técnica, tanto do fornecedor (patrocinador), como também o produto ou o serviço oferecido.

Dessa forma, estão proibidas a publicidade clandestina e a subliminar, práticas dissimuladas de publicidade que ferem o ditame legal previsto no artigo 6º, III, do CDC, segundo o qual a informação adequada e clara é um direito básico do consumidor, em que a publicidade subliminar objetiva atingir apenas o inconsciente do consumidor, para que ele não perceba que está sendo influenciado. E a publicidade clandestina, ou invisível, é feita de forma sorrateira, escondida, não permitindo sua identificação como publicidade e, conseqüentemente, não deixando o consumidor construir suas defesas mentais quanto à influência midiática, sendo conhecida apenas pelos agentes envolvidos na sua promoção.

Para Benjamin *et al.*: “Publicidade que não quer assumir a sua qualidade é atividade que, de uma forma ou de outra, tenta enganar o consumidor. E o engano, mesmo que inocente, é repudiado pelo CDC”. (2007, p. 331).

## **4 AS PRINCIPAIS TÉCNICAS PUBLICITÁRIAS**

“A publicidade provocando as emoções nos indivíduos cuida de impulsionar seus desejos latentes com tanta força, que eles se sentem impelidos a trabalhar para poder satisfazê-los”. (SANT’ANNA, 2002, p. 85).

A atuação publicitária só consegue lograr êxito na empreitada de mobilizar, persuadir e orientar um determinado público quando consegue identificar os seus sentimentos, a razão de seus atos, os seus pensamentos, desejos, necessidades, etc.

Como se pode perceber, todas essas características são internas ao indivíduo, por essa razão o uso das técnicas publicitárias só se dá após minuciosos estudos sobre o público-alvo, visando a melhor forma de persuadi-lo.

### **4.1 O Puffing**

É a técnica publicitária da utilização do exagero. Sua principal característica é o uso de adjetivações exageradas, tais como “melhor carro do mundo” ou “a comida mais saborosa do mercado”, com a finalidade de fixar a marca de forma impactante.

Sua utilização é limitada pela capacidade de tornar enganoso o anúncio, levando o consumidor a erro, incidindo sobre esta técnica o princípio da transparência da fundamentação. No entanto, essa técnica não será considerada ilícita enquanto apresentada como publicidade espalhafatosa, e com exacerbado exagero, de forma que qualquer pessoa, usando como parâmetro o homem médio, tenha capacidade de reconhecê-la como tal.

Serão utilizados dois parâmetros para a aferição de enganosidade, que são: o critério subjetivo, que necessita de uma avaliação crítica e pessoal do consumidor. Nesse aspecto, o elemento pessoal irá prevalecer em muitos casos, uma vez que leva em conta os gostos e

motivações pessoais para respostas a chamadas publicitárias como “o melhor sabor”, “o filme do ano” etc.; enquanto o critério objetivo analisará a veracidade do *puffing*, de forma que se o que for anunciado não corresponder à verdade, será considerada enganosa. É o caso de anúncios como “o carro mais econômico da categoria”. (NUNES, 2011).

#### 4.2 O Teaser

Esta técnica possui a função específica de preparar o mercado para a verdadeira campanha publicitária. Consiste na apresentação de fragmentos da campanha publicitária, visando, apenas, criar expectativa ou curiosidade no público. Não induz ao consumo de forma direta, uma vez que o produto ou o serviço só será identificado posteriormente. (GARCIA, 2010).

Na prática, o controle do CDC se dará sobre os fragmentos que compõem o todo, seja após a apresentação do fragmento final, seja sobre cada um isoladamente, como partes do todo. (BENJAMIN *et al.*, 2012).

#### 4.3 Os Testemunhais

Nunes (2011) conceitua os testemunhais como técnica de apresentação de produtos ou serviços por meio do depoimento de artistas, ou pessoas conhecidas do público consumidor, e ainda por técnicos, peritos, etc. com a finalidade de promover uma aproximação entre os consumidores e o que está sendo anunciado.

Devido à sua capacidade de conferir maior força de comunicação, persuasão e credibilidade à mensagem publicitária, o CBAP conferiu a este assunto regramento específico, em seu artigo 27.

Por essa razão, o testemunhal consiste no “depoimento, endosso ou atestado mediante o qual pessoa ou entidade diferente do anunciante exprime opinião, ou reflete observação e experiência própria a respeito de um produto”. (NUNES, 2011, p. 510).

#### 4.4 O Merchandising

Nunes define *merchandising* como a “técnica utilizada para veicular produtos e serviços de forma indireta por meio de inserções em programas e filmes”. (2011, p. 537).

Por estar em contexto não publicitário, a identificação da oferta do produto acaba prejudicada, pois o consumidor encontra-se despidido de suas defesas à publicidade, de forma que toma a ficção por realidade, perdendo o senso crítico e a capacidade de escolha, o que não ocorreria num anúncio publicitário normal. (NUNES, 2011). Em resumo, Nunes declara que “O consumidor recebe a informação, mas não avalia como apelo de vendas”. (2011, p. 539).

O CDC não proíbe expressamente o *merchandising*, o que está vedada é a publicidade clandestina e a invisível, que é aquela que não obedece ao princípio da identificação obrigatória da publicidade. Benjamin *et al.* (2007) entende que essa técnica é uma forma de burlar o limite máximo de 25 minutos de publicidade por hora de programação.

Para que possa ser utilizado o *merchandising*, deve-se seguir a obrigatoriedade de exibição de “créditos, que correspondem à veiculação antecipada de uma informação comunicando que, naquele programa, peça ou filme, ocorrerá *merchandising* de específicos produtos ou serviços”. (BENJAMIN *et al.*, 2007, p. 333). Essa exibição deverá ocorrer sempre e no fim de cada fragmento, para que o consumidor que o pegou no meio também possa usufruir dessa informação.

## 5 A PUBLICIDADE ILÍCITA

A prática da publicidade ilícita fere o preceito constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana, extrapolando os limites da legislação consumerista, infringindo os dois

principais objetos protegidos pela regulação da publicidade, a vulnerabilidade do consumidor e os valores sociais. (EFING, 2012).

### 5.1 Publicidade enganosa

Esse tipo de publicidade ilícita afeta não apenas o consumidor, mas também a sociedade e o mercado como um todo, uma vez que seu objetivo principal é distorcer o processo decisório do consumidor, para levá-lo a adquirir produtos e serviços que, se estivesse mais bem informado, não o faria. (GRINOVER *et al.*, 2007).

A publicidade enganosa é caracterizada pelo uso indiscriminado da mentira, que pode aparecer de forma deliberada, informação totalmente falsa, ou de forma discreta e dissimulada, quando presta informações apenas parcialmente inverídicas. Esse conteúdo falso deve ainda ser capaz de induzir o consumidor ao erro, ainda que de forma apenas potencial.

É necessário observar que um elemento intrínseco à atividade publicitária é o uso da arte, na licença publicitária, que deve ocorrer nos limites da realidade do produto ou serviço anunciado, não estando autorizado que a publicidade a utilize com fins escusos de forma deliberada.

Coelho (2012, p. 390) esclarece:

Pode haver, portanto, algum toque de fantasia (e de falsidade por conseguinte) nas peças publicitárias. Isso, no entanto, não representa agressão ao direito dos espectadores à mensagem verdadeira, porque a percepção do fantasioso afasta a enganosidade, descarta a possibilidade de qualquer afirmação fundada na realidade dos fatos.

O mesmo autor (2012) observa ainda que uma das finalidades do CONAR e do CBAP é a preservação do potencial econômico e lucrativo da atividade, através da racionalização do uso da fantasia, de forma a evitar que o seu uso excessivo venha a desacreditar o conjunto.

A publicidade enganosa pode ocorrer de duas formas: por comissão, onde há a mentira deliberada; ou por omissão, que ocorre quando o anunciante não informa um dado relevante para a formação da decisão do consumidor (CDC, artigo 37, § 3º).

O CDC busca, por meio da repressão à publicidade enganosa, a proteção do consumidor. Dessa forma, para a sua caracterização, é dispensável a análise do elemento subjetivo, dolo e culpa do anunciante, não importando se existia a intenção de enganar, uma vez que sempre que o anúncio for capaz de induzir o consumidor a erro, restará configurada a publicidade enganosa, passível de sanção administrativa e judicial.

Os parâmetros estabelecidos pelo legislador para a mensuração do potencial de induzimento ao erro da publicidade são: I. Objetivo: corresponde ao conteúdo da mensagem e II. Subjetivo: capacidade crítica do público-alvo, consumidor atingido ou atingível.

Em relação ao conteúdo da mensagem, o CDC adota dois princípios: na proteção dos direitos individuais simples, aplica-se o princípio da transparência, que consiste na obrigação de o anunciante informar de forma prévia, ampla e adequadamente sobre o seu fornecimento, e quanto aos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, adota-se o princípio da veracidade.

### 5.2 Publicidade abusiva

A publicidade abusiva é uma novidade inaugurada pelo legislador brasileiro. Ela busca tutelar valores que sejam caros à sociedade de consumo. (GRINOVER *et al.*, 2007). O CDC, ao tratar da publicidade considerada abusiva, optou por não defini-la, mas sim, por elaborar um rol exemplificativo. (NUNES JUNIOR, 2010).

O conceito de abusividade está carregado de forte teor ético e moral. Para Nunes (2011, p. 565): “O caráter de abusividade não tem necessariamente relação direta como o produto

ou serviço oferecido, mas sim com os efeitos da propaganda que possam causar algum mal ou constrangimento ao consumidor”.

Pode acontecer de um anúncio publicitário ser ao mesmo tempo abusivo e enganoso, no entanto o direito possui mecanismos mais ágeis para detectar este, havendo, para tanto, critérios mais objetivos e precisos. Já com relação ao abusivo usa-se o critério residual, sendo abusivo tudo que contrarie o sistema de valores da CF/88 e das normas infraconstitucionais e que não seja enganoso. (GRINOVER *et al.*, 2007).

Dessa forma, serão abusivas as peças publicitárias: discriminatórias, exploradoras do medo ou superstição, incitadoras de violência, dirigida aos hipossuficientes, desrespeitosas aos valores ambientais, que induzam a condutas nocivas à saúde ou segurança do consumidor, entre outras.

Conclui-se, portanto, que o critério de identificação da publicidade abusiva é o da agressão aos valores sociais, visto que a abusividade não ocorre contra um consumidor específico, mas contra toda a sociedade, o dano moral é coletivo, possuindo, portanto, caráter difuso.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho acadêmico buscou discutir a tutela do consumidor partindo de um debate central, consistente na relação sociedade pós-moderna, consumismo exacerbado, publicidade ilícita e os meios privados de controle dessas práticas.

A atividade publicitária não pode estar à margem do direito e principalmente da ética, uma vez que ela é dotada de um poder de longo alcance e de difícil controle, devido aos direitos que a tangenciam, tais como a liberdade de expressão. Por isso é tão salutar a criação de um órgão de autorregulamentação.

É dentro desse cenário que o CONAR surge como meio paralelo ao sistema jurídico. Sua atuação busca primordialmente a conscientização ética dos agentes publicitários, estabelecendo limites e sanções às práticas ilícitas, de forma a cumprir com o mandamento constitucional de defesa do consumidor na sua condição de vulnerabilidade e, principalmente, a manutenção da credibilidade da própria publicidade no mercado de consumo.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Felipe. **Manual de formatação de monografia jurídica**. 2. ed. rev. atual. Fortaleza: FA7/Bookmaker, 2012.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: <<http://www.janela.com.br/textos/Auto-Regulamentacao.html>>. Acesso em: 14/05/ 2013.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Poder Executivo, 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 23/10/2012.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 1995.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 16. ed. v. I. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONAR. Disponível em: <<http://www.CONAR.org.br/>>. Acesso em: 23/10/2012.

DURANDIN, Guy. **As mentiras na propaganda e na publicidade**. São Paulo: JSD Editora, 1997.

EFING, Antônio Carlos; BERGSTEIN, Laís Gomes; GIBRAN, Fernanda Mara. “A ilicitude da publicidade invisível sob a perspectiva da ordem jurídica de proteção e defesa do consumidor”. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 21, nº 81, p. 91-116. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar. 2012.

FADEL, Marcelo Costa. “Breves comentários ao Código de autorregulamentação publicitária do CONAR”. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 13, nº 50, p. 153-170. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr/jun. 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

JAMESON, Fredric. **Pós-Modernismo**: A lógica cultural do capitalismo tardio. 2. ed. São Paulo: Ática, 2007.

LOPES, Antônio Paraguassu. **Ética na propaganda**. São Paulo: Atlas, 2003.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. rev., modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; TRETTEL, Daniela Batalha. “Limites à publicidade comercial e a proteção dos direitos fundamentais”. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 18, nº 70, p. 389-256. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar. 2010.

SAMPAIO, Rafael. **Propaganda de A a Z**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

SANT’ANNA, Armando. **Propaganda**: teoria, técnica e prática. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

XAVIER, José Tadeu Neves. “Os limites da atuação publicitária na condução de comportamentos sociais: o valor da ética no controle jurídico da publicidade”. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 21, nº 81, p. 118-143. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar. 2012.

## ***CONSUMER LAW IN BRAZIL BEFORE DECEPTIVE AND ABUSIVE ADVERTISING***

**Abstract:** *This article has the purpose to make an analysis about the post-modern society concerning the construction of its cultural patterns and the way they are connected to the use of illicit advertising. The control over these pernicious practices and the shaping of consumers behaviour should be done in two different sectors: the legal and the private, fulfilling the constitutional commandment of consumer protection policy.*

**Keywords:** *Advertising. Consumer. Self Regulation. Deceptive and Abusive Advertising.*

Data de recebimento: **jun/2013** – Data de aprovação: **set/2013**

# OS NOVOS DIREITOS DOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS TRAZIDOS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 72/2013

**Yvens Dixon Moreira Aragão de Lima**

Aluno do Curso de Direito da FA7.

Artigo orientado pelo prof. Ms. Paulo Rogério Marques de Carvalho (FA7)

yvensdixon@hotmail.com

**Sumário:** Introdução. 1. A evolução que culminou com a promulgação da Emenda Constitucional 72. 2. Os novos direitos dos empregados domésticos. 3. Resultados. Considerações finais.

**Resumo:** A Emenda Constitucional 72 (EC 72) promulgada no dia 3 de abril de 2013 ampliou para os empregados domésticos vários direitos. A nova lei, acrescida ao texto constitucional, representa um enorme avanço para todos os domésticos, pois os igualou em direitos aos demais empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Serão apresentados os direitos garantidos aos empregados domésticos pela Emenda, com sua distinção quanto à eficácia. Por fim, são expostas algumas consequências já observadas após a publicação da Emenda.

**Palavras-chave:** Emenda Constitucional 72. Empregados domésticos. Novos direitos.

## INTRODUÇÃO

O trabalho doméstico sempre foi diferenciado do trabalho normal, diferença essa reforçada pelo desequilíbrio de direitos assegurados aos trabalhadores de cada categoria.

Assim, somente no século XXI foi extirpado de vez o desequilíbrio de direitos contra os empregados domésticos, o qual os renegava a um patamar inferior de trabalhadores, sendo estes desprestigiados de direitos há tantos anos garantidos aos demais trabalhadores celetistas.

A Emenda Constitucional 72, denominada popularmente de Emenda das Domésticas, é muito abrangente, uma vez que criou vários direitos, entretanto foi muito omissiva ao não trazer em seu bojo a solução para problemáticas advindas com a nova lei, como: a carga de quem ficarão as despesas advindas com os novos direitos ou como serão regulados os direitos de eficácia limitada.

**OBJETIVOS:** Pesquisar, debater e criticar sobre a regulamentação e efetivação dos novos direitos garantidos aos empregados domésticos pela Emenda Constitucional 72. Além disso, apresentar as primeiras consequências dos novos direitos na realidade prática.

**METODOLOGIA:** Este artigo busca responder quais as consequências advindas com a promulgação da Emenda Constitucional 72. Para isso, é utilizada basicamente a pesquisa doutrinária, porém também são pesquisados artigos acadêmicos e notícias relacionadas ao tema, além de ser coletada algumas legislações, sendo em seguida pormenorizadas.

## **1 A EVOLUÇÃO QUE CULMINOU COM A PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 72**

A abolição da escravidão, em 1888, não foi acompanhada de nenhuma política de inclusão na sociedade para os escravos libertos. Assim, a grande maioria, sem ter para onde ir, nem possuir qualificação e marcada pelo estigma escravagista da época, acabava permanecendo com seus antigos senhores, recebendo apenas comida e moradia como pagamento.

Os “novos” trabalhadores domésticos brasileiros eram em quase sua totalidade os antigos escravos que sem alternativa melhor permaneciam com os antigos donos. Os outrora senhores de escravos passaram a ser encarados como benfeitores por assistirem a tantos ex-escravos, agora, na condição de empregados, porém possuíam os mesmos custos, alimentação e moradia.

Casagrande discorre sobre a inferiorização dada aos domésticos:

Muitos dos escravos domésticos, após a abolição, permaneceram na mesma labuta, à míngua de opções, sem remuneração pelos serviços, apenas em troca de casa e alimento, convertendo-se, com o passar do tempo, em agregados, sendo tratados (por vezes melifluamente) ora como serviçais, ora como familiares de segunda categoria, num limbo social e também jurídico, sem direito a herança, salário ou aposentadoria.

O trabalho doméstico é diferenciado do trabalho em geral pela finalidade não lucrativa no labor doméstico. Essa distinção era corroborada e marcada pela disparidade de direitos que assistiam aos empregados em geral, mas denegada aos empregados domésticos.

Essa distinção permanece até hoje, sendo o trabalho doméstico definido, primeiramente, já em 1941, pelo Decreto-Lei 3.078, que assim determina: “são empregados domésticos todos aqueles que, de qualquer profissão ou mister, mediante remuneração, prestam serviços em residências particulares ou em benefício destas”.

A partir da primeira definição do trabalho doméstico, em 1941, aos domésticos foram garantidos alguns direitos. Sérgio Pinto Martins ensina sobre o tema: “Tinham os domésticos direito a aviso prévio de oito dias, depois de um período de prova de seis meses” (1999, p. 19).

Contudo, a Consolidação das Leis do Trabalho, ao ser adotada, em 1943, excluiu de sua proteção os trabalhadores domésticos, dispondo, expressamente, em seu artigo 7º tal comando. Assim, foi consolidado e normatizado o desequilíbrio de direitos entre os domésticos e os demais trabalhadores.

Por outro lado, a Lei 5.859, de 1972, regulou e trouxe, de maneira tímida, alguns direitos para os empregados domésticos, concedendo-lhes três prerrogativas básicas: férias anuais, carteira de trabalho e benefícios da previdência social.

A condição mencionada acima representou a ruptura real com o pensamento que predominava na época de que os domésticos necessitavam apenas de comida e um lugar para morar, pois eram apenas os antigos escravos desqualificados que estavam recebendo um “auxílio” do tomador de serviço. Entretanto, a Lei 5.859 garantiu aos domésticos direitos mínimos, consubstanciando o desequilíbrio entre os trabalhadores.

A Constituição Federal de 1988, ao entrar em vigor, ampliou os direitos dos empregados domésticos, além dos já obtidos com a Lei 5.859/72: salário-mínimo, irredutibilidade do salário, décimo terceiro salário, repouso semanal remunerado, férias anuais remuneradas, licença à gestante, licença paternidade, aviso prévio proporcional e integração à Previdência Social.

Todavia, o próprio texto constitucional, lei máxima nacional, em seu artigo 7º, parágrafo único, traz de maneira expressa o desequilíbrio de direitos, ou seja, determina que aos domésticos não estão garantidos todos os direitos conferidos aos celetistas em geral.

Evanna Soares fala sobre o tema:

Se essa desigualdade é inegável, como demonstrado, não corrigida nem pela Constituição de 1988 - conhecida como "Constituição Cidadã" - deve-se procurar a sua razão de ser na formação legislativa, econômica e política do Brasil, enfim, nas raízes e no pensamento constitucional brasileiro.

Buscando elucidar as razões de tamanha distinção, trazemos o ensinamento de Casagrande:

O escravagismo permeou as relações sociais brasileiras para além da questão racial, uma vez que aquele regime influiu também no modo como a sociedade brasileira valorou o trabalho manual, em especial o prestado no âmbito doméstico por serviçais, do que é prova a situação de notória discriminação a que estão relegados, até hoje, os trabalhadores domésticos.

Ao longo dos anos, essa disparidade foi sendo mitigada gradativamente com a criação e ampliação de direitos para os empregados domésticos. Após a Lei 5.859 de 1972 e a CF de 1988, foi feita a Lei 10.208 em 2001, que deu direito aos recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), porém a sua inscrição foi facultativa.

A Lei 11.324 de 2006 trouxe como principal modificação a vedação de descontos nos salários dos domésticos de valores referentes à alimentação, vestuário, higiene e moradia.

A Emenda Constitucional 72 é o marco final dessa evolução de direitos, trazendo de vez a equiparação entre os celetistas em geral e os empregados domésticos. A ampliação de direitos trazidos pela EC 72, para muitos doutrinadores e estudiosos, foi até tardia, ao igualá-los, somente agora, aos demais empregados regidos pela CLT, ou seja, somente no século XXI foram rompidos os últimos elos de discriminação contra os empregados domésticos, que nos reportavam às suas raízes escravagistas.

## **2 Os NOVOS DIREITOS DOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS**

A equiparação em direitos está agora garantida na norma máxima do ordenamento jurídico Pátrio, mas na forma como foi concebida, está distante da realidade dos empregados domésticos brasileiros.

Há direitos com eficácia limitada, que deverão ser regulamentados pelas leis infraconstitucionais em até 90 (noventa) dias, alguns poucos, de eficácia plena, já devendo estar em prática.

A melhor compreensão da Emenda Constitucional necessita de dois conceitos criados por José Afonso da Silva. Assim, é essencial pormenorizar o que são normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada.

José Afonso da Silva afirma que a doutrina moderna tende a considerar que todas as normas constitucionais, mesmo as de conteúdo subjetivo, teriam eficácia plena. Apesar dessa característica, alguns artigos da Carta Magna brasileira possuem eficácia limitada, mas o autor ressalta, entretanto, que a maioria dos dispositivos da Constituição Federal de 1988 comporta normas de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. (2001, p. 89).

Assim, é de eficácia plena o texto que não requer qualquer tipo de norma ou ser regulamentando, sendo aplicado de imediato. Estabelece como deve ser feito, sem precisar de qualquer complementação e sem possibilitar que seja regulado de outra forma.

José Afonso da Silva ressalta que não há critérios únicos e seguros para distinguir as normas constitucionais de eficácia plena de outras, no entanto é possível estabelecer regras gerais sobre o assunto. Dentre elas, o autor destaca o critério da autoaplicabilidade. (SILVA, 2001, p. 99).

Assim, José Afonso da Silva conclui:

Completa, nesse sentido, será a norma que contenha todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta. Todas as normas regulam certos interesses em relação a determinada matéria. Não se trata de regular a matéria em si, mas de definir certas situações, comportamentos ou interesses vinculados a determinada matéria. Quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa e juridicamente dotada de plena eficácia, embora possa não ser socialmente eficaz. Isso se reconhece pela própria linguagem do texto, porque a norma de eficácia plena dispõe peremptoriamente sobre os interesses regulados. (2001, p. 99).

Dessa maneira, o autor define as normas de eficácia plena como as que podem ser aplicadas imediatamente, independentemente de posteriores normas infraconstitucionais que as detalhe, por já conterem em si todos os elementos necessários para a sua aplicação imediata. As normas de eficácia plena possuem todos os elementos e condições necessários à sua plena execução.

Segundo José Afonso da Silva, é difícil encontrar um termo apropriado para conceituar as normas de eficácia limitada. No entanto, apesar da imprecisão terminológica, mais importante que o uso de uma palavra determinada deve ser a explicitação do sentido que ela expressa. (2001, p. 118).

Assim, o autor escolheu a palavra “limitada” para designar esse tipo de norma constitucional que ele divide em dois grupos: normas constitucionais de princípio institutivo e normas constitucionais de princípio programático. (SILVA, 2001, p. 119).

As normas constitucionais de princípio institutivo ou organizativo contêm apenas o começo, o esquema geral de determinado órgão, entidade ou instituição. A efetiva criação, organização ou estruturação fica a cargo de normatização infraconstitucional na forma prevista pela Constituição.

As normas constitucionais de princípio programático são esquemas genéricos que destacam programas a serem desenvolvidos posteriormente pelo legislador infraconstitucional (SILVA, 2001, p. 137). Apesar da dificuldade de receberem precisão de conceito, José Afonso da Silva assim as define:

Podemos conceber como programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. (2001, p. 138).

As normas constitucionais programáticas, apesar de terem eficácia limitada, impõem limites e restrições aos sujeitos a que elas se dirigem, e, portanto, exercem importante papel na ordem jurídica e no regime político do Brasil. (SILVA, 2001, p. 139).

Assim, as normas programáticas indicam para legislação infraconstitucional um caminho a seguir. Elas podem não obrigar o legislador a normatizar no sentido apontado por elas, mas pelo menos, com certeza elas obrigam que ele não legisle em sentido contrário.

Analisaremos, a seguir, de maneira pormenorizada, cada um dos novos direitos concedidos pela Emenda Constitucional 72 a fim de classificá-los em normas de eficácia limitada ou plena.

O seguro-desemprego é uma assistência financeira temporária garantida ao trabalhador demitido sem justa causa, que visa auxiliar o desempregado na sua subsistência, assim como na de seus familiares.

Nesse sentido, Cassar leciona: “O direito ao seguro-desemprego só foi estendido ao doméstico cujo contrato for regido pelo fundo de garantia, e, mesmo assim, desde que estejam preenchidos os requisitos legais.” (2011, p. 401).

Será concedido, exclusivamente, ao empregado doméstico inscrito no FGTS por um período mínimo de quinze meses nos últimos 24 meses, contados da dispensa sem justa causa. Faz-se necessário a observação de que, antes da Emenda Constitucional, o empregador escolhia se incluía ou não o seu empregado doméstico no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), pois era mera faculdade do tomador de serviço. Diante disso, a grande maioria dos empregados domésticos não tinha direito ao respectivo benefício.

O benefício do seguro-desemprego aos domésticos que preenchessem os requisitos consistia no pagamento no valor de um salário-mínimo, por um período máximo de três meses, de forma contínua ou alternada.

Após a Emenda, fica o questionamento de como o referido direito será regulamentado. A regra antiga, exposta acima, determinava que o valor era sempre de um salário-mínimo por no máximo três meses. Porém, a equiparação em direitos trazida pela EC 72 faz os domésticos buscarem a aplicação do seguro na mesma forma dos demais celetistas, com base na Lei 7.998 de 1990, a qual prevê até cinco parcelas com o valor do benefício superior ao salário-mínimo, dependendo da remuneração que era percebida.

A nova Emenda traz o seguro-desemprego de maneira obrigatória ao determinar que o tomador de trabalho inscreva o empregado doméstico no regime do FGTS. A medida possibilitará a grande maioria dos trabalhadores domésticos gozar do referido benefício caso necessitem, haja vista que, quando era uma faculdade do empregador, a grande maioria dos patrões não optava pelo regime do FGTS, visando diminuir os custos da contratação.

A indenização em demissão sem justa causa segue em determinadas proporções o posicionamento já exposto aqui sobre o seguro-desemprego.

Explicando melhor, a indenização em demissão sem justa causa é disciplinada pelo artigo 478 da CLT, porém, a Carta Magna promulgada em 1988 definiu que o único regime de proteção aos empregados passou a ser o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Assim, após 1988, os empregados que não tinham direito adquiridos passaram a ser indenizados da seguinte forma: 40% sobre o saldo do FGTS constante na época da terminação do contrato.

Como já mencionado, a inscrição do empregado doméstico no regime do FGTS era mera faculdade do empregador, conforme disposição do artigo 3-A da Lei 5.859 de 1972.

Convém o ensinamento de Cassar sobre o assunto:

O art. 7º, I, da CRFB, determinou, nos termos da lei complementar, o pagamento de indenização compensatória devida ao empregado em caso de despedida arbitrária. Esta indenização compensatória deve ser considerada, até que seja promulgada a lei complementar, ao percentual incidente sobre o FGTS nos casos de despedida arbitrária ou nos demais casos legais. (2011, p. 1254).

Assim, depreende-se que se era faculdade do empregador inscrever ou não o seu empregado no FGTS, não era, pois, obrigatório o pagamento da indenização de 40% sobre o valor do FGTS. Assim, a obrigatoriedade da inscrição dos domésticos no FGTS, trazida pela EC 72, torna obrigatório, conseqüentemente, o pagamento da indenização em casos de demissão sem justa causa.

Após a obrigatoriedade trazida para o pagamento da indenização em casos de demissão sem justa causa, o questionamento que surge é de qual será o percentual da indenização

no caso dos domésticos. A matéria é pendente de norma regulamentadora, entretanto, empregados e tomadores de serviço divergem sobre o valor do percentual.

Os tomadores de serviço, utilizando aquela distinção trazida no início do presente estudo, argumentam que por não possuírem finalidade de lucro e serem pessoas físicas não detêm o mesmo poderio econômico de uma empresa. Diante disso, a manutenção de um percentual de 40% será por demais gravoso para os empregadores, extrapolando a capacidade financeira dos tomadores de serviço.

Do outro lado, os empregados domésticos argumentam que a redução da porcentagem da multa será um retrocesso diante dos avanços trazidos pela EC 72.

O Ministro do Trabalho, Manoel Dias, se manifestou sobre o tema: “Nós estamos propondo a multa de 40%, [ou seja], estendendo aos trabalhadores domésticos os direitos das outras categorias”. O embate sobre o assunto persiste, sendo um dos temas a serem regulamentados que gera maior expectativa de ambos os lados.

O salário-família é o benefício pago aos segurados mensalmente, hoje de até R\$ 971,78, para auxiliar no sustento dos filhos de até 14 anos de idade ou inválidos de qualquer idade.

A concessão do salário-família não exige tempo mínimo de contribuição; esse benefício atualmente fica a cargo da Previdência Social. A ampliação desse direito aos domésticos, todavia, está gerando grande preocupação.

A Previdência Social está em um processo de crescente acúmulo de dívidas, ou seja, suas receitas não são suficientes para o pagamento de todos os beneficiários que estão em gozo de algum tipo de benefício. O salário-família, na forma atual, é encargo exclusivo da Previdência Social. Assim, a ampliação desse benefício aos domésticos aumentará ainda mais o déficit previdenciário.

No tocante à sua regulamentação, o maior dilema é qual será a origem das verbas para o pagamento do salário-família.

O adicional noturno também foi estendido aos domésticos. A jornada de trabalho considerada noturna é a que acontece entre as 22h de um dia até às 5h do dia seguinte. Assim, o doméstico que exercer sua atividade após as 22h deverá receber um adicional noturno. A Consolidação das Leis do Trabalho no *caput* do artigo 76 determina que o acréscimo no salário deve ser de 20%. Entretanto, novamente mencionamos que os domésticos não estão cobertos pelas regras da CLT.

O direito constitucional ampliado aos empregados domésticos determina apenas que a remuneração do trabalho noturno deve ser superior à do diurno. O percentual da majoração ficou pendente de regulamentação.

Os empregados domésticos lutam aqui, novamente, pela aplicação do benefício na forma trazida pela CLT. Os empregadores, do outro lado, afirmam que por não serem aplicadas as regras celetistas aos domésticos o percentual de acréscimo deve ser menor, a fim de reduzir os enormes gastos acarretados pelos novos direitos.

Outra indignação pertinente ao tema é a redução da hora de trabalho noturno de 60 minutos para 52'30”.

A redução está também contida na CLT, artigo 76, parágrafo 1. Os tomadores de serviço de antemão já afirmam que a redução não é estendida aos domésticos. Os laborantes, em posição contrária, defendem que a redução da duração da hora noturna decorre do comando constitucional da remuneração superior do trabalho noturno. O tema, todavia, somente será elidido com a manifestação do legislador infraconstitucional.

O auxílio-creche é o valor que o empregador repassa diretamente às empregadas, de forma a não ser obrigado a manter uma creche. No caso das empregadas domésticas, o benefício deve ser concedido a toda empregada mãe.

Os doutrinadores do tema em suas primeiras manifestações, após a Emenda 72, defendem que o valor do benefício deve ser objeto de negociação coletiva entre os sindicatos patronais e laborais.

A solução apresentada pela doutrina parece acertada, porém, há um entrave na realidade brasileira. Antes da EC 72, somente onze estados da federação possuíam sindicatos laborais. Já os sindicatos patronais existiam em apenas quatro estados.

A efetivação do direito, diante do quadro apresentado, deverá ser feita pela fixação de um valor pelo legislador infraconstitucional. A fixação de modo arbitrário, como deve ocorrer, fatalmente prejudicará uma das partes. Vejamos a razão.

O Brasil é um país imenso, portanto, possui acentuada diferença de padrão econômico de um Estado para outro. Assim, a fixação de um auxílio-creche baixo não prejudicará os empregadores de nenhum estado. Contudo, nos estados de padrão econômico mais elevado ficará praticamente sem efeito para os trabalhadores domésticos.

Ao contrário, a fixação de um valor elevado de auxílio-creche atenderá às necessidades dos empregados domésticos de todo o país. Porém, os empregadores de estados com um menor poderio econômico serão agravados em demasia. Assim, a melhor solução, realmente, seria a negociação coletiva do valor do auxílio, mas essa alternativa ainda está distante da realidade brasileira.

O seguro contra acidente de trabalho é um direito do trabalhador previsto na Constituição, sendo de responsabilidade do empregador o seu recolhimento mediante pagamento de um adicional sobre a folha de salários de seus empregados, com alíquotas que podem variar entre 1% a 3%, conforme o grau de risco da atividade.

Aqui, novamente, surgem questionamentos. A atividade desempenhada pelos domésticos é desenvolvida no ambiente residencial, com o intuito de auxiliar os tomadores de serviço na manutenção de suas residências e cuidados com a família. Assim, é questionada a existência de risco em tais atividades.

Outro questionamento é o tocante aos empregados que residem com o patrão. Segundo a Lei 6.367 de 1976, parágrafo 2º, o empregado será considerado em serviço: “Nos períodos destinados a refeição ou descanso, ou por ocasião da satisfação de outras necessidades fisiológicas, no local do trabalho ou durante este, o empregado será considerado a serviço da empresa”.

Assim, o empregado que mora na mesma residência do patrão estará durante os seus períodos de descanso em seu ambiente de trabalho. Um acidente que ocorra nesse intervalo, será um acidente de trabalho? A Lei 6.367 aponta que sim, porém, tal entendimento tornaria o empregado doméstico que reside no mesmo local em que o patrão, está a todo momento em serviço, posicionamento até desarrazoado.

Além disso, novamente é suscitada pelos empregadores a equiparação de obrigações entre o empregador doméstico e uma empresa. A alíquota do seguro seria a mesma para empresas e tomadores de serviços domésticos, variando apenas conforme atividade. Essa equiparação é desproporcional, segundo os empregadores domésticos, pois os estes não possuem de maneira alguma o mesmo poderio econômico de uma empresa.

A Emenda, entretanto, torna obrigatórios os depósitos mensais do valor de contribuição referente ao seguro de acidente de trabalho, estando ainda aguardando regulamentação.

A limitação da jornada de trabalho não contemplava os empregados domésticos. Assim, não possuíam, anteriormente, nenhuma limitação de jornada laboral.

A limitação da jornada de trabalho em até 44 (quarenta e quatro) horas semanais está contida na CLT no capítulo II, da duração do trabalho. Como aos domésticos não se aplicam as regras previstas na CLT, são excluídos, pois, desse capítulo e das limitações por ele trazidas.

O limite à jornada laboral para o doméstico foi trazido somente pela Emenda Constitucional 72. A norma é de eficácia plena, possuindo, portanto, aplicação imediata.

O pagamento de horas extras passa necessariamente pela limitação da jornada de trabalho. Assim, os empregados domésticos, como não tinham limites para suas jornadas de labor, não eram passíveis da percepção de tal direito.

Agora, após a EC 72, que trouxe a limitação da jornada laboral, é possível o recebimento de valor por jornada extraordinária.

Sobre horas extras, Sérgio Pinto Martins ensina:

Horas extras são as prestadas além do horário contratual, legal ou normativo, que devem ser remuneradas com o adicional respectivo. A hora extra pode ser realizada tanto antes do início do expediente, como após seu término normal ou durante os intervalos destinados a repouso e alimentação. (2012, p. 533).

A jornada extraordinária deverá ser remunerada com o acréscimo de no mínimo 50% da hora normal, segundo o inciso XVI da CF de 1988. Assim, as horas extras dos domésticos são de eficácia plena.

O reconhecimento de acordos e convenções coletivas é antigo no Direito do Trabalho, uma vez que decorre do Princípio da Normatização Coletiva, considerado uma das diretrizes do Direito do Trabalho.

O princípio está positivado na CLT, artigo 611, porém esse era antes excluído dos empregados domésticos, situação agora alterada pela Emenda Constitucional, não pela extensão das regras da CLT aos domésticos, mas pela EC 72.

Leciona Cassar sobre o tema que: “Suas cláusulas são comandos abstratos, gerais e impessoais. Em face disto, a convenção ou o acordo coletivo se assemelham à lei.” (2011, p. 1326).

O reconhecimento de acordos e convenções coletivas é mais um direito de aplicação imediata, ou seja, norma de eficácia plena.

Em suma, os novos direitos de eficácia plena são a jornada de trabalho definida em oito horas diárias ou 44 horas semanais, recebimento de horas extras, caso existam, e o reconhecimento de convenções ou acordos coletivos.

Os direitos de eficácia limitada são seguro-desemprego, indenização em demissões sem justa causa, salário-família, adicional noturno, auxílio-creche e seguro contra acidente de trabalho.

### **3 RESULTADOS**

A dita EC 72 causou enorme repercussão na sociedade desde quando era ainda apenas um Projeto de Emenda. Uma das razões de tamanha manifestação é o grande número de indivíduos atingidos diretamente por essa Emenda (segundo dados do IBGE, no Brasil, são cerca de sete milhões de empregados domésticos).

Um dos temas de maior discussão é o controle da jornada de trabalho. A Consolidação das Leis do Trabalho, no artigo 74, parágrafo 2º, traz a obrigatoriedade de registro escrito da

jornada apenas para empresas com mais de dez empregados, regra não aplicada aos domésticos tanto por ser da CLT, quanto por a situação, se aplicável, fugir da realidade da quase totalidade dos empregados.

O controle da jornada está sendo muito repercutido por parte dos empregadores na busca de tentar exigir o efetivo cumprimento das 44 horas agora estabelecidas. Além disso, o registro formal da jornada laboral está sendo utilizado por alguns como medida preventiva, a fim de se resguardarem para evitar possíveis ações judiciais trabalhistas, cobrando horas extras, agora possíveis.

Pelo prisma dos empregados, o registro da jornada de trabalho, embora não obrigatório, também é benéfico, pois evitará que a jornada laboral se estenda para além das 44 horas trazidas pela EC 72. Caso ultrapasse o limite determinado, sendo a jornada registrada, ficará mais fácil a comprovação das horas excedentes, que devem ser pagas com acréscimo de 50%, deixando, assim, o empregado mais protegido.

O *site* da República Federativa do Brasil traz uma orientação sobre a temática acima:

Com a carga horária de oito horas diárias ou 44 semanais, o controle deverá ser feito de forma manual, como admite a Consolidação das Leis do Trabalho, em livro de ponto ou quadro de horário onde a trabalhadora doméstica irá assinar diariamente o horário de entrada e saída do trabalho.

Como já abordado anteriormente, de maneira até exaustiva, um grande número de direitos trazidos pela Emenda 72 são de eficácia limitada, ou seja, estão pendentes de regulamentação para ter aplicabilidade. Aproveitando-se disso, alguns empregadores, para evitar os novos custos acarretados pela EC 72 com o empregado doméstico, estão utilizando esse período anterior à regulamentação dos direitos para demitirem seus empregados domésticos.

As notícias que estão sendo veiculadas na mídia comprovam essa atitude de alguns tomadores de serviço. A reportagem da Band News de Curitiba mostra isso: “O número de demissões de empregadas domésticas cresceu 30% em Curitiba desde a aprovação da emenda constitucional número 72” (Online).

O Portal do Consumidor, em entrevista com o advogado do Sindicato dos Trabalhadores Domésticos do Município de Niterói e Regiões, Gilmar de Almeida, confirma essa prática: “Da reta final da aprovação da PEC, em março, até agora, as dispensas aumentaram em 50% no sindicato”.

A capa do jornal *Diário de Pernambuco* de 10 de abril demonstra de maneira clara essa medida: “O sindicato das domésticas e o patronal confirmam que, na primeira semana da vigência da nova legislação, os desligamentos formais de empregadas cresceram 60% na RMR”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ampliação de direitos foi a ruptura final de um desequilíbrio de direitos normatizado. Assim, a promulgação da Emenda Constitucional 72 equiparou perante a legislação os trabalhadores, sendo, para muitos, uma medida até tardia diante do quadro democrático institucionalizado no Brasil desde a Carta Magna de 1988.

As dúvidas, entretanto, nasceram junto com a nova norma constitucional, pois os direitos de eficácia limitada, ou seja, os que necessitam de legislação infraconstitucional para trazê-los à realidade fática dos domésticos, ainda não foram definidos. O prazo para a regulamentação desses direitos é de noventa dias.

É inegável, diante de tudo exposto, que os novos direitos dos empregados domésticos trarão ônus aos empregadores, principalmente porque antes da Emenda a grande maioria dos empregadores não tinham seus empregados inscritos no regime do FGTS.

Assim, enquanto muitos direitos não possuem aplicabilidade por não estarem regulados, os empregadores estão optando pela demissão dos seus domésticos. Essa prática, entretanto, deve cessar com a regulamentação de todos os direitos, pois com todos os novos direitos em prática uma demissão injustificada de um doméstico ficará muito onerosa, principalmente sendo mantido o percentual de multa em 40%.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Dárcio Guimarães. **Empregado Doméstico**. Rev. TRT – 3ª R. - Belo Horizonte, 27(57):69-75, Jul. 97/Dez. 97.
- BARROSO, Felipe dos Reis. **Manual de Formatação de Monografia Jurídica**. 2. ed. Fortaleza: Book, 2012.
- BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1998.
- BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei nº 5452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. **Lex**: Coletânea de Legislação: edição federal. São Paulo, v. 7, 1943. Suplemento.
- CASAGRANDE, Cássio. Trabalho doméstico e discriminação. **Boletim CEDES** [on-line], Rio de Janeiro, setembro de 2008, pp. 21-26. Disponível em: <<http://www.cedes.iuperj.br>>. Acesso em: 16 maio 2013.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.
- CAVALCANTI, Ricardo Russell Brandão. “Da eficácia das normas constitucionais”. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, nº 86, mar 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9194](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9194)>. Acesso em: 16 maio 2013.
- ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 1995.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual do Trabalho Doméstico**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SOARES, Evanna. “Abolição da escravatura e princípio da igualdade no pensamento constitucional brasileiro. Reflexos na legislação do trabalho doméstico”. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, no 2835, 6 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18842>>. Acesso em: 16 maio 2013.
- <<http://bandnewsfmcuitiba.com/2013/04/25/apos-pec-das-domesticas-aumenta-30-o-numero-de-demissoes-em-cuitiba/>> Acesso em: 16 maio 2013.
- <<http://blogs.diariodepernambuco.com.br/diretodaredacao/2013/04/10/capa-do-dia-10042013/>> Acesso em: 17 maio 2013.

<<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/governo-quer-multa-de-40-para-demissao-de-domesticas/>>. Acesso em: 12 maio 2013.

<<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2013/04/03/nova-lei-do-trabalho-domestico-comeca-a-valer-a-partir-desta-quarta-feira-3>>. Acesso em: 15 maio 2013.

<[http://www.mte.gov.br/trab\\_domestico/trab\\_domestico\\_direitos.asp](http://www.mte.gov.br/trab_domestico/trab_domestico_direitos.asp)>. Acesso em: 16 maio 2013.

<<http://www.portaldoconsumidor.gov.br/noticia.asp?busca=sim&id=23805>>. Acesso em: 16 maio 2013.

<<http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=25>>. Acesso em: 16 maio 2013.

## **CONSTITUTIONAL AMENDMENT Nº 72/2013 AND NEW LABOUR RIGHTS FOR DOMESTIC WORKERS**

**Abstract:** *In Brazil, the Constitutional Amendment n. 72/2013 (EC 72) extended to domestic workers various labour rights. The new dispositions added to the Constitution represent a huge breakthrough for all domestic workers, as equalized their rights to employees under the Consolidation of Labor Laws (CLT). This article exposes some consequences already observed after the publication of the said amendment.*

**Keywords:** *Advertising. Constitutional Amendment 72. Domestic workers. New rights.*

Data de recebimento: **jun/2013** – Data de aprovação: **jul/2013**



# A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM COMO GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA

**Bárbara Veras Gadelha**

Aluna do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza.

barbara\_gadelha@hotmail.com

**Sumário:** Introdução. 1. Referencial teórico: meios alternativos de solução de conflitos, análise: evolução histórica do instituto e arbitragem: conceitos e características. 2. Resultados: acesso à justiça x arbitragem, Lei 9.307/96: análises e perspectivas e a arbitragem e seus princípios básicos. Considerações finais.

**Resumo:** Os meios extrajudiciais de solução de conflitos têm surgido e se aperfeiçoado ao longo do tempo como forma de promover uma melhoria nas relações que necessitam da prestação da tutela jurisdicional. O instituto da arbitragem, oriundo de tempos remotos, ressurge no Brasil e no mundo, como uma possibilidade de viabilizar a solução de conflitos e diminuir os problemas que fazem referência ao princípio do acesso à justiça e ao Judiciário. Com o advento da Lei 9.307/96, conhecida como a Lei da Arbitragem, esse instituto tão importante deixa de figurar apenas em poucos artigos constitucionais para ganhar um novo e primordial espaço dentro do ordenamento jurídico brasileiro. São estabelecidos novos objetos a serem apreciados, sujeitos processuais com características diferenciadas, como o árbitro, e novos conceitos são estabelecidos na busca de um melhor entendimento e utilização do tema. O presente estudo foi realizado a partir de pesquisa bibliográfica e utilização de legislação e doutrina específicas para a matéria. Conclui-se que algumas discussões são esclarecidas e o interesse pelo instituto da arbitragem ganha destaque, de modo que as novas estatísticas demonstram que o mesmo poderá ser considerado como uma das alternativas que circundam a atual crise de demandas do Poder Judiciário no país.

**Palavras-chave:** Meios extrajudiciais de solução de conflitos. Arbitragem. Acesso à justiça. Lei 9.307/96.

## INTRODUÇÃO

Os meios extrajudiciais de conflitos estão sendo difundidos cada vez mais, não somente no Brasil, mas em diversos países. Entre eles, a arbitragem tem se destacado e ocupado papel fundamental na consolidação de um novo parâmetro, nacional e internacional, na busca por soluções complementares ao Poder Judiciário, soluções essas capazes de dirimir litígios existentes de modo célere e eficaz.

O estudo tem por objetivo esclarecer a evolução ocorrida dentro do contexto histórico do instituto da arbitragem e realizar uma análise dos seus conceitos e inovações no âmbito do acesso à justiça. Teve sua formulação baseada em pesquisas bibliográficas, doutrinas especializadas e legislações a respeito do tema.

O instituto possui uma longa história, em que sua importância não passava de meros artigos soltos no ordenamento jurídico. Portanto, era pouco difundido e aplicado em outras épocas. Essa realidade prevaleceu até o ano de 1996, quando foi promulgada a Lei da Arbitragem, considerada um marco de extrema relevância para seu desenvolvimento.

Seu surgimento traz novos conceitos básicos e sujeitos processuais envolvidos em uma relação de confiança e imparcialidade na tentativa de dirimir qualquer conflito existente. São introduzidas definições, como por exemplo: os sujeitos capazes de contratar, aqueles a quem a arbitragem se destina e a figura do árbitro com deveres e obrigações, semelhantes aos juízes de direito, dentro desse instituto inovador que busca garantir o acesso à justiça.

Não obstante, esse instituto não abandona princípios fundamentais do direito e gerais do processo, utilizando-se deles e revelando princípios agora específicos da arbitragem. Tal instituto passa a ser visto como uma forma de jurisdição, fora das vias estatais, sendo possível sempre que seu objeto tratar-se de direito patrimonial disponível.

Em face da atual crise do Poder Judiciário, o instituto ressurge na tentativa de solucionar conflitos mais simples, de forma informal e com total atendimento ao princípio da celeridade das decisões. Ele encontra algumas polêmicas e críticas a esse respeito, no entanto, com a análise dos dados numéricos, será possível a observação de resultados positivos na busca de alternativas viáveis ao atual entrave existente em relação à prestação da tutela jurisdicional exercida pelo Estado.

## **1 REFERENCIAL TEÓRICO: MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS, ANÁLISE: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO E ARBITRAGEM: CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS**

### **1.1 Meios alternativos de solução de conflitos**

Como o próprio nome assim define, far-se-á uma breve análise dos métodos, dentre eles a arbitragem, que funcionam como uma opção ao descompasso encontrado atualmente dentro do Poder Judiciário brasileiro. Esses métodos tendem a ter sua denominação caracterizada como meios complementares, e não alternativos, de solução de conflitos. Isso ocorre devido ao fato de eles tenderem a figurar como opções quase principais de solução de conflitos, sendo, dessa forma, complementares à jurisdição estatal.

As formas de soluções podem ser agrupadas em três pequenos grupos que variam de acordo com sua forma e evolução no tempo. São elas: autotutela, autocomposição e heterocomposição.

A autotutela ou autodefesa figurava em outras épocas e era caracterizada pela imposição da conhecida “lei do mais forte”, ou seja, não havia a participação de nenhum terceiro e se fundamentava basicamente no fato de uma das partes impor sua decisão à outra. Devido à sua clara ineficácia, predominou apenas em sociedades antigas, no entanto, de modo excepcional ainda é aceita pelo direito brasileiro, como por exemplo, nos casos definidos como legítima defesa.

A autocomposição ocorre por meio do diálogo entre as próprias partes que buscam um consenso, sem o emprego da força da autotutela. Os litigantes procuram a solução do conflito de forma bilateral, estando cada um preparado para a possibilidade de abrir mão de parte de seus interesses para dirimir o litígio. Pode ocorrer de três formas, inclusive permitindo a participação de terceiros. São elas: a mediação, a conciliação e a moderação.

Seguindo uma linha de raciocínio um pouco diferente, surgiu a heterocomposição que tem como característica principal a figura de um terceiro, alheio ao conflito, que intervém e se torna titular do poder de decisão. A sua diferença essencial, quanto aos demais métodos, se configura no fato de as partes se tornarem agora obrigadas à decisão do terceiro, que, de forma imparcial, decide a lide. É o principal grupo de solução de conflitos utilizado na atualidade e tem como componentes o processo, a jurisdição estatal e o instituto de arbitragem. Guerra Filho, em sua *Revista de Processo*, se pronuncia sobre o tema da seguinte maneira:

Uma vez produzido o conflito de interesses ou litígio, a resolução pode surgir por obra dos próprios litigantes ou mediante a decisão de um terceiro, alheio à contenda. Dessa forma o conflito de interesses pode ser solucionado por métodos parciais ou imparciais. (FILHO, 2001, p. 271 – 277).

Logo, conforme se observa com a análise da citação acima mencionada, existem diversos métodos de solução encontrados atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, fato esse que abre uma grande diversidade e oportunidade de escolha àqueles que buscam fugir do “caos” estabelecido no Judiciário. Os procedimentos são vários, restando apenas às partes adequarem seus casos concretos àqueles que atendam da melhor maneira os seus interesses. Hoje, devido à popularidade dos meios extrajudiciais alternativos de solução de conflitos, diversos fatores e variações devem ser analisados antes de se escolher o meio que convenha às partes envolvidas no litígio.

Ademais, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), diante desse cenário, publicou a Resolução nº 125 em 29 de novembro de 2010, que tem como objetivo a busca por um tratamento aos conflitos existentes no Poder Judiciário, propondo diversos mecanismos de solução de conflitos, dentre eles a mediação e a conciliação.

## 1.2 Análise: evolução histórica do instituto

O instituto de arbitragem surge em razão dos diversos litígios existentes entre partes que procuram meios que venham facilitar o diálogo e que recebam a intervenção de um terceiro, chamado árbitro capaz de dirimir, de modo amigável, os conflitos a ele trazidos.

Ao contrário da ideia que se imagina, a arbitragem não é tão atual quanto parece. Constitui um dos métodos extrajudiciais de solução de conflitos mais antigos e aplicáveis em diversos países no mundo. A sua evolução histórica se inicia em tempos remotos, durante a história antiga, e é caracterizada por se tratar de um dos institutos pioneiros quando fazemos referência à utilização de um terceiro que intervém entre as partes na busca de soluções para os conflitos.

Em razão do tempo de sua existência, surge um questionamento acerca de sua anterioridade quando comparada à jurisdição do Estado. Nesse caso, observamos dois posicionamentos: o que afirma que surgiram de forma concomitante e aquele que defende a ideia de seu surgimento ter ocorrido anteriormente ao da jurisdição estatal.

A primeira parte da doutrina afirma que, por se tratar de ideias bastante antigas, não seria possível definir sua ordem cronológica, defendendo, desse modo, que ambas teriam surgido ao mesmo tempo. Em contrapartida e de forma majoritária, a segunda parte da doutrina afirma ser inconcebível a hipótese anterior, visto que os conflitos que fizeram surgir os meios de acabar com esses problemas já existiam em tempos em que não se utilizava a jurisdição estatal, pois não havia ainda a ideia de criação de um estado. Logo, é inegável que a arbitragem antecedeu a utilização da jurisdição estatal, mas o surgimento desta nada interferiu naquela.

A arbitragem pode ser, então, observada desde aproximadamente 3000 a. C., época em que predominava ainda o período imperial, contudo, se prolongou em diversas épocas, até atualmente ser reconhecida como instituto utilizado de forma generalizada como método de solução de disputas, sendo adotada por quase todos os países do mundo. (ALEM, 2009).

No Brasil, a arbitragem está presente no ordenamento jurídico desde o período colonial. No entanto, naquela época não era tida como um instituto de relevante importância. Quando nos referimos à legislação de nosso País, observamos que, com exceção da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil promulgada em 1891, todas as demais Constituições Federais fizeram referência ao instituto da arbitragem, mesmo que em forma implícita. Ademais, essa menção ao referido instituto não ocorre somente nos textos constitucionais, mas inclusive sendo abordada em leis e regulamentos que embasaram diversos estudos relacionados ao tema. (CARMONA, 2009).

Até meados dos anos 1990, constatava-se que as decisões proferidas por tribunais arbitrais eram, em sua maioria, declaradas nulas, o que revela a fragilidade e a pouca aplicabilidade do instituto àquela época. O gráfico a seguir nos revela uma pequena ideia das modificações ocorridas dentro da arbitragem e demonstra em números sua melhor aceitação após o final da década de 90:

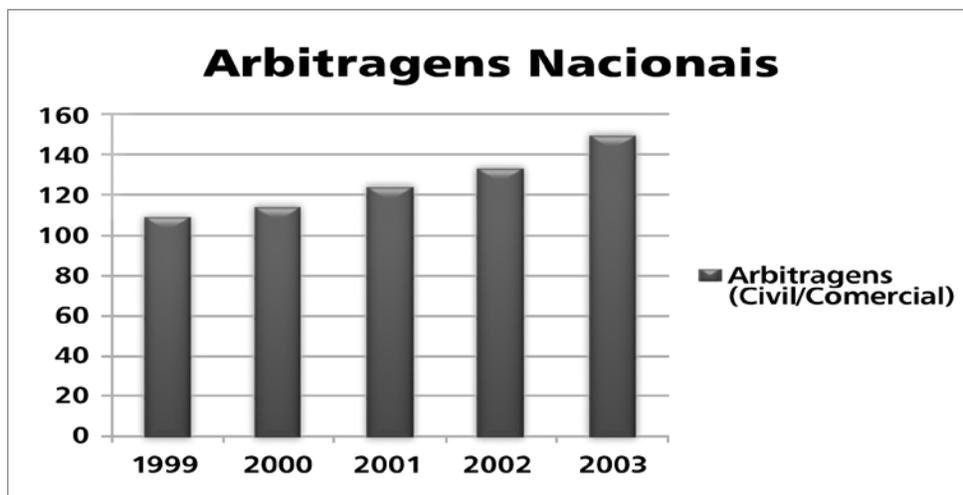


Figura 1. JÚNIOR, Gil Afonso de André. *Arbitragem* – breve comentário. São Paulo, 2013.

É a partir dessa observação que chega-se à conclusão de que a arbitragem, apesar de ter sua precisão estabelecida desde os primeiros ordenamentos brasileiros, nunca teve sua aplicação utilizada com tanta intensidade para a sociedade. Acredita-se que sua ineficácia se dava devido à sua falta de certeza e dificuldades encontradas quanto à sua aplicação. Partindo desse pressuposto, o legislador percebeu a necessidade de esclarecimentos a respeito desse instituto e, buscando torná-lo atuante de maneira coerente, em 23 de setembro de 1996, cria a Lei nº 9.307, atualmente chamada de Lei da Arbitragem e que representa um marco para sua evolução histórica.

### 1.3 Arbitragem: conceitos e características

Definir e caracterizar o meio de solução de conflitos chamado arbitragem, torna-se de extrema importância para seu estudo e entendimento. Por meio do conceito utilizado para apreciar

a arbitragem é que adquire-se uma ideia ou noção de como a coisa é e de como ela vem a funcionar. Daí a importância da análise e avaliação dos diversos conceitos desse instituto que surgiram e se expandiram ao longo do tempo.

A arbitragem figura como um dos métodos alternativos de resolução de conflitos. Trata-se de uma opção mais simples e informal que aquela ofertada pelo Poder Judiciário e que tem como objetivo fundamental a busca e concretização de que trata o tão almejado princípio da celeridade das decisões, conforme determinado pela razoável duração do processo prevista pela EC 45/2004.

O instituto analisado constitui um meio de solução de conflitos realizado fora do Poder Judiciário, no entanto, que possui o condão de produzir seus mesmos efeitos. É considerado o meio mais utilizado de solução privada de litígios na atualidade. Segundo as palavras de José de Albuquerque Rocha sobre o tema:

[...] a arbitragem é forma de exercício da função jurisdicional do Estado por árbitros privados. Por outras palavras, a arbitragem é um sistema privado de resolução de litígios com o mesmo valor do Judiciário, que é o sistema estatal de resolução de conflitos. (2009, p. 88).

Essa equiparação do Poder Judiciário constitui uma das maiores diferenças existentes entre o instituto da arbitragem e os demais meios extrajudiciais de solução de conflitos, sendo eles: mediação (terceiro neutro intervém para aproximar as partes de modo que as elas cheguem a uma solução), conciliação (o terceiro que intervém realiza propostas, para que juntos cheguem à solução do litígio) e a negociação (as partes buscam o diálogo entre si, para sozinhas chegarem a uma solução).

O procedimento adotado por esse instituto se baseia na intervenção de uma ou mais pessoas, alheias ao conflito, conhecidas como árbitros, que recebem poderes do Estado. Esse árbitro deve ser de confiança das partes e escolhido por elas, sem qualquer intervenção estatal, que irão buscar a solução do conflito de forma consensual e amigável.

Outro fator de extrema relevância e que também distingue a arbitragem reside na característica impositiva de suas decisões. Na arbitragem não existe a parcialidade de uma solução. Esse instituto tem caráter facultativo, no entanto, uma vez adotado entre as partes, a decisão proferida pelo terceiro terá caráter obrigatório. Tal fator pode até distanciar-la dos demais meios, contudo, a aproxima da jurisdição exercida pelo Poder Judiciário, buscando decisões mais simples e sempre de modo imparcial. Nesse sentido, considera-se que a arbitragem seria como o exercício de jurisdição por autoridade não estatal.

### ***1.3.1 Objetos e sujeitos envolvidos na relação arbitral***

A prática da arbitragem, como todo instituto jurídico, impõe, àqueles que a utilizarem, os conhecimentos básicos das normas que devem ser observadas e seguidas. Desse entendimento é que verifica-se a necessidade de conhecer os objetos que engloba e os sujeitos que podem figurar em uma relação arbitral.

É inegável o crescimento alcançado pelo uso do instituto, no Brasil, como alternativa ao Poder Judiciário. No entanto, apesar de sua sedimentação em diversos setores, não raro encontra-se diversas outras matérias que poderiam apresentar excelentes resultados com esse método, mas que não o procuram muitas vezes apenas pela falta de conhecimento sobre os meios por ele utilizados. É exatamente o que observa-se no gráfico a seguir, que compara o uso da arbitragem nos processos trabalhistas e nos processos comerciais e civis.

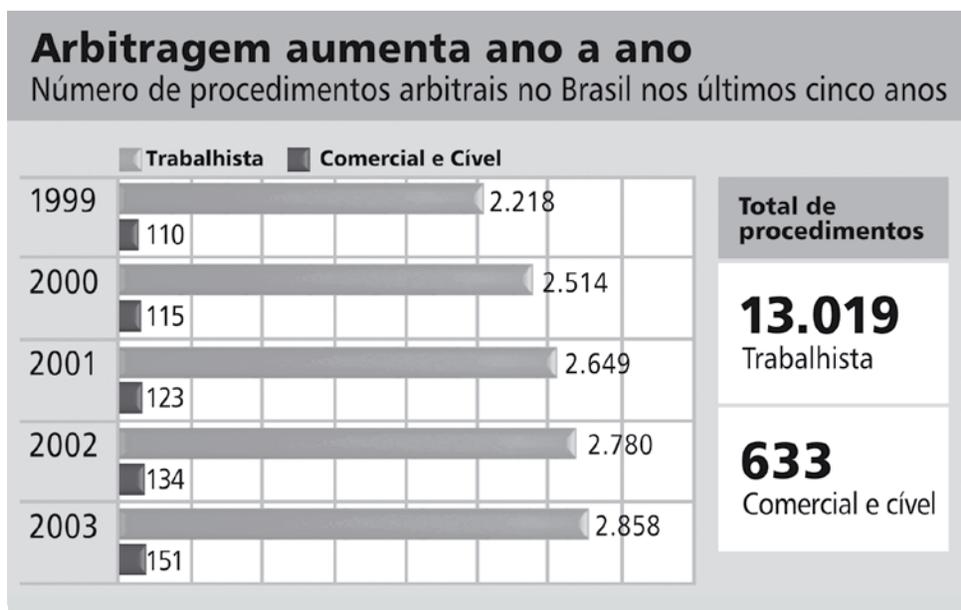


Figura 2. LEMES, Selma Ferreira. *Contratos de Adesão e o Uso da Arbitragem*. São Paulo, 2005.

Através dessa observação, faz-se necessário entender os interesses que podem ou não ser pleiteados em uma relação arbitral. Trata-se de um direito de natureza jurídica publicista. Apesar da ideia inicial, de considerar um acordo celebrado por vontade das partes, levantar a hipótese de ser um direito privado, deve-se observar que esse acordo irá produzir efeitos dentro da esfera do direito público. Portanto, apesar das duas correntes serem defendidas por doutrinadores, aquela que afirma ter natureza jurídica de direito público prevalecerá como doutrina majoritária e será adotada pelo legislador na lei da arbitragem. Com relação ao objeto do litígio, o artigo 1º da Lei 9.307 define plenamente, conforme segue: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Como se vê, a lei não abre nenhuma possibilidade de qualquer direito indisponível poder ser pleiteado diante de um tribunal arbitral.

A arbitragem pode ser aplicada em diversos ramos do direito – como direito do trabalho, direito do consumidor, direito empresarial –, desde que envolvam ações que tenham como objeto apenas direitos patrimoniais disponíveis, conforme expressa determinação legal. Conceituando direitos patrimoniais disponíveis e possíveis de se valerem da arbitragem, afirma Luiz Antônio Caetano:

Todos os direitos que têm conteúdo de ordem patrimonial ou econômica dos quais se pode dispor. Isto é, dar, usar, gozar, negociar, fornecer, comercializar, ceder, emprestar, e mesmo renunciar. Simplesmente todo ato ou fato entre as pessoas, firmas ou empresas particulares que possam ser objeto de qualquer contrato, seja por instrumentos particulares ou públicos, verbais, por cartas, e-mail etc. [...] (2002, p.17 e 57).

Portanto, a lei restringiu muito a abrangência, sendo arbitradas somente aquelas em que o Estado não cria uma proteção específica em virtude dos direitos fundamentais e da coletividade. Ademais, nos casos em que o juiz arbitral, no curso da solução, notar que se trata de direito indisponível, ela deverá ser remetida à apreciação pelo Poder Judiciário, conforme se depreende do art. 25 da Lei 9.307, que segue:

Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral. Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitado em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.

Em relação aos sujeitos, a lei menciona apenas que podem valer-se da arbitragem as pessoas capazes de contratar. A capacidade é considerada o requisito essencial em todos os direitos e obrigações existentes dentro do ordenamento jurídico brasileiro, conforme afirma o Código Civil em seu art. 1º: “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”

No caso da capacidade imposta pelo instituto da arbitragem, é necessário que o sujeito seja plenamente capaz de dispor de seus direitos, não bastando apenas, como afirma o legislador, a capacidade de contratar. Desse modo, é necessário que a pessoa possa realizar o pleno exercício de seus direitos, sem qualquer limitação de capacidade, como por exemplo: idade, física ou psicológica. As limitações em relação a esses fatores se dividem em três grandes grupos essenciais, quando trata-se de pessoa natural, que delimitam a possibilidade ou não dos indivíduos adquirirem ou virem a adquirir capacidade jurídica. Os considerados absolutamente incapazes são aqueles menores de 16 anos ou que, por enfermidade ou doença mental, mesmo que transitória, não puderem exprimir sua vontade (art. 3º, Código Civil de 2002). Os que possuem capacidade relativa são aqueles que se encontram na faixa etária entre 16 e 18 anos, os viciados, os que apresentarem desenvolvimento mental incompleto e, enfim, os pródigos (art. 4º, Código Civil de 2002). Por fim, existem aqueles que são considerados como pessoas absolutamente capazes, por possuírem mais de 18 anos e não se encaixarem em nenhuma das demais características anteriormente mencionadas. Portanto, são passíveis de participar da arbitragem os que já atingiram a maioridade e que não se encaixem em nenhuma das causas de impedimento existentes.

Desse modo, podem figurar como partes na arbitragem as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, desde que seus objetos não se relacionem com direitos indisponíveis e que se encontrem em total conformidade com os dispositivos legais.

### **1.3.2 O árbitro**

Figurando como mais um sujeito dentro da relação de arbitragem, tem-se o árbitro que se diferencia das partes por assumir uma função e alguns poderes na busca da solução de algum conflito. O árbitro, assim como todos os demais que prestam serviços de natureza jurisdicional, deve seguir diversos deveres e obrigações. Ele possui função jurisdicional e difere do juiz de direito por não se exigir concurso público, e pelo fato de ter sua competência delimitada pela vontade estabelecida entre as partes e não por lei. O árbitro deve agir sempre de acordo com diversos institutos já estabelecidos, como: imparcialidade, competência e sigilo no desenvolvimento de suas atividades.

Exerce a função de pessoa responsável pelo correto procedimento da arbitragem, agindo sempre conforme os limites e parâmetros estabelecidos pela lei e seguindo as orientações e interesses das partes, de modo a evitar possíveis anulações que possam ocorrer.

Os requisitos para se tornar árbitro são bastante simples e basta que se trate de uma pessoa absolutamente capaz e que possua total confiança das partes, conforme artigo 13 da Lei 9.307/96. Não há a necessidade de realização de concurso para isso, bastando apenas que não haja restrições específicas referentes ao cargo exercido pela pessoa, a exemplo dos magistrados que não podem ser árbitro durante o exercício de suas atribuições. Com relação às causas de impedimento e suspeição, o artigo 14 da Lei 9.307/96 assim estabelece:

Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juizes, aplicando-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

Com isso, observa-se que o legislador impôs ao árbitro as mesmas condições estabelecidas pelo Código de Processo Civil, de modo a sujeitá-lo às mesmas regras impostas aos chamados juizes togadas, excepcionando apenas o fato de que no caso dos árbitros tais causas não ficam sujeitas a controle pelo Poder Judiciário.

#### 1.4 Tipos de arbitragem

A arbitragem apresenta diversas classificações baseadas em diferentes características. Dentre elas, as mais relevantes são: voluntária ou obrigatória, de direito ou de equidade e *ad hoc* ou institucional.

Quanto à iniciativa das partes, ela pode ser obrigatória, quando for imposta às partes, independentemente de sua vontade, o que difere do que ocorre no Brasil, onde somente se utiliza a arbitragem como caráter voluntário, em que as partes decidem se desejam ou não fazer uso da via arbitral.

Quanto à motivação das decisões, esta pode ser de direito, quando o árbitro se utiliza apenas de regras positivadas, e de equidade, quando o árbitro deve procurar adequar às circunstâncias do caso concreto e decidir sem ter como fundamento a utilização do direito positivo. Ambas são aceitas e utilizadas pelo sistema nacional.

Por fim, quanto às regras processuais adotadas, é possível que a arbitragem se divida em “*ad hoc*”, quando elas são determinadas pelas partes litigantes, e “institucional”, quando as regras são determinadas por uma instituição específica denominada como Tribunal Arbitral.

## 2 RESULTADOS: ACESSO À JUSTIÇA X ARBITRAGEM, LEI 9.307/96: ANÁLISES E PERSPECTIVAS E A ARBITRAGEM E SEUS PRINCÍPIOS BÁSICOS

### 2.1 Acesso à Justiça x Arbitragem

O acesso à justiça constitui um dos temas mais estudados e debatidos por diversos ramos do direito. Para alguns, caracteriza-se como um dever exercido pelo Estado na busca pela conquista da cidadania e efetivação da democracia. Outros acreditam ser uma das bases jurídicas do Estado, de modo a permitir que as pessoas possam buscar a reivindicação de seus direitos e solução de conflitos. É pleiteado como elemento básico dos Direitos Humanos e tem como objetivo a efetivação de direitos decorrentes à Justiça de acordo com cada caso concreto de forma equânime.

O acesso à justiça é considerado como princípio fundamental e procura garantir a possibilidade de que todos tenham acesso a órgãos dentro do Poder Judiciário para efetivar a proteção de seus direitos, conforme se observa com a leitura do artigo 5º, XXXV, Constituição Federal de 1988:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Desde algumas décadas, essa prestação jurisdicional exercida pelo Estado tem, entretanto, enfrentado diversas barreiras na busca da efetivação de direitos. A partir do

constitucionalismo houve uma tentativa de ampliação do acesso à justiça que acabou causando um grande entrave no sistema judicial brasileiro. Atualmente, considera-se que o Poder Judiciário está passando por uma crise de demandas, em que o cidadão figura como um personagem cada vez mais distante do verdadeiro acesso à justiça. A sociedade vem caracterizando a Justiça brasileira como portadora de diversos problemas de difíceis soluções, dentre os quais observa-se:

“[...] velha e antiquada, distante do povo, elitista, refletindo privilégios, não confiável, lenta, acomodada, cerceada, não acessível, não transparente, burocrática, não informatizada, desatualizada, ineficiente, desrespeitosa ao cidadão, instrumento eficaz de punição apenas contra os pobres [...]” (TEIXEIRA, 1994, p.117).

A opinião social acima demonstrada representa a infinidade de problemas enfrentados pela crise do Judiciário brasileiro. Diante disso, surge a necessidade de buscar novos institutos capazes de auxiliar no alcance do ideal de justiça.

A prestação da tutela jurisdicional e o consequente acesso à justiça são prestados majoritariamente pelo Poder Judiciário, mas nada obsta que se busque outras opções extrajudiciais adequadas a garantir a efetivação desse direito, como por exemplo, o uso da arbitragem.

Quando parte-se do pressuposto de eficácia, percebe-se que a Justiça brasileira encontra-se em desacordo com a atual realidade social. A demasiada busca pelo Judiciário, como único órgão de jurisdição, criou um desequilíbrio entre as necessidades da sociedade e a efetivação dos direitos. Daí entende-se o porquê dos meios extrajudiciais de conflitos voltarem a ganhar atenção, por se tratarem de uma possibilidade concreta de resolução de litígios que o Judiciário, no momento, encontra-se incapaz de resolver.

Diante de todos esses acontecimentos, o Judiciário brasileiro está abandonando a antiga visão de monopólio da jurisdição, de modo a tentar encontrar respostas para a insatisfação com ele. E é essa conscientização que tem levado à ampla aplicação do instituto da arbitragem como alternativa ao Judiciário.

A jurisdição arbitral é aquela exercida em paralelo pela estatal, que como já visto anteriormente, apesar de sua parte privada, possui os requisitos essenciais ao atendimento das necessidades de tutela jurisdicional. Dentro dessa visão, a arbitragem apresenta vantagens essenciais à melhoria na crise de demanda, dentre elas: a celeridade, o caráter de título extrajudicial, a irrecorribilidade e a obrigatoriedade da sentença.

A maior celeridade das decisões representa uma das grandes vantagens, quando comparada à extrema morosidade que se acompanha em busca da prolação de uma sentença definitiva dentro do Poder Judiciário.

A característica de título extrajudicial configura uma das grandes inovações trazidas pela Lei 9.307/96, ao desconsiderar que todas as sentenças arbitrais necessitem de homologação pelo judiciário e confere mais credibilidade ao instituto no País.

A irrecorribilidade pode ser considerada um dos fatores que auxiliam na celeridade, visto que impossibilita o recurso de decisão arbitral, evitando, assim, a longa espera que se observa quando há a interposição de recursos dentro das instâncias do Poder Judiciário.

Por fim, a obrigatoriedade da sentença que configura uma estabilidade e segurança às decisões dos tribunais arbitrais. Cabendo aos tribunais estatais apenas o controle sobre os requisitos formais exigidos pelo instituto, fato esse que, conforme se observa no gráfico a seguir, reduziu de maneira significativa a anulação das sentenças arbitrais, que impedem a celeridade e a eficácia do acesso à justiça:

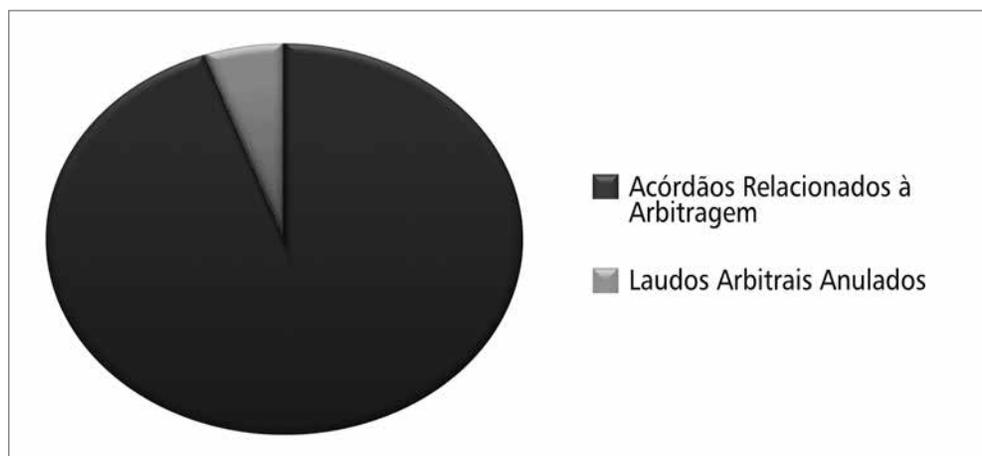


Figura 3. JÚNIOR, Gil Afonso de André. *Arbitragem – breve comentário*. São Paulo, 2013.

Portanto, o procedimento arbitral e demais meios extrajudiciais de conflitos existem e são medidas capazes de promover uma melhoria dentro do Judiciário brasileiro, restando apenas que sejam observadas todas as condições peculiares a cada caso concreto, de modo a viabilizar sua aplicação.

## 2.2 Lei 9.307/96: análises e perspectivas

A arbitragem para o direito brasileiro pode ser dividida em dois grandes momentos: antes e depois da criação da Lei 9.307/96 (Lei da Arbitragem). O instituto, que antes da lei não passava de meras previsões dentro do ordenamento e de pouquíssima aplicação prática, passa por acontecimento extremo e que lhe impulsiona a outro padrão no Brasil. A lei da arbitragem difunde por vários setores esse instituto, que havia ficado esquecido, e faz surgir a expectativa de uma solução.

Foram várias as tentativas de se criar um ordenamento específico para regular o instituto da arbitragem no Brasil e superar os obstáculos percebidos durante sua utilização. Foram três anteprojetos, durante os anos de 1981, 1987 e 1988, no entanto, que não passaram de tentativas na busca da tão necessária lei da arbitragem. (CARMONA, 2009).

Findados todos esses projetos, em 1991 surgiu o marco principal da evolução do direito arbitral: a operação Arbitrer. Essa operação ocorreu após a observação de que a mudança deveria partir da sociedade e não de componentes do governo. Era necessário que o projeto fosse realizado com o intuito de atender às necessidades daqueles que realmente necessitavam de um meio alternativo confiável e eficaz de solução de conflitos. Foi então que com o apoio, sugestões e incorporações ao texto, o anteprojeto foi apresentado e aprovado. A diferença essencial se caracterizou pelo apoio buscado, não só no âmbito nacional como internacionalmente, e pelo cuidado para que seu texto não trouxesse qualquer inovação radical para o instituto. O trecho do parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania que segue revela sua importância e seu diferencial:

[...] é fruto do estudo e empenho dos setores mais interessados da própria sociedade em levar adiante as novas ideias para a implantação de uma justiça, em sentido amplo, ágil, segura e técnica, além de pouco onerosa e informal. Para a elaboração do projeto, consultaram-se as mais modernas legislações sobre arbitragem e levaram-se em conta as diretrizes de organismos internacionais, dentre elas as fixadas pela ONU (Lei Modelo sobre Arbitragem

Comercial, da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional – Unictrial), além das convenções de Nova Iorque (1958, não firmada pelo Brasil) e do Panamá (1975, firmada, mas, não ratificada pelo Brasil). (LIMA, 1994, p.105-106).

Trazendo diversas inovações e um embasamento jurídico diferenciador, surge a Lei da Arbitragem, composta por 7 capítulos e 44 artigos que deram uma nova roupagem e finalmente fizeram ressurgir o instituto da arbitragem, tornando-se um marco indispensável à sua consolidação.

### 2.3 A arbitragem e seus princípios básicos

Exatamente como ocorre com a maioria dos institutos adotados pelo sistema jurídico brasileiro, a arbitragem também consagra diversos princípios norteadores que se configuram com o objetivo de facilitar o seu entendimento e utilização por aqueles que assim desejarem. Aqueles que melhor caracterizam o instituto são os seguintes:

a) Princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional: inicialmente, observa-se que esse princípio é causador de diversas polêmicas existentes dentro da jurisdição arbitral. Com o surgimento do instituto da arbitragem se questionou a respeito da possibilidade de se afastar a prestação jurisdicional do Estado, visto que a decisão proferida pelo juízo arbitral possui caráter obrigatório e, uma vez as partes aderindo ao instituto, devem agir com total conformidade ao que for decidido durante a resolução dos conflitos.

Essa ideia fez surgir muitos estudos sobre o tema, até que chegou-se à conclusão de que o instituto da arbitragem não afasta o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional. A decisão arbitral possui sim caráter obrigatório (só tem eficácia jurídica quando homologada), no entanto, o instituto da arbitragem é voluntário, fato esse que dá a opção aos litigantes de procurarem ou não a prestação jurisdicional exercida pelo estado. Logo, não há que se falar em afastabilidade da jurisdição.

O princípio se caracteriza como sendo a impossibilidade que qualquer conflito existente dentro do ambiente social tenha sua apreciação afastada do Poder Judiciário. Portanto, é assegurado às pessoas o devido acesso à prestação jurisdicional, com o objetivo de terem seus direitos assegurados e protegidos. Trata-se de mais um princípio explicitamente assegurado pelo dispositivo constitucional em seu artigo 5º, XXXV.

b) Princípio do devido processo legal: ressalta o caráter jurisdicional da arbitragem ao estabelecer que, mesmo as partes podendo utilizar os procedimentos que lhes forem convenientes, há uma limitação a esse direito de escolha garantido por esse princípio. O direito pleiteado pelas partes não é suficiente, sendo necessário que para se atingir o que se pretende sejam observadas diversas regras que regulam o processo e garantem a proteção dos direitos fundamentais, exatamente como ocorre no órgão jurisdicional. Sua previsão ocorre de forma explícita na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, LIV, conforme segue: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

c) Princípio do livre convencimento motivado: se baseia especificamente no julgamento feito pelo juiz que o prende àquilo que se encontra dentro dos autos, vinculando os elementos que existem dentro do processo. O juiz aplica a lei de acordo com o caso concreto e, dessa forma, como elemento de formalidade existente no Judiciário, ele deve sempre motivar, fundamentar suas decisões. Assim, é necessário que não haja apenas a fundamentação legal de sua decisão, mas também argumentos e justificativas que deixem completamente esclarecido, para as partes e demais envolvidos no processo, o teor de suas decisões, sejam elas quais forem. Esse princípio encontra sua previsão legal na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 93, IX, a seguir:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

d) Princípio da imparcialidade: esse princípio é tido como pressuposto de validade para todas as hipóteses em que se prevê a tomada de uma decisão, pelo juiz, dentro do ordenamento. Caracteriza-se como sendo a posição que deve ser adotada pelo juiz como equidistante das partes e alheia aos interesses por elas pleiteados. O juiz deve agir de modo a não influenciar as partes e sem permitir que as suas convicções pessoais venham a interferir em seu julgamento, de modo a comprometer a imparcialidade. Também é utilizado pela jurisdição estatal.

e) Princípio da autonomia da vontade: é considerado um dos pilares fundamentais do instituto da arbitragem, mas, ao mesmo tempo, o motivo de diversos questionamentos travados dentro do direito arbitral quando nos referimos à natureza jurídica da arbitragem. Conforme discutido anteriormente, a autonomia da vontade se caracteriza como sendo a parte privada existente dentro da natureza jurídica desse instituto.

Caracteriza-se pela ampla liberdade conferida às partes ao lhes proporcionar não só o direito de escolha, se querem ou não se submeter à arbitragem (arbitragem voluntária), mas inclusive o direito de escolha das regras e procedimentos, dentro das possibilidades legais, que devem ser adotadas na solução do conflito (arbitragem *ad hoc*);

f) Princípio da autonomia (cláusula compromissória): é um princípio específico do instituto da arbitragem e consiste no fato de desvincular as cláusulas compromissórias dos contratos que lhes deram origem, de sorte que elas permaneçam de modo independente e autônomo.

Consiste em uma exceção à regra de que o acessório segue o principal e impede que a cláusula compromissória seja atingida por ocasionais vícios de nulidade, invalidade ou inexistência provenientes do próprio contrato. Diferentemente de alguns princípios anteriormente citados, o princípio da autonomia da cláusula compromissória não encontra previsão legal no texto constitucional. Por se tratar de princípio caracterizador do próprio instituto, tem sua previsão legal estabelecida por lei específica, nesse caso, pela Lei da Arbitragem, no 9.307, artigo 8º, a seguir:

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.

Logo, são princípios fundamentais de direito e princípios gerais do processo que podem ser observados no âmbito da Constituição Federal ao tratar dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Contudo, também estão inseridos nesse rol exemplificativo princípios característicos do procedimento arbitral e que figuram como seus princípios básicos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

São diversos os meios extrajudiciais de disputas, dentre eles o instituto da arbitragem que, conforme observa-se, iniciou de forma tímida, sem qualquer alcance significativo dentro do

direito brasileiro. No entanto, com a criação da Lei da Arbitragem, esta passa a ser vista como uma esperança ao entrave em que se encontra o atual Poder Judiciário.

São muitos os debates e as polêmicas a respeito do tema, mas isso não impossibilita que o instituto seja aplicado em concomitância com o órgão Judiciário na busca do efetivo acesso à justiça. O estudo revela que a arbitragem, a partir da promulgação da Lei 9.307 em 1996, trouxe diversos novos instrumentos capazes de promover uma segurança e confiabilidade para aqueles que dela se utilizarem. Trouxe consigo princípios inovadores e que promoveram novas observações dentro do antigo modelo de justiça existente, causando sua modernização e a consequente incorporação de ideias passíveis de atender aos interesses sociais.

A jurisdição privada invadiu certo espaço dentro da ordem jurídica brasileira, sendo indiscutível a importância que esse instituto conquistou e, de forma gradual, porém eficiente, vem adquirindo lugar de destaque na busca de proteção aos direitos e deveres dos indivíduos de nossa sociedade. A arbitragem tornou-se instrumento de extrema relevância quando nos referimos ao acesso à justiça, de modo que criou-se uma real expectativa de possibilidade de resolução do entrave atualmente existente no Judiciário do Brasil.

## REFERÊNCIAS

- ALEM, Fábio Pedro. **Coleção Prática do Direito: Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ANDRÉ JÚNIOR, Gil Afonso de. **Arbitragem** – breve comentário. São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.floraecamargo.adv.br/2013/04/arbitragem-breve-conceito/>>.
- BONFIM, Ana Paula Rocha do. et. al. **Dez Anos da Lei de Arbitragem: aspectos atuais e perspectivas para o instituto**. Lumen Juris, 2007.
- BORGES, Antônio de Moura. **Perspectivas da Arbitragem no Brasil**. 3. ed. Brasília. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-dos-estudantes-de-direito-da-unb/3a-edicao/perspectivas-da-arbitragem-no-brasil/>>.
- BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília.
- BREVES Notas Sobre os Modos de Solução de Conflitos de Interesses. **Revista de Processo**. nº 42, 2011.
- CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação**. São Paulo, 2002.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LEITE, Francisco Tarciso. **Arbitragem, Mediação e Conciliação no Direito Privado Patrimonial Brasileiro: instrumentos jurídicos para a solução de conflitos na sociedade brasileira contemporânea**. UNIFOR, 2008.
- LEMES, Selma Ferreira. **Contratos de Adesão e o Uso da Arbitragem**. São Paulo, 2005. Disponível em: <[www.taesp.com.br/noticias.htm](http://www.taesp.com.br/noticias.htm)>.
- LIMA, Cláudio Vianna de. **Arbitragem: a solução**. São Paulo: Forense, 1994.
- LIMA JÚNIOR, José Natan Bezerra. **A Arbitragem em Face da Decadência do Poder Judiciário**. Premium, 2002.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Forense, 2006.

MÉLO, Francilene Lucena. **Arbitragem Brasileira e Princípios Constitucionais**. Campina Grande, 2001. 190 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2001.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Do Direito Fundamental de Acesso à Justiça**. v. 10. Londrina: Scientia Iuris, 2006.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SADDI, Jairo. **Poder Judiciário: reforma ou ruptura?** São Paulo. Disponível em: <[http://www.dcomercio.com.br/especiais/outros/digesto/digesto\\_21\\_especial/05.htm](http://www.dcomercio.com.br/especiais/outros/digesto/digesto_21_especial/05.htm)>.

SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à Justiça e Arbitragem: um caminho para a crise do Judiciário**. Manole, 2005.

SILVA, Gustavo Pamplona. **Arbitragem: aspectos gerais da Lei 9.307-96**. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/arbitragem-aspectos-gerais-da-lei-9307-96>>.

## ***THE EVOLUTION OF ARBITRATION AS GUARANTEE OF ACCESS TO JUSTICE***

**Abstract:** *The non-judicial means of resolving conflicts have arisen and been perfected over time as a way to promote and improve relations that need the court's protection. The concept of arbitration comes from ancient times and reappears in Brazil and the world, as a possibility to facilitate conflict resolution and reduce the problems that make reference to the principle of access to justice. This study was conducted from literature and use of legislation and doctrine specific to the matter. With the advent of Brazil's Law 9.307/96, known as the law of arbitration, the institute gains a new and vital space within the Brazilian legal system. New objects are set to be examined, procedural subjects with different characteristics, as the referee, and new concepts are set out in search of a better understanding and use of the theme.*

**Keywords:** *Non-judicial means of dispute resolution. Arbitration. Access to Justice. Law 9.307/96.*

Data de recebimento: **maio/2013** – Data de aprovação: **jun/2013**

# ALGUNS ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES SOBRE AS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NO BRASIL

**Sabrina de França Damasceno**

Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pelo Damásio Educacional.

Artigo sob orientação do prof. Ms. Felipe dos Reis Barroso (FA7).  
sabrinafd@hotmail.com

**Sumário:** Introdução. 1. Conceituação e Histórico das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte no Brasil. 2. Características Relevantes das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Conclusão.

**Resumo:** Neste artigo, procura-se examinar alguns aspectos jurídicos relevantes das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte no Brasil, atualmente regulamentadas pela Lei Complementar 139/11. Faz-se excursão sobre a conceituação e logo após discorre-se sobre as características relevantes, os benefícios tributários, trabalhistas, previdenciários e o acesso às compras governamentais.

**Palavras-chave:** Pequena Empresa. Conceituação. Características.

## INTRODUÇÃO

Atualmente, a empresa exerce papel de grande importância econômica e social, por ser fonte geradora de riquezas, produtos e serviços, bem como de postos de trabalho. Além disso, estimula o sistema de livre concorrência e compõe relações jurídicas.

Essa importância não se restringe apenas às grandes empresas, mas também às microempresas, às empresas de pequeno porte e aos pequenos empreendedores, por serem fundamentais ao desenvolvimento do país.

A abertura de novos negócios é essencial para o desenvolvimento do país. Entretanto, apenas vontade e coragem não são suficientes para que o empreendimento tenha êxito, visto que para se obter sucesso é fundamental conhecer os aspectos e as fases que envolvem a abertura de um negócio, a legislação aplicada, as oportunidades de mercado, assim como competência, vontade, coragem e afinidade com a atividade. (NUNES, 2009, p. 42).

A pesquisa foi, essencialmente, bibliográfica, tendo sido pesquisados os autores mais relevantes sobre o assunto.

Inicia-se com a conceituação das pequenas empresas. Em seguida, é demonstrado o tratamento diferenciado assegurado a elas. Ao final, são apresentadas as conclusões.

## **1 CONCEITUAÇÃO E HISTÓRICO DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NO BRASIL**

A empresa representa, hoje, um dos principais pilares da economia moderna por ser grande fonte de postos de trabalho, geradora de riquezas e rendas tributárias, fornecedora de produtos e serviços em geral, além de motor do sistema da livre concorrência, dentre muitas outras funções.

Tal importância não é atributo apenas das grandes empresas, mas também das microempresas, empresas de pequeno porte, assim como dos pequenos empreendedores.

O tempo tem mostrado que a abertura de novos negócios, baseados na criatividade e no dinamismo do cidadão brasileiro, é fundamental para o desenvolvimento do nosso país. No entanto, apenas vontade e coragem não são suficientes para o sucesso de um empreendimento. O novo empresário precisa conhecer os aspectos e as fases que envolvem a abertura de um negócio, as oportunidades do mercado e, principalmente, a legislação pertinente. Esses fatores, aliados à afinidade com a atividade a ser desenvolvida e à competência gerencial, são fundamentais para o sucesso do negócio (Nunes, 2009, p. 292).

Para os efeitos da LC nº 123/06, em seu artigo 3º, consideram-se “microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

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

II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).”

§ 4º. Não se inclui no regime diferenciado e favorecido previsto nesta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica;

II - que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;

III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do *caput* deste artigo;

IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do *caput* deste artigo;

V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do *caput* deste artigo;

VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;

VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica;

VIII - que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;

- IX - resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;
- X - constituída sob a forma de sociedade por ações.

Para fruir os benefícios do Estatuto Nacional da Microempresa e de Empresa de Pequeno Porte, é indispensável estar devidamente registrado no Registro de Empresas Mercantis; obviamente, não há do que se falar em Registro Civil de Pessoas Jurídicas, nem mesmo Registro Civil de Pessoas Naturais, o que não atende, em nada, à regra do artigo 3º. Justamente por isso, o profissional autônomo não se beneficiará desta Lei Complementar 123/06; só o empresário, isto é, o titular de empresa, devida e regularmente registrado na respectiva Junta Comercial (Mamede, 2007, p.13).

No intuito de proteger as empresas, comerciais, industriais ou civis, de regulamentos e portarias a que se submetiam tanto os pequenos empreendimentos como as grandes empresas, é que no ano de 1979, o Brasil inicia um processo de desburocratização. Isso se deu porque, ou as microempresas optavam pela sonegação de impostos e fraude administrativa, ou estavam fadadas ao insucesso.

Nesse sentido, houve a sistematização e a uniformização das normas que versavam sobre as microempresas, já que até então somente existiam leis esparsas referentes a casos específicos.

Foi então que, em 1984, surgiu o primeiro Estatuto da Microempresa (Lei 7.256/84) que trazia alguns benefícios tributários, administrativos, trabalhistas, previdenciários, creditícios e de desenvolvimento empresarial para os microempresários. Essa lei teve a vigência de quase uma década. De lá para os dias atuais, houve a criação de uma sucessão de estatutos que tratam dos micro e pequenos empreendimentos, mas seus sucessores aproveitavam sempre sua estrutura, modificando apenas o conteúdo.

Em 1988, os ideais consagrados no referido Estatuto da Microempresa são absorvidos pelo legislador constituinte, e a Carta Magna passa a considerar tratamento favorecido para os pequenos empreendedores como um dos princípios gerais da atividade econômica (art. 170, IX).

Posteriormente, foi editada a Lei nº 8.864/94, que criava o Estatuto de Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. A grande inovação desta lei foi que ela trouxe a figura da empresa de pequeno porte, visando tornar mais lento e gradual o caminho do pequeno empreendedor do regime jurídico-empresarial simplificado para o regime jurídico-empresarial geral.

Pouco tempo depois, surge a Lei nº 9.317/96, que instituiu o SIMPLES (sistema integrado de pagamento de impostos e contribuições das microempresas e empresas de pequeno porte). Essa prerrogativa consiste na possibilidade do pagamento de vários tributos mediante um recolhimento único mensal, o que, a um só tempo, diminui a carga tributária e elimina certas exigências burocráticas decorrentes da arrecadação fiscal.

Passados mais alguns anos, o Brasil edita a Lei nº 9.841/99, que revoga as leis anteriores sobre o tema e institui o novo Estatuto da ME e EPP, com exceção à lei do SIMPLES, que continua em vigor.

Mais adiante, o Código Civil de 2002 determina em seu art. 970 matéria sobre o assunto. Alguns anos depois, a Emenda Constitucional nº 42, batizada de Reforma Tributária, determinou que a definição de tratamento favorecido e simplificado para as MEs e EPPs fosse feita por lei complementar (art.146, inciso III, alínea “d”, da CF/88).

Seguindo a nova disposição constitucional, foi editada a Lei Complementar nº 123/06, batizada de Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas, que passou a ser o nosso novo Estatuto das MEs e EPPs.

Atualmente, está em vigor a Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011, que altera dispositivos da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e dá outras providências.

## **2 CARACTERÍSTICAS RELEVANTES DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE**

### **2.1 Benefícios Tributários**

Segundo Tomazette (2011, p. 55-56), é bem provável que a circunstância mais importante para a tomada de decisão do enquadramento como microempresa e empresa de pequeno porte é o tratamento tributário diferenciado, que abrange, essencialmente, um regime especial unificado de arrecadação de tributos e contribuições devidas. A intenção é tornar mais simples o recolhimento tributário, fazendo-o de forma unificada e não de forma repartida entre os vários tributos. Esse pensamento de simplificação é claro no próprio nome adotado pelo sistema, SIMPLES Nacional.

O art. 13, da Lei Complementar 123/06, dispõe que o SIMPLES Nacional envolve a arrecadação conjunta, em um único documento, dos valores que seriam pagos de forma individualizada a título de:

Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), PIS/PASEP, Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) e a contribuição previdenciária patronal incidente sobre a folha de salários, com ressalvas em relação a algumas prestadoras de serviços.

A junção de todos esses recolhimentos em um único documento efetivamente mostra uma simplificação das obrigações e provável diminuição de valores a pagar. Não obstante, em certos casos, a própria Lei Complementar 123/06 estabelece o recolhimento separado de certos tributos e contribuições.

Desse modo, a escolha pelo SIMPLES Nacional não afasta o dever de recolhimento em separado dos tributos referidos no art. 13, § 1º, da referida lei, como o Imposto sobre Operações Financeiras, o Imposto de Importação, o Imposto de Exportação, o Imposto Territorial Rural, o IR relativo aos rendimentos ou ganhos líquidos auferidos em aplicações de renda fixa ou variável, e relativo a ganhos de capital auferidos na alienação de bens do ativo permanente, a contribuição para o FGTS, a contribuição previdenciária relativa aos trabalhadores, a contribuição previdenciária relativa à pessoa do empresário, o Imposto de Renda relativo aos pagamentos efetuados, a Contribuição para o PIS/PASEP, COFINS e IPI incidentes na importação de bens e serviços e demais tributos de competência da União, dos Estados, do Distrito Federal (IPVA) ou dos Municípios (IPTU).

Afora isso, existe também a obrigação de recolhimento do ICMS nos casos de substituição tributária, como também o devido por terceiro, cujo recolhimento fica sob responsabilidade do enquadrado; o ICMS sobre petróleo, incluindo lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados; energia elétrica, quando não reservada à comercialização ou industrialização; e também no desembaraço aduaneiro, na aquisição ou conservação em estoque de mercadoria desacobertada de documento fiscal, na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal, nas operações com mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do

recolhimento do imposto. De maneira semelhante, também existe o dever de recolhimento do ISS nos casos de substituição tributária e na importação de serviços (TOMAZETTE, 2011, p. 56).

As pequenas empresas optantes pelo SIMPLES Nacional ficam isentas do pagamento das outras contribuições estabelecidas pela União, inclusive as contribuições para as entidades privadas de serviço social e de formação profissional sujeitas ao sistema sindical (SESC, SENAC, SESI, SENAI). Por outro lado, as que preferirem o sistema do SIMPLES Nacional não podem se atribuir nem ceder créditos referentes a impostos (ICMS, IPI) ou contribuições (COFINS), como dispõe a Lei Complementar 123/06, art. 23: “As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional”. Eles também não poderão aproveitar ou destinar qualquer valor a título de incentivos fiscais, conforme previsto na Lei Complementar 123/06, art. 24: “As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não poderão utilizar ou destinar qualquer valor a título de incentivo fiscal”.

De certo modo, a grande inovação que decorreu da LC nº 123/06 foi a criação do SIMPLES NACIONAL, um sistema unificado de recolhimento mensal de impostos e contribuições federais, estaduais e municipais, elaborado de acordo com o disposto do parágrafo único, do artigo 146, alínea “d”, da Constituição Federal:

Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que:

I – será opcional para o contribuinte;

II – poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por Estado;

III – o recolhimento será unificado e centralizado e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento;

IV – a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes.

Com isso, as pequenas empresas optantes pelo SIMPLES NACIONAL recolhem mensalmente, de forma unificada e centralizada, todos esses tributos federais, estaduais e municipais, ficando a União (através da Receita Federal) responsável pela distribuição imediata da quantia relativa aos devidos entes (Estados e Municípios), sendo proibido guardar ou condicionar o repasse desses valores sob qualquer pretexto. (RAMOS, 2009, p. 180).

## 2.2 Benefícios Trabalhistas

Como se não bastasse a burocracia inseparável das circunstâncias tributárias, sabe-se que, do mesmo modo, os empresários são forçados a atender a uma enorme burocracia relativa a seus compromissos na qualidade de empregador. Essas formalidades têm um custo alto para o empresário, o que terminou criando a necessidade de um tratamento diferenciado dessas circunstâncias para as microempresas e empresas de pequeno porte, em atendimento à Constituição Federal. (TOMAZETTE, 2011, p. 57-58).

Assim, quem se enquadra como microempresa ou empresa de pequeno porte fica dispensado pela Lei Complementar 123/06, art.51:

da fixação de quadro de trabalho em suas dependências; da anotação das férias dos empregados nos respectivos livros ou fichas de registro; de empregar e matricular seus aprendizes nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem; da posse do livro intitulado ‘Inspeção do Trabalho’; e de comunicar ao Ministério do Trabalho e Emprego a concessão de férias coletivas.

Segundo Tomazete (2008, p. 58), contudo, essa simplificação dos deveres trabalhistas é parcial, não compreendendo outros deveres como:

a anotação na CTPS dos seus empregados, o arquivamento dos documentos comprobatórios de cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, enquanto não prescreverem essas obrigações, a apresentação da GFIP – Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social –, apresentação das Relações Anuais de Empregados e da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) e do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED).

Ademais, no que concerne aos aspectos trabalhista, sanitário, ambiental e de segurança, é disposto na legislação que a fiscalização das microempresas e empresas de pequeno porte deverá possuir natureza prioritariamente orientadora, quando a atividade ou situação, por sua essência, proceder grau de risco compatível com esse modo de atuar. (MAMEDE, 2007, p. 116).

Feitas essas observações, passa-se à análise das regras trazidas pela Lei Geral. Segundo o seu art. 50: “as microempresas e as empresas de pequeno porte serão estimuladas pelo poder público e pelos Serviços Sociais Autônomos a formar consórcios para acesso a serviços especializados em segurança e medicina do trabalho”. (Redação dada pela Lei Complementar nº 127, de 2007).

O referido artigo se refere a mais uma norma programática da lei, que somente traça diretrizes gerais de atuação ao poder público com a finalidade de fazer efetivar os objetivos da lei. O dispositivo, além de propagar uma determinação ao Poder Executivo, confere a ele, para exercício desse mister, o privilégio de instrumentalizar a estimulação pretendida por meio de normas legais e até mesmo infralegais. Desse modo, cabe ao Poder Executivo, por meio de suas Secretarias e Ministérios, editar Portarias, Resoluções, Instruções Normativas, entre outros atos normativos secundários, com a finalidade de tornar menos burocrático o acesso aos serviços de medicina e segurança do trabalho por parte dos microempresários e dos empresários de pequeno porte. (RAMOS, 2009, p. 166).

Afora isso, processualmente é autorizado que o empregador de microempresa ou de empresa de pequeno porte não compareça por si mesmo às audiências, tendo a possibilidade de fazer-se substituir ou representar perante a Justiça do Trabalho por terceiros que tenham conhecimento dos fatos, mesmo que não possuam vínculo trabalhista ou societário com o empresário enquadrado como microempresa ou empresa de pequeno porte. (TOMAZETTE, 2011, p. 58).

É válido ressaltar o fato de que a Lei Geral conservou o já conhecido critério da “dupla visita”, em regra, para lavratura de autos de infração, dispondo, no art. 55, §1º, que:

será observado o critério de dupla visita para lavratura de autos de infração, salvo quando for constatada infração por falta de registro de empregado ou anotação de Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, ou, ainda, na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização.

Observe-se que a Lei Geral, em contraposição ao que fazia o Estatuto anterior, não limitou a aplicação do critério da “dupla visita” apenas à fiscalização trabalhista, o que nos leva à interpretação de que tal critério deverá ser aplicado no âmbito de todas as fiscalizações, mencionado no *caput* do art. 55, ou seja, a trabalhista, metrológica, sanitária, ambiental e de segurança. Decorre do princípio que constatado o descumprimento, por parte de uma ME ou EPP, de determinada obrigação numa dessas áreas, os fiscais devem inicialmente orientar o microempresário ou empresário de pequeno porte, somente devendo autuá-lo, regra geral, em caso de reincidência. Resumindo, “a fiscalização deve visitar as MEs e EPPs para instruí-las, e não para sancioná-las. Somente quando da constatação ulterior do desrespeito à orientação, terá lugar o apenamento”. (RAMOS, 2009, p. 169).

Dando aplicação à ideia geral de simplificação das obrigações, o art. 51 da Lei Geral dispõe, diretamente, sobre a desobrigação do cumprimento de algumas obrigações acessórias previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, tais como a manutenção de livro de inspeção do trabalho (art. 628, § 1º, da CLT) e a anotação de férias em livro ou ficha (art. 135, § 2º, da CLT) (RAMOS, 2009, p. 166). No que concerne às regras trabalhistas, Ramos (2009, p. 165) afirma que:

a Lei Geral, embora tenha inovado em alguns pontos em relação ao Estatuto anterior, ainda foi muito tímida, mais uma vez ignorando a patente realidade de que muitos microempresários e empresários de pequeno porte não suportam os altos custos da folha salarial, o que faz preferir, na maioria das vezes, a contratação informal. Ocorre que, futuramente, esses contratos de trabalho informais serão reconhecidos pela Justiça do Trabalho, que condenará esses pequenos empreendedores a pagar altas indenizações. É assim que ocorre na prática, e por isso a Justiça do Trabalho é vista por boa parte do meio empresarial como uma das grandes inimigas do empreendedorismo. Cabia ao legislador ter previsto normas mais eficazes para combater essa realidade prática, desonerando a folha salarial das MEs e EPPs, por exemplo, o que estimularia a contratação regular e aumentaria os índices de empregos formais no Brasil. Tomara que essas regras ainda venham um dia, quem sabe no tão esperado momento em que o Congresso Nacional aprove a Reforma Trabalhista.

Como se percebe, a doutrina reconhece a evolução que decorre das disposições da Lei Complementar 123/06, mas propõe que as vantagens ainda sejam ampliadas.

### 2.3 Benefícios Previdenciários

Afora isso, ela garante aos pequenos empresários a desobrigação:

do recolhimento das contribuições sindicais de que trata a Seção I do Capítulo III do Título V da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), das contribuições de interesse das entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical (terceiros), das contribuições para o salário-educação e das contribuições instituídas pela Lei Complementar 110/01. (TOMAZETTE, 2011, p. 59).

Semelhantes isenções valem por, no máximo, três anos. A intenção aqui é estimular a realização, segundo as formalidades, das atividades do pequeno empresário. Ressalte-se que, repetindo o que prevê a Lei Complementar 123/06, em seu artigo 52:

a anotação na CTPS dos seus empregados, o arquivamento dos documentos comprobatórios de cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, enquanto não prescreverem essas obrigações, a apresentação da GFIP – Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social –, apresentação das Relações Anuais de Empregados e da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) e do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED).

Por esse aspecto, vale salientar que a simplificação do regime previdenciário aplicável às pequenas empresas não tem um resultado satisfatório perante o que consta no artigo 179 da Carta Magna, uma vez que a simples dispensa de algumas obrigações acessórias é ineficaz para dar total efetividade à norma encartada no referido artigo. O ideal seria estabelecer um regime jurídico previdenciário verdadeiramente especial para as pequenas empresas.

### 2.4 Benefícios no Acesso às Compras Governamentais

De acordo com Tomazette (2008, p. 59), tendo em vista a ordem constitucional de se conferir tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, a Lei Complementar 123/06 assegura um tratamento diferenciado no que diz respeito ao acesso ao mercado, somente para as aquisições públicas, uma vez que não poderia haver imposição de

regras diferenciadas de contratação para os particulares. Essas regras tentam tornar mais simples e incentivar a atuação de microempresas e de empresas de pequeno porte nessas situações.

O art. 44 da Lei Complementar 123/06 dispõe que “nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte”. A norma em questão inova bastante, mas precisa ser explicada com mais precisão.

De início, como uma regra geral para todas as licitações, a Lei Complementar 123/06 (art. 42) determina que nas licitações públicas a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte apenas será exigida quando da assinatura do contrato. Torna mais simples, assim, o procedimento para as microempresas e empresas de pequeno porte participarem de certames licitatórios, não havendo a necessidade de comprovação da regularidade fiscal desde o início do certame.

Todavia, é proibida a inabilitação da ME e da EPP se sua documentação contiver qualquer restrição no que atinge à regularidade fiscal, ocorrência em que será garantido o prazo de dois dias úteis, cujo termo inicial equivale ao momento em que o proponente for anunciado o vencedor do certame, prorrogáveis pelo mesmo período, para a regularização da documentação. Não se desobriga a regularidade fiscal, apenas se dá mais prazo para a comprovação dessa regularidade fiscal. (NOHARA, 2007, p. 290).

Nessa circunstância, entende-se por empate, de acordo com a lei, as situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada. O que ocorre não é precisamente um empate, mas uma proximidade entre os preços ofertados, que, nesse caso, será obrigado a ser tratado como empate e haverá preferência para a contratação de uma ME ou EPP. (NOHARA, 2007, p. 293).

Ocorrendo esse “empate” (Lei Complementar 123/06, art.45), a ME ou EPP melhor classificada poderá apresentar uma nova proposta por preço inferior àquela vencedora da disputa. Neste caso, será conferido o objeto da disputa a quem apresentar essa proposta por preço inferior. Caso a ME ou EPP mais bem classificada não apresente a proposta, serão chamadas as seguintes, que se enquadrem na situação de empate já descrita. Em caso de igualdade entre as propostas, haverá um sorteio para estabelecer qual delas poderá apresentar primeiro a proposta de adjudicação do objeto da disputa. Se nenhuma ME ou EPP apresentar a proposta, o objeto será conferido ao vencedor inicial. Tal sistema de proposta por preço inferior para adjudicação não se aplica se a proposta inicialmente vencedora do certame já for de uma ME ou EPP.

Na hipótese de pregão, entende-se que existe um empate se o preço ofertado por uma ME ou EPP for até 5% superior ao lance vencedor (Lei Complementar 123/06, art. 44, § 2º). Dada a particularidade do sistema de lances, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será chamada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão (Lei Complementar 123/06, art. 45, § 3º). Apesar de a regra não ser expressamente dirigida ao caso do pregão, é certo que essa possibilidade de apresentação e nova proposta não será admissível se o vencedor já for uma ME ou EPP.

Em geral, tal sistema favorece a entidade contratante, que poderá obter um preço ainda mais alto, mas diminui a efetividade da concorrência nas licitações. Se as empresas de pequeno porte tiverem condições de arcar com as propostas, elas sempre ganharão nessas disputas. Não haveria qualquer inconstitucionalidade neste particular, dada a clara disposição constitucional de tratamento diferenciado para as pequenas empresas. (TOMAZETTE, 2011, p. 60).

Afora esse tratamento especial obrigatório, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão outorgar tratamento diferenciado nas licitações às MEs e EPPs, tornando objetiva a promoção do desenvolvimento econômico e social na esfera municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. Semelhante possibilidade depende, todavia, de regramento legal específico a ser editado. (TOMAZETTE, 2011, p. 60).

A administração pública pode realizar procedimento licitatório com condições especiais, beneficiando as microempresas e empresas de pequeno porte, que necessariamente terão participação no resultado do certame diretamente ou por meio de uma subcontratação (Lei Complementar 123/06, art. 48). Assim, poderá haver certame destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), ou em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado; ou, ainda, em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresa e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.

Para esses casos, nem todas as licitações recebem esse tratamento especial. De acordo com o previsto no § 1º do artigo 48: “o valor licitado por meio do disposto neste artigo não poderá exceder a 25% do total licitado em cada ano civil”. Além disso, tem que haver previsão clara dos requisitos no instrumento convocatório da licitação. Também é exigida a obediência à regra de que não haja um número inferior a três fornecedores competitivos sediados no local ou regionalmente e aptos a concorrer. (NOHARA, 2007, p. 309).

Ademais, é garantido que o interesse público deve se sobressair sobre o interesse particular. Então, se o tratamento diferenciado e simplificado para as pequenas empresas não trazer vantagem para a administração pública ou for causador de prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, não poderá ser realizado o procedimento nessas condições especiais. Da mesma forma, se a licitação for inexigível ou dispensável não há motivo de se buscar esse tratamento diferenciado, pois nessas situações será difícil ou ao menos não será razoável obrigar tais limites de tratamento preferencial. (TOMAZETTE, 2011, p. 61).

## CONCLUSÃO

O questionamento sobre se é sempre vantajoso ou existem desvantagens a serem enfrentadas ao abrir uma microempresa ou empresa de pequeno porte motivou o interesse na elaboração do trabalho.

Constatou-se que inúmeras vantagens são atribuídas às pequenas empresas, o que as torna altamente competitivas. Contudo, indaga-se por que mesmo com os benefícios tributários, trabalhistas e previdenciários favorecendo as microempresas e empresas de pequeno porte, ainda existem milhares delas na informalidade?

Sabe-se que a Lei Complementar 123/06 e, posteriormente, a Lei Complementar 139/11, trouxeram uma vasta inovação e favorecimento para as pequenas empresas, mas ainda assim não é o suficiente para que elas se mantenham no mercado. A carga tributária continua alta, gerando uma competitividade desigual entre elas e as médias e grandes empresas. Por isso, dentre outros motivos, muitas pequenas empresas ainda vivem na informalidade, e estas não gozarão de todos os benefícios trazidos pela referida Lei.

## REFERÊNCIAS

- ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**. Brasil, nº 77, maio 2006.
- BARROSO, Felipe dos Reis. **Manual de formatação de monografia jurídica**. Fortaleza: Book, 2006.
- BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.
- ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 1995.
- FIGUEIREDO, Ana Luiza Ferrete Garcia de. **Situação jurídica das microempresas e empresas de pequeno porte no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FIÚZA, Ricardo. **Novo Código Civil comentado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1.
- MAMEDE, Gladston; MACHADO SEGUNDO, H. de B.; NOHARA, I. P.; MARTINS, S. P. **Comentários ao Estatuto Nacional da MICROEMPRESA e da Empresa de PEQUENO PORTE**. São Paulo: Atlas, 2007.
- NUNES, Renata Gomes. “Microempreendedor individual”. **Revista Jurídica Consulex**. São Paulo, ano XIII, nº 292, 2009.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de direito empresarial**. 3. ed. Bahia: JusPODIVM, 2009.
- SILVA, José Alberto da. **Questões jurídicas e tributárias envolvendo a pequena empresa**. Fortaleza, 2010, 45 p. Monografia (Graduação) – Fa7, 2010.
- TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. São Paulo: Atlas, 2011. v. 1.

### ***SOME RELEVANT LEGAL ASPECTS ON THE MICRO AND SMALL ENTERPRISES IN BRAZIL***

**Abstract:** *This article seeks to examine some relevant legal aspects of Micro and Small Enterprises in Brazil, currently regulated by the Complementary Law 139/11.*

**Keywords:** *Small Business. Regulation. Characteristics.*

Data de recebimento: jun/2013 – Data de aprovação: jul/2013

# EFECTOS PERSONALES DEL DIVORCIO RESPECTO DE LOS HIJOS. DE ROMA AL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

**Obra** da prof.<sup>a</sup>. dr.<sup>a</sup>. Carmen López-Rendo Rodríguez, *Ridrom (on line)* 9, 2012, p. 249-270. Disponível em: <<http://www.ridrom.uclm.es>>. ISSN 1989-1970. [clrendo@uniovi.es](mailto:clrendo@uniovi.es)

**Resenha** pela prof.<sup>a</sup>. dr.<sup>a</sup>. Teresa Duplá Marín Catedrática de Direito Romano e professora de Direito Civil (Escuela Superior de Administración y Dirección de Empresas (ESADE/URL). Professora associada na Universidade de Barcelona.

La Dra. Carmen López-Rendo nos presenta una valiosa aportación en torno a uno de los temas más complejos del Derecho de familia, cual es, el de la regulación de la guarda y custodia de los menores en caso de divorcio de los padres y, más concretamente, el de los criterios de atribución de la misma. A dicha complejidad hay que añadir su rabiosa actualidad, ya que estamos ante una de las cuestiones más debatidas por la doctrina y la jurisprudencia en los últimos años, fruto, sin duda, del aumento de las crisis y rupturas matrimoniales (o en su caso de las uniones o parejas), y como consecuencia de ello, del incremento de situaciones que, en nuestra sociedad, precisan de una regulación y de una solución que, ante todo, respete el principio fundamental del interés superior del menor<sup>1</sup>. Basta para ello acercarse a los datos estadísticos con el fin de comprobar ambas realidades. En este sentido, los datos publicados por el INE<sup>2</sup>, nos muestran un claro y evidente incremento, año tras año de estos casos, desde la promulgación de la ley del divorcio - *Ley 30/1981 de 30 de julio por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio* -, y hasta la nueva regulación calificada de “exprés” - *Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*<sup>3</sup> -, datos que nos sitúan entre los diez primeros países miembros de la Unión Europea con mayor número de divorcios. Por todo ello y antes de nada, mi felicitación a la autora por la elección del tema y su aportación a esta importante problemática práctica.

Como nos muestra la Dra. Lopez-Rendo, basta echar la vista atrás para comprobar que estamos ante una realidad - que incluso me atrevería a calificar de “problema” de nuestra sociedad de finales del s. XX y principios del s. XXI - cuyo origen hay que ubicarlo en sociedades muy antiguas, ya que, tanto el divorcio como la regulación de sus consecuencias, fueron objeto

<sup>1</sup> Vid. al respecto, por todos, el interesante trabajo de RIVERO HERNANDEZ, *El interés del menor*; 2ª ed., Madrid, 2007.

<sup>2</sup> Instituto Nacional de Estadística.

<sup>3</sup> Partimos de una realidad que a principios de los años noventa se sitúa en una cifra cercana a los 28.000, cifra que va incrementando hasta casi duplicarse en el año 2004 (en concreto 52.591), para experimentar en el año 2005, y como consecuencia de la entrada en vigor de la nueva ley que facilita el acceso al divorcio, un incremento cercano a los 94.000 casos (93.536), incremento que se repite a lo largo de los siguientes dos años hasta alcanzar la cifra máxima, en el año 2006, de 141.317. A partir de este momento, y con cierta seguridad como consecuencia del inicio de una incipiente crisis económica, esta cifra ha ido descendiendo lentamente y hasta situarse alrededor de los 110.000 casos en el año 2009/10. Hay que apuntar que estas cifras nos colocan entre los 10 primeros países de la UE en mayor número de divorcios. Vid. al respecto [www.ine.es](http://www.ine.es).

ya de una concreta e interesante regulación en época romana clásica tardía, como queda detallado por la autora en su estudio. Dicho esto, creo que se hace preciso matizar que los supuestos de divorcio a los que alude la autora en el ámbito del Derecho romano pueden ser interpretados en un sentido amplio, es decir, como casos de ruptura de una relación matrimonial, y por tanto, en ellos cabría incluir también los actuales supuestos de separación de las partes existiendo menores y con la necesidad de determinar el régimen de guarda y custodia de los mismos (incluidos, por tanto, los alimentos)<sup>4</sup>.

El trabajo de la Dra. Lopez-Rendo, siendo fiel al título del mismo, se estructura en dos claros apartados precedidos de una breve introducción: el primero de ellos dedicado al análisis de la regulación de las consecuencias del divorcio en época romana (pp. 1-14); y el segundo, y más extenso - dividido a su vez en cinco sub apartados: glosadores y comentaristas; Humanismo, iusnaturalismo racionalista y *usus modernus pandectarum*; Derecho patrio y Recepción en el código civil vigente -, centrado en el proceso de recepción de esta regulación hasta la época actual (pp. 14-44).

Comienza la autora con una, a mi juicio, muy oportuna y necesaria introducción acerca de la estructura familiar romana, centrada en la figura del *Pater Familias* y con un parentesco, el agnaticio, *ab initio*, muy distinto al actual. El origen y la evolución de la *patria potestas* centran con acierto su atención, siendo absolutamente necesarios para poder dar entrada y comprender la regulación romana de los efectos de un posible divorcio. Esto es, una de las piezas clave de los cambios experimentados en torno a esta materia por la regulación actual tiene su razón de ser, justamente, en la patria potestad dual de nuestros tiempos, extraña en época romana donde el poder sobre los hijos se concentra siempre en manos del *Pater Familias*. Esto justifica, sin duda, y respecto de algunos supuestos concretos recogidos por las fuentes en el trabajo, la complejidad de la regulación romana de estas cuestiones, puesto que se tenía que partir siempre de la idea de que el titular de la patria potestad tras el divorcio - salvo casos concretos de extinción/suspensión de la misma - iba a ser el padre. También, y como excepción a ese poder omnímodo del *pater*, el posible desdoblamiento, ya en Roma, de la titularidad y el ejercicio de la patria potestad que, sin recibir la denominación como en la actualidad de guarda y custodia, es evidente que recogen las fuentes mostradas por la autora. Con dos diferencias fundamentales respecto de la regulación actual que creo que es oportuno tener en cuenta: por un lado, que hoy, alcanzada la igualdad de los padres en torno a la titularidad de la patria potestad (art. 154cc), la guarda y custodia no compartida, en caso de divorcio, se ejerce por uno de los titulares de la patria potestad, cosa que no puede ocurrir en los supuestos contemplados en las fuentes romanas en caso de desdoblamiento, por la imposibilidad jurídica citada de que la mujer/madre sea titular de la misma; y por otro, la evidente actual limitación temporal de la titularidad de la patria potestad, derivada de su vinculación a la emancipación fundamentalmente u otros criterios determinados por la ley, situación esta que, en Roma, es algo distinta, fruto de la diferente organización de la estructura familiar.

Como ya he apuntado, la Dra. López-Rendo nos ofrece una visión sobre la regulación existente al respecto a partir de la época clásica tardía, momento en que la autora muestra las primeras fuentes que regulan los efectos de la ruptura matrimonial, en concreto en D. 43.30.1.1 y 3 (*Ulp. Lib. LXXI ad Ed.*), D. 43.30.3.5 y 6 (*Ulp. LXXI ad Ed.*) y D. 43.30.5 (*Ven. Lib. IV Interd.*), textos directamente vinculados con los interdictos *de liberis exhibendis item ducendis* que, como apunto en su día TORRENT<sup>5</sup>, más allá de interdictos posesorios, deben ser calificados como interdictos de protección al *pater* en los casos en que los hijos se encontraban

<sup>4</sup> En este sentido CJ 5,24,1 en el que se utilizan los términos *divortio* y *matrimonio separato*.

<sup>5</sup> En Diccionario de Derecho Romano, Madrid, 2005, p. 476.

bajo el poder de terceros. La siguiente noticia nos la ofrece a través de C.5.24 (*Divortio facto apud quem liberi morari vel educari debeant*) de los emperadores Diocleciano y Maximiano en respuesta a Celestina, y en el que se impone el arbitrio judicial pleno y libre para la atribución de la guarda y custodia de los hijos en caso de falta de acuerdo de las partes. Al que hay que añadir C.5.25 (*De alendis liberis ac parentibus*) en el que se recoge la existencia de la obligación de dar alimentos no solo a los hijos, sino también a los padres y, en su caso, la posibilidad de reclamarlos judicialmente. Pero va a ser Justiniano, a través de su Novela 113<sup>6</sup> en la que regula el divorcio contencioso, capítulo VII, y el de mutuo acuerdo, capítulo X, y ofreciendo en los capítulos VIII y IX una relación de posibles causas de la separación, el que cierre la evolución de la regulación jurídica de los efectos del divorcio en época romana introduciendo, como acertadamente apunta la autora, una serie de criterios, de carácter subjetivo, la culpabilidad en el divorcio, y objetivo, la riqueza o nivel económico de los progenitores, que van a ser criterios clave en esta materia con el paso del tiempo, en concreto, y en nuestro país, hasta la última reforma del año 2005, antes mencionada. Interesa, en este sentido, apuntar la firmeza y claridad de los criterios establecidos ya que se llega a afirmar que, incluso para el supuesto de separación de mutuo acuerdo, los mismos tienen que tenerse en cuenta.

Quiero destacar de esta primera parte el interesante aparato bibliográfico al que hace referencia la autora que sintetiza las principales obras y autores en torno a esta temática, así como el valioso y amplio complemento que nos ofrece de fuentes jurídicas y literarias romanas, herramienta de información muy interesante para cualquier estudioso que quiera acercarse a esta materia.

Respeto de la segunda parte del trabajo quisiera subrayar la claridad en la presentación sintética de la recepción de esta regulación hasta la época de la codificación, a la que la Dra. Lopez-Rendo acompaña de un estudio minucioso posterior a través de los distintos proyectos de Código Civil hasta la regulación incluida en éste, y en el que nos informa acerca del mantenimiento, o no, de los criterios en la determinación de la guarda y custodia, así como de las novedades que van apareciendo en este sentido. Tras la publicación del Código Civil en 1889 la autora recoge las principales novedades en esta materia a tener en cuenta, la Ley del divorcio de 1932 y la Ley de 24 de abril de 1958, señalando con acierto que el momento importante de cambio en relación a la materia en estudio va a producirse en nuestro país con la publicación de la ley divorcio en 1981 y posteriormente con la de 2005. Desde ese momento, tal y como hemos indicado, el incremento de rupturas va a poner de manifiesto, no solo la importancia de los efectos personales y económicos de éstas - sobre todo en los supuestos en los que existen menores - sino también, la debilidad de la propia regulación ante la complejidad de la misma realidad social y pluralidad casuística que la autora también recoge en su trabajo, y del que se desprende su dominio práctico de la materia<sup>7</sup>. A esto hay que añadir la intención, cada vez más creciente, del legislador por impulsar un cambio de cultura en este tipo de conflictos con el fin de procurar el recurso por las partes a los medios alternativos de resolución de conflictos (ADR), en concreto a la Mediación familiar<sup>8</sup>, recurso que puede agilizar y facilitar la toma de acuerdos

<sup>6</sup> En el texto griego, como apunta la autora, Novela 117.

<sup>7</sup> Vid. por todos, interesante trabajo de CARPI, R., Los gastos extraordinarios en las pensiones de alimentos a los hijos: un análisis jurisprudencial. *Diario La Ley* (7270), 2009, pp. 1-19, en el que la autora pone de manifiesto la complejidad de la situación actual centrada en el amplio arbitrio judicial a la hora de determinar el reparto de los gastos extraordinarios en las pensiones de alimentos. ROMERO COLOMA, A: El concepto de gasto extraordinario de los hijos y su problemática jurídica. *Diario La Ley*, N° 8000, 2013.

<sup>8</sup> Vid. por todos, DUPLÁ MARIN, T (coord.), *El régimen jurídico de la Mediación familiar en España. Análisis de la normativa autonómica*, Santiago de Compostela, 2012.

en tema de guarda y custodia, y ser, en definitiva, mucho más provechoso para los progenitores y los menores. De todo lo cual podemos afirmar que, sin duda alguna, en esta materia la realidad ha superado a la ficción<sup>9</sup>.

No quiero finalizar estas líneas sin manifestar mi satisfacción ante aportaciones de este tipo en las que se evidencia, ante todo, la capacidad de síntesis y de análisis de la autora para recoger, en unas pocas páginas, la esencia de una figura a lo largo de cerca de veinte siglos de la evolución histórica. Contribuciones de este tipo, en las que se realiza un estudio diacrónico de una institución concreta son hoy, más que nunca, y ante la velocidad de los cambios y de nuestra sociedad, muy enriquecedores y necesarios ya que ofrecen al lector una visión clara, a la vez que completa, de la evolución histórica y de los cambios que permiten una reflexión sobre la materia en estudio más allá del simple análisis de la normativa o jurisprudencia actuales. Con ellos se sigue dotando, a la moderna ciencia del derecho, de herramientas de análisis jurídico, fundamentales para cualquier estudio o reflexión jurídica que se precie.

Data de recebimento: **nov/2012** – Data de aprovação: **fev/2013**

---

<sup>9</sup> Realidad que se sigue superando en nuestros días como consecuencia de los importantes cambios producidos en el ámbito del Derecho de Familia y de la familia en general. La ampliación del concepto de familia, centrado anteriormente en la familia matrimonial, ha dado entrada a otros modelos y realidades familiares como las uniones de hecho o parejas estables, los matrimonios de homosexuales, las *step families* o familias reconstituidas y las mono parentales, que sin duda, incrementan la complejidad del tema que nos ocupa. A ello hay que sumar, en los últimos años, por un lado, la influencia ejercida por la actual crisis económica que ha hecho que se tengan que revisar y cambiar algunos de los criterios que la jurisprudencia fue asentando a lo largo de los años 80 y 90, y por otro, la inserción laboral de la mujer que ha ejercido una influencia importante en la remodelación de la estructura interna familiar y el rol de cada uno de los miembros. En este sentido, baste tener en cuenta la actual tendencia al establecimiento, impensable hace tan solo unos años, como preferente de la custodia compartida en los casos en que esta es posible y supone un beneficio para el menor. Vid. por todos, PEREZ MARTIN y PEREZ RUFIAN, *La crisis económica y la pensión alimenticia en RDF*, n° 57, 2012, pp. 25-46.



## REVISTA JURÍDICA DA FA7

### Normas para publicação

1. A REVISTA JURÍDICA DA FA7 propõe-se a publicar textos jurídicos, cujos originais serão avaliados por pares, no sistema de *double blind review*.
  - a) Os textos publicados expressam a opinião de seus autores e são de sua exclusiva responsabilidade.
  - b) Os textos deverão caracterizar-se pelo uso adequado do vernáculo, pela concisão, pela precisão e pela clareza.
  - c) Será aceita apenas uma versão do texto. O articulista deve realizar toda revisão que julgar necessária, inclusive metodológica, ortográfica e gramatical antes da submissão.
2. O editor informará aos autores se seus textos submetidos para publicação foram ou não aprovados.
  - a) Pequenas alterações no texto serão feitas pelo Conselho Editorial.
  - b) Alterações substanciais serão solicitadas pelo editor ao autor, que terá sete dias úteis, a contar da data do recebimento da solicitação, para fazê-las. Caso o autor não as faça, seu texto será desconsiderado para publicação.
  - c) Não serão aceitas modificações após o envio dos textos para a gráfica.
3. Os textos submetidos para publicação deverão ser enviados à coordenação do curso de Direito da FA7, diretamente para [rjurfa7@fa7.edu.br](mailto:rjurfa7@fa7.edu.br), conforme abaixo:
  - I. em total obediência às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e do *Manual de Formatação de Monografia Jurídica*, do Curso de Direito da FA7, que se encontra disponível no sítio eletrônico da FA7;
  - II. gravados em MS Word (.doc) ou BrOffice (.odt), em papel tamanho A4, fonte Arial corpo 12 para texto principal, espaço 1,5 entre linhas e entre parágrafos, folhas numeradas;
  - III. nas citações diretas longas, em fonte Arial tamanho 11, espaçamento simples, recuo do texto de 4 cm;
  - IV. as notas de rodapé, em fonte Arial tamanho 11, devem ter caráter meramente explicativo;
  - V. citações diretas e/ou indiretas no **sistema autor-data**, no próprio corpo do texto. Exemplos:  
Antes da citação: “De acordo com Francisco Rezek (2011, p. 72):...”;  
Depois da citação: “... (BEVILÁQUA, 1912, p. 39).”
  - VI. referências em conformidade com a norma ABNT NBR 6023/2002.

4. Os textos submetidos para publicação deverão ser classificados conforme abaixo, obedecendo à respectiva extensão:
  - a) **Estudos teóricos/ensaios** – análises de temas e questões fundamentadas teoricamente, levando questionamentos de modos de pensar o Direito e a novas elaborações (extensão em torno de 6.000 palavras). Neste caso, é necessário conter estes elementos pré-textuais: título em português e inglês; nome e breve identificação do autor; sumário; resumo e *abstract* (destacando finalidades, metodologia, resultados e conclusões do documento, com extensão de 100 a 250 palavras cada, mais três a cinco palavras-chave, e respectivas *keywords*). A parte textual deverá ser dividida em: introdução, desenvolvimento (podendo ser subdividido) e conclusão. Como elementos pós-textuais: referências e, se houver, apêndices e/ou anexos.
  - b) **Relatos de pesquisa** – investigações baseadas em dados empíricos, recorrendo a metodologia quantitativa e/ou qualitativa. Neste caso, é necessário conter, no mínimo, introdução, metodologia, resultados e discussão (extensão em torno 4.000 palavras);
  - c) **Comunicações** – relatos breves de pesquisas ou trabalhos apresentados em reuniões científicas/eventos culturais (extensão em torno de 3.000 palavras);
  - d) **Ressonâncias** – resenhas, comentários complementares e réplicas a textos publicados (extensão em torno de 3.000 palavras);
  - e) **Resumos** – de tese, dissertação ou monografia devidamente aprovada e recomendada unanimemente por banca examinadora de instituição de ensino superior, com identificação do professor orientador (extensão: 200 a 600 palavras).
5. Os textos enviados deverão ser acompanhados de termo de declaração preenchido e firmado pelo autor, cedendo gratuitamente seus direitos autorais para publicação e confirmando que já foi submetido a revisor qualificado. O referido termo encontra-se no sítio eletrônico da FA7.
6. Permite-se a reprodução de textos publicados na revista, desde que seja citada a fonte.

Fortaleza, abril de 2013  
O editor.

## TÍTULOS DESTE VOLUME

O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Antonieli Lima Almeida

TUTELA CAUTELAR COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

Edilson Santana Gonçalves Filho

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO-GESTOR NA SOCIEDADE LIMITADA  
(ANÁLISE DO ART. 135, III, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL)

Renan Wanderley Santos Melo

ARTIGO 18: O DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA

Rosa Mentxaka

APLICAÇÃO DO PROCESSO CIVIL NA EXECUÇÃO TRABALHISTA DE PAGAR QUANTIA

Francisco Italo Rabelo da Silva

O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO E SUA INFLUÊNCIA  
NA APURAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Marcos José de Araújo Filho | Ricardo Wagner Amorim Tavares Filho

A PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA E A TUTELA DO CONSUMIDOR

Bruna Nayara dos Santos Silva

OS NOVOS DIREITOS DOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS TRAZIDOS PELA EC 72/2013

Yvens Dixon Moreira Aragão de Lima

A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM COMO GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA

Bárbara Veras Gadelha

ALGUNS ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES SOBRE AS MICROEMPRESAS  
E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NO BRASIL

Sabrina de França Damasceno

EFEITOS PESSOAIS DO DIVÓRCIO SOBRE OS FILHOS. DE ROMA AO CÓDIGO CIVIL ESPANHOL

Carmen López-Rendo Rodríguez | Teresa Duplá Marín



FACULDADE 7 DE SETEMBRO

ISSN 1809-5836



DISTRIBUIÇÃO GRATUITA