

VOLUME 4

**ESTUDOS AVANÇADOS EM
CIÊNCIAS
JURÍDICAS**

Dr. ROBSON ANTONIO TAVARES COSTA
Msc. RENATO TAVARES RANGEL
Organizadores



VOLUME 4

**ESTUDOS AVANÇADOS EM
CIÊNCIAS
JURÍDICAS**

Dr. ROBSON ANTONIO TAVARES COSTA
Msc. RENATO TAVARES RANGEL
Organizadores



EDITORA ENTERPRISING

Direção Nadiane Coutinho

Gestão de Editoração Antonio Rangel Neto

Gestão de Sistemas João Rangel Costa

Conselho Editorial

- Eloy P. Lemos Junior, Dr. – FUIT
- Luciene Dal Ri, Dra. – UNIVALI
- Jeanine Nicolazzi Philippi, Dra – UFSC
- Josiane Rose Petry Veronese, Dra. – UFSC
- José Sérgio da Silva Cristóvam, Dr. – UFSC
- Rabah Belaidi, Dr. – UFG
- Diego Nunes, Dr. – UFSC
- Wilson Alves de Souza, Dr. – UFBA
- Edilton Meireles, Dr. – UFBA
- Tagore Trajano, Dr. – UFBA
- Deilton Ribeiro Brasil, Dr. – FUIT
- Virgínia Leal, Dra. - UFPE

Copyright © 2022 da edição brasileira.

by Editora Enterprising.

Copyright © 2022 do texto.

by Autores.

Todos os direitos reservados.



Todo o conteúdo apresentado neste livro, inclusive correção ortográfica e gramatical, é de responsabilidade do(s) autor(es). Obra sob o selo Creative Commons-Atribuição 4.0 Internacional. Esta licença permite que outros remixem, adaptem e criem a partir do trabalho, para fins não comerciais, desde que lhe atribuam o devido crédito e que licenciem as novas criações sob termos idênticos.

Diagramação	João Rangel Costa
Design da capa	Nadiane Coutinho
Revisão de texto	Os autores



EDITORA ENTERPRISING

www.editoraenterprising.net

E-mail: contacto@editoraenterprising.net

Tel. : +55 61 98229-0750

CNPJ: 40.035.746/0001-55

Dr. Robson Antonio Tavares Costa
Msc. Renato Tavares Rangel
(Organizadores)

Estudos Avançados em **Ciências Jurídicas**

Volume 4



Brasília - DF

E82

Estudos Avançados em Ciências Jurídicas Volume 4 / Robson Antonio Tavares Costa (Organizador), Renato Tavares Rangel (Organizador). - Brasília: Editora Enterprising, 2022.

(Estudos Avançado em Ciências Jurídicas Volume 4)

Livro em PDF

212 p., il.

ISBN: 978-65-84546-07-3

Doi: 10.29327/555260

1.Direito. 2. Pesquisas Jurídicas. 3. Práticas Jurídicas. 4. Doutrina. 5. Jurisprudência.

I. Título.

CDD: 340

Acreditamos que o conhecimento é a grande estratégia de inclusão e integração, e a escrita é a grande ferramenta do conhecimento, pois ela não apenas permanece, ela floresce e frutifica.

Equipe Editora Enterprising.

Sumário

APRESENTAÇÃO	→ 08
CAPÍTULO 1:	A (DES)NECESSIDADE DO ADVOGADO NAS SESSÕES DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO → 09
	<i>Felipe Bernardi Poersch</i>
CAPÍTULO 2:	A TIPICIDADE DOS CRIMES CIBERNÉTICOS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: Um estudo sobre o impacto da Lei nº 12.737/2012 e a (des)construção de uma dogmática penal dos crimes cibernéticos → 26
	<i>Ayume da Silva Assunção</i> <i>Eujécio Cotrim</i>
CAPÍTULO 3:	PRISÃO DOS AVÓS POR DÍVIDA ALIMENTAR E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA → 39
	<i>João Vitor Santos Donato</i> <i>Fernanda Beatriz Do Nascimento Silva Xará</i>
CAPÍTULO 4:	A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA (ISSQN), APLICADO NOS SERVIÇOS DE ANÁLISES CLÍNICAS, À LUZ DO CRITÉRIO ESPACIAL → 60
	<i>Gilmar Alves dos Santos</i> <i>Fábio Ramos Barbosa</i>
CAPÍTULO 5:	CONTRATO DE MÚTUO CONVERSÍVEL COMO INSTRUMENTO DE CONTRATAÇÃO DE INVESTIMENTO-ANJO EM STARTUP E O DIREITO DE FOLLOW-ON: UM ESTUDO DE CASO → 86
	<i>Maráia Queuriane Rodrigues Torrejon</i> <i>Saulo Bichara Mendonça</i>
CAPÍTULO 6:	INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO À BENEFICIÁRIOS DA JUSTIÇA GRATUITA → 95
	<i>Bruno Cabral do Espírito Santo</i>

Silvânia Farias Pereira

Isabella Lopes Rocha

Apresentação

Prezados(as) leitores(as),

É com muita satisfação que apresentamos o quarto volume da Coleção intitulada “ESTUDOS AVANÇADOS EM CIÊNCIAS JURÍDICAS”, que reúne em seus 7 capítulos pesquisadores de diversas instituições com discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade. Tal obra visa dar publicidade a estudos e pesquisas frutos de árduos trabalhos acadêmicos que decerto contribuem, cada um a seu modo, para o aprofundamento de discussões na área do Direito Brasileiro, pois são pesquisas germinadas, frutificadas e colhidas de temas atuais que estão sendo debatidos nas principais universidades nacionais e que refletem o interesse de pesquisadores no desenvolvimento social e científico que possam impactar positivamente a qualidade de vida de homens e de mulheres.

A coletânea enfoca em seus capítulos, estudos que envolvem a prática jurídica, a doutrina jurídica e também jurisprudências atuais emitidas pelo poder judiciário sob a visão e entendimento dos autores e traz ricas contribuições para públicos diversos, entre eles, estudantes de graduação, de pós-graduação e profissionais que atuam ou pretendem atuar nos diversos âmbitos do direito bem como para a sociedade como um todo.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados, esperamos que os textos publicados contribuam para a formação intelectual e a reflexão crítica dos alunos, professores e demais leitores. Desejamos ressaltar, em nome de todos que compõem a Editora Enterprising, a nossa gratidão para com os pesquisadores cujos trabalhos aparecem aqui reunidos, que diante da dedicação, temos a oportunidade de nos debruçar acerca de assuntos atuais e pertinentes.

Sejam bem-vindos e tenham proveitosas leituras!

Equipe Editora Enterprising.



Capítulo 1

A (DES)NECESSIDADE DO ADVOGADO NAS SESSÕES DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

DOI: 10.29327/555260.1-1

- Felipe Bernardi Poersch
-

A (DES)NECESSIDADE DO ADVOGADO NAS SESSÕES DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

Felipe Bernardi Poersch

RESUMO

A análise parte de um breve apanhado histórico, com posteriores apontamentos acerca do atual sistema brasileiro de resolução de conflitos, através dos institutos da conciliação e da mediação previstos na Lei 13.105/15 (CPC), Lei 13.140/2015 (Lei da Mediação) e demais legislações esparsas. Após, discorre-se acerca da necessidade (ou não) da presença de advogados nas sessões de conciliação e/ou mediação, tudo com base nas legislações acerca do tema, em conjunto com os entendimentos dos órgãos que regem alguns desses institutos, tais como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Palavras-chave: Conciliação. Mediação. Advogado. Desnecessidade.

ABSTRACT

An analysis based on a brief historical background, with subsequent indicators on the current Brazilian conflict resolution system, through the conciliation and mediation institutes provided for in Law 13.105 / 15 (CPC), Law 13.140 / 2015 (Mediation Law) and other sparse laws. After, discuss about the need (or not) of the presence of lawyers in the conciliation and / or mediation sessions, all based on the legislation about the subject, together with the undertakings of bodies that register some of these institutes, such as the National Council of Justice (CNJ).

Keywords: Conciliation. Mediation. Lawyer. Unnecessary.

1. INTRODUÇÃO

O presente Artigo busca, através de uma análise das normativas que regem as sessões de conciliação e mediação existentes na legislação pátria, partindo-se de leis específicas e esparsas, a necessidade (ou não) da presença dos advogados em referidas sessões.

Pontuando-se acerca de um breve apanhado histórico das leis, passando-se para a atual conjuntura brasileira em vigor no ano de 2019, com posterior análise da legislação e dos entendimentos dos órgãos que regem as normativas acerca das sessões

de mediação e conciliação (Conselho Nacional de Justiça - CNJ), acredita-se ser capaz de chegar a um entendimento, que pode ser igual ou diferente daqueles defendidos pelos próprios advogados.

Além da utilização da hermenêutica, são realizados apontamentos acerca de experiências dentro do Estado do Rio Grande do Sul das sessões de conciliação e mediação em que apenas o advogado comparece representando a parte, sem a presença desta, e quais são alguns dos desmembramentos que tal agir ocasiona em ditas sessões.

2. BREVE APANHADO HISTÓRICO

Ao se analisar os diferentes modos de resolução de conflitos, pode-se, igualmente, garantir a confiabilidade que os indivíduos possuem com referidos meios, ou não, o que poderá acarretar em diversas mudanças nos atuais modelos. A bibliografia é encontrada com certa relatividade a respeito de tal assunto, uma vez que a atual forma de resolução conflituosa existente no sistema brasileiro que será objeto de análise é relativamente nova, vez que fora adotada como regra geral com o advento da Lei 13.105/15 (CPC/2015), existindo leis esparsas que, em um primeiro momento, parecem conflitantes mas que, em verdade, foram recebidas pela nova legislação.

Referido assunto necessita ser estudado pelo fato que ao se analisar passado e presente, na visão de resolução de conflitos, percebe-se as diversas mudanças que ocorreram em tais modalidades com o passar dos anos, notando-se ainda como os governos agiam ou ainda agem e se cada vez mais os meios para resolução de conflitos contribuem com a diminuição do contingente de demandas, ou se o modelo não fora devidamente aceito pela sociedade.

Inicialmente, pode-se fazer uma análise histórica inicial, acerca dos conflitos.

A história dos conflitos é a história da humanidade. Desde os tempos imemoriais, o conflito sempre esteve no cerne do ser humano. Guerras travadas, discussões políticas, ou até mesmo discussões entre irmãos (e.g. Caim e Abel, segundo a doutrina católica).

Todas as discussões existentes, possuem dois lados que se auto intitulam corretos, ou os bons da história, enquanto o lado oposto seriam os errados, ou os ruins. Ocorre que, o certo e o errado não são o que separa os dois lados. São tão somente os pontos de vista diferentes, as perspectivas que os separam. Ambos os lados culpam um ao outro. Não há lado bom ou ruim. Apenas dois lados segurando diferentes visões. Shakespeare, em sua obra “*Hamlet*” (escrita nos algures de 1599 e 1601) já dizia: “*Não há nada de bom ou mau sem o pensamento que o faz assim*”. (SHAKESPEARE, 2014)

Entretanto, o ser humano possui grandes dificuldades em compreender o fato de que os conflitos que geraram são oriundos das próprias opiniões divergentes.

Tal dificuldade é encontrada, porque cada indivíduo, por ser diferente do outro, sempre busca sua própria supremacia, mesmo que seja atinente apenas à sua própria opinião. Como toda sociedade é formada por indivíduos, o conflito pode existir a qualquer momento.

Montesquieu já afirmava que:

Assim que os homens se encontram em sociedade, perdem o sentimento de sua fraqueza; a igualdade que havia entre eles deixa de existir, e o estado de guerra tem início. Cada sociedade particular passa a sentir a própria força; e isso produz um estado de guerra entre as nações. Os particulares, dentro de cada sociedade, começam a sentir a própria força; procuram desviar em benefício próprio as principais vantagens dessa sociedade; o que produz, entre eles, um estado de guerra. (MONTESQUIEU apud WEFFORT, 2006, p. 124/125).

Denota-se, portanto, que o homem, ao entrar em conflito com os demais membros da sociedade, ou de sociedades diversas, acabam por entrar em um estado de instabilidade, pois a qualquer momento um indivíduo pode querer fazer seus ideais sobreporem-se aos demais, e graças às diferentes formas de resolução de conflitos, tal instabilidade pode ser sanada.

Uma das formas encontradas para tentar conter os conflitos existentes e, a fim de evitar a “justiça pelas próprias mãos”, os legisladores/políticos encontraram um modo de resolver os conflitos: a resolução da discussão através de um terceiro ente, qual seja, o Estado, na figura de um juiz imparcial, que decidira quem estaria certo ou errado.

Thomas Hobbes, em sua obra *O Leviatã*, confirma a tese de que era necessária a criação de um terceiro, um julgador que decidira qual lado estaria correto. Para Hobbes, tal personagem seria um soberano. Ainda, referido pensador político referiu que

A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens como representante

de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão. Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim civitas. (HOBBS, 1979, p. 116/117).

Com o passar dos anos, a figura do soberano deixou de existir, passando o modelo governamental de autoritário, para um mais democrático, através de um modelo tripartido de poder, os quais seriam: o poder legislativo; o poder executivo; e o poder federativo. Tal modelo fora proposto e defendido por John Locke, que descreve cada poder da seguinte maneira:

O poder legislativo é o que tem direito de estabelecer como se deverá utilizar a força da comunidade no sentido da preservação dela própria e dos seus membros. Como se tem de pôr constantemente em prática as leis, que devem continuar sempre em vigor mas que se podem elaborar em curto prazo, não há necessidade de manter-se tal poder permanentemente em exercício, pois nem sempre teria no que se ocupar. [...] Todavia, como as leis elaboradas imediatamente e em prazo curto têm força constante e duradoura, precisando para isso de perpétua execução e observância, torna-se necessária a existência de um poder permanente que acompanhe a execução das leis que se elaboram e ficam em vigor. E desse modo os poderes legislativo e executivo ficam frequentemente separados. [...] o poder de guerra e de paz, de ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e comunidades estranhas à sociedade, podendo-se chamar "federativa" [...]. (LOCKE apud WEFORT, 2006, p.101/102).

Após, surgiu-se a figura do Judiciário e suprimiu-se a Federativa. Com o surgimento do Judiciário, criou-se a figura do juiz, que seria um indivíduo embutido do poder do Estado para tomar decisões acerca dos conflitos existentes.

Graças ao surgimento da figura do juiz, os indivíduos passaram a procurar referida figura, para que esta tomasse todas as decisões acerca de todo e qualquer conflito, independentemente de qual seria o dano sofrido por qualquer uma das partes.

Ocorre que, tal outorga de poder de decisão dada a um terceiro, embutido pelo Estado, e, diante do crescimento populacional ocorrido com o decorrer das décadas, principalmente após o período da Segunda Guerra Mundial (período posterior a 1945), acabou por abarrotar o judiciário com pilhas e pilhas de papéis, gerando assim um engessamento das decisões proferidas (principalmente o brasileiro) que possuem o único intuito de “baixar pilhas” de processos.

Uma prova da grande demanda de processos pode ser conferida no sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que informa que, até a data de 23/04/2019, havia 6.385.611 (seis milhões, trezentos e oitenta e cinco mil e seiscentos e onze) processo em tramitação, apenas no meio eletrônico. (BRASIL, 2019)

Para efeitos de comparação, durante o ano de 2017, havia 80,1 milhões de processos aguardando uma decisão definitiva (tais dados podem ser conferidos através do ‘CNJ em números’). (CNJ, 2018)

3. DO ATUAL SISTEMA BRASILEIRO

Por conta da grande demanda de processos judicializados, o legislador brasileiro necessitou encontrar outro modo para fazer com que os conflitantes resolvessem suas diferenças. A solução encontrada para resolver tanto o problema dos conflitos quanto do grande número de ações ajuizadas anualmente, foi a determinação, através da Lei 13.105/15 (CPC), de que o Estado deve promover, sempre que possível, a solução pacífica dos conflitos (art. 3º, parágrafo 2º).

Entretanto, enquanto que por um lado o Estado passou a ser o responsável pela promoção da solução pacífica dos conflitos, outro problema surgiu: qual(is) método(s) deveria(m) ser utilizado(s) para possibilitar tal busca pela solução do conflito.

A resposta encontrada foi pela adoção das câmaras de conciliação, mediação e arbitragem, bem como tornando obrigatória a realização da audiência de conciliação/mediação antes mesmo que a parte contrária apresente sua versão sobre os fatos. Tal determinação serve para facilitar o diálogo entre os conflitantes, para que ambos tentem chegar a um acordo sem a necessidade de um terceiro interventor (tanto o é que a audiência de conciliação/mediação não é necessariamente realizada com a presença de um juiz, mas sim de um conciliador ou mediador – vide art. 334, parágrafo 1º, da Lei

13.105/15). Ainda, optou o legislador por determinar que ambos os litigantes trabalhem em cooperação, para fins de facilitar a resolução de dito conflito, independentemente do resultado final obtido através de uma decisão judicial.

A cooperação nem implica, diretamente, no sentido de que os conflitantes devem se ajudar mutuamente, mas sim, segundo observam Daniel Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

A adequada construção do modelo cooperativo de processo e do princípio da colaboração, que é a ele inerente, serve como linha central para a organização de um processo civil que reflita de forma efetiva os pressupostos culturais do Estado Constitucional. A colocação da colaboração nesses dois patamares visa a destacar, portanto, a necessidade de entendê-la como eixo sistemático a partir do qual se pode estruturar um processo justo do ponto de vista da divisão do trabalho entre o juiz e as partes no processo civil. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO; 2015, p. 174)

Ou seja, os conflitantes devem ajudar o Estado Juiz a tomar a melhor decisão possível para o conflito em comento, o que não implica, necessariamente, ajudar o outro litigante.

Ocorre que nem sempre a cooperação resolve o conflito existente. Cumpre esclarecer aqui que, por mais que os litigantes cooperem entre si para que o Estado providencie uma melhor resolução para o problema existente, os motivos que levaram à existência do conflito não serão completamente resolvidos, o que poderá ensejar nova demanda judicial com o passar do tempo.

Como forma de tentar evitar novas demandas judiciais e, o mais importante, para tentar resolver o cerne do conflito existente, a opção para resolução adotada no Brasil, principalmente no que tange aos processos judicializados, foram a conciliação e a mediação.

A conciliação consiste em colocar frente a frente dois ou mais indivíduos que possuem um conflito em comum, de natureza cível, para que tentem, através das próprias vontades e exposições de suas ideias, reabrir o diálogo perdido com o conflito e, assim, tentar não só encerrar o conflito ali em discussão, como evitar um possível conflito futuro.

Para fins de facilitar a reabertura de diálogo entre os conflitos, não só o Estado Juiz não se fará presente na sessão, como também foram implementados alguns princípios norteadores para a realização e tais sessões de conciliação, quais sejam: independência,

imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada¹.

Graças à confidencialidade existente, os conflitantes podem discutir todo e qualquer conflito, mesmo aqueles não adstritos ao processo, uma vez que nada do que é dito nas sessões irá para a ata de audiência ou ficará registrado, já que somente se lavrará a ata informando a existência, ou não, de acordo (sendo que, em caso positivo de acordo, quais as condições do mesmo, mas jamais o que foi discutido na sessão).

Aqui, cumpre esclarecer que, por mais que seja obrigatória a presença dos litigantes na audiência de conciliação, os mesmo não são obrigados a participar dela. Ou seja, acaso entendam que de nada vale estar ali presente, podem simplesmente lavrar um termo informando da não realização de acordo, e o processo seguirá seu curso normalmente.

Por sua vez, a mediação possui algumas diferenciações da conciliação. A mediação é realizada quando o conflito ocorre, normalmente, entre familiares, e busca restabelecer, além do diálogo perdido entre os litigantes, as relações familiares também perdidas ao longo do tempo por causa das desavenças criadas por causa do conflito.

Os princípios norteadores da mediação são os mesmos da conciliação, sendo que a maior diferença é justamente o fato de que uma busca o restabelecimento do diálogo, enquanto que a outra se propõe a restabelecer relações familiares perdidas. Em ambos os casos, não se busca necessariamente um acordo, mas sim uma forma de restabelecer laços de amizade, familiares ou até mesmo empresariais.

Desde o início da obrigatoriedade de realização das audiências de conciliação e mediação, os índices relativos aos processos que tiveram autocomposição ou sentenças homologatórias de acordos, tiveram um substancial aumento, chegando a 3.737.800 (três milhões, setecentos e trinta e sete mil e oitocentos) de processos, equivalente a 12,1% (doze vírgula um por cento) do total de processos aguardando decisão de mérito, apenas no ano de 2017².

Verifica-se que, por mais que o conflito esteja enraizado na população brasileira, já que existem milhões de processos em todo o país, com a obrigatoriedade da realização de tais audiências para tentativa de autocomposição, tal ‘cultura do conflito’ começa a pender para o lado da composição, da resolução amigável dos problemas existentes entre os litigantes.

¹ Anexo III, da Resolução 125/2015 do CNJ.

² Relatório CNJ em Números 2018

Por mais que seja um caminho árduo, a alteração do pensamento de que deve-se brigar e discutir com afinco o próprio ponto de vista, sem ponderar o do outro, independentemente de se estar certo ou errado, começa a se concretizar aos poucos, ao se colocar os conflitantes frente a frente e permitindo que os mesmos expressem seus sentimentos acerca do que lhes aflige diretamente ao outro, fazendo com que os litigantes tomem para si a responsabilidade sobre expor quais os seus interesses no conflito e qual consideram ser a melhor maneira para resolver o impasse, ao invés de delegarem tal tarefa a um terceiro (advogado ou, até mesmo, um juiz), que nem sempre conhecem a realidade dos próprios conflitantes.

Salienta-se, ademais, que no modelo adotado pelo Brasil, o Estado tão somente facilita as formas para autocomposição dos litigantes, nunca interferindo diretamente nas decisões dos particulares (somente interfere quando o próprio Estado faz parte do litígio).

4. DA (DES)NECESSIDADE DA PRESENÇA DOS ADVOGADOS

A Constituição da República Federativa do Brasil, datada de 1988, predispõe, em seu artigo 133 que: “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. (BRASIL, 1988).

Conforme anteriormente abordado, com o advento da Lei nº 13.105/2015, estipulou-se que os litigantes devem cooperar entre si, nos termos do art. 6º, *verbis*: “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” (BRASIL, 2015a)

No caso, cumpre salientar que a decisão de “*mérito justa e efetiva*” não se refere tão somente às Sentenças, mas sim, às transações realizadas entre as partes nas sessões de conciliação ou mediação, visto que referidos acordos possuem a mesma valoração que uma sentença de mérito.

Vale ressaltar, outrossim, que o advogado é considerado “*sujeito*” no processo, assim como os juízes, promotores, defensores e demais envolvidos com o litígio. Desta forma, é papel do advogado, em conjunto com seu cliente, cooperar com os demais para se obter uma decisão dentro de um prazo razoável.

A Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, assim estabelece em seu artigo 10: “Art. 10. As partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos.” (BRASIL, 2015b)

Antes mesmo do advento da Lei 13.105/15, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apresentou a Resolução nº 125/2010, que dispõe justamente sobre o tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, definiu a instalação de CEJUSC's, entre outras providências, mas que somente fora objeto de análise pelo Judiciário após a promulgação da Lei 13.105/15.

Referida Resolução, em seu artigo 11, refere que “Nos Centros poderão atuar membros do Ministério Público, defensores públicos, procuradores e/ou advogados.” (BRASIL, 2010).

Ocorre que, por conta da terminologia adotada no art. 11 da Resolução 125/2010 do CNJ (*poderão atuar*), criou-se o questionamento de que o advogado estaria dispensado da presença em ditas sessões de conciliação e, assim, estar-se-ia infringindo a legislação constitucional, que assevera que o advogado é indispensável para a administração da justiça. (BRASIL, 2010).

Diante de tal situação, a Ordem dos Advogados do Brasil, através de seu Conselho Federal, ingressou com o Pedido de Providências, tombado sob o nº 0004837-35.2017.2.00.0000, com o intuito de que fosse alterado o art. 11 da Resolução 125/2010, para o fim de tornar obrigatória a presença de advogados em referidas sessões.

Referido Pedido de Providências foi julgado Improcedente, tendo o CNJ entendido que o artigo 11 da Resolução CNJ nº 125/2010 estaria em conformidade com a legislação regente sobre o tema.

Dentre suas razões de decidir, o Conselheiro Carlos Levenhagen, ressaltou que:

A consulta, que tem caráter normativo geral (artigo 89, §2º, RICNJ), por ter sido respondida, por unanimidade, foi exarada nos seguintes termos: “Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania não se destinam, exclusivamente, a realização de atos processuais. A conciliação ou mediação pré-processual é dessas atividades que pode ser realizada sem a necessária participação dos advogados, porque objetiva apenas facilitar a transação, ato de autonomia privada reservado a toda pessoa capaz, de prevenir ou terminar litígios.” (Id’s nº 1305178 e 1305179). (BRASIL. CNJ. Processo 0004837-35.2017.2.00.0000, julgado em 05-10-2017, Conselheiro: Carlos Levenhagen)

Ou seja, para o CNJ, a presença do advogado nas sessões de conciliação ou mediação não se demonstra necessária. Aqui, vale ressaltar que nas sessões realizadas pelos CEJUSC's, a presença da parte é obrigatória.

Por sua vez, o Código de Ética e Disciplina da OAB refere, em seu artigo 2º, VI, que:

Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Parágrafo único. São deveres do advogado: [...]

VI – estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios; (OAB, 1995)

Ora, se o advogado, como indivíduo indispensável para a administração da Justiça, que possui como dever a estimulação da conciliação entre os litigantes, como fará seu papel se, de acordo com o CNJ, sua presença não é obrigatória?

Acaso um dos litigantes contrate um advogado, e este não se puder fazer presente na sessão, pois terá outra audiência marcada no mesmo horário e data, deverá o Estado-Juiz designar nova sessão, ou a parte deverá comparecer desacompanhada? Segundo o CNJ, deverá ser procedida a segunda opção.

Em um primeiro momento, tal assertiva pode parecer um tanto quanto absurda. Entretanto, tal não é verdade. Levando-se em consideração que as sessões de conciliação e mediação foram criadas justamente para que os litigantes reestabelessem uma comunicação/conexão já existente, mas que prejudicada por conta do litígio, a presença de um advogado, de fato, demonstrasse desnecessária.

A obrigatoriedade da presença de advogado nas sessões de conciliação e mediação serviria tão somente para engessar ainda mais o judiciário, visto que alguns patronos creem que devem falar pelo cliente, impedindo, assim, de que se reestabeleça o diálogo entre os litigantes.

Veja-se que, conforme legislação extravagante que dispõe sobre o tema, anteriormente citada remete, a todo o momento, que a presença dos advogados são possíveis, mas não obrigatórias. Tais disposições não foram colocadas ao acaso.

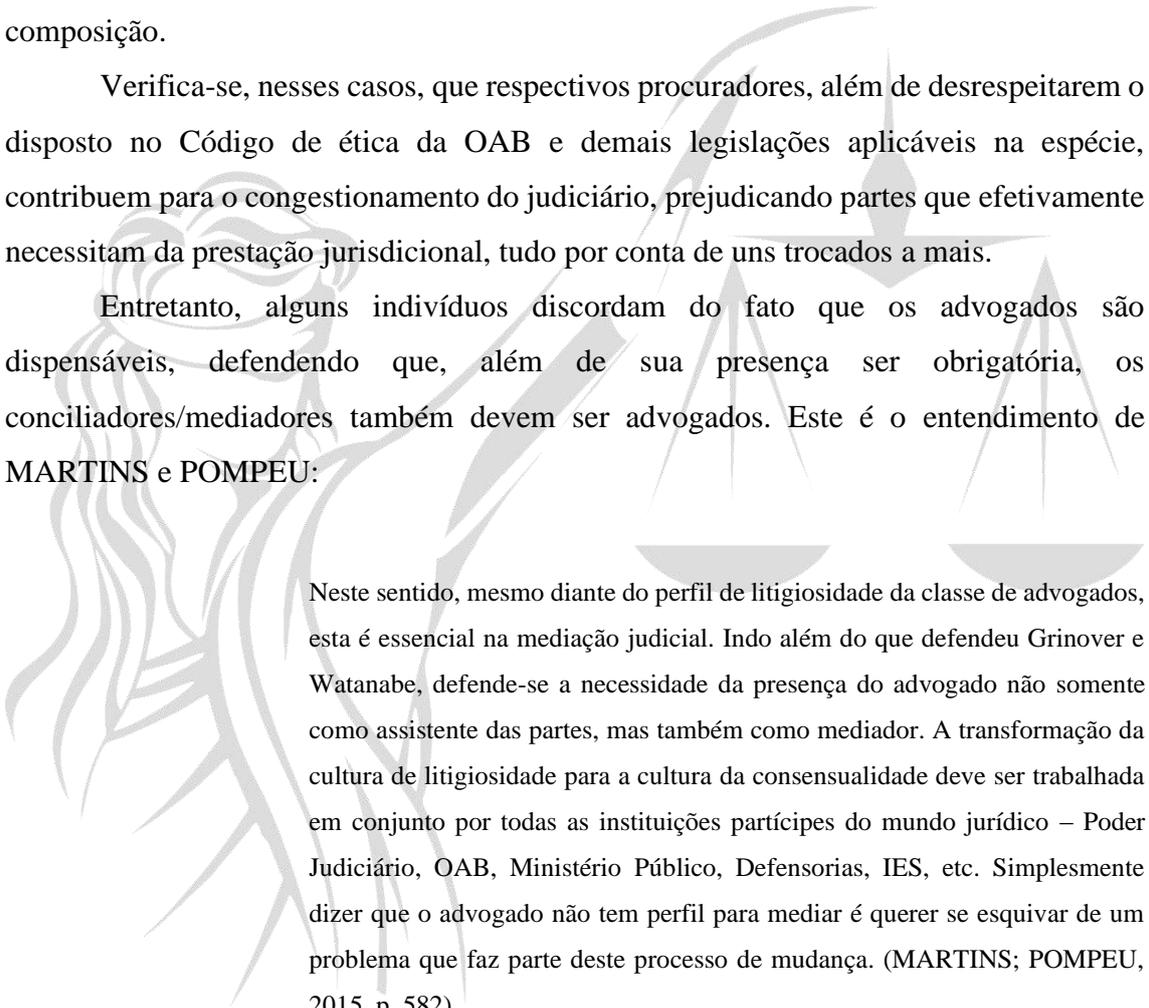
Outro fator relevante é o caso dos advogados que comparecem às sessões de conciliação com procuração contendo poderes para transigir (além dos de representar o cliente nas sessões), dispensando o comparecimento do cliente. Tal brecha na lei permite que o advogado tome a melhor decisão que entende ser para o cliente, mas, mesmo assim,

continua a impedir que referidas sessões alcancem seus objetivos primários (reestabelecimento do diálogo entre os litigantes).

Segundo relatos, no Estado do Rio Grande do Sul, já ocorreram casos em que o patrono da parte autora comparece à audiência de conciliação perante o CEJUSC, e o réu concorda com todos os pleitos da exordial, mas, mesmo assim o acordo não é realizado. O motivo? O patrono do Autor deixará de receber os honorários de sucumbência. Uma vez que o patrono possui poderes para representar o cliente e, de inclusive transigir, não há nada o que o conciliador pode fazer, a não ser redigir a ata informando a não composição.

Verifica-se, nesses casos, que respectivos procuradores, além de desrespeitarem o disposto no Código de ética da OAB e demais legislações aplicáveis na espécie, contribuem para o congestionamento do judiciário, prejudicando partes que efetivamente necessitam da prestação jurisdicional, tudo por conta de uns trocados a mais.

Entretanto, alguns indivíduos discordam do fato que os advogados são dispensáveis, defendendo que, além de sua presença ser obrigatória, os conciliadores/mediadores também devem ser advogados. Este é o entendimento de MARTINS e POMPEU:



Neste sentido, mesmo diante do perfil de litigiosidade da classe de advogados, esta é essencial na mediação judicial. Indo além do que defendeu Grinover e Watanabe, defende-se a necessidade da presença do advogado não somente como assistente das partes, mas também como mediador. A transformação da cultura de litigiosidade para a cultura da consensualidade deve ser trabalhada em conjunto por todas as instituições partícipes do mundo jurídico – Poder Judiciário, OAB, Ministério Público, Defensorias, IES, etc. Simplesmente dizer que o advogado não tem perfil para mediar é querer se esquivar de um problema que faz parte deste processo de mudança. (MARTINS; POMPEU, 2015, p. 582)

Respeita-se a opinião daqueles que defende que os advogados devem estar presentes em todas as sessões de conciliação e mediação, bem como que deverá realizar o papel do conciliador/mediador. Entretanto, tal pensamento é completamente equivocado.

Os conciliadores/mediadores passam por treinamentos dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC's), que são

completamente focados nas táticas de conciliação e mediação, nos seus princípios, em como realizar uma escuta ativa, entre outras. Em verdade, o que se mais trabalha para a formação de conciliadores/mediadores, são teses da área da Psicologia, passando em quase nada da parte jurídica.

Defender que advogados sejam os conciliadores/mediadores acabará por até mesmo impedir a realização de algum acordo, vez que, por ter conhecimentos jurídicos, o conciliador advogado não será imparcial, o que acabará por prejudicar um dos conciliandos.

Muitas vezes os advogados não possuem conhecimento do conteúdo da Psicologia aplicável nas sessões de conciliação/mediação, o que faz com que o objetivo de reestabelecer a comunicação dos litigantes acabe por não se concretizar.

Como o objetivo da conciliação/mediação é trabalhar os sentimentos, psicólogos e psiquiatras são os profissionais mais bem preparados para realizar referidas sessões, vez que possuem maior experiência em lidar com sentimentos, ao contrário de advogados, que são mais voltados para o direito em questão, que acabam por ser mais objetivos.

Pode-se aduzir, então, que o advogado atue nas sessões de conciliação/mediação como um “ajudante” do conciliador/mediador, deixando este para trabalhar os sentimentos, enquanto o advogado garantiria que os indivíduos não fizessem algum acordo prejudicial ou, até mesmo, ilegal.

Entretanto, tal assertiva também não merece amparo, principalmente se a sessão realizada fora dentro dos CEJUSC's, uma vez que, para que o acordo de vontades tenha validade, é necessária a homologação judicial por parte do magistrado responsável pelo Centro de Conciliação, impedindo, assim, que um acordo considerado como ilegal por um advogado, tenha validade jurídica.

Outro fundamento utilizado para defender a presença do advogado nas sessões de conciliação/mediação, é o disposto no art. 695, § 4º do CPC, que assim dispõe:

Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694. [...]
§ 4º Na audiência, as partes **deverão** estar acompanhadas de seus advogados ou de defensores públicos. (grifo nosso) (BRASIL, 2015a)

Ocorre que, a Lei 13.105/15 (CPC/2015), se trata de lei geral, enquanto que a Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação) se trata de Lei específica e, portanto, de acordo com a

melhor doutrina e com os dispositivos constantes na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB - Decreto-Lei N° 4.657, de 4 de Setembro de 1942, com redação dada pela Lei n° 12.376, de 2010), a Lei específica se sobressai à Lei Geral. Tal fato se dá, outrossim, graças ao princípio da especialidade.

Desta forma, por mais que se advogue em sentido contrário, nas sessões de mediação, devem ser aplicadas as normativas contidas na própria Lei de Mediação, que determina o comparecimento do advogado como facultativo, e não obrigatório.

Ainda, para eximir quaisquer dúvidas, insta salientar que ambas as leis, por mais que aparentem ser conflitantes, não o são, assim como também uma não revoga o disposto na outra, já que ambas são complementares entre si. Tal entendimento encontra amparo no artigo 2º, § 2º da LINDB:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue: [...]

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. (BRASIL, 1942)

Como a mediação e a conciliação buscam dar uma voz ativa aos litigantes, o ideal é que os mesmo travem diálogos entre si, dispensando a necessidade de um interlocutor (no caso, um advogado), deixando o profissional contratado como alguém para atuar na parte processual, enquanto que o contexto fático pode ser resolvido com o diálogo entre os que vivenciaram o conflito.

Por mais que se defenda que o advogado é indispensável para a administração da justiça, por vezes os interesses pessoais do profissional se sobressaem ao interesse em resolver a litigiosidade de forma célere, vez que preferem prolongar a demanda para ganhar honorários sucumbenciais.

Há de esclarecer que não se está a generalizar a classe de advogados de que todos pretendem prolongar a demanda para ganhar honorários sucumbenciais, quando existem, em verdade, diversos profissionais que buscam solucionar o litígio da forma mais célere possível. Entretanto, não há como se fazer um olhar restrito apenas aos que buscam a solução do litígio, enquanto existirem aqueles que procuram tão somente beneficiar-se da litigiosidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se verificar que, de análise das legislações pertinentes ao tema, desnecessária é a presença dos advogados em sessões de conciliação e/ou mediação, tanto na forma de procurador da parte, quanto na de conciliador/mediador, vez que o profissional melhor qualificado para tal ato, é justamente um psicólogo/psiquiatra (ante a necessidade de tratar os sentimentos das partes, e não o direito em si).

Por vezes, o comparecimento dos advogados em ditas sessões, apenas prejuízo traz as partes, ao judiciário e aos membros a serviço do judiciário presentes, vez que, ao tentar defender o direito que entendem o cliente ter, acabam por criar novas animosidades entre os litigantes, deturpando completamente o motivo pelo qual sessões de conciliação e mediação foram criadas.

Não se está a dizer que o advogado deve ser proibido a participar de ditas sessões. Muito antes pelo contrário. A presença do profissional do direito se demonstra muito bem vinda, quando o mesmo possui ciência de qual é o objetivo de tal sessão ser realizada, o que se busca trabalhar na mesma e, em conjunto com os conciliadores/mediadores, tentar resolver o litígio da forma mais célere possível, deixando de lado os interesses pessoais. Entretanto, enquanto não ocorrer referida mudança de postura por parte de ditos profissionais, o melhor é que os mesmos não participem das sessões, a fim de evitar um agravamento na situação dos conflitantes.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 set. 2019

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasil, Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 25 set. 2019

BRASIL. **Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Novo Código de Processo Civil. Brasil, Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 24 set. 2019a.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Brasil, Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 24 set. 2019b.

BRASIL. **Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 24 set. 2019.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO (TRF 4). 2019. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=principal>. Acesso em: 24 set, 2019

BRASIL. CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA). Pedido de Providências: 0004837-35.2017.2.00.0000, julgado em 05-10-2017, Conselheiro: Carlos Levenhagen. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pjecnj/ConsultaPublica/listView.seam>>. Acesso em 24 set. 2019.

CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA). **Justiça em números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/da64a36ddee693ddf735b9ec03319e84.pdf>. Acesso em: 21 set. 2019.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. xxiii, 443 p. (Os Pensadores).

JEFFERSON, Thomas. Escritos políticos. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat baron de,. O espírito das leis. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000

OAB. Conselho Federal. Código de Ética e Disciplina da OAB. Brasília, DF: OAB, Conselho Federal, 1995. Disponível em: <https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoob/codigodeetica.pdf>. Acesso em: 24 set. 2019

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; MARTINS, Dayse Braga. A essencial participação da advocacia no processo de mediação judicial para a efetivação do acesso à justiça e da segurança jurídica. **Revista Thesis Juris**. RTJ, São Paulo, V. 4, N.3, pp. 571-586, Set.-Dez. 2015.

SHAKESPEARE, William. **Hamlet**, Ato II, Cena II, Disponível em: <https://liviafloreslopes.files.wordpress.com/2014/10/shakespeare-hamlet.pdf>. Acesso em: 24 set. 2019

WEFFORT, Francisco C (Org.). **Os clássicos da política**. 10. ed. São Paulo: Ática, 2006.

AUTOR:

Felipe Bernardi Poersch: Especialista em Conciliação, Mediação e Arbitragem como Formas de Resolução de Conflitos pela Universidade Regional Integrada – URI Campus de Erechim/RS. E-mail: fpoersch@hotmail.com





Capítulo 2

A TIPICIDADE DOS CRIMES CIBERNÉTICOS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: Um estudo sobre o impacto da Lei nº 12.737/2012 e a (des)construção de uma dogmática penal dos crimes cibernéticos

DOI: 10.29327/555260.1-2

Ayume da Silva Assunção
Eujécio Cotrim

A TIPCIDADE DOS CRIMES CIBERNÉTICOS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: Um estudo sobre o impacto da Lei nº 12.737/2012 e a (des)construção de uma dogmática penal dos crimes cibernéticos

Ayume da Silva Assunção

Eujécio Cotrim

RESUMO

O presente artigo trata sobre a tipicidade dos Crimes Cibernéticos no Direito Penal Brasileiro, consistindo em um estudo a respeito do impacto da Lei nº 12.737/2012, a dogmática penal dos crimes realizados através da internet. A priori, foi realizado um breve apanhado de conceitos relacionados aos crimes cibernéticos, bem como, a respeito da lacuna legislativa presente no ordenamento jurídico brasileiro a respeito desta temática. Posteriormente é desenvolvida uma análise acerca da interpretação da lei penal à luz do princípio da Legalidade e da eficiência da Lei nº 12.015 de 2009, bem como da Convenção de Budapeste. A metodologia utilizada para a construção do estudo foi em formato de pesquisa bibliográfica, respaldada por grandes doutrinadores do Direito Penal, jurisprudência e legislação, além de artigos renomados sobre o tema. Ao final, verificou-se que diante dos Crimes Cibernéticos, é notável evidenciar que a falta de tipificação adequada para os delitos praticados no ambiente cibernético, promove insegurança tanto para a sociedade quanto para o âmbito jurídico brasileiro. É necessária a adoção de uma legislação específica que trate a respeito da presente temática, com normas claras e eficientes, de modo que promova segurança à sociedade e punição àqueles que se utilizam de meios escusos para provocar danos materiais e morais a terceiros.

Palavras-chave: Crimes Cibernéticos. Tipicidade. Princípio da Legalidade.

ABSTRACT

This article deals with the typicality of Cyber Crimes in Brazilian Criminal Law, consisting of a study about the impact of Law No. 12,737/2012, the penal dogmatics of crimes carried out through the internet. A priori, a brief overview of concepts related to cyber crimes was carried out, as well as the legislative gap present in the Brazilian legal

system regarding this theme. Subsequently, an analysis of the interpretation of criminal law is carried out in light of the principle of Legality and the efficiency of Law No. 12,015 of 2009, as well as the Budapest Convention. The methodology used for the construction of the study was in the form of a bibliographic research, supported by great scholars of Criminal Law, jurisprudence and legislation, in addition to renowned articles on the subject. In the end, it was found that in the face of Cyber Crimes, it is remarkable to show that the lack of adequate classification for crimes committed in the cyber environment, promotes insecurity both for society and for the Brazilian legal sphere. It is necessary to adopt specific legislation dealing with this subject, with clear and efficient rules, in order to promote security to society and punishment to those who use shady means to cause material and moral damages to third parties.

Keywords: Cyber Crimes. Typicality. Principle of Legality.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por desígnio abordar a importância em torno da positivação dos crimes cibernéticos, contextualizando sobre o déficit em torno do sistema jurídico brasileiro e principalmente do Código Penal envolvendo a culpabilidade das condutas ilícitas praticadas no ambiente virtual, além de mencionar acerca da ineficiência da Lei nº 12.737/12, promovendo insegurança social e jurídica.

Para produção do presente estudo, houve um levantamento bibliográfico, com o uso de doutrinas renomadas pelo Direito Penal Brasileiro, como Guilherme de Souza Nucci, Cleber Masson, Rogério Grecco, Damásio de Jesus, José Antônio Milagre, entre outros. Também foram utilizadas jurisprudências, além de legislações nacionais e internacionais que regulamentem acerca da relação entre os Crimes Cibernéticos e a lacuna em torno da codificação dos referidos ilícitos virtuais dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Em seu aspecto metodológico, o método de pesquisa empregado no presente projeto é o qualitativo, apoiando-se em técnicas de coleta de dados e materiais que levam à análises e reflexões.

A inexistência da culpabilidade pelos crimes cibernéticos é preocupante, pois a mesma consiste na condição regular necessária para fundamentar juridicamente uma responsabilidade, sendo constituída por livre arbítrio e juízos sobre a realidade, criando um sistema de subjetividade individual de aferição da culpabilidade do agente. Não é apenas a percepção cultural, mas a percepção da realidade em si, o que alteraria a

capacidade de entender o caráter ilícito da conduta e de se adequar perante tal entendimento.

Assim, na ausência de uma legislação específica, aquele que praticou algum ato ilícito cibernético, deverá ser julgado dentro do próprio Código Penal, mantendo-se as devidas diferenças. No Direito Brasileiro existe o instituto da analogia, consistindo na integração do ordenamento jurídico com a intenção de suprir lacunas na lei, de forma que se torna aplicável ao caso omissivo, uma lei que prejudique o réu e que regule a prática de um ato ilícito semelhante.

A princípio, seria uma ótima alternativa para tipificar ações ilícitas praticadas no âmbito virtual, porém, a maioria da doutrina do Direito Penal Brasileiro, como Rogério Sanches Cunha, Guilherme de Souza Nucci e Cleber Masson, em outras áreas do Direito esse instituto pode ser aplicado com eficiência, mas no ordenamento penal, a sua aplicação necessita ser cuidadosamente avaliada, pelo fato desta possibilidade poder ferir o princípio constitucional da legalidade.

Sendo assim, o epicentro da discussão sobre os crimes cibernéticos está assentado no princípio da legalidade, caracterizado como princípio basilar do Direito Penal. Diante dessa temática, surgem os seguintes questionamentos: Como punir possíveis infratores desses crimes diante da ausência de lei descrevendo tal conduta como criminosa? O Estado-Juiz pode aplicar sanções para comportamentos não tipificados em lei? É nesse diapasão que se discute a atipicidade dessas condutas e a consequente isenção de punição desses indivíduos.

2. MATERIAIS E MÉTODOS

A Metodologia descreve os procedimentos de coleta e análise dos dados e os materiais que levam à obtenção dos resultados (MOTA-ROTH; HENDGES; 2010)¹. O método de pesquisa utilizado é o qualitativo, apoiando-se em técnicas de coleta de dados. De acordo com Neves (1996, p.01)², a pesquisa qualitativa não busca enumerar ou medir eventos. Ela serve para obter dados descritivos que expressam os sentidos dos fenômenos. A referida pesquisa se classifica como sendo exploratória proporcionando maiores informações sobre o referido tema, além de ser qualificada como sendo uma cadeia de

¹ MOTTA-ROTH, Désirée; HENDGES, Graciela H. Produção textual na universidade. São Paulo: Parábola Editorial, 2010.

² NEVES, J. L. Pesquisa qualitativa: características, usos e possibilidades. Caderno de pesquisa em administração, v. 1., n. 3., 1996.

raciocínio pelo método dedutivo, que a partir de teorias e leis gerais pode-se chegar à determinação ou previsão de fenômenos particulares. (MARCONI e LAKATOS, 2017)³

Para que o estudo seja possível, houve um levantamento bibliográfico, com o uso de doutrinas renomadas pelo Direito Brasileiro, jurisprudências e demais legislações que regulamentem acerca da relação entre os Crimes Cibernéticos, a lacuna em torno da codificação dos referidos ilícitos dentro do ordenamento jurídico brasileiro e seus possíveis problemas para a segurança jurídica e para a sociedade.

3. CRIMES CIBERNÉTICOS

Os crimes cibernéticos consistem no cometimento de atividades ilícitas por meio do computador ou rede de internet e classificam-se de acordo com a sua forma de cometimento (WENDT; JORGE, 2012)⁴.

Diante a ausência de uma legislação específica que abordasse a temática, cabe ao ordenamento penal vigente julgar aquele que comete crime cibernético. De acordo com uma pesquisa desenvolvida pelo site Safernet, entre os principais crimes cibernéticos, estão: pirataria, pornografia infantil, calúnia, difamação, injúria, estelionato, entre outros (SANTOS; MARTINS; TYBUCSH, 2017)⁵.

A pornografia infantil caracteriza-se pelo ato de fotografar ou publicar cenas de sexo explícito que contenham crianças ou adolescentes, nos moldes do art. 241 do ECA. Injúria, difamação e calúnia são consideradas crimes contra a honra e estão regulamentados nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal. No ambiente da internet, os crimes de calúnia e difamação, consideradas ofensas à honra objetiva, são caracterizados caso a ofensa seja enviada para grande público e não somente para a vítima, já tratando-se de injúria, considerada ofensa à honra subjetiva, a ofensa é direcionada para a própria vítima (SANTOS; MARTINS; TYBUCSH, 2017).

Tratando-se do crime de estelionato no ambiente da internet, o sujeito ativo mantém a vítima em erro, sob a finalidade de obter vantagem ilícita para si próprio. Também se considera crime cibernético exaltar ou elogiar criminoso ou ato criminoso de maneira pública, caracterizando crime de apologia de crime ou de criminoso. Outro

³ MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Fundamentos de Metodologia Científica, 8ª Ed. Atlas, 2017.

⁴ WENDT, Emerson; JORGE, Higor Vinícius Nogueira. Crimes cibernéticos: Ameaças e procedimentos de investigação. Rio de Janeiro: Brasport, 2012. p 10.

⁵ SANTOS, Liara Ruff dos; MARTINS, Luana Bertasso; TYBUCSH, Francielle Benini Agne. Os crimes cibernéticos e o direito a segurança jurídica: uma análise da legislação vigente no cenário brasileiro contemporâneo. 2017.

exemplo, consiste no oferecimento, utilizando a internet, de consumo a substância entorpecente, ou que sujeite a pessoa a depender-se fisicamente ou psicologicamente, caracterizando tráfico de drogas (SANTOS; MARTINS; TYBUCSH, 2017).

4. A INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Assim como dispõe Matsuyama e Lima (2017)⁶, o princípio da legalidade consiste em um dos mais importantes do ordenamento penal brasileiro. Ele encontra-se positivado no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, também é receptível a menção ao referido princípio no art. 1º do Código Penal. Nesse sentido, Rogério Greco (2015)⁷ define:

É o princípio da legalidade, sem dúvida alguma, o mais importante do Direito Penal. Conforme se extrai do art. 1º do Código Penal, bem como do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, não se fala na existência de crime se não houver uma lei definindo-o como tal. A lei é a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal. (GRECO, 2015, p.144).

Conforme estabelece a própria Lei Maior, no ordenamento jurídico brasileiro, não se concebe que um fato seja considerado como crime sem que exista lei anterior que descreva tal conduta como delituosa. A legislação consiste na única fonte capaz de impor punição à prática de atos que ela mesma caracteriza como sendo ilícitos, configurando na limitação ao poder do Estado de interferir na esfera de liberdades dos indivíduos. O autor Cleber Masson (2015)⁸ entende que o princípio em questão, versa pela:

[...] exclusividade da lei para a criação de delitos (e contravenções penais) e cominação de penas, possuindo indiscutível dimensão democrática, pois revela a aceitação pelo povo, representado pelo Congresso Nacional, da opção legislativa no âmbito criminal. De fato, não há crime sem lei que o defina, nem

⁶ MATSUYAMA, Keniche Guimarães; LIMA, JAA. Crimes cibernéticos: atipicidade dos delitos. 2017.

⁷ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

⁸ MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado – Parte geral – vol. 1. 9.ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

pena sem cominação legal (*nullum crimen nulla poena sine lege*). (MASSON, 2015, p.82).

5. O DIREITO PENAL CIBERNÉTICO ENQUANTO RAMO DO DIREITO PENAL

Não há consenso sobre qual a terminologia a ser empregada para os crimes que acontecem no âmbito virtual ou informático. Patrícia Santos da Silva (2015)⁹, na intenção de demonstrar esse problema, afirma:

[...]que não há uma nomenclatura sedimentada pelos doutrinadores acerca do conceito de crime cibernético. De uma forma ou de outra o que muda é só o nome atribuído a esses crimes, posto que devem ser observados o uso de dispositivos informáticos, a rede de transmissão de dados para delinquir, o bem jurídico lesado, e ainda deve a conduta ser típica, antijurídica e culpável. (SILVA, 2015, p.39).

A internet se tornou a promessa de um futuro melhor para a humanidade, por ser uma espetacular ferramenta de troca de conhecimento. A liberdade é a característica mais atribuída à internet. Como um mundo sem fronteiras. Mas há um lado nocivo trazido por esta ausência de normas e regras (SILVA, 2015).

Importante lembrar-nos que a função do Direito Penal consiste em coibir condutas divergentes daquelas tipificadas, impondo sanção e protegendo bens jurídicos. Para isso, uma estrutura normativa é gerada, criando uma lógica própria. Essa normatividade tem uma dupla função, já que ao tempo em que a pena (enquanto sanção normativa) é uma forma de garantir a eficácia do sistema penal, esta possui seu limite já imposto, servindo como uma garantia.

Os autores Jesus e Milagre (2016)¹⁰, trazem consigo a classificação mais precisa de delito informático, dividindo o delito em quatro tipos, crimes de informática próprios, crimes de informática impróprios, crimes de informática mistos e crimes de informática mediato ou indireto.

a) crimes informáticos próprios: em que o bem jurídico ofendido é a tecnologia da informação em si, Para estes delitos, a legislação penal era lacunosa, sendo

⁹ SILVA, Patrícia Santos da. Direito e crime cibernético: análise da competência em razão do lugar no julgamento de ações penais. Brasília: Vestnik, 2015.

¹⁰ JESUS, Damásio de, e MILAGRE, José Antonio. Manual de crimes informáticos. São Paulo: Saraiva, 2016.

que, diante do princípio da reserva penal, muitas práticas não poderiam ser enquadradas criminalmente;

b) crimes informáticos impróprios: em que a tecnologia da informação é o meio utilizado para agressão a bens jurídicos já protegidos pelo Código Penal brasileiro. Para estes delitos, a legislação criminal é suficiente, pois grande parte das condutas realizadas encontra correspondência em algum tipo penal;

c) crimes informáticos mistos: são crimes complexos em que, além de proteção do bem jurídico informático (inviolabilidade dos dados), a legislação protege outro bem jurídico. Ocorre à existência de dois tipos penais distintos, cada qual protege um bem jurídico;

d) crime informático mediato ou indireto: trata-se delito informático praticado para a ocorrência de um delito não informático consumando ao final.

Em Direito Informático, comumente um delito informático é cometido como meio para a prática de um delito-fim ordem patrimonial. Como, por exemplo, no caso do agente que captura dados bancários e usa para desfalcar a conta corrente da vítima. Pelo princípio da consunção, o agente só será punido pelo delito-fim (furto) (JESUS; MILARE, 2016, p. 49).

A codificação penal transcende a esfera jurídica, sendo também resultado de uma relação social. Os comportamentos divergentes daqueles aceitos, e até impostos, pela sociedade, são considerados como Anomia. Esse conceito sociológico tem papel fundamental no entendimento da tipificação de condutas humanas pelo Direito Penal. Essas condutas são a base para a tipificação de crimes em uma sociedade, já que o Direito Penal retira os conceitos de condutas humanas a partir de condutas possíveis e já valoradas pela sociedade.

Nesse sentido, Conde (1988)¹¹ assegura que o ponto de partida é a Tipicidade das condutas ilícitas praticadas no mundo virtual, sendo a norma jurídica o ator principal nas relações jurídicas. A construção dessa dogmática passa, necessariamente por uma análise da tipificação dos tipos penais cibernéticos.

6. A LEI 12.737/2012 E A (DES)CONSTRUÇÃO DE UMA DOGMÁTICA PENAL DOS CRIMES CIBERNÉTICOS

O sistema penal brasileiro já havia reconhecido algumas condutas como próprias do sistema informático. A lei nº 9.983/03 foi editada incluindo no sistema jurídico brasileiro os artigos 313-A e 313-B. Mas somente no ano de 2012, foi editada e

¹¹ CONDE, Francisco Muñoz. Teoria Geral do Delito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fábris Editor, 1988.

sancionada com a intenção de ser a primeira lei específica de crime cibernética no sistema brasileiro, a Lei nº 12.737/2012¹² (Lei Carolina Dieckmann). Ela ganhou esse apelido por consequência de um caso de invasão de dispositivo informático por meio de Hackers de uma atriz brasileira que foi, inclusive, chantageada.

A referida Lei criou o artigo 154-A, que fora acrescentado no Código Penal brasileiro, *in verbis*:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

A partir do estudo do presente dispositivo é notável observar que o núcleo do tipo é invadir, porém a base do tipo penal é a conduta humana, e invadir é um verbo de conduta real, não conduta informática. O verbo mais lógico seria acessar, ou ter acesso.

Outro aspecto interessante que deve ser observado consiste na condicionante de modo, tendo em vista que a invasão deve ser mediante violação indevida de mecanismo de segurança. Torna-se perceptível a imprecisão do legislador, que possibilita a realização do tipo penal com a violação de senha de bloqueio de tela, por exemplo, de um celular. Esse tipo penal tem dolo específico, já que o agente ao invadir tem que ter como vontade específica obter, adulterar ou destruir dados ou informações ou instalar vulnerabilidade para obter vantagem indevida. Como se percebe não se pune a conduta culposa. O dolo específico também se torna possível seguindo o §1º desse mesmo artigo.

O renomado doutrinador Guilherme Nucci (2014)¹³, abordando o tipo penal definido no caput do artigo 154-A classifica-o como:

[...] crime comum (pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente na efetiva lesão à intimidade ou vida privada da vítima, embora possa ocorrer); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito 129 pelo agente); comissivo (as condutas

¹² BRASIL. Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12737.htm. Acesso em 11 de maio de 2021.

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

implicam ações); instantâneo (o resultado se dá de maneira 47 determinada na linha do tempo), podendo assumir a forma de instantâneo de efeitos permanentes, quando a invasão ou a instalação de vulnerabilidade perpetua-se no tempo, como rastro da conduta; unissubjetivo (pode ser cometido por uma só pessoa); plurissubsistente (cometido por vários atos); admite tentativa (NUCCI, 2014, p. 814).

Conforme alega Castro (2018)¹⁴, diante das circunstâncias analisadas da presente Lei, torna-se evidente a pressa do legislador em criar esse tipo penal, já que havia à época uma pressão midiática para a incriminação dessa conduta, por envolver uma atriz de grande prestígio em todo o país.

O tipo penal fora mal redigido e com o abuso de elementos normativos, contrariando a taxatividade. Dentre esses tipos penais elencados, o que se pode perceber é que todos possuem como elemento subjetivo a modalidade dolosa. Não quis o legislador brasileiro incriminar a modalidade culposa. O legislador da referida codificação, possui pouca informação sobre o sistema informático, e isso é agravado pela falta de reflexão por parte da Dogmática Penal Brasileira, refletindo a lacuna normativa e a falta de debate em torno da moralidade das condutas cibernéticas, bem como as consequências e prejuízos causados por essas condutas (CASTRO, 2018).

A inexistência da culpabilidade é preocupante, pois a mesma consiste na condição regular necessária para fundamentar juridicamente uma responsabilidade, sendo constituída por livre arbítrio e juízos sobre a realidade, criando um sistema de subjetividade individual de aferição da culpabilidade do agente. Não é apenas a percepção cultural, mas a percepção da realidade em si, o que alteraria a capacidade de entender o caráter ilícito da conduta e de se adequar perante tal entendimento.

7. CONVENÇÃO DE BUDAPESTE

Essa referida convenção consiste em um ordenamento desenvolvido pelo Conselho da Europa em 2002, em que seu objetivo girava em torno da proteção da sociedade contra a criminalidade no ciberespaço. A princípio, a Convenção de Budapeste promovia a escolha de uma legislação comum que objetivasse uma maior cooperação entre os Estados da União Europeia, mas atualmente encontra-se aberta à assinatura por

¹⁴ CASTRO, Aldemario Araujo. A internet e os tipos penais que reclamam ação criminosa em público. 2018. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13308-13309-1-PB.pdf>. Acesso em 11 de maio de 2021.

todos os países que a desejarem, tendo em vista que os crimes cibernéticos atingem todos os territórios do mundo (FERNANDES, 2013)¹⁵.

Desde o planejamento até a elaboração da Convenção de Budapeste, transcorreram aproximadamente cinco anos, enquanto isso, no território brasileiro os julgadores pouco estão se importando para a aprovação de projetos de lei com a temática em questão, levando à instabilidade no meio social e à insegurança no âmbito jurídico (FERNANDES, 2013).

No Direito Internacional, existe o Direito Internacional Uniforme, utiliza por quase todos os países do mundo, que ocorre quando coincidem os direitos primários entre ordenamentos, seja porque têm a mesma origem, ou por sofrerem influências idênticas, ou, ainda, quando países adotam sistemas jurídicos clássicos total ou parcialmente, de outros Estados (FERNANDES, 2013).

Uma hipótese a favor da segurança jurídica do Direito Brasileiro em vista da tipificação dos crimes cibernéticos, configura-se no fato do Brasil adotar a Convenção de Budapeste, tendo em vista que, o conteúdo dos projetos de leis, que se encontram há anos sob o julgamento do Congresso Nacional, é similar aos tratados pela referida Convenção (FERNANDES, 2013).

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os delitos cometidos através da internet são presentes em todo o mundo, entretanto, o Brasil encontra-se atrasado por não dispor de uma legislação específica e adequada à regulamentação e punição àqueles que cometem as condutas delituosas em questão.

A falta de tipificação adequada para os delitos praticados no ambiente cibernético, promove insegurança tanto para a sociedade quanto para o âmbito jurídico brasileiro. As tentativas fracassadas de projetos de lei ou mesmo a publicação apressada de legislações, como é o caso da Lei nº 12.737/2012, geraram inúmeras consequências em desfavor da adequada classificação e regulamentação dos crimes em questão. É necessária cautela na instauração de um ordenamento sob o referido tema, tendo em vista que o ambiente virtual está em constante evolução, devendo ser estudado de forma adequada.

Sendo assim, a favor da segurança do desenvolvimento da sociedade e da segurança do âmbito jurídico brasileiro, faz-se necessário um maior investimento no

¹⁵ FERNANDES, David Augusto. Crimes cibernéticos: o descompasso do estado e a realidade. *REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG*, 2013, 2013.62: 139-178.

âmbito de segurança da informação, além de treinamento especializado dos agentes para que haja uma persecução penal efetiva e atual, lembrando que o Código Penal brasileiro é de 1940, período em que não existia as tecnologias usadas atualmente e notoriamente, não existiam os crimes cibernéticos (FERNANDES, 2013).

Com a existência de condutas atípicas que não podem ser punidas em decorrência do princípio da legalidade ou da reserva legal, é essencial a elaboração de um ordenamento específico além da adoção do Brasil a tratados internacionais que disciplinam sobre o conteúdo em questão para adequação da legislação interna, como é o caso da Convenção de Budapeste.

Diante a expansão do espaço cibernético em todo o mundo, a adoção à Convenção consistiria no dever preventivo do Estado, tendo em vista que promoveria a utilização de normas claras e eficientes, de modo que promova segurança à sociedade e punição àqueles que se utilizam de meios escusos para provocar danos materiais e morais a terceiros.

9. REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm. Acesso em 11 de maio de 2021.

CASTRO, Aldemario Araujo. A internet e os tipos penais que reclamam ação criminosa em público. 2018. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13308-13309-1-PB.pdf>. Acesso em 11 de maio de 2021.

CONDE, Francisco Muñoz. Teoria Geral do Delito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fábris Editor, 1988.

FERNANDES, David Augusto. Crimes cibernéticos: o descompasso do estado e a realidade. REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG, 2013, 2013.62: 139-178.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JESUS, Damásio de, e MILAGRE, José Antonio. Manual de crimes informáticos. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Fundamentos de Metodologia Científica, 8ª Ed. Atlas, 2017.

MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado – Parte geral – vol. 1. 9.^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MATSUYAMA, Keniche Guimarães; LIMA, JAA. Crimes cibernéticos: atipicidade dos delitos. 2017.

MOTTA-ROTH, Désirée; HENDGES, Graciela H. Produção textual na universidade. São Paulo: Parábola Editorial, 2010.

NEVES, J. L. Pesquisa qualitativa: características, usos e possibilidades. Caderno de pesquisa em administração, v. 1., n. 3., 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, Liara Ruff dos; MARTINS, Luana Bertasso; TYBUCSH, Francielle Benini Agne. Os crimes cibernéticos e o direito a segurança jurídica: uma análise da legislação vigente no cenário brasileiro contemporâneo. 2017.

SILVA, Patrícia Santos da. Direito e crime cibernético: análise da competência em razão do lugar no julgamento de ações penais. Brasília: Vestnik, 2015.

WENDT, Emerson; JORGE, Higor Vinícius Nogueira. Crimes cibernéticos: Ameaças e procedimentos de investigação. Rio de Janeiro: Brasport, 2012. p 10.

AUTORES:

Ayume da Silva Assunção: Graduanda do curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Guanambi – UniFG.

Eujécio Cotrim: Docente do curso de Direito do Centro Universitário de Guanambi – UniFG.



Capítulo 3

PRISÃO DOS AVÓS POR DÍVIDA ALIMENTAR E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

DOI: 10.29327/555260.1-3

João Vitor Santos Donato
Fernanda Beatriz Do Nascimento Silva Xará

PRISÃO DOS AVÓS POR DÍVIDA ALIMENTAR E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

João Vitor Santos Donato

Fernanda Beatriz Do Nascimento Silva Xará

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo esclarecer os conflitos ocorridos na família, sobretudo no direito aos alimentos, direito este básico para a subsistência de todo cidadão. De acordo com o princípio da solidariedade familiar (ar. 229, CF/1988), prover os alimentos aos filhos não cabe somente aos pais, responsáveis principais, mas, ocorrendo a ausência ou impossibilidade dos pais, os parentes de grau mais próximo podem ser chamados para responder pela obrigação alimentar, desde que haja a possibilidade de quem paga e a necessidade de quem precisa. Sendo os avós os parentes mais próximos, são eles chamados a se responsabilizar, de forma complementar e subsidiária, a prestar alimentos aos netos. Portanto, sendo os avós os responsáveis, neste artigo discute-se a constitucionalidade, sob a luz da legislação, doutrina e jurisprudência, da prisão civil dos avós idosos pelo não pagamento da prestação alimentícia aos netos, sob a perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direito aos alimentos. Obrigação alimentar avoenga. Prisão civil dos avós idosos. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da solidariedade familiar.

ABSTRACT

This article aims to clarify the conflicts that have occurred in the family, especially in the right to food, this basic right for the subsistence of every citizen. Based on the principle of family solidarity (ar. 229, CF / 1988) providing food for the children is not only the responsibility of the parents, principal caregivers, but in the absence or impossibility of the parents, the relatives of the closest degree can be called to answer for the maintenance obligation, as long as there is the possibility of those who pay and the need of those in need. Grandparents being the closest relatives, they are called to respond in a complementary and subsidiary way of providing food to their grandchildren. Therefore, being the grandparents responsible, the constitutionality is discussed in the

light of the legislation, doctrine and jurisprudence under the civil prison of the elderly grandparents, for the non-payment of the food allowance to the grandchildren, under the perspective of the principle of the dignity of the human person.

Keywords: Right to food. Avoenga food obligation. Civil prison for elderly grandparents. Principle of the dignity of the human person. Principle of family solidarity.

1. INTRODUÇÃO

Os doutrinadores Elpídio Donizetti e Felipe Quintella (2020, p. 973) conceituam os alimentos da seguinte forma: “...O vocábulo alimentos é usado com sentido amplo, não apenas para se referir à comida, mas a todas as coisas básicas de que uma pessoa precisa para sobreviver. Estão aí abrangidos os cuidados com a saúde, o vestuário, a habitação, o lazer, o ensino etc.”. Neste sentido, podemos afirmar que os direitos aos alimentos se encontram como um verdadeiro direito fundamental, pois está ligado diretamente a outros direitos que são de garantia de todo ser humano.

Assim, este estudo tem por finalidade explorar o contexto da obrigação alimentar entre ascendentes e descendentes, correlacionando-o com os princípios basilares da Constituição Federal, dos quais podemos destacar o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988), que orienta todos os princípios fundamentais e sobre o qual se configura o Estado Democrático de Direito.

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988 determina à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, vários direitos fundamentais, a exemplo do direito à alimentação. O art. 229 da Constituição Federal de 1988 estabelece: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

O princípio da solidariedade familiar (Art. 229, CF/1988) demonstra que, na necessidade dos netos e na impossibilidade dos pais (devedores diretos e principais), há de ser configurada uma responsabilidade, incluindo-se os parentes que possuem o dever de, na necessidade, ofertar o sustento por meio dos alimentos, desde que haja a possibilidade de fazê-lo. Na doutrina, isso pode ser denominado como necessidade-possibilidade, que é a possibilidade de um parente sustentar as necessidades do outro, devendo-se observar o critério da proporcionalidade entre um e outro elemento do binômio para a fixação do valor da pensão.

Atualmente, tem-se discutido muito na doutrina e na jurisprudência sobre a responsabilidade dos avós em prestar alimentos aos netos. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou em 2017 a súmula 596, a qual disciplina que “a obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso da impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais”.

Por tudo isso, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar a necessidade de estudar a responsabilidade dos descendentes para com os ascendentes em relação aos alimentos, bem como discutir qual tem sido o posicionamento da doutrina e da jurisprudência nos casos em que os avós são presos pelo não pagamento da pensão alimentícia aos netos. Assim, este estudo analisa se a prisão civil dos avós está de acordo com os princípios basilares da Constituição Federal de 1988 e com o Estatuto do Idoso.

É necessário ressaltar que este trabalho não possui como propósito esgotar o debate no campo científico sobre o tema, pois trata-se da realidade dos tribunais brasileiros, devendo ser observado com cuidado cada caso para a fixação da responsabilidade alimentar avoenga.

2. MATERIAL E MÉTODOS

O estudo desenvolvido caracteriza-se como uma pesquisa qualitativa. Conforme Pedro D'Angelo (2020), uma pesquisa qualitativa explora informações mais subjetivas e em profundidade. A pesquisa qualitativa se preocupa com a qualidade dos dados da pesquisa. O objetivo dessa abordagem é entender os motivos e os comportamentos dos fenômenos, visando explicar o porquê das coisas, conforme explica Beatriz Coelho (2020). O método de estudo dessa pesquisa é o bibliográfico, que consistiu no levantamento de artigos disponíveis on-line.

Este estudo tem caráter exploratório e, por isso, tem como objetivo, conforme explica Naiara Tumelero (2019), proporcionar maior familiaridade com o problema de pesquisa, visando construir hipóteses. Por fim, o método a ser usado é o indutivo, que é aquele que procede do particular para o geral, e dedutivo, que procede do geral para o particular.

As fontes de pesquisa se baseiam em livros, artigos e jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça. A pesquisa será desenvolvida e baseada no estudo de artigos científicos obtidos na base de dados da Biblioteca do Senado Federal, Google Acadêmico, Revista dos Tribunais On-Line e Scielo.

A apresentação de resultados e discussões dar-se-á em formato de artigo científico (este texto) e seguirá o Manual de Trabalhos Acadêmicos do Centro Universitário UniFG, assim como as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Inicialmente, podemos abordar o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988).

Maria Helena Diniz (2014) conceitua que a dignidade da pessoa humana pode abranger uma diversidade de valores existentes na sociedade. Ela diz que se trata de um conceito adequável à realidade e à modernização da sociedade, devendo estar em sintonia com a evolução e as tendências modernas das necessidades do ser humano diante de uma preocupação com as garantias dos Direitos Humanos e da Justiça social, consagrando o constituinte à dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional.

Para Luz Segundo (2020), a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana, que proclama a pessoa como fim e fundamento do direito, promovendo a proteção e potencializando o seu desenvolvimento.

O autor ainda destaca que há uma obrigatoriedade da proteção máxima à pessoa, já que é por meio de um sistema jurídico-positivo formado por direitos fundamentais e pela personalidade humana que se tem como objetivo garantir o respeito ao indivíduo, proporcionando a ele uma existência digna e protegida de qualquer ofensa, quer praticada pelo particular, quer pelo Estado.

Nos dizeres de Donizetti e Quintella (2020, p. 830): “[...] integram o conceito de dignidade a existência livre, o acesso aos bens necessários à vida, à moradia, à saúde, à educação, ao lazer, à segurança etc. São infinitos os elementos que compõem a dignidade da pessoa”. Do mesmo modo, o princípio do livre planejamento familiar aparece no art. 226, § 7º, da CRFB/1988:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988).

Ingo Sarlet (2009) conceitua a dignidade da pessoa humana como a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa a não experimentação de atos degradantes e desumanos, bem como as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana, como qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano, deve ser preservada e garantida no direito de família, que, em termos práticos, se traduz no propósito de que todas as famílias e seus membros tenham acesso à educação, à alimentação, à moradia e a um crescimento próspero e saudável.

3.2 Princípio do melhor interesse do menor

Outro princípio que podemos abordar é o princípio do melhor interesse do menor. Donizetti e Quintella (2020) explicam que tal princípio regula proteção a crianças e a adolescentes, a partir da Constituição Federal de 1988, no seu artigo 227, culminando, assim, na promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei 8.069/90, o que levou a uma alteração principiológica nos núcleos parentais, cristalizada no chamado princípio do melhor interesse do menor.

O autor destaca que, sob o fundamento deste princípio, a criação e a educação dos menores devem ser promovidas pelos pais com base no interesse dos filhos e não deles próprios.

3.3 Princípio da solidariedade familiar

A responsabilidade entre os parentes está prevista no princípio da solidariedade familiar. O princípio da solidariedade familiar ou solidariedade social está disposto no artigo 3º, I, da Constituição Federal, e concretiza a responsabilização social aplicada à

relação familiar. Sobre esse princípio, o renomado doutrinador Flávio Tartuce (2021) afirma que, conforme o artigo 3º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil, como objetivo fundamental, a solidariedade social é reconhecida com o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária. O princípio da solidariedade social repercute nas relações familiares e nas relações pessoais.

Tartuce (2021) ainda conceitua o que é ser solidário. Ele esclarece que significa responder pelo outro, o que remonta à ideia de solidariedade do direito das obrigações. Isso significa preocupar-se com a outra pessoa, devendo-se interpretar a solidariedade familiar no sentido amplo, tendo um caráter afetivo, social, moral, patrimonial, espiritual e sexual.

O código civil, nos artigos 1.694, 1.696 e 1.697, refere-se à obrigação alimentar que têm os pais para com os filhos e à que os filhos têm para com os pais, bem como à ausência de condições dos parentes em grau próximo.

O artigo 1.694 do Código Civil de 2002 dispõe:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, ou na situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia (BRASIL, 2002).

Villas Boas (2015) analisa que o Código Civil de 2002 obriga os parentes a prestar, uns aos outros, os alimentos necessários para viver de modo compatível com sua condição social. Dessa forma, o filho tem para com os pais as mesmas obrigações paternas anteriores à velhice. Se um pai idoso, sem condição de sobrevivência, depender de um dos filhos, os demais deverão responder pelo encargo na proporção de seus recursos. Todos os filhos, aqui, são responsáveis pela manutenção paterna, pagando mais os mais abastados e menos os de menor ganho.

O artigo 1.695 do Código Civil disciplina quem pode prestar e receber os alimentos: são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção e quando aquele de quem se reclama pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2017) afirmam que a solidariedade determina o amparo, a assistência material e moral de forma recíproca entre todos os familiares em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana. A solidariedade justifica, por exemplo, a obrigação alimentar entre parentes, cônjuges ou companheiros, ou seja, ela serve de base ao poder familiar exercido em face dos filhos menores.

Dufner e Cadidé (2017) consideram que a necessidade de a pessoa solicitar os alimentos remete-se ao fato de que ela não tem condições de arcar com a própria subsistência, precisando de auxílio de um terceiro pela relação de parentalidade próxima.

Schreiber (2020) afirma que o dever de alimentos consiste em um dever mútuo e recíproco entre parentes, cônjuges e companheiros, ou seja, as três partes podem pedir uns aos outros os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com a sua condição social. Aduz ainda o autor que os alimentos não se referem somente à alimentação em si, mas podem abranger os gastos com a vestimenta, material escolar, atividades de lazer, atividades culturais, entre outras coisas, podendo consistir na expressão do dever de solidariedade familiar.

3.4 Alimentos

Nesta mesma linha de raciocínio, Madaleno (2018) afirma que os alimentos são destinados a satisfazer as necessidades materiais de sustento, de vestuário, moradia e saúde, além de responderem aos pedidos de índole moral e cultural, devendo as prestações atender à condição social e ao estilo de vida do alimentando, assim como sua capacidade econômica, de forma que ajude a família de forma integral.

O autor ainda esclarece que o Direito tem o objetivo de garantir a sobrevivência das pessoas. Ele obriga algumas pessoas a prestar alimentos a um indivíduo que com elas tenha algum vínculo e que deles tenha necessidade.

Esse vínculo da obrigação alimentar pode ser relação de parentesco ou conjugal, de modo que a obrigação pode recair sobre os parentes, cônjuges ou companheiros. Em se tratando do vínculo de parentesco, para o Direito, o parentesco colateral vai apenas até o quarto grau.

3.5 Binômio necessidade-possibilidade

Levando em consideração a fixação do binômio necessidade-possibilidade, deve ser acrescentado o princípio da proporcionalidade, que é o norteador da dignidade do devedor de alimentos.

Tartuce (2021) destaca que os princípios devem ser levados em conta na hora da fixação dos alimentos para que sua quantificação não gere o enriquecimento sem causa. São os princípios da proporcionalidade o princípio da razoabilidade e o princípio da dignidade humana, uma vez que esses são os pesos fundamentais da balança.

Por outro lado, o autor destaca que os alimentos devem servir para a manutenção do estado anterior, destinados ao patrimônio mínimo da pessoa humana, e que caberá ao aplicador do direito fazer a devida ponderação entre princípios para chegar ao um valor justo. Caso ocorra situações de dúvida, o último valor da tutela da pessoa humana deve prevalecer.

Para que nasça a obrigação alimentar, devem estar presentes dois requisitos previstos no art. 1.695 do Código Civil, a saber: a insuficiência de recursos do reclamante e a possibilidade de a pessoa de quem se reclamam os alimentos provê-los sem que haja desfalque do necessário ao seu próprio sustento.

Deve-se, portanto, atentar para a proporção entre a necessidade do reclamante e os recursos da pessoa obrigada, no momento da fixação do quantum devido (art. 1.694, § 1º, Código Civil). A obrigação alimentar depende do binômio necessidade-possibilidade, devendo-se observar o critério da proporcionalidade entre um e outro elemento do binômio para a fixação do valor da pensão.

O artigo 1.699 do Código Civil (CC) disciplina que, mesmo após a fixação dos alimentos por sentença, ocorrendo mudança financeira de quem supre ou de quem recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, ou seja, poderá pedir a redução, majoração ou até a exoneração da obrigação alimentícia.

3.6 Classificação dos alimentos

A doutrina classifica os alimentos em naturais ou civis, provisórios, provisionais, transitórios, definitivos, próprios e impróprios.

Donizetti e Quintella (2020) conceituam os alimentos naturais como aqueles que a pessoa necessita para sobreviver. Trata-se do mínimo básico, uma vez que pessoas necessitam de um mínimo de comida, cuidados com a saúde, vestuário, habitação, lazer e ensino. Os mesmos autores conceituam os alimentos civis de que a pessoa necessita para manter a sua condição social. Assim, cuida-se do necessário para que se mantenha o padrão de vida a que a pessoa se encontra habituada.

Ainda nos dizeres dos autores, os alimentos podem ser conceituados como alimentos provisórios, aqueles que são fixados sumariamente pelo juiz, conforme o art.

4º da Lei 5.478/68, na ação de alimentos. Para que o juiz arbitre, a petição inicial deverá ser acompanhada de provas contundentes do vínculo de que decorre a obrigação alimentar.

Já em se tratando dos alimentos provisionais, estes são arbitrados no curso de outra ação, que não a prevista na Lei 5.478/68. Os autores Donizetti e Quintella (2020) citam o exemplo de uma ação de divórcio. O Código menciona os alimentos provisionais no art. 1.706, determinando que serão fixados de acordo com a lei processual.

Tartuce (2021) conceitua os alimentos transitórios como aqueles alimentos fixados por determinado período, a favor de ex-cônjuge ou ex-companheiro, fixando-se previamente o seu termo final.

O citado doutrinador conceitua os alimentos definitivos ou regulares como aqueles que são fixados definitivamente, por meio de acordo de vontades ou de sentença judicial já transitada em julgado. Apesar da denominação “definitivos”, no entanto, esses alimentos podem ser revistos se ocorrer alteração substancial no binômio ou trinômio alimentar, cabendo majoração, diminuição ou exoneração do encargo, nos termos do artigo 1.699 do CC.

Conforme os ensinamentos dos doutrinadores civilistas, os alimentos próprios são os alimentos que devem atender às necessidades básicas do indivíduo, para que ele viva de modo compatível com a sua condição social, mesmo que para atender às necessidades de sua educação, conforme o caput do art. 1.694, do CC. Os alimentos próprios são aqueles prestados in natura, abrangendo as necessidades do alimentando, na forma do artigo 1.701, do CC.

Gagliano e Pamplona Filho (2021) conceituam os alimentos impróprios como os pagamentos de natureza em pecuniária (em dinheiro), essa modalidade é a forma mais comum de prestação alimentar.

3.7 Obrigação alimentar aos filhos maiores

Marçal Tucci (2011) fala sobre os alimentos buscados pelos filhos maiores, por ascendentes, entre cônjuges e companheiros ou entre colaterais. É fundamental que se apresente não apenas uma prova pré-constituída do vínculo jurídico do qual decorre a obrigação alimentar, mas, principalmente, é preciso demonstrar a necessidade daquele que se pede e a possibilidade econômica daquele a quem se pedem alimentos, fazendo prova de que o alimentante está apto a suportar tal encargo, sem sacrificar o seu próprio sustento.

O referido autor ainda afirma que na obrigação alimentar há de ser cumprida sem sacrifícios indevidos impostos ao alimentante que deverá concorrer com os parentes de mesmo grau, os quais também devem ser chamados a contribuir para o sustento do alimentando, cuja necessidade não se presume.

Assim, os alimentos concedidos em favor de filho maior devem considerar a causa da sua incapacidade de autossustento. Zuliani (2009), discorrendo sobre o direito a alimentos para os filhos maiores, disciplina que o filho que chega à maioridade, necessitando de uma ajuda financeira para prosseguir com os honestos projetos estudantis, adquire o direito de exigir dos pais e dos demais devedores, na falta dos primeiros, a prorrogação do dever de prestar alimentos que acabaria em seus 18 anos, recorrendo ao Judiciário para que o juiz os obrigue, em caso de recusa, por ser inadmissível legalizar a interrupção da prestação de alimentos civis sem alcançar o resultado esperado.

O autor ainda prossegue: a pretensão não se sustenta mais no artigo 1.694 do Código Civil, porque o poder parental está extinto com a maioridade; funda-se no artigo 1.695 do Código Civil, cujo princípio é o da solidariedade familiar ininterrupta e consentânea com os dizeres dos artigos 229 e 1º, III, da Constituição Federal.

Marçal Tucci (2011) dá um exemplo bem interessante de um filho que acabou de completar 18 anos, mas que ainda não concluiu sua formação educacional básica, o que pode incluir a graduação em nível superior ou até mesmo a pós-graduação, dependendo do padrão social do alimentando e do perfil educacional da família, os alimentos a ele concedidos devem ficar muito próximos do que seria fixado em favor de um filho menor.

À medida que o filho menor se aproxima da conclusão de seus estudos, se já estiver em condições de ingressar no mercado de trabalho, os alimentos devem sofrer a redução daquilo que corresponder aos rendimentos ou possibilidade de rendimentos dele em condições razoáveis.

Outro exemplo dado pelo autor é o caso em que o filho maior abandonou os estudos universitários ou dá mostras de que não vai conseguir concluí-los pela forma displicente e desinteressada com que se comporta. Nessa situação, cessa de pleno direito a causa da obrigação alimentar, e o pai poderá pleitear judicialmente a declaração da respectiva exoneração.

Considerando esse fator, Zuliani (2009) aduz que o mau uso da pensão complementar é motivo para se dar como perdido o direito de exigir, do pai ou avós, a

complementação alimentar necessária para a conclusão universitária, por ser inadmissível financiar projetos inúteis ou ilusões de alunos medíocres.

O autor ainda destaca que esse fundamento é aplicado em países como Itália e França e pode servir para o nosso Direito, que repudia o abuso de direito (art. 187 do CC) e a prática de atividades que estimulam o enriquecimento indevido (art. 884 do CC).

3.8 O covid-19 e a prisão civil por dívida alimentar

Em recente decisão, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) considerou que o contexto da pandemia do Covid-19 ainda não permite que o devedor de alimentos seja encarcerado, mesmo o STJ entendendo a perda da eficácia do artigo 15 da Lei nº 14.010/2020, este que até 30 de outubro do ano de 2020 previa que a prisão por falta de pagamento de pensão alimentar deveria ser exclusivamente na modalidade domiciliar.

Entretanto, o colegiado do STJ garantiu ao credor dos alimentos decidir se será potencialmente mais eficaz aplicar o regime domiciliar ou o adiamento da medida para posterior prisão fechada.

A relatora do habeas corpus, ministra Nancy Andrighi, explicou que, com a perda de eficácia do artigo 15 da Lei 14.010/2020, atualmente, não há norma que regule o modo pelo qual deverão ser cumpridas as prisões civis de devedores de alimentos, especialmente porque a Recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, mesmo após as prorrogações trazidas pelas Recomendações 68 e 78, vigorou apenas até 12 de março de 2021.

Segundo a ministra, em razão do quadro social e humanitário ainda causado pela pandemia, não é possível retomar a medida coativa extrema, "que, em muitas situações, é suficiente para dobrar a renitência do devedor de alimentos, sobretudo daquele contumaz e que reúne condições de adimplir a obrigação".

Diante de todas as razões expostas, a ministra Nancy Andrighi entendeu ser necessário manter a flexibilização no tratamento do tema, dando ao credor de alimentos o direito de optar pela medida que compreenda ser a mais apropriada para ele, seja o cumprimento domiciliar ou o adiamento da prisão fechada.

Desse modo, nos autos, a ministra determinou a intimação do credor de alimentos para indicar a sua escolha, sem prejuízo, em qualquer hipótese, da aplicação, inclusive de forma cumulativa e combinada de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-

rogatórias previstas no artigo 139, IV, do Código de Processo Civil, por ofício, juiz ou requerimento do credor.

3.9 Obrigação alimentar avoenga e a prisão civil dos avós

Em relação à obrigação alimentar avoenga, deve-se ponderar que essa obrigação só surge quando esgotar todas as responsabilidades dos pais, porque, como são parentes diretos próximos, eles são responsáveis subsidiários, ou seja, com caráter acessório, devendo responder somente em casos em que o devedor principal não puder responder, conforme Súmula 596 editada pelo Superior Tribunal de Justiça em 2017. Segundo a súmula: “a obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso da impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais”.

Nesse sentido, esclarece a doutrinadora Diniz (2011, p. 636): “Ter-se-á, portanto, uma responsabilidade subsidiária, pois somente caberá ação de alimentos contra avó se o pai estiver ausente, impossibilitado de exercer atividade laborativa ou não tiver recursos econômicos”.

Os avós são, na sua maioria, idosos, e os idosos são regidos por lei especial, Lei nº 10.741/2003 – Estatuto do Idoso. Segundo o artigo 1º do Estatuto: Idoso são todas as pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. O estatuto foi criado com o intuito de assegurar os direitos das pessoas com 60 anos ou mais que merecem maior proteção por parte do Estado por se tratarem, muitas das vezes, de pessoas com a saúde frágil e com a capacidade de discernimento reduzida, ou seja, pessoas mais vulneráveis.

Por isso, é dever de todos – do Estado, da comunidade, da sociedade, da família e das instituições públicas e privadas – tratar o idoso com especial proteção, de modo a assisti-los com prioridade sobre os demais e a assegurar o desfrute dos seus direitos fundamentais de tratamento digno e salutar, conforme artigos 227 e 230, da Constituição Federal de 1988.

O artigo 12 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) regula de forma diferenciada a obrigação alimentícia, enquanto no Código Civil a obrigação alimentar é recíproca, subsidiária, e não solidária, os alimentos previstos ao idoso no Estatuto é de forma solidária, podendo o idoso escolher quem será o prestador da pensão alimentícia.

Vilas Boas (2015, p. 24) disciplina que

Esta é uma mera faculdade do credor de alimentos que pode pedir o cumprimento do seu direito alimentar de qualquer de seus devedores solidários, elegendo ao seu talante o sujeito passivo de sua ação alimentar, mas se preferir pode dirigir sua demanda simultaneamente contra todos os coobrigados. Isto não significa dizer que precise escolher um ou todos, pois tem a mesma faculdade de escolher mais de um dos diversos devedores, ou simplesmente buscar aquele que julgue mais solvente, que desfrute de melhores condições e dê maiores garantias para o adimplemento dos alimentos. Mas, se evidentemente o devedor escolhido ou qualquer um deles não tendo condições de atender integralmente as necessidades do credor de alimentos, pagará sua parte proporcional, devendo o idoso acionar outros codevedores, sob risco de não ver inteiramente atendido a integralidade de suas necessidades materiais.

Villas Boas (2015) afirma, ainda, que há uma solidariedade na prestação alimentícia. A obrigação de prestar alimentos é recíproca entre pais e filhos e estende-se a todos os parentes. De início, serão chamados os parentes mais próximos. Ocorrendo a falta deles, recairá a obrigação no mais próximo em grau. Por outro lado, a solidariedade na dívida alimentar impera entre as várias pessoas obrigadas, de mesmo grau.

O pai idoso ou a mãe idosa poderá receber hospedagem e sustento de um dos filhos. Os demais filhos ficarão obrigados a cooperar materialmente nos custos do sustento e da hospedagem. Como são vários os obrigados na cadeia alimentar, o idoso poderá optar entre um dos prestadores e, assim, ficarão os demais obrigados, regressivamente.

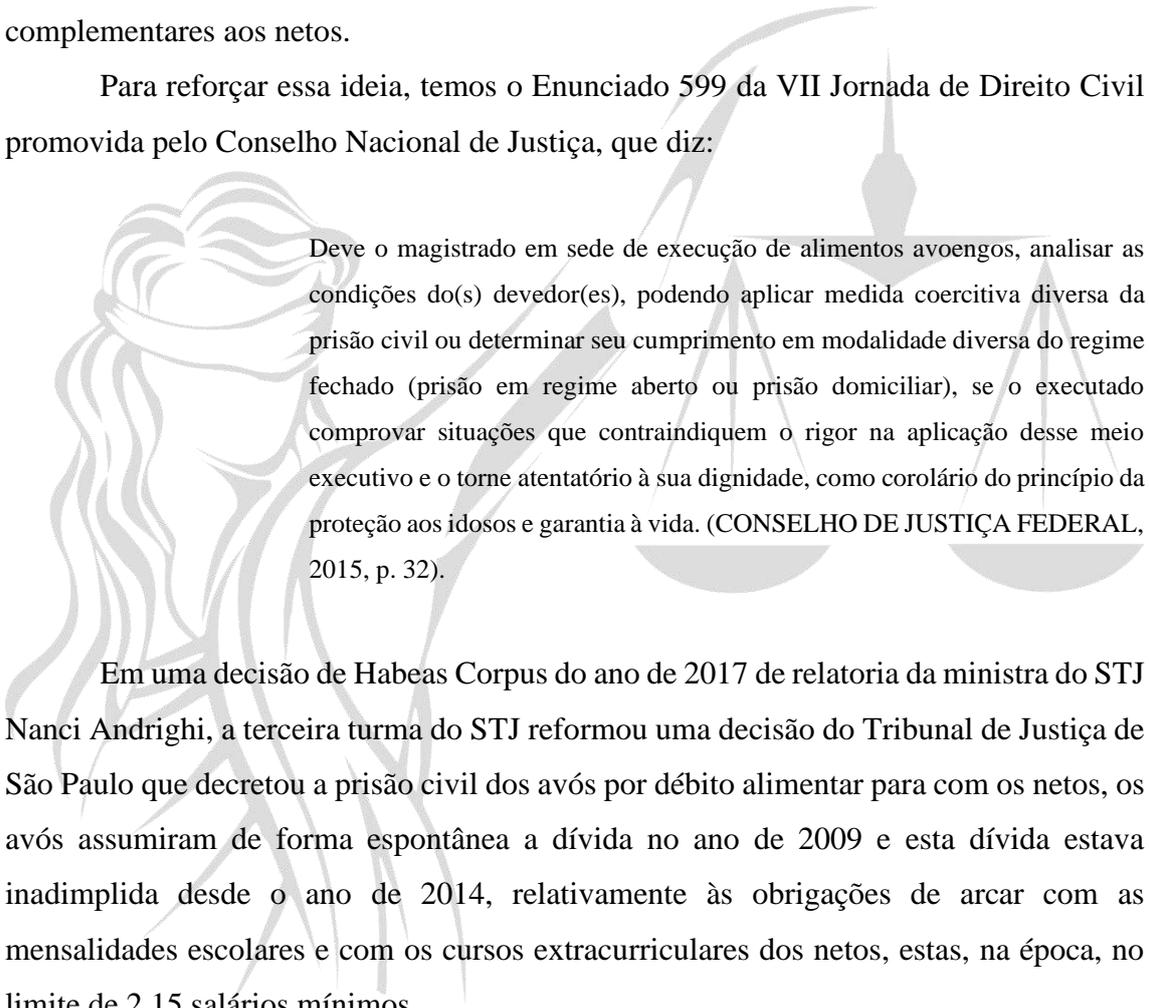
A segunda parte do art. 1.698 do Código Civil diz: “... sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide”. Por fim, a obrigação dos filhos para com os pais idosos é de ordem constitucional. Eis o art. 229, da CF/1988: “[...] os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Quando se trata de obrigação alimentar avoenga, Dufner e Cadidé (2017) preceituam que, de um lado, temos o alimentado, o vulnerável, o que carece de alimentos para a manutenção dos direitos fundamentais à vida e à saúde; de outro lado, temos, na relação avoenga, um alimentante que tem 60 (sessenta) anos ou mais, o qual é digno de proteção integral e especial do Estatuto do Idoso, este que garantirá proteção aos seus

direitos fundamentais, até a liberdade, pelas condições especiais do idoso enquanto sujeito vulnerável.

Dufner e Cadidé (2017) ratificam que a obrigação alimentar dos filhos menores pertence, de forma genuína e por força do poder familiar, aos pais. Nesse sentido, o autor faz uma pergunta: estariam os avós maiores de 60 (sessenta) anos, os avós idosos, sujeitos à prisão civil por descumprimento do encargo alimentar subsidiário? Os autores respondem que não, pois a prisão violaria direitos fundamentais do idoso devedor e não se mostraria como meio hábil e efetivo de coerção para o pagamento dos alimentos complementares aos netos.

Para reforçar essa ideia, temos o Enunciado 599 da VII Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho Nacional de Justiça, que diz:



Deve o magistrado em sede de execução de alimentos avoengos, analisar as condições do(s) devedor(es), podendo aplicar medida coercitiva diversa da prisão civil ou determinar seu cumprimento em modalidade diversa do regime fechado (prisão em regime aberto ou prisão domiciliar), se o executado comprovar situações que contraindiquem o rigor na aplicação desse meio executivo e o torne atentatório à sua dignidade, como corolário do princípio da proteção aos idosos e garantia à vida. (CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL, 2015, p. 32).

Em uma decisão de Habeas Corpus do ano de 2017 de relatoria da ministra do STJ Nanci Andrichi, a terceira turma do STJ reformou uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que decretou a prisão civil dos avós por débito alimentar para com os netos, os avós assumiram de forma espontânea a dívida no ano de 2009 e esta dívida estava inadimplida desde o ano de 2014, relativamente às obrigações de arcar com as mensalidades escolares e com os cursos extracurriculares dos netos, estas, na época, no limite de 2,15 salários mínimos.

Conforme dito na decisão, o inadimplemento dos avós causou transtornos e suspensão das atividades extracurriculares que vinham sendo cursadas pelos netos e até mesmo a substituição da escola particular em que os netos estudavam por uma instituição de ensino da rede pública.

Levando-se em consideração os prejuízos sofridos pelos menores e os prejuízos que seriam causados aos pacientes se fosse mantido o decreto prisional e, conseqüentemente, o encarceramento do casal de idosos, a Terceira Turma do STJ

entendeu pela conversão do rito da penhora e da expropriação (STJ. HABEAS CORPUS Nº 416.886 – SP, 2017/0240131-0. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 21/09/2017).

De acordo com o entendimento de Rodrigo Ferreira Lima (2018), a prisão civil dos idosos é possível juridicamente por priorizar o interesse do menor, dado que, uma vez esgotadas as possibilidades de cobrança em relação aos pais, sobre os avós recairá a cobrança do débito alimentar.

O referido autor aduz que tal medida é questionável, mesmo judicialmente. Isto porque há a alegação de que tal prisão para os avós de idade avançada desrespeitaria a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, acerca do tratamento respeitoso à pessoa idosa. Tal Declaração, da qual a República brasileira é signatária, protege os grupos vulneráveis, pregando o tratamento condigno às suas necessidades.

Lima (2018) disciplina que, atendimento ao preceito do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, foi elaborado em âmbito nacional o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), estatuto esse já citado anteriormente neste trabalho que veio como um instrumento para positivar a proteção em suas múltiplas variáveis deste grupo social de cidadãos. Nos artigos de tal norma, resta consignado ser o Estado o garantidor do atendimento de tais valores.

O autor em questão disciplina que se deve levar em consideração a aplicação das normas estipuladas pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB - Decreto-Lei nº 4.657/1942). O artigo 1º, § 1º, do referido comando normativo preconiza que lei especial deve ser aplicada em relação à lei geral quando de mesma hierarquia. Logo, é possível defender, em relação ao tema prisão civil do idoso, que possa o princípio da proteção integral do Estatuto do Idoso ter prevalência em relação à execução de alimentos pelo Código de Processo Civil no que tange aos idosos.

O defensor público Rodrigo Ferreira de Lima (2018, p.40) declara:

Ademais, sob o enfoque social, a decretação da prisão civil do idoso é duplamente punitiva. Isto porque há o aumento do número de famílias dependentes da aposentadoria dos idosos. Além disso, tais rendimentos previdenciários escassos ao mesmo tempo são a fonte para a aquisição de remédios indispensáveis à subsistência desta parcela significativa da população brasileira.

A prisão civil dos avós de terceira idade mostra-se à margem da proporcionalidade, afrontando o princípio da proteção integral às pessoas de

terceira idade, assegurado pelo art. 2º do Estatuto do Idoso, especialmente quando muitos credores, ao invés de esgotarem as possibilidades de cobrança em relação aos genitores, acionam, judicialmente, diretamente os idosos. É verdade que situações ocorrem em que há a impossibilidade completa de localização ou cobrança de débitos em relação aos genitores de um menor. Entretanto, tal situação não é razoável a ponto de afastar a especial proteção constitucional que o idoso possui.

Pode-se admitir a cobrança de alimentos em face dos avós, no entanto, é bastante questionável a adoção da prisão civil como meio de coerção para o pagamento do débito alimentar. Também se tem entendido que a celeridade processual destinada aos idosos nos processos em que são partes teria um efeito prejudicial, tendo em vista que a prisão desses idosos, em razão de sua avançada idade, requer que haja mais cuidados devido a enfermidades como pressão arterial elevada, conforme uma pesquisa do Ministério da Saúde que mostra que 63% dos idosos sofrem de hipertensão.

É fundamental que se esgote todos os meios de cobrança do débito alimentar em relação aos pais, os devedores principais, pelo fato de a obrigação alimentar dos idosos ser de fato subsidiária, como determina a legislação. A responsabilidade aqui deve ser promovida somente em relação à cobrança da pensão aos idosos, não aplicando a prisão civil.

Rodrigo Ferreira de Lima (2018, p. 41- 42) aduz que

A obrigação é subsidiária e como tal implica uma ponderação de valores, contrapondo a garantia da infância adequada à garantia do envelhecimento saudável. Uma esforçada interpretação das normas legais e constitucionais pode indicar a desnecessidade da prisão civil em relação aos idosos. Esta técnica de apreciação de valores pode ser observada, analogamente, com a vedação da prisão civil do devedor de alimentos menor de idade emancipado. Importante apoderar-se de que, senão a abolição, ao menos a possibilidade de cominação de uma prisão mais branda ao idoso cujo filho é inadimplente no pagamento da pensão alimentícia tem sido admitida pelos tribunais pátrios. As prisões civis de idosos para pagar débitos alimentares em relação aos seus respectivos netos têm se tornado recorrentes. É uma experiência degradante, visto que boa parte das carceragens brasileiras não dispõe de estruturas adequadas para a recepção de pessoas carecedoras de cuidados especiais como os idosos.

O magistrado deve julgar com equidade e bom senso, aplicando os princípios constitucionais cabíveis, quando surgirem conflitos de direitos fundamentais nos casos que autorizam a adoção de outros meios de coerção da prestação alimentar avoenga, evitando-se, assim, a prisão.

Ocorrendo a prisão, que esta seja o último recurso cabível pelo juiz, que deverá determinar com o menor rigor possível para adequação à dignidade e à liberdade do idoso que foi envolvido na obrigação alimentar.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho foi realizar um estudo sobre a obrigação alimentar dos avós em relação aos netos de acordo com o ordenamento jurídico vigente, bem como diversos princípios fundamentais disciplinados pela legislação e doutrina.

Nota-se que dois princípios estão relacionados com a obrigação alimentar – o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da solidariedade familiar –, para os quais todo ser humano tem o direito de ter suas necessidades supridas, como meio de sobrevivência; a priori, cabe à família o dever de garantir tais meios de subsistência.

A responsabilidade alimentar avoenga deve ater-se, na hora da fixação dos alimentos, a dois requisitos: necessidade/possibilidade, do qual devemos levar em conta as necessidades dos netos e a possibilidade dos avós em arcar com a manutenção das necessidades dos netos e a sua própria necessidade, tendo em vista que, na sua maioria, os avós são pessoas frágeis, que necessitam de um maior cuidado com a sua saúde, por isso, o dever que os netos têm de custear os subsídios de seus avós idosos não é apenas patrimonial, mas também afetivo e psicológico.

Portanto, obedecendo a esses requisitos e levando em consideração os direitos e as garantias das crianças e adolescentes e o direito e as garantias dos idosos, não há que se falar em enriquecimento sem causa.

Por fim, a fixação de alimentos cabe, no primeiro momento, aos responsáveis principais, os pais, que têm o dever de sustentar os seus filhos menores. A obrigação dos avós é subsidiária, temporária e complementar à dos pais, quando os pais não tiverem meios suficientes de ofertar uma vida digna aos seus filhos.

5. REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 mar. 2021.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021.
- BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. **Estatuto do Idoso**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 13 abr. 2021.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 03 mar. 2021.
- BRASIL. Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968. **Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15478.htm>. Acesso em: 26 abr. 2021.
- BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 13 abr. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 309. O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2006]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=%28sumula%20adj1%20%27309%27%29.sub./>>. Acesso em: 13 abr. 2006.
- BRESCIANI, Eduardo. Mais de 63% dos idosos dizem sofrer de hipertensão, diz ministério. **G1**. Brasília, 26 de abr. de 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2010/04/mais-de-63-dos-idosos-dizem-sofrer-de-hipertensao-diz-ministerio.html>>. Acesso em: 26 abr. 2021.
- COELHO, Beatriz. Pesquisa qualitativa: entenda como utilizar essa abordagem de pesquisa. **Mettzer**, 2020. Disponível em: <https://blog.mettzer.com/pesquisa-qualitativa/>. Acesso em: 11 mai. 2021.
- D'ANGELO, Pedro. **Pesquisa quantitativa e pesquisa qualitativa: qual a diferença?** 2020. Disponível em: <<https://blog.opinionbox.com/pesquisa-quantitativa-e-pesquisa-qualitativa-qual-a-diferenca/>>. [Acesso em: 28 abr. 2021.](#)
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 26 abr. 2021.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 26. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso de direito civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

DUFNER, Samantha Khoury Crepaldi; CADIDÉ, Mayara Fernanda. (2017). **A Obrigação Alimentar Subsidiária Avoenga e a Prisão Civil dos Avós à Luz do Estatuto do Idoso e da Dignidade Humana**. *Ensaio USF*, 1(1), 171–186. Disponível em: <<https://doi.org/10.24933/eusf.v1i1.52/>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - Direito de família**. Vol. 6. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LIMA, Rodrigo Ferreira. **Inadimplemento da pensão alimentícia e contexto familiar**. Salvador: Defensoria Pública do Estado da Bahia, ESDEP, 2018.

LUZ SEGUNDO, Elpídio Paiva. Direitos da personalidade: *quo vadis?*. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**. v. 7, n. 01, 2020. Disponível em: <revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/280/167/>. Acesso em: 26 mar. 2021.

MADALENO, Rolf. Direito de família. 8. Ed. **Rev., atual. e ampl.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Mesmo com fim do impedimento legal, ainda não é possível prisão fechada para devedor de alimentos. **Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 30 de mar. de 2021. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/30032021-Mesmo-com-fim-do-impedimento-legal--ainda-nao-e-possivel-prisao-fechada-para-devedor-de-alimentos.aspx/>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

MARÇAL TUCCI, Cibele Pinheiro. Pluralidade de credores e devedores da obrigação alimentar. **Espaço Jurídico**, Journal of Law [EJLL], 12(2), 35-50, 2011. Disponível em: <portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1312/>. Acesso em: 31 mar. 2021.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil: contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

STJ. HABEAS CORPUS Nº 416.886 - SP (2017/0240131-0) Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 21/09/2017. **STJ**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702401310&dt_publicacao=18/12/2017/>. Acesso em: 15. abr. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TUMELERO, Naíana. **Pesquisa exploratória: conceito, características e aplicação em 4 passos**, 2019. Disponível em: <<https://blog.metzzer.com/pesquisa-exploratoria/>>. Acesso em: 01 mai. 2021.

VII Jornada de Direito Civil. Enunciado 599. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015.
<<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/857/>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

VILLAS BOAS, Marco Antônio. **Estatuto do Idoso comentado**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZULIANI, Enio Santarelli. Alimentos. **Estudos jurídicos em homenagem ao centenário de Edgard de Moura Bittencourt**. Rio de Janeiro: GZ. ed., 2009.

AUTORES:

João Vitor Santos Donato: Graduando do curso de Direito. Centro Universitário UniFG.

Fernanda Beatriz Do Nascimento Silva Xará: Docente do curso de Direito. Centro Universitário UniFG.



Capítulo 4

A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA (ISSQN), APLICADO NOS SERVIÇOS DE ANÁLISES CLÍNICAS, À LUZ DO CRITÉRIO ESPACIAL

DOI: 10.29327/555260.1-4

Gilmar Alves dos Santos
Fábio Ramos Barbosa

A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA (ISSQN), APLICADO NOS SERVIÇOS DE ANÁLISES CLÍNICAS, À LUZ DO CRITÉRIO ESPACIAL

Gilmar Alves dos Santos

Fábio Ramos Barbosa

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal a análise do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), aplicado nos serviços de análises clínicas, a luz do critério espacial. Ademais, foram feitas breves considerações sobre o ISS, discorrendo sobre obrigação de dar, obrigação de fazer, sujeito ativo, sujeito passivo, contribuinte, responsável, fato gerador e alíquotas do ISS, além de apontar a definição do local da prestação do serviço sobre o critério espacial do fato gerador do ISS, à luz da Lei Complementar 116/2003. Foi retratado também o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o aspecto espacial do fato gerador do ISS, uma vez que o critério espacial para arrecadação desse tributo vem trazendo vários embates entre os municípios onde o serviço é efetivamente prestado e aquele onde a empresa mantém seu estabelecimento, como é o caso em particular, nos serviços prestados por laboratórios de análises clínicas temos, no mínimo, dois estabelecimentos, quais sejam, onde o material biológico é coletado e onde ele é examinado. Deste modo, tomando como exemplo a aplicação da extraterritorialidade com uma das mais acirradas guerras fiscais brasileiras, a extraterritorialidade da Lei Complementar nº 116/2003, quanto aos serviços prestados fora do domicílio fiscal do prestador, é que foi apontado um entendimento sobre o local correto da incidência do ISS, seja na cidade onde os profissionais de saúde analisam o material biológico, ou no local de prestação, conforme preconiza o art. 3º da Lei Complementar 116/03.

Palavras-chave: Critério espacial, ISSQN, Lei Complementar 116/2003.

ABSTRACT

The main objective of this work is to analyze the Tax on Services of Any Nature (ISSQN), applied to clinical analysis services, in light of the spatial criterion. Furthermore, brief

considerations on ISS were made, discussing the obligation to give, obligation to do, active subject, passive subject, taxpayer, responsible party, taxable event and ISS rates, in addition to pointing out the definition of the place of service provision on the spatial criterion of the ISS taxable event, in light of Supplementary Law 116/2003. The case law of the Superior Court of Justice (STJ) on the spatial aspect of the ISS taxable event was also presented, since the spatial criterion for collection of this tax has brought about several disputes between the municipalities where the service is actually rendered and the one where the company has its establishment, as is the case in particular, in the services rendered by clinical analysis laboratories we have at least two establishments, namely, where the biological material is collected and where it is examined. Therefore, taking as an example the application of extraterritoriality with one of the most heated Brazilian tax wars, the extraterritoriality of Complementary Law 116/2003, regarding services rendered outside the provider's tax domicile, it is that it was pointed out an understanding on the correct place of ISS assessment, whether in the city where the health professionals analyze the biological material, or in the place of rendering, as provided in article 3 of Complementary Law 116/03.

Keywords: Spatial criterion, ISSQN, Complementary Law 116/2003.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 outorgou a cada ente componente da federação a competência de instituírem, majorarem e arrecadarem tributos, tendo cada um desses entes um campo específico de atuação, em regra. Concedeu-se aos municípios, e ao Distrito Federal, em decorrência de sua faceta híbrida, a competência exclusiva para legislar sobre o ISS, desde que dentro dos limites preestabelecidos pelo ordenamento pátrio.

No entanto, quando criado o tributo, não ficou previsto na norma geral de incidência tributária o local onde ele seria tomado por realizado, critério esse que ficou sobre a égide da competência do legislador complementar, o qual editou o art. 3º da Lei Complementar 116/2003, com a seguinte redação:

Art. 3º O serviço considera-se prestado, e o imposto, devido, no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXV, quando o imposto será devido no local:

(...)

Lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

(...)

4.02 – Análises clínicas, patologia, eletricidade médica, radioterapia, quimioterapia, ultra-sonografia, ressonância magnética, radiologia, tomografia e congêneres.

Nesse sentido, o local do estabelecimento do prestador é onde o contribuinte desenvolve sua atividade de prestar serviços, e que configura unidade econômica ou profissional, sendo irrelevante para caracterizá-lo a denominação de filial, sucursal, escritório de representação.

Por outro lado, nos serviços prestados por laboratórios de análises clínicas temos, no mínimo, dois estabelecimentos, onde o material biológico é coletado e o outro, onde é examinado.

Na realidade, se universaliza a ideia de que as leis tributárias somente vigoram no território do ente tributante que as editar. Porém, existem hipóteses excepcionais em que as leis locais atingem fatos geradores ocorridos faticamente fora de seu território, ou em que estão envolvidos territórios de mais de um ente federado.

Vale destacar que o próprio Código Tributário Nacional (CTN), em seu art. 102, evidencia a possibilidade da extraterritorialidade da legislação tributária, desde que sejam preenchidos os requisitos que tal dispositivo elenca.

À luz do art. 102 do CTN prevê que as leis estaduais, no caso, inclui também a distrital e municipais vigoram no País, fora dos respectivos territórios, nos limites em que lhes reconheçam extraterritorialidade os convênios de que participem, ou do que disponham estas ou outras leis de normas gerais expedidas pela União.

Deste modo, tomando como exemplo a aplicação da extraterritorialidade com uma das mais acirradas guerras fiscais brasileiras, a extraterritorialidade da lei complementar nº 116/2003, quanto aos serviços prestados fora do domicílio fiscal do prestador, é que pretendemos apontar um entendimento sobre o local correto da incidência do ISS, seja na cidade onde os profissionais de saúde analisam o material biológico, ou no local de prestação, conforme preconiza o art. 3º da Lei Complementar 116/03.

Assim, essa divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o local correto da incidência do ISS acarreta alguns questionamentos, tais como: na ocorrência de um serviço ser prestado em base territorial diversa daquele onde se encontra a sede da empresa, em qual dos territórios incide o ISS? Na cidade onde os profissionais de saúde analisam o material biológico, ou no local de prestação, conforme preconiza o art. 3º da Lei Complementar 116/03?

Como se vê, a incerteza nesse tema poderá acarretar conflitos de competência, sobrecarga de tributos suportada pelos contribuintes, que poderão se deparar com situações em que mais de um município lance o crédito tributário sobre o mesmo fato gerador, passando a existir a chamada bitributação, bem como a guerra fiscal entre os entes municipais.

Neste caso, o objetivo central desse trabalho é demonstrar, por meio de análise da legislação, doutrina e jurisprudências, tendo como base um dos princípios estruturais, vinculado ao princípio da territorialidade¹ – corolário do pacto federativo, expressa que os efeitos da lei tributária, em regra, limitar-se-ão ao alcance geográfico do ente tributante. Assim, o exercício da competência tributária de cada ente federado vincula-se, em geral, à extensão de seu próprio território.

De modo que, a partir dessa análise, aponte um caminho para que se possa contornar o surgimento de guerras fiscais e os problemas causados pelos conflitos de competência existente no âmbito do ISS.

Ademais, pautar-se-á no estudo do aspecto espacial constante no art. 3º da LC 116/03, bem como na observação do posicionamento doutrinário contemporâneo do Superior Tribunal de Justiça, além de estabelecer uma análise comparativa da legislação, doutrina e jurisprudência aplicáveis, do que corresponde ao aspecto espacial do ISS; bem como, apresentar as hipóteses em que as leis locais atingem fatos geradores ocorridos faticamente fora de seu território, ou que estão envolvidos em territórios de mais de um ente federado.

Por outro lado, delineia-se oportuno lembrar que o presente trabalho será conduzido por meio de estudo sistematizado, com base em pesquisa bibliográfica, no sentido de conhecer, extrair e apontar os ensinamentos da legislação e parte da doutrina, acerca da determinação do aspecto espacial do ISS.

Assim, importa dizer que a técnica a ser utilizada será a pesquisa bibliográfica, para fundamentação do presente trabalho, por meio da documentação, utilizando-se de livros, artigos científicos, jurisprudências, bem como, mediante a documentação chamada de direta, Constituição Federal de 1988, Lei nº 5.172/66, denominado Código Tributário Nacional, o Decreto Lei 406/68 e a Lei Complementar 116/2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal.

¹ ABRAHAM, Marcus. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

2. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA (ISSQN)

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dispôs em seu Art. 156. “Compete aos Municípios instituir impostos sobre: [...] III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar, concedendo competência aos municípios e ao Distrito Federal de criar através de lei complementar o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), habitualmente conhecido como Imposto Sobre Serviços (ISS), sofrendo na prática tal abreviação.

Em que pese parecer ser o ISS um imposto relativamente recente, no passado remoto, mais precisamente no Egito e na Roma Antiga, podiam ser encontrados indícios de um imposto que recaía sobre os serviços, e que hoje são hipóteses de incidência de ISSQN²

Segundo Harada, em seu livro, a implementação do ISS no Brasil se deu a partir de um alvará expedido por D. João, no qual ficavam passíveis de tributação as lojas, armazéns, embarcações e navios, bem como uma diversificada gama de atividades exercidas no Brasil Colônia que caracterizava, como conhecemos hoje, prestações de serviços.

De acordo com Carneiro (2018, p. 131), a Constituição de 1891 incluiu o imposto sobre indústria e profissões na competência dos Estados; tal previsão se repetiu nas Constituições de 1934 e 1937. A Constituição brasileira de 1946 manteve o Imposto sobre Indústrias e Profissões, o Imposto sobre Transações e o Imposto Sobre Diversões Públicas. A EC n. 18/65, alterando a respectiva Carta Magna, deu início ao que até hoje chamamos de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), *in verbis*:

Art. 15. Compete aos municípios o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, não compreendidos na competência tributária da União e dos Estados. Parágrafo único. Lei complementar estabelecerá critérios para distinguir as atividades a que se refere este artigo das previstas no art. 12.

Quanto às suas normas gerais, foram estabelecidas pelo Decreto-Lei n. 406/68, dos artigos 8º ao 12º, tendo sido alterado pelo Decreto-Lei n. 834/69. Ambos, mantiveram força de lei complementar. Com as alterações provenientes das Leis Complementares nº 56/87 e 100/99, as normas gerais mantiveram-se vigentes até a edição da Lei

² CARNEIRO, Cláudio. Impostos federais, estaduais e municipais. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 131

Complementar 116/2003, que atualmente regula as condições do ISS no Sistema Tributário Nacional.

O ISS, previsto no art. 156, III, da CRFB, como também pela LC n. 116/2003 (que veio a revogar os arts. 8º, 10, 11 e 12 do Decreto-Lei n. 406/68). Vale ressaltar que, por tratar-se de tributo municipal, cabe à lei ordinária de cada Município, e do Distrito Federal ou da União (no exercício da competência cumulativa contida no art. 147 da CF) regulamentar a matéria.

É importante mencionar que o Distrito Federal exerce sua competência cumulativa na forma do art. 147 da Constituição, a União também poderá exercê-lo com base no mesmo artigo, nas hipóteses em que os territórios (caso existentes) não sejam divididos em municípios.

Segundo o entendimento de Carneiro (2018, p. 132), em síntese, o ISS possui as seguintes características constitucionais:

- a) o imposto é de competência municipal, cabendo ao legislador municipal instituí-lo respeitando os parâmetros constitucionais;
- b) o imposto incide sobre serviços de qualquer natureza definidos em lei complementar, exceto os serviços de competência estadual;
- c) somente as operações caracterizadas como serviços poderão ser tributadas, não cabendo aos legisladores federal ou municipal criarem hipóteses de tributação diversas de prestações de serviços.

Diante deste contexto, o ISS, cuja competência é atribuída aos Municípios, tem como fato gerador a prestação dos serviços taxativamente relacionados na lista de serviços constantes do anexo da Lei Complementar nº 116/2003.

Contudo, sua efetiva instituição se dá por meio de lei ordinária municipal ou distrital, a qual poderá escolher, dentre os serviços previstos na LC nº 116/2003, aqueles que decidirão a tributar, podendo selecionar todos ou apenas alguns deles.

Porém, é necessário que se observe que existem serviços que estão excluídos da possibilidade de tributação do ISS, tendo-se em vista que o art. 156, III, da CRFB/88, distancia dessa incidência os serviços cuja tributação é de competência dos Estados, que são exatamente os que configuram a base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)

Diversamente do que se possa compreender a partir da sua nomenclatura, que contempla a expressão “serviços de qualquer natureza”, o ISS não incide sobre todo e

qualquer serviço, mas, sim, apenas sobre aqueles tipos de serviços previstos na legislação própria.

Apesar de haver questionamentos em relação à taxatividade ou não dos serviços constantes na lista anexa da Lei Complementar 116, a doutrina majoritária afirma que, essa lista é *Numerus Clausus*, ou seja, não admite sua a tributação de serviços que não estejam presentes nesta lista.

No entanto, é passivo o entendimento de que se admite a leitura extensiva de cada serviço ali presentes, com a finalidade de abranger os serviços correlatos previstos taxativamente.

Sendo assim, há necessidade em estabelecer a conceituação do que vem a ser serviços, já que esse vem a se tratar do fato gerador da ocorrência do ISS.

Segundo o entendimento de Aires F. Barreto (2012, p. 355), serviço seria “o esforço de agente em favor de outrem, com finalidade econômica, com base no regime privado, de forma negocial, tendente a realizar uma utilidade material ou imaterial”.

Segundo leciona Pontes de Miranda (1958, pp. 3 e 4), “serviço é qualquer prestação de fazer”(…) “servir é prestar atividade a outrem; é prestar qualquer atividade que se possa considerar ‘locação de serviços’, (...). Trata-se de dívida de fazer, que o locador assume. O serviço é sua prestação”

Daí no expressivo dizer de Carneiro, afirma que:

O “serviço” que é qualquer atividade, o próprio trabalho a ser executado ou, até, qualidade de quem serve outrem, como, por exemplo, a uma construção de uma casa. De outro lado verifica-se a necessidade da “prestação”, isto é, trata-se de uma obrigação de fazer algo em proveito alheio, com o esforço humano, em função do intelecto, ou apenas fisicamente. Já o ICMS, por exemplo, é uma obrigação de dar. Enfim, “prestação” é um negócio jurídico (CARNEIRO, 2019, p. 136).

Seguindo o mesmo raciocínio, Paulsen (2018, p. 362) afirma que “o cerne da materialidade do ISS não se restringe a “serviço”, mas a uma prestação de serviço, compreendendo um negócio (jurídico) pertinente a uma obrigação de “fazer”, de conformidade com as diretrizes de direito privado”.

A obrigação de “fazer” concerne à prestação de uma utilidade ou comodidade a terceiro, de modo personalizado e incindível, configurando-se de modo negativo à obrigação “de dar” (entrega de coisas móveis ou imóveis a terceiros).

Como se vê, ocorre o surgimento de duas conhecidas modalidades de obrigação: a obrigação de dar e a obrigação de fazer adiante conceituada:

2.1 Obrigação de dar

A respeito do tema, leciona Harada, que:

a obrigação de dar, consiste na entrega de alguma coisa pelo devedor ao credor: Desdobra-se na obrigação de dar coisa certa e na obrigação de dar coisa incerta, esta identificada apenas pelo seu gênero, sem ser considerada em sua individualidade como ocorre na primeira hipótese. Pressupõe algo já existente (HARADA, 2014. p. 32).

No caso em tela, consuma-se a obrigação de dar com a tradição, conforme dispõe o art. 1.267 do Código Civil – (CC).

De outro modo, em relação ao bem imóvel a propriedade somente é transferida mediante o registro de título translativo no Registro de Imóveis, em conformidade com o art. 1.245 do CC.

2.2 Obrigação de fazer

Ainda seguindo o entendimento de Harada, sendo que o mesmo afirma:

a obrigação de fazer consiste na prática pelo devedor de um ato ou a realização de uma tarefa em benefício do credor. Pode consistir em um trabalho físico ou intelectual, assim como a prática de um ato jurídico. Daí por que essa modalidade de obrigação não comporta execução específica, como acontece na obrigação de dar (HARADA, 2014. p. 32).

Desse modo, se um determinado artista plástico obrigou-se a pintar um quadro qualquer e não cumpriu com a obrigação, não há como obter na justiça uma determinação capaz de alcançar o resultado ajustado, assim só restaria ao credor prejudicado o recurso à indenização por perdas e danos.

Vale salientar que para distinguir as duas modalidades de obrigações é que na obrigação de fazer a entrega ao credor do resultado da tarefa executada surge como resultado do fazer, isto é, o dar é um meio para cumprir o fazer.

Considerando as distinções existentes entre "obrigação de dar" e de fazer, e os princípios consagrados pela Constituição quanto à tributação, chegou-se a um conceito constitucional de serviço, como sendo, no entendimento de Aires Barreto (1999):

"Prestação de esforço humano a terceiros, com conteúdo econômico, em caráter negocial, sob regime de direito privado, tendente à obtenção de um bem material ou imaterial".

Coerente com esse entendimento, Paulsen, afirma que o serviço abrange:

- a) obrigação de fazer (e nenhuma outra);
- b) serviços submetidos ao regime de direito privado, não incluindo, portanto, o serviço público (porque este, além de sujeito ao regime de direito público, é imune ao imposto, conforme o art. 150, VI, a da Constituição);
 - b.1) que revelem conteúdo econômico, realizados em caráter negocial – o que afasta, desde logo, aqueles prestados “a si mesmo”, ou em regime familiar ou desinteressadamente (afetivo, caritativo);
 - b.2) prestados sem relação de emprego – como definida pela legislação própria – excluído, pois, o trabalho efetuado em regime de subordinação (funcional ou empregatício), por não estar *in commercium* (PAULSEN, 2018, p. 363).

Portanto, a prestação de serviços, consiste numa obrigação tendo por objeto um fazer, e o fato de requerer emprego de materiais e/ou equipamentos não descaracteriza tal obrigação.

Em síntese, a incidência do ISS requer a existência de uma relação jurídica contratual. A prestação de serviço sujeita à incidência do ISS é aquela que exige um prévio contrato e que, portanto, perfaz o objeto de uma relação jurídica de cunho econômico, uma vez que há remuneração.

Deste modo, o prestador realiza o serviço porque se obrigou a tanto, contratualmente, perante o tomador. A prestação, para aquele, caracteriza um dever jurídico contratual, bilateral e mediante remuneração.

2.3 Sujeito Ativo

Sujeito Ativo da obrigação, conforme o determinado no artigo 119 do CTN, é “a pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir o seu cumprimento”. Ou seja, é aquele que tem, garantido por lei, o direito de cobrar prestação pecuniária ao Sujeito Passivo.

Aliás, vale aqui lembrar a lição de Paulsen:

O sujeito ativo da relação tributária é o credor da obrigação, tendo as prerrogativas de editar normas complementares necessárias à fiscalização e à cobrança, exercer a fiscalização, constituir o crédito tributário mediante lançamento, inscrevê-lo em dívida ativa e exigir o seu pagamento, se

necessário, mediante o ajuizamento de execução fiscal (PAULSEN, 2020, p. 231).

Logo, os Municípios são dotados de competência para instituir o ISS, dentro do âmbito territorial de validade, circunscrito aos respectivos limites geográficos, como o local da específica realização do fato gerador.

2.4 Sujeito Passivo

Segundo o art. 121, § único, incisos I e II, do Código Tributário Nacional – CTN, afirma que:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Nesse sentido, impende ressaltar que o sujeito passivo da obrigação tributária é aquele que presta serviços, sendo considerados nesse caso, tanto a empresa prestadora quanto o autônomo. Entretanto, não são contribuintes aqueles que prestam serviços advindos de uma relação empregatícia, os trabalhadores avulsos e os membros do conselho consultivo ou fiscal da sociedade.

A obrigação de pagar o ISS pode recair tanto sobre o sujeito que realiza a prestação de serviços, que será tido como contribuinte, como sobre terceiros, que possuem relação indireta com a prestação do mesmo, sendo, por lei, responsabilizados a recolher o tributo pelos institutos da responsabilidade ou da substituição.

2.5 Contribuinte

O contribuinte do ISS é o prestador de serviço, conforme dispõe a Lei Complementar 116/2003 no seu artigo 5º, *in verbis*: Contribuinte é o prestador do serviço. Assim, é sujeito passivo do ISS, segundo o art. 5º da LC nº 116/2003, o prestador de serviço, na condição de empresa ou de profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo.

Coerente com esse entendimento, Carneiro (2019, p. 178) afirma que “contribuinte é quem pratica diretamente o fato gerador, que, no caso do ISSQN, na forma

do art. 5º da LC nº 116/2003, é o prestador do serviço”. Esse mesmo autor destaca ainda, que tal prestação de serviço deve ser objeto de uma atividade comercial ou empresarial, não proveniente de emprego, na forma da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

2.6 Responsável

É aquele que a legislação municipal determinar como obrigado pela retenção do imposto (o tomador do serviço), ratificando e oficializando a prática dos municípios.

Os Municípios, mediante lei, conforme patente no art. 6º da LC nº 116/2003, poderão atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação, inclusive no que se refere à multa e aos acréscimos legais.

Dessa forma, os responsáveis estão obrigados ao recolhimento integral do imposto devido, multa e acréscimos legais, independentemente de ter sido efetuada sua retenção na fonte.

Neste sentido ensina Carneiro, que:

são responsáveis, conforme o art. 6º, § 2º, da LC n. 116/2003, o tomador do serviço e o intermediário. A recém-editada LC nº 157/2016, incluiu o inciso III no § 2º do referido artigo, ampliando o rol de responsáveis do ISS, vejamos sua redação: “III – a pessoa jurídica tomadora ou intermediária de serviços, ainda que imune ou isenta, na hipótese prevista no § 4º do art. 3º desta Lei Complementar” (CARNEIRO, 2019, p. 179).

Assim, a responsabilidade é visualizada no regime de fonte, em que o legislador atribui ao contratante dos serviços (tomador), a obrigação de reter o ISS, no caso de o contribuinte (prestador dos serviços) não emitir a nota fiscal de serviços, documento equivalente, ou o competente recibo; ou não apresentar prova de inscrição na repartição fiscal do Município.

2.7 Fato gerador

Pode-se afirmar que o fato gerador da obrigação tributária é aquela situação abstrata descrita na lei tributária, a qual, uma vez ocorrida em concreto no mundo dos fatos enseja o surgimento da obrigação tributária.

Neste sentido destacamos a definição dada por Carneiro, afirmando que o fato gerador é:

um instrumento típico do Direito Tributário, que se origina como uma situação hipotética prevista pelo legislador (transformada em lei), que, uma vez ocorrida, deixa de ser abstrata para ser concreta, enquadrando-se na tipicidade tributária, e segundo para quem a praticou o dever de pagar tributos (CARNEIRO, 2020, p. 474).

No caso em tela, percebe-se que o fato gerador do tributo é a ocorrência, em si, que traz à tona a exigência do respectivo ônus para o contribuinte. A lei descreve situações que, ao ocorrerem na vida real, fazem com que se fixe o momento do nascimento da obrigação tributária.

Essa definição, contida na lei, das hipóteses em que o tributo incide ou em que o tributo deva ser cobrado, que denominamos de fato gerador da obrigação tributária.

Assim, diz-se que o fato gerador do Imposto Sobre Serviços é a prestação de serviços, para indicar que a “prestação de serviços” é a classe de acontecimentos que faz irradiar a incidência do tributo.

Sobre a temática colocada, dispõe o art. 114 e 115 do CTN:

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

Dessa forma, é de se denotar da disposição legal retromencionada, que o fato gerador do ISS é a prestação de algum dos tipos de serviços expressamente elencados na lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003 e previstos na lei ordinária municipal ou distrital instituidora do tributo.

É de se observar que dentre o rol de serviços constantes da lista da LC nº 116/2003, atualizada pela LC nº 157/2016, elenca vários tipos de serviços, inclusive os serviços do subitem: 4.02 – “Análises clínicas, patologia, eletricidade médica, radioterapia, quimioterapia, ultra-sonografia, ressonância magnética, radiologia, tomografia e congêneres”, objeto de estudo deste trabalho.

Vale destacar também que o fato gerador se concretiza em um determinado espaço, em razão do princípio da territorialidade das normas jurídicas, assim, o local da ocorrência do fato gerador identifica o Município tributante.

Sobre o tema leciona Harada (2014, p. 49), o qual afirma que “o aspecto espacial do fato gerador diz respeito, portanto, ao local da ocorrência do fato tipificado na lei tributária que dá nascimento à obrigação tributária”.

Neste sentido, deve-se dizer que esse fato é uma decorrência do princípio da territorialidade da lei tributária, que geralmente define qual a legislação cabível, considerando de grande importância em se tratando do ISS, uma vez que existem no Brasil 5.568³ municípios e o Distrito Federal, que são em tese, sujeitos ativos desse imposto.

2.8 Alíquota

A LC nº 116/2003 estabeleceu a alíquota máxima de 5% (cinco por cento), sem excepcionar nenhuma espécie de serviço, e nada dispondo com relação à alíquota mínima, conforme seu art. 8º, inciso II, *in verbis*.

Art. 8º - As alíquotas máximas do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza são as seguintes:

I – (VETADO)

II – demais serviços, 5% (cinco por cento).

A partir de 2004 (acrescido o período nonagesimal estabelecido pela EC nº 42/2003), os Municípios devem observar a alíquota máxima de 5%, e a mínima de 2% (esta não se aplicando aos serviços relativos à construção civil, previstos basicamente nos itens 7.02, 7.04 e 7.05 da lista anexa à LC n. 116/2003).

A LC nº 157/2016, dispôs que a alíquota mínima é de 2% (art. 8ºA), sujeito às seguintes normas:

§ 1º – O imposto não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da

³ <https://www.ibge.gov.br/geociencias/organizacao-do-territorio/estrutura-territorial/15761-areas-dos-municipios.html?=&t=o-que-e>

aplicação da alíquota mínima estabelecida no caput, exceto para os serviços a que se referem os subitens 7.02, 7.05 e 16.01 da lista anexa a esta Lei Complementar.

§ 2º – É nula a lei ou o ato do Município ou do Distrito Federal que não respeite as disposições relativas à alíquota mínima prevista neste artigo no caso de serviço prestado a tomador ou intermediário localizado em Município diverso daquele onde está localizado o prestador do serviço.

§ 3º – A nulidade a que se refere o § 2º deste artigo gera, para o prestador do serviço, perante o Município ou o Distrito Federal que não respeitar as disposições deste artigo, o direito à restituição do valor efetivamente pago do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza calculado sob a égide da lei nula.

Vale registrar ainda que a base de cálculo será o preço total do serviço, não se podendo excluir as despesas ou o custo dos insumos, exceto no caso de obras de construção civil (itens 7.02 e 7.05).

Por outro lado, não cabe a inclusão na base de cálculo do ISS de importâncias decorrentes de reembolso de despesas de terceiros conforme jurisprudência (STJ. REsp 618.772, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, julg. 08/11/2005).

3. A DEFINIÇÃO DO LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO SOBRE O CRITÉRIO ESPACIAL DO FATO GERADOR DO ISS

3.1 Princípio da Territorialidade

É importante mencionar que o ISS se caracteriza por ser uma importante fonte de receita dos Municípios, principalmente para os de médio e grande porte; por isso, há uma disputa acirrada entre eles para aumentar sua receita através da arrecadação desse tributo.

Assim, essa atitude inabitual, acaba por extrapolar o âmbito territorial do Município de incidência do ISS.

Desta maneira, tem-se ferido o princípio constitucional da territorialidade⁴. Este tem como objetivo impedir a invasão de competência tributária de outro Município nas situações em que não possui conexão espacial.

A respeito do tema, leciona Abraham:

⁴ KOSSAR, Lorena Mainardes; SOMMA, Rafaela Matioli. Aplicação do princípio da territorialidade ao critério espacial do imposto sobre serviço – ISS. Revista de Direito Público. Londrina, v. 3, n. 1, jan.-abr. 2008, p. 80-90. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/10900/9531>. Acesso em: 28 out. 2021.

O princípio da territorialidade, corolário do pacto federativo, expressa que os efeitos da lei tributária, em regra, limitar-se-ão ao alcance geográfico do ente tributante. Assim, o exercício da competência tributária de cada ente federado vincula-se, em geral, à extensão de seu próprio território (ABRAHAM, 2020, p. 100).

À vista disso, as leis tributárias federais vigem em todo o território nacional; as estaduais, no território estadual e as municipais no território do município, vinculando-se à noção de aspecto espacial do tributo.

Entretanto, vale frisar que existem hipóteses excepcionais em que as leis locais atingem fatos geradores ocorridos faticamente fora de seu território, ou que estão envolvidos territórios de mais de um ente federado, em harmonia com o art. 102 do CTN, que estabelece uma exceção ao princípio da territorialidade, estabelecendo como regra geral em matéria de ISS o local do estabelecimento prestador como sendo o local da prestação do serviço, ou seja, o local da ocorrência do fato gerador ou o local onde o imposto é devido.

Logo, prevalece a regra estampada no art. 3º da LC 116/03, que o critério espacial do ISS consiste no local onde se situa o estabelecimento do prestador ou, ainda, o lugar do domicílio do prestador.

Consoante o art. 3º da Lei Complementar 116/2003, dispõe que: “O serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, ainda, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXV, [...]”

Como se pode notar, considera-se prestado o serviço e o respectivo imposto devido no local do estabelecimento prestador – onde o contribuinte desenvolve a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto em algumas das hipóteses previstas na lei.

Oportuno se torna dizer que, para conferir eficácia ao disposto no artigo antecedente, o art. 4º define o estabelecimento prestador fazendo uso dos seguintes termos:

Art. 4º Considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo

irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.

Como se pode notar, estabelecimento prestador de serviço é o local onde o contribuinte desenvolva atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizar as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato, ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.

Neste sentido, e levando em consideração o entendimento de Pedro Nunes, significa que estabelecimento é o “conjunto de instalações estáveis e adequadas para o exercício de certa atividade⁵”

Sobre o tema Leciona Paulsen, ao afirmar que:

o estabelecimento deve abranger todos os bens (máquinas, equipamentos, mobiliário, veículos etc.) e pessoas suficientes para possibilitar a prestação de serviços. A existência efetiva do estabelecimento pode ser indicada pela conjugação, parcial ou total, de diversos elementos, tais como (I) manutenção de pessoal, material, máquinas, instrumentos e equipamentos próprios ou de terceiros necessários à execução dos serviços; (II) estrutura organizacional ou administrativa; (III) inscrição nos órgãos previdenciários; (IV) indicação como domicílio fiscal para efeito de outros tributos; e (V) permanência no local, para a execução dos serviços, exteriorizada por meio de site na Internet, propaganda, publicidade, contas de telefone, de fornecimento de energia elétrica, água ou gás, em nome do prestador, seu representante ou preposto (PAULSEN, 2018, p. 385).

Nesse caminho é de se observar que a Lei de Regência Nacional do ISS, Lei Complementar nº 116/03, define o local da prestação do serviço como sendo o local do estabelecimento prestador ou, na sua ausência, o local do domicílio do prestador, para efeito de apontar o Município competente para cobra o imposto.

Portanto, em que pese a disposição contida no art. 3º da LC 116/03, transcrito acima, da análise do texto constitucional extrai-se que, em sendo o Brasil uma República Federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus

⁵ Dicionário de tecnologia jurídica. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. P. 435.

fundamentos, a soberania, bem como, o Princípio da Autonomia dos entes federados, do qual decorre o Princípio da Territorialidade da Federação.

Desta maneira, o Princípio da Territorialidade da Federação extrai-se que cabe a cada ente federativo tributar os fatos que ocorrem em seu território, ou seja, cada ente federativo exerce competência em um determinado espaço, sendo que os demais entes neste processo não podem interferir no espaço do outro ente da federação, ou seja, não pode um Município invadir a competência de outro Município.

3.2 Critério Espacial

Entende-se por critério espacial o local onde ocorre o evento, onde se considera realizado o critério material da hipótese tributária. Este critério indica o espaço geográfico ou territorial para a ocorrência do fato imponible, delimitando, em algumas ocasiões, as áreas dentro das quais surgirá o vínculo obrigacional.

Sobre a matéria Carneiro afirma que:

O elemento espacial identifica o local em que se considera ocorrido o fato gerador. A LC n. 116/2003, embora tenha revogado expressamente o art. 12 do Decreto-Lei nº 406/68, manteve em seu art. 3º a regra do recolhimento do imposto para o Município do estabelecimento prestador, apenas ampliando o rol das exceções, que antes atingia tão somente a construção civil (CARNEIRO, 2019, p. 181-182).

À vista disso, podemos delinear o critério espacial como sendo a característica normativa que determina a região onde se tem como ocorrido o fato gerador da exigibilidade fiscal, logo, o critério espacial é o responsável por identificar no território o local de incidência dos tributos instituídos pelos entes federativos, possibilitando assim que os mesmos tenham a possibilidade de impor suas prerrogativas sobre quem ensejar a incidência do referido tributo.

Em vista disso, e com o objetivo de elidir as controvérsias acerca do Município competente para exigir o ISS, surgiu a LC no 116/2003, como bem esclareceu Paulsen:

O art. 3º da LC 116/03 dispõe no sentido de que o serviço se considera prestado e o imposto devido no local do estabelecimento do prestador, como regra geral, salvo exceções que estabelece. Trata-se de matéria infraconstitucional. O STJ chegou a afirmar que o ISS seria recolhido no local da efetiva prestação do serviço, sendo que o Município competente para exigir o imposto seria aquele

do local onde fossem efetivamente prestados os serviços. Mais recentemente, contudo, reafirmou o texto da lei complementar em favor da competência do Município da sede do estabelecimento, retomando o entendimento de que o local da prestação do serviço é o do estabelecimento prestador, viabilizando-se o recolhimento do tributo no local da prestação apenas quando ali existir unidade econômica ou profissional do estabelecimento prestador (PAULSEN (2020, p. 445).

4. O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) SOBRE O ASPECTO ESPACIAL DO FATO GERADOR DO ISS.

A discussão acerca do local da prestação do serviço ainda vem despertando polêmica tanto na doutrina quanto na jurisprudência por força da atuação por parte dos Municípios que somente se preocupam em arrecadar cada vez mais. O STJ vem se inclinando no sentido de manter o Município do domicílio do prestador como regra para recolhimento do ISSQN e na forma do art. 3º da Lei Complementar 116/03, ou seja, no local onde o serviço for efetivamente prestado.

É patente que a previsão legal de tributação do ISS no local da sede da empresa tem como finalidade facilitar a tributação dos serviços. Contudo, essa estipulação do estabelecimento do prestador como critério espacial para a arrecadação desse tributo vem trazendo vários embates entre os municípios onde o serviço é efetivamente prestado e aquele onde a empresa mantém seu estabelecimento, como é o caso em particular, nos serviços prestados por laboratórios de análises clínicas temos, no mínimo, dois estabelecimentos, quais sejam, onde o material biológico é coletado e onde ele é examinado.

Com essa dificuldade em determinar quem é o verdadeiro legitimado para realizar a cobrança, vários foram os contribuintes que procuraram o poder judiciário para verem suas causas resolvidas, bem como foram várias as decisões sobre o tema. Como exemplo, tomemos um julgado do Tribunal de Justiça

Assim, tomemos um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que ora transcrevo:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISS. ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING). LC 56/87 E LC 116/03. INCIDÊNCIA. LEGALIDADE DA INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. COMPETÊNCIA. FATO GERADOR. LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. IMPLEMENTAÇÃO DO CONTRATO

BASE DE CÁLCULO. VALOR TOTAL DA CONTRATAÇÃO. ARBITRAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. ARTIGO 148, DO CTN. POSSIBILIDADE. MULTA. PERCENTUAL ABUSIVO. VEDAÇÃO DO ARTIGO 150, IV, DA CF. CARÁTER NITIDAMENTE CONFISCATÓRIO. 1) O arrendamento mercantil (leasing) não se confunde com a locação de bens móveis (locação pura), cuja incidência do ISS foi declarada inconstitucional pelo STF. A legislação, numa interpretação histórica (Leis Complementares 56/87 e 116/03), diferencia os dois institutos. 2) Compete ao município, no qual ocorre o fato gerador, ou seja, o local da prestação do serviço, onde o contrato é efetivamente realizado, cobrar o ISS. Precedentes do STJ e deste Tribunal de Justiça. 3) No caso de omissão da arrendadora no fornecimento de documentos e havendo impugnação, porém, sem prova de abusividade dos valores arbitrados para o lançamento, prevalece o arbitramento. 4) A decadência, no caso de ISS não informado, nem recolhido, tem base legal no art. 173, inc. I, do CTN. 5) A multa aplicada em percentual abusivo encontra vedação no artigo 150, IV, da CF, pelo seu caráter nitidamente confiscatório. **APELAÇÕES DESPROVIDAS. PRELIMINARES REJEITADAS.** (Apelação Cível Nº 70030120521, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, Julgado em 26/05/2010). *Grifo nosso.*

Não se pode olvidar que ao fazer uma interpretação literal da lei, fica evidente que o município do estabelecimento da prestadora de serviço como sendo esse o detentor da competência para exigir o tributo, em conformidade com o julgado do TJ-RS: “Compete ao município, no qual ocorre o fato gerador, ou seja, o local da prestação do serviço, onde o contrato é efetivamente realizado, cobrar o ISS”.

Nesse sentido, como o objetivo de tornar pleno o entendimento dos tribunais em relação a esse objeto de estudo, bem como, pôr um fim na guerra fiscal estabelecida entre os municípios, o STJ, realizou uma interpretação do art. 12 do Decreto Lei nº 406/68, acompanhando o princípio da territorialidade, firmando uma posição, no sentido de entender o ISS como sendo devido àquele município em cuja extensão territorial exerceu uma prestação de serviço, levando a produção da seguinte jurisprudência:

TRIBUTÁRIO. ISS. SUA EXIGÊNCIA PELO MUNICÍPIO EM CUJO TERRITÓRIO SE VERIFICOU O FATO GERADOR. INTERPRETAÇÃO DO ART. 12 DO DECRETO-LEI Nº 406/68. Embora a lei considere local da prestação de serviço o do estabelecimento prestador (art. 12 do Decreto-Lei n. 406/68), ela pretende que o ISS pertença ao município em cujo território se realizou o fato gerador. E o local da prestação do serviço que indica o município competente para a imposição do tributo (ISS), para que se vulnere o princípio constitucional implícito que atribui aquele (município) o poder de tributar as prestações em seu território. A lei municipal não pode ser dotada de extraterritorialidade, de modo a irradiar efeitos sobre um fato ocorrido no território de município onde não se pode ter voga. Recurso a que se nega provimento, indiscrepantemente. (REsp. 54.002/PE, rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª T., j. 05-04-1995) *grifo nosso.*

A propósito, este tem sido o entendimento jurisprudencial a respeito:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ISSQN. LC 116/03. COMPETÊNCIA. LOCAL ESTABELECIMENTO PRESTADOR. SÚMULA 83/STJ. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. SÚMULA 283/STF.

1. De acordo com os arts. 3º e 4º da LC 116/03, a municipalidade competente para realizar a cobrança do ISS é a do local do estabelecimento prestador dos serviços. Considera-se como tal a localidade em que há uma unidade econômica ou profissional, isto é, onde a atividade é desenvolvida, independentemente de ser formalmente considerada como sede ou filial da pessoa jurídica. Isso significa que nem sempre a tributação será devida no local em que o serviço é prestado. O âmbito de validade territorial da lei municipal compreenderá, portanto, a localidade em que estiver configurada uma organização (complexo de bens) necessária ao exercício da atividade empresarial ou profissional.

2. Afastar a aplicação das regras contidas na LC 116/03 apenas seria possível com a declaração de sua inconstitucionalidade, o que demandaria a observância da cláusula de reserva de plenário.

3. No caso, o tribunal *a quo* concluiu que os serviços médicos são prestados em uma unidade de saúde situada no Município de Canaã, o que legitima esse ente estatal para a cobrança do ISS.

4. A recorrente deixou de combater o fundamento do acórdão recorrido para refutar a suposta violação dos princípios da bitributação e da segurança jurídica - que a autoridade apontada como coatora e o Município impetrado não compuseram a relação processual precedente. Incidência da Súmula 283/STF. Ademais, dos elementos mencionados pela Corte de Origem, não é possível precisar em que local eram prestados os serviços cuja tributação pelo ISS foi discutida no bojo da outra ação mandamental. 5. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

(STJ - REsp: 1160253 MG 2009/0188086-8, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 10/08/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/08/2010). *Grifo nosso.*

Percebe-se o entendimento que vem sendo firmado pelo STJ, de que o ISS será devido não onde o serviço foi de fato prestado, mas, de acordo com a Lei Complementar 116/2003, onde a empresa mantiver sua sede, ou seja, passou-se a tomar-se uma posição em concordância da LC citada, que traz consigo a previsão de competência já prevista no DL nº 406/68.

Similitude com o caso aqui focado:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. ISS. COMPETÊNCIA. LOCAL DO ESTABELECIMENTO DO PRESTADOR. PRESENÇA DE UNIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL (FILIAL). 1. A alegação genérica de violação do art. 535 do Código de Processo Civil, sem explicitar os pontos em que teria sido omissa o acórdão recorrido, atrai a aplicação do disposto na Súmula 284/STF.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, interpretando o art. 12, a, do Decreto-Lei n. 406/68, entendia que a competência tributária para cobrança do ISS era da municipalidade onde o serviço era prestado.

3. Com o advento da Lei Complementar n. 116/2003, a competência passou a ser o local do estabelecimento prestador do serviço, considerando-se como tal a localidade em que há uma unidade econômica ou profissional, isto é,

onde a atividade é desenvolvida, independentemente de ser formalmente considerada como sede ou filial da pessoa jurídica (arts. 3º e 4º).

4. Precedentes: REsp 1.195.844/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 1.3.2011, DJe 15.3.2011; REsp 1.160.253/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 10.8.2010, DJe 19.8.2010; REsp 1.139.903/GO, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 3.8.2010, DJe 17.8.2010; REsp 1.175.980/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 2.3.2010, DJe 10.3.2010; REsp 1.117.121/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 14.10.2009, DJe 29.10.2009; AgRgno Ag 903.224/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 11.12.2007, DJ 7.2.2008, p. 307. Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(STJ - REsp: 1245310 MG 2011/0042873-6, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 19/05/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/05/2011). grifo nosso.

Entretanto, com o advento da Lei Complementar nº 116/2003, a competência passou a ser o local do estabelecimento prestador de serviço, considerando-se como tal a localidade em que há uma unidade econômica ou profissional, isto é, onde a atividade é desenvolvida, independentemente de ser formalmente considerada como sede ou filial da pessoa jurídica, arts. 3º e 4º da LC nº 116/2003.

Nesse sentido caminha a jurisprudência:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS. COLETA DE MATERIAL. UNIDADES DIVERSAS. LOCAL DO ESTABELECIMENTO PRESTADOR. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Discussão a respeito da definição do sujeito ativo do ISS quando a coleta do material biológico dá-se em unidade do laboratório estabelecida em município distinto daquele onde ocorre a efetiva análise clínica. 2. "A municipalidade competente para realizar a cobrança do ISS é a do local do estabelecimento prestador dos serviços. Considera-se como tal a localidade em que há uma unidade econômica ou profissional, isto é, onde a atividade é desenvolvida, independentemente de ser formalmente considerada com sede ou filial da pessoa jurídica" (REsp 1.160.253/MG, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe de 19/8/10). 3. Na clássica lição de Geraldo Ataliba, "cada fato impositivo é um todo uno (unitário) e indivisível e determina o nascimento de uma obrigação tributária" (Hipótese de Incidência Tributária. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 73). 4. O ISS recai sobre a prestação de serviços de qualquer natureza realizada de forma onerosa a terceiros. Se o contribuinte colhe material do cliente em unidade situada em determinado município e realiza a análise clínica em outro, o ISS é devido ao primeiro município, em que estabelecida a relação jurídico-tributária, e incide sobre a totalidade do preço do serviço pago, não havendo falar em fracionamento, à míngua da impossibilidade técnica de se dividir ou decompor o fato impositivo. 5. A remessa do material biológico entre unidades do mesmo contribuinte não constitui fato gerador do tributo, à míngua de relação jurídico-tributária com terceiros ou onerosidade. A hipótese se assemelha, no que lhe for cabível, ao enunciado da Súmula 166/STJ, verbis: "Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de uma para outro estabelecimento do mesmo contribuinte". 6. Recurso especial conhecido e não provido.

(STJ - REsp: 1439753 PE 2012/0090857-2, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 06/11/2014, T1 - PRIMEIRA

TURMA, Data de Publicação: DJe 12/12/2014 RDTAPET vol. 45 p. 133 RT vol. 954 p. 555). *Grifo nosso*

Por fim, vale destacar a jurisprudência acima aludida, firmou o entendimento de que:

“A municipalidade competente para realizar a cobrança do ISS é a do local do estabelecimento prestador dos serviços. Considera-se como tal a localidade em que há uma unidade econômica ou profissional, isto é, onde a atividade é desenvolvida, independentemente de ser formalmente considerada com sede ou filial da pessoa jurídica”. [...] “Se o contribuinte colhe material do cliente em unidade situada em determinado município e realiza a análise clínica em outro, o ISS é devido ao primeiro município, em que estabelecida a relação jurídico-tributária, e incide sobre a totalidade do preço do serviço pago, não havendo falar em fracionamento, à míngua da impossibilidade técnica de se dividir ou decompor o fato impositivo”.

Portanto, no que diz respeito ao contribuinte do Imposto Sobre Serviço - é o local da prestação do serviço, haja vista ser onde o fato gerador se concretiza, cabendo ao município correspondente a sua exigibilidade e arrecadação, independente da coleta do material biológico dá-se em unidade do laboratório estabelecida em município distinto daquele onde ocorre a efetiva análise clínica do material.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em princípio é importante frisar que o Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza - ISSQN é um imposto municipal que incide sobre a prestação de serviços, os quais se encontram relacionados na lista anexa da Lei Complementar nº 116/2003, e que tal lista, contém o item – “4.02 – Análises clínicas, patologia, eletricidade médica, radioterapia, quimioterapia, ultra-sonografia, ressonância magnética, radiologia, tomografia e congêneres”. (serviços prestados por laboratórios de análises clínicas), serviço este, objeto de estudo do presente trabalho.

No que tange ao critério especial, não podemos deixar de mencionar, uma vez que trata do principal elemento para a determinação do local da incidência tributária, que possui três critérios eleitos pela lei complementar: a) o estabelecimento prestador ou o domicílio deste; b) o estabelecimento do tomador; e, c) o local da prestação dos serviços.

Imperioso ressaltar também o princípio da territorialidade previsto na Constituição, segundo a doutrina, indica que o local da incidência do ISS é o do local da prestação do serviço.

No entanto, à lei complementar foi atribuída com o objetivo de dirimir os conflitos de competência e estabelecer regras gerais em matéria de legislação tributária, conforme determina o art. 146, I e III, CF/88.

No começo, o ISS foi regulado pelo Decreto-Lei nº 406/68, que já previa a regra geral do estabelecimento prestador como critério de eleição do aspecto espacial, comportando apenas duas exceções e posteriormente, com a edição da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal.

A referida Lei Complementar, estabelece em seu art. 3º, o que já se encontrava no art. 12, do Decreto-lei 406/68, ao definir o município competente, o local onde o prestador mantém a sua sede ou estabelecimento prestador, no limite dos incisos I a XXV, do art. 3º da citada Lei Complementar. Ao reconhecer essa norma, o município competente para tributar os serviços de análise clínica será aquele onde se verifica a presença do estabelecimento prestador.

A vista disto, para a determinação objetiva das obrigações tributárias, o ISSQN somente poderá se exigido quando o estabelecimento prestador estiver localizado no território do município no qual sejam atendidos os requisitos do artigo 114 do CTN, bem como, o artigo 4º, da Lei Complementar 116/2003, como uma garantia do princípio da certeza jurídica.

Portanto, a partir da determinação das condições necessárias e que atendam o fato jurídico do ISS, o contribuinte será a unidade profissional onde sejam prestados os serviços, sendo o sujeito ativo o município onde acontece sua ocorrência, em conformidade com a localização do município “prestador”, e não o município “tomador” dos os serviços de análise clínica descrita na lista da Lei Complementar 116/2003, seguindo o art. 3º da referida lei, que fixa a competência tributária do Município em cujo território estiver localizado o estabelecimento prestador do serviço ou, na falta deste estabelecimento, estiver domiciliado o prestador de serviço, que servirá de medida para dirimir o conflito de competência entre os Municípios, cumprindo a missão outorgada pelo art. 146, I da CF.

6. REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BARRETO, Aires. **ISS - Não Incidência sobre Cessão de Espaço em Bem Imóvel**. Repertório IOB de Jurisprudência - 1ª quinzena de outubro de 1999 - nº19/99 - Caderno 1, p.580, apud MELO, José Eduardo Soares de. **ISS - aspectos teóricos e práticos**. p. 43.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL, **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL, **Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003**. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021.

CARNEIRO, Cláudio. **Impostos federais, estaduais e municipais**. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CARNEIRO, Cláudio. **Curso de Direito Tributário e Financeiro**. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

HARADA, Kiyoshi. **ISS Doutrina e Prática**. 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2014.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XLVII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. pp. 3 e 4.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

KOSSAR, Lorena Mainardes; SOMMA, Rafaela Matiulli. **Aplicação do princípio da territorialidade ao critério espacial do imposto sobre serviço – ISS**. Revista de Direito Público. Londrina, v. 3, n. 1, jan.-abr. 2008, p. 80-90. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/10900/9531>

AUTORES:

Gilmar Alves dos Santos: Graduando do Curso de Direito, Centro Universitário FG – UNIFG.

Fábio Ramos Barbosa: Docente do Curso de Direito do Centro Universitário FG – UNIFG.





Capítulo 5

CONTRATO DE MÚTUO CONVERSÍVEL COMO INSTRUMENTO DE CONTRATAÇÃO DE INVESTIMENTO-ANJO EM STARTUP E O DIREITO DE FOLLOW-ON: UM ESTUDO DE CASO

DOI: 10.29327/555260.1-5

Maráia Queuriane Rodrigues Torrejon
Saulo Bichara Mendonça

CONTRATO DE MÚTUO CONVERSÍVEL COMO INSTRUMENTO DE CONTRATAÇÃO DE INVESTIMENTO-ANJO EM STARTUP E O DIREITO DE FOLLOW-ON: UM ESTUDO DE CASO

Maráia Queuriane Rodrigues Torrejon

Saulo Bichara Mendonça

RESUMO

Startups são modelos de negócio que nas últimas décadas tem se mostrado como grandes responsáveis por mudanças sociais em virtude do impulso econômico que tem promovido no contexto empresarial. Neste cenário surgem os investidores, pessoas físicas ou jurídicas que acreditam no poder de transformação do negócio e realização aporte de capital e também intelectual para o crescimento da startup. Todavia, ponto importante que deve acompanhar empreendedores e investidores nessa relação é no que diz respeito a melhor elaboração do instrumento que regerá não apenas a rodada inicial de investimento, mas pode impactar também as demais, sendo adotado como principal instrumento para tanto o contrato de mútuo conversível. Com um enfoque na cláusula de Direito de Follow-on, a pesquisa foi conduzida qualitativamente a partir de um estudo de caso, onde a partir de respostas coletadas de investidor, empreendedor e agente de captação, buscou-se identificar os aspectos garantidores da segurança jurídica do negócio firmado, na perspectiva das partes. Por meio da presente pesquisa, foi possível identificar que o mútuo conversível atende de modo seguro às necessidades existentes na modalidade de investimento-anjo e a função primordial da cláusula de Follow-on é garantir ao investidor a melhor escolha diante de uma nova rodada de investimentos. Além disso, os resultados apontaram outros elementos que impactaram positivamente no contrato objeto de estudo, como a experiência ulterior das partes no ecossistema de startups e a consultoria jurídica.

Palavras-chave: startup; mútuo; follow-on.

1. INTRODUÇÃO

Em meados da década de 1950 surge no estado da Califórnia-EUA (mais precisamente na região do Silicon Valley ou Vale do Silício em português) um movimento econômico que dá origem a empresas denominadas startups.

A intenção era compartilhar, com este novo modelo, os riscos do negócio através de uma relação estabelecida entre investidores (que objetivam auferir ganhos ao participar do empreendimento) e empreendedores (idealizadores e executores do modelo de negócio traçado), caracterizando desta forma uma modalidade de investimento que, historicamente, já acontece desde muito tempo nas relações comerciais: venture capital (capital de risco).

Ao identificar os principais conceitos trazidos por investidores, empresários, fundos de capital, associações e demais agentes, chega-se ao entendimento geral de startup como um modelo de negócio que tem por finalidade oferecer solução inovadora, repetível e escalável, mesmo que diante de um cenário de incertezas.

A questão que deve acompanhar às preocupações de empreendedores e investidores, justamente por pela agilidade que acompanha a vida de uma startup, e que se não observada pode acarretar não apenas meros aborrecimentos entre as partes em um processo de investimento, mas até uma instabilidade jurídica, é no que diz respeito a melhor elaboração do instrumento que regerá tais rodadas de investimento, isto é, o contrato de mútuo conversível foco da presente pesquisa.

2. METODOLOGIA

O presente trabalho teve como foco a análise da cláusula conhecida dentro da praxe do mercado de startups como Direito de Follow-on que, em resumo, garante ao investidor da rodada anterior seguir/acompanhar a proposta do novo fundo de investidores (a fim de que sua porcentagem não seja diluída no negócio), entre outras opções que podem ser acordadas.

Por meio de um estudo de caso de um contrato de mútuo conversível firmado no ano de 2020 entre uma startup e investidores-anjo, além de revisão teórica dos entendimentos doutrinários e amparos legais existentes no ordenamento brasileiro, a pesquisa buscou investigar, analisar e identificar especificamente na cláusula de Direito de Follow-on do referido instrumento, o impacto e entendimento de cada um dos interessados da referida cláusula.

O estudo qualitativo foi construído a partir do levantamento de dados por meio de um questionário aplicado aos entrevistados (partes do contrato) e da avaliação das respostas, a fim de identificar a compreensão a partir da perspectiva de cada parte e como tal cláusula impacta na segurança jurídica da convenção.

3. RESULTADOS E DISCUSSÕES

Para fins de didática, os resultados foram organizados em quadros por resposta, deste modo facilita-se a visualização e compreensão das respostas de cada entrevistado no que diz respeito à pergunta direcionada, seguindo a seguinte lógica: Quadro 1 corresponde à pergunta 1, Quadro 2 corresponde à pergunta 2, e assim sucessivamente.

Quadro 1 - Na sua perspectiva, qual o objetivo principal da referida cláusula?

1. Na sua perspectiva, qual o objetivo principal da referida cláusula?	
Entrevistado A	O principal motivo é garantir aos investidores a chance de se resguardarem em novas rodadas ou aquisições da empresa, podendo escolher em receber seu valor investido de volta com as premissas assinadas em contrato ou poder manter sua cota percentual, sem diluição, em um investimento futuro.
Entrevistado B	Uma nova rodada de investimento pode significar que a startup está crescendo e se tornando um negócio maior e nesse momento, o investidor quer manter sua participação pois nem todos os investimentos dão certo e é importante ele aumentar suas apostas nos que estão dando certo para aumentar sua taxa de sucesso no portfólio.
Entrevistada C	Permitir a revisão da relação existente entre o investidor e a startup em virtude das mudanças decorrentes do novo investimento.

Quadro 2 - Como ela impacta na segurança dos direitos das partes (empreendedor e investidor)?

2. Como ela impacta na segurança dos direitos das partes (empreendedor e investidor)?	
Entrevistado A	Para o empreendedor, ela garante a oferta de condições igualitárias a seus investidores, gerando mais credibilidade ao seu negócio. Para o investidor, ela traz segurança em tomar a decisão mais ajustada sob sua ótica em rodadas futuras e que não dependem muito de sua avaliação.
Entrevistado B	Acho ela vital para o investidor pois ele será pressionado pelo fundo para abrir mão desse direito, o que deve ser negociado, mas se não existisse ela nem negociado seria. Sobre a segurança pro empreendedor, não vejo que afeta porque isso não altera a sua participação, ao abrir a rodada ele já decide que está aceitando mais capital por diluição.
Entrevistada C	Ela deixa clara quais são as opções para o investidor, o limite e direito que possui diante de fato novo. Como ela integra o contrato inicial, ela reforça a segurança para o investidor sobre esses direitos.

Quadro 3 - Se ausente, ou interpretada de forma errônea, qual(is) impacto(s) negativo(s) a referida cláusula pode causar no contrato?

3. Se ausente, ou interpretada de forma errônea, qual(is) impacto(s) negativo(s) a referida cláusula pode causar no contrato?	
Entrevistado A	O investidor poderá não manter sua porcentagem de participação que foi negociada em contrato, pode não ter como reaver seu capital investido caso não concorde com a operação.
Entrevistado B	Uma diluição errada dos investidores anteriores
Entrevistada C	Se ausente, criaria uma insegurança ao investidor, a startup e ao novo investidor, uma vez que não estaria claro os impactos do novo investimento nas ações adquiridas e na composição do <i>cap table</i> depois desse investimento.

Quadro 4 - A partir da sua experiência, alguma alteração ou inclusão na redação da cláusula poderia para torná-la mais segura juridicamente? Se sim, qual(is)?

4. A partir da sua experiência, alguma alteração ou inclusão na redação da cláusula poderia para torná-la mais segura juridicamente? Se sim, qual(is)?	
Entrevistado A	Acho que a cláusula foi bem trabalhando, apontando as regras para o seguimento em um novo investimento.
Entrevistado B	Acho que não.
Entrevistada C	No item que permite ao investidor receber o valor do mútuo corrigido poderia haver uma condição de previsão desse recebimento nos termos da rodada de investimento. Isso porque dependendo do valor a ser recebido e do valor sendo captado, isso pode modificar a habilidade da startup de executar o que foi projetado para rodada por uma deficiência no fluxo de caixa por conta desse pagamento.

Quadro 5 - Durante o processo de fechamento do investimento, você contratou, ou teve acesso de outra forma, a uma consultoria jurídica especializada em startup?

5. Durante o processo de fechamento do investimento, você contratou, ou teve acesso de outra forma, a uma consultoria jurídica especializada em startup?	
Entrevistado A	Sim, contratamos um advogado que auxiliou nas discussões sobre as cláusulas contratuais
Entrevistado B	Acompanhamento pelo advogado que já auxilia o grupo de investidores.
Entrevistada C	Sim, contratação de um advogado juntamente com o empreendedores

Quadro 6 - A partir da sua expectativa, o quê você considera como resultado preferível de ser alcançado em um contrato de mútuo conversível em investimento-anjo?”

6. A partir da sua expectativa, o quê você considera como resultado preferível de ser alcançado em um contrato de mútuo conversível em investimento-anjo?”	
Entrevistado A	A saída futura através da venda da empresa, recuperando seu capital investido em múltiplos de desempenho.
Entrevistado B	Direito de conversão de um empréstimo com a rentabilidade justa para aqueles que investiram quando ainda existiam mais incertezas do que resultados.
Entrevistada C	Segurança jurídica e equilíbrio entre os direitos e deveres das partes de forma que não comprometam o funcionamento da empresa.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os principais resultados demonstraram que, quanto ao entendimento a respeito do Direito de *Follow-on*, sua função e importância, neste caso concreto tanto investidor, empreendedor como agente de captação seguem uma linha de pensamento muito ajustada sobre a segurança proporcionada pelo dispositivo em questão, refletindo no equilíbrio contratual como um todo.

Consequente contribuição é no sentido de que o mútuo conversível atende de modo seguro às necessidades existentes na modalidade de investimento-anjo e, por ser um instrumento construído com base em um modelo americano, possui em sua constituição cláusulas gerais de *praxe* do mercado de investimento, como o Direito de *Follow-on*, dispositivo este que, em suma, garante ao investidor direitos proporcionais ao risco escolhido inicialmente, oferecendo escolha para que diante de uma nova rodada de investimentos possa avaliar a melhor opção para seus interesses sem que isso prejudique o avanço necessário que a empresa precisa, garantindo assim ao empreendedor a possibilidade de crescer via novo investimento, no momento que for oportuno e necessário, sem amarras ou compromissos desproporcionais à sua intenção.

Não obstante, deve se considerar alguns elementos na construção de uma relação segura, clara e transparente entre investidor-anjo e empreendedor: as experiências e aprendizados (ou a ausência das mesmas) que cada um carrega de oportunidades anteriores que impactam diretamente no momento de negociação do investimento e a presença de um profissional do Direito que, além de auxiliar na construção dos acordos, salvaguardando direitos e deveres em âmbito geral, contribui também de modo especial ao entender as necessidades específicas tanto no modelo específico de investimento (anjo) como a visão de negócio a longo prazo do empreendedor e sua aspiração de crescimento.

5. REFERÊNCIAS

ABSTARTUPS. **Crescimento Das Startups**: veja o que mudou nos últimos cinco anos. 2020. Disponível em: <<https://abstartups.com.br/crescimento-das-startups/>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

ABSTARTUPS. **Edtechs – A Importância Das Startups De Educação No Brasil**. 2020. Disponível em: <<https://abstartups.com.br/edtechs-a-importancia-das-startups-de-educacao-no-brasil/>>. Acesso em: 22 fev. 2021.

ANJOS DO BRASIL. **O que é um investidor anjo**. 2018. Disponível em: <<https://www.anjosdobrasil.net/o-que-e-um-investidor-anjo.html>>. Acesso em: 12 jan. 2021.

BIERWAGEN, M. Y. **Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BORGES, L. G. X. Investimento em uma Startup de TI: um Estudo de Caso no Setor de Educação. 2016, 131f. **Dissertação (Mestrado em Sistemas de Gestão)**. Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 jan. 2021.

FEIGELSON, B.; NYBO, E. F.; FONSECA, V. C. **Direito das Startups**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FILHO, E. L. S. **Contratos de Investimento em Startups**: os riscos do investidor-anjo. 1. ed. São Paulo: Quartier Lantin, 2019.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. **Novo Curso de Direito Civil**: Contratos em espécie. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 4 v., 2011.

GÁVEA ANGLES. **O que é investidor-anjo**. S/d. Disponível em: <<https://www.gaveaangels.org.br/>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

GITAHY, Y. **O que é uma startup?**. 2016. Revista EXAME. Disponível em: <https://exame.com/pme/o-que-e-uma-startup/>. Acesso em: 11 fev. 2021.

GOMES, O.; BRITO, E.; BRITO, R. P. **Contratos**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 3 v., 2012.

JÚDICE, L. P.; NYBO, E. F. **Direito das Startups**. 1. ed. São Paulo: Juruá, 2016.

LIMA, F. **Investimento em Startups: o que ninguém te contou**. 1. ed. [s.l.]: [s.n.], 2020.

LOBO, C.; POTENZA, G. Investimento Venture Capital e Private Equity: considerações práticas e jurídicas. In: BOTREL, S.; BARBOSA, H. **Finanças Corporativas: aspectos jurídicos e estratégicos**. São Paulo: Atlas, p. 267-316. 2016.

MAZZUCATO, M. **O Estado Empreendedor: Desmascarando o Mito do Setor Público vs Setor Privado**. 1. ed. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

PINTO, C. A. M.; MONTEIRO, A. P.; PINTO, P. M. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4. ed. Porto: Coimbra, 2017.

PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. **Métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

REIS, E. V. A. **Startups: Análise de Estruturas Societárias e de Investimento no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

ROSA, M. V. F. C.; ARNOLDI, M. A. G. C. **A entrevista na pesquisa qualitativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Autentica, 2014.

SPINA, C. **Afinal, o que é Investimento-Anjo?** 2020. ENDEAVOR. Disponível em: <<https://endeavor.org.br/dinheiro/afinal-o-que-e-investimento-anjo/>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

WALKER, S. E. **Everthing you ever wanted to know about convertible note seed financings (but were afraid to ask)**. 2012. TECH RUNCH. Disponível em: <<https://techcrunch.com/2012/04/07/convertible-note-seed-financings/>>. Acesso em: 17 dez. 2020.

AUTORES:

Maráia Queuriane Rodrigues Torrejon: Universidade Federal Fluminense - Instituto de Ciências da Sociedade de Macaé. Email: maraiatorrejon@id.uff.br.

Saulo Bichara Mendonça: Universidade Federal Fluminense - Instituto de Ciências da Sociedade de Macaé. Email: sbmendonca@id.uff.br





Capítulo 6

INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO À BENEFICIÁRIOS DA JUSTIÇA GRATUITA

DOI: 10.29327/555260.1-6

Bruno Cabral do Espírito Santo



INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO À BENEFICIÁRIOS DA JUSTIÇA GRATUITA

Bruno Cabral do Espírito Santo

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo o estudo feito sobre o tema “Inconstitucionalidade da Cobrança de Honorários Sucumbenciais na Justiça do Trabalho à Beneficiários da Justiça Gratuita”. Serão abordadas as mudanças trazidas pela Lei N° 13.467/2017 no cenário dos honorários advocatícios sucumbenciais. Será analisada a consequência da cobrança, a intenção do legislador de desincentivar a litigância abusiva ao criá-las, a queda no volume de processos trabalhistas em primeira instância após a reforma e a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, discorrendo até a possibilidade de exigibilidade dos honorários sucumbenciais de forma diferente da expressa no Art. 791-A, parágrafo 4º, da CLT, tendo em vista o voto dado na Ação Direta de Inconstitucionalidade número 5.766 pelo Ministro Roberto Barroso.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Direito Processual do Trabalho. Honorários Sucumbenciais. Justiça Gratuita. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT

The purpose of this article is the study on the theme "Unconstitutionality of the Collection of Succumbent Fees in Labor Justice to Beneficiaries of Free Justice". The changes brought about by Law No. 13,467 / 2017 in the scenario of succumbent attorney fees will be addressed. The consequence of the collection will be analyzed, the legislator's intention to discourage abusive litigation by creating them, the drop in the volume of labor claims in the first instance after the reform and its constitutionality or unconstitutionality, including the possibility of demanding the succumbential fees. differently from that expressed in Article 791-A, paragraph 4, of the CLT, in view of the vote given in Direct Action of Unconstitutionality number 5.766 by Minister Roberto Barroso.

Keywords: Conciliation. Mediation. Lawyer. Unnecessary.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, que estabelece vários direitos fundamentais, positivou a justiça gratuita, elencado em seu artigo 5º, LXXIV¹. Isso garante o acesso à justiça para todos, pois assegura que ninguém se sinta prejudicado por arcar com encargos processuais que não tem condições de suportar.

Isso sempre refletiu na Justiça do Trabalho, tendo em vista que a maioria dos litigantes são pessoas que precisam da assistência judiciária gratuita. Essa maioria são os empregados ou ex-empregados protegidos pelo instituto da Justiça Gratuita, pois eles são a parte hipossuficiente tanto na relação de trabalho alvo da reclamação, quanto no aspecto econômico.

A reforma trabalhista de 2017 trouxe para a CLT, no artigo 791-A², a figura dos honorários advocatícios sucumbenciais como regra. Assim, quem for sucumbente em um pedido, deve arcar com os honorários de sucumbência, fixado em percentual de 5% a 15% sobre o valor do pedido.

Na justiça comum, sendo beneficiário da Justiça Gratuita, caso ocorra a sucumbência em pedido, a exigibilidade dos honorários sucumbenciais fica suspensos por 5 anos. Ou seja, somente se o devedor deixar de ser beneficiário da justiça gratuita, o débito passa a ser exigível.

Por outro lado, artigo 791-A da CLT, apesar de prever a suspensão de exigibilidade por 2 anos, versa que mesmo beneficiário da justiça gratuita deverá pagar os honorários sucumbenciais quando receber créditos em processos.

Mas sendo a maioria dos empregados considerados hipossuficientes, não conseguem arcar com custas processuais, tampouco com honorários de sucumbência, mesmo recebendo o crédito que lhe é de direito.

Assim sendo, a cobrança de honorários acaba se tornando uma forma a desincentivar a busca ao judiciário para atender suas demandas. Esse tipo de situação

¹ 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:

[..]

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

² Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

acaba por mitigar o acesso a justiça, que não diz respeito somente à possibilidade de todas as pessoas procurarem o judiciário, mas também que o Estado dará o suporte necessário para que esse acesso seja integralmente justo à todos, principalmente à quem necessita da justiça gratuita.

Observando este dilema, será analisada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da cobrança dos honorários sucumbenciais aos beneficiários da justiça gratuita nas reclamações trabalhistas.

2. BREVE ANÁLISE DA IMPORTÂNCIA DA JUSTIÇA GRATUITA

O alto protecionismo que a CLT tem para os empregados, parte hipossuficiente nas relações de emprego, é originada na Constituição Federal de 1988. Os princípios trazidos pela Constituição são, em si, de cunho protecionista.

Nisso se mostra o instituto da justiça gratuita, prevista no artigo 5, LXXIV³ da Constituição Federal. Com a intenção de permitir e garantir a justiça a todos, mesmo para aqueles que não possuem recursos para custear a atuação do Judiciário em suas pretensões, o Poder Constituinte criou o referido instituto.

Mas, esse dispositivo ou preceito fundamental não quer dizer que o custo pela justiça não será cobrado. O que ocorre nessa situação é que a cobrança ao beneficiário ficará suspensa até que possa arcar com o ônus que lhe cabe ou até findar o prazo de suspensão. Neste caso, o estado é quem arca com o pagamento das custas processuais.

É importante destacar que na Justiça do Trabalho, em caso de honorários periciais, o ônus do pagamento dos honorários também é do sucumbente no objeto da perícia. Caso o sucumbente seja beneficiário da justiça gratuita, quem arcará com o pagamento será a União, conforme artigo 2º da Resolução 66 de 2010 do CSJT (Conselho Superior da Justiça do Trabalho)⁴.

³ 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:

[..]

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

⁴ Art. 2º A responsabilidade da União pelo pagamento de honorários periciais, em caso de concessão do benefício da justiça gratuita, está condicionada ao atendimento simultâneo dos seguintes requisitos:

I – fixação judicial de honorários periciais;

Assim, de forma justa, a Constituição foi construída na intenção de tratar com isonomia as pessoas que precisam da atuação do Judiciário, mas não possuem poder econômico para tal.

Não somente a Constituição Federal, como também a CLT tem previsão expressa sobre a justiça gratuita para quem precisa, conforme seu artigo 790, §3^o. Contudo, ela foi alterada pela reforma.

Em sua antiga redação, o beneficiário não precisava comprovar sua necessidade de ser beneficiário da gratuidade judiciária, mas com somente sua declaração de não poder arcar com os custos processuais poderia ser concedida em qualquer instância ou tempo processual.

Novamente, evidenciando assim o protecionismo estatal, que demonstra a preocupação e assistencialismo não só aos litigantes de pouca renda, mas também com todos os hipossuficientes que não poderiam arcar com as custas, o que segue a mesma direção do princípio do acesso à justiça.

É importante salientar, ainda, que apesar da previsão de “*facultado*” expresso no §3^o, se trata de um dever do Estado conforme previsto no princípio fundamental do artigo 5^o, LXXIV⁶, da Constituição. Nesse sentido é a doutrina de Gabriel Saad, José Eduardo Saad e Ana Maria Castelo Branco:

O teor do inciso LXXIV do art. 5o da Lei Fundamental (“*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de*

II – sucumbência da parte na pretensão objeto da perícia;

III – trânsito em julgado da decisão.

⁵ Art. 790. Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho.

[...]

§ 3^o É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. (Redação dada pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002)

§ 3^o É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

⁶ LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

recursos”) não se trata de uma faculdade do magistrado, mas um dever, se comprovada a condição de necessitado do autor ou do réu.

É, portanto, dever do Estado prestar tal assistência a quem provar não possuir recursos para suportar as despesas processuais. A Lei 1.060/50 regula essa norma constitucional.

[...]

O legislador, no tocante ao benefício da justiça gratuita, insiste no erro de considerar faculdade do juiz deferi-lo ou não. Entendemos que, provado ser a parte um necessitado, deve o juiz outorgar-lhe o benefício da justiça gratuita.

À semelhança do que estabeleceu a Constituição, no precitado inciso LXXIV do art. 5º, com referência ao dever do Estado de prestar assistência judiciária aos necessitados, caberia à lei ordinária dizer, às expensas, que o juiz é obrigado a conceder o benefício da gratuidade a quem não tiver recursos para atender às despesas processuais.⁷

Mas, conforme exposto, esse procedimento foi alterado pela reforma. Em sua nova redação, somente os que receberem salário igual ou menor do que 40% do limite da Previdência Social, que atualmente é de R\$ 6.433,57, poderá receber os benefícios da justiça gratuita.

Apesar do critério objetivo mudar, de 2 salários-mínimos para 40% do limite máximo do INSS, estes valores não se distanciam muito, uma vez que o dobro do salário-mínimo atualmente é R\$ 2.200,00 e 40% do limite é R\$ 2.573,43.

Mas a reforma excluiu o critério subjetivo previsto anteriormente, sendo que somente quem tiver a renda determinada no critério objetivo poderá ser beneficiário.

3. OS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS ANTES DA LEI 13.467/17

Antes da Lei 13.467 de 2017, existia a figura dos honorários sucumbenciais na justiça do trabalho. Entretanto, não da mesma forma que inserido pela reforma, e diferente também do previsto na justiça comum.

Os honorários sucumbenciais somente seriam devidos em um caso específico, devendo atender a todos os três requisitos. Devido a esses requisitos, passaram a ser conhecidos também como honorários sindicais.

⁷ SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad Castelo. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2007, p. 1.304.

Conforme exposto por Gustavo Cisneiros, em sua obra Direito do trabalho sintetizado de 2016, os honorários sindicais são devidos da seguinte forma:

A Súmula 219⁸ do TST cuida dos honorários advocatícios sindicais, que são aqueles devidos pelo empregador sucumbente ao advogado do sindicato da categoria profissional que está prestando assistência judiciária gratuita a empregado beneficiado pela justiça gratuita. O item I da Súmula 219 do TST consagra os honorários advocatícios sindicais, limitados a 15%, quando:

- a) o empregador for sucumbente, total ou parcialmente;
- b) o empregado estiver assistido por sindicato da categoria profissional
- c) o empregado for beneficiário da justiça gratuita.

Os três requisitos são cumulativos! [...]

(CISNEIROS, Gustavo. Direito do trabalho sintetizado, pág. 231)

Ou seja, para serem devidos os honorários sucumbenciais, era necessário que o empregado fosse vitorioso em qualquer pedido, ser beneficiário da justiça gratuita e ser assistido por advogado do sindicato de sua categoria profissional.

Assim sendo, somente advogados sindicalistas que atuavam em favor de empregados hipossuficientes que teriam direito aos honorários sucumbenciais, fixados sempre no patamar de 15% da liquidação dos pedidos.

⁸ Súmula nº 219 do TST

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015) - Res. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21.03.2016

I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art.14, §1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305da SBDI-I).

II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

III - São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.

IV - Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90).

V - Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º).

VI - Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil.

Mesmo existindo a possibilidade, era muito difícil de acontecer a condenação de honorários sucumbenciais na Justiça do Trabalho.

Os demais advogados ficavam em desvantagem. Advogados privados que atuavam em favor dos empregados, e os advogados procuradores dos reclamados não teriam o direito à honorários sucumbenciais.

Nesse ponto de vista, a mudança trazida pela Lei 13.467 de 2017, com o artigo 791-A da CLT, foi uma vitória para a OAB, uma vez que inseriu os honorários sucumbenciais a todos os advogados que conseguissem vitória à parte defendida.

4. INTENÇÃO DO LEGISLADOR COM A LEI 13.467/17

Como não existia previsão de honorários de sucumbência como regra, os advogados batalharam bastante para conseguir esta previsão legal na Justiça do Trabalho. Contudo, não foi somente este o fundamento pensado pelo Legislador ao criar o dispositivo.

É de conhecimento público que, ao ingressar com ação, raramente os reclamantes fazem somente um pedido. As peças iniciais trabalhistas são cheias de pedidos, uma vez que os autores se aproveitam da oportunidade da reclamação para fazer o máximo de pedidos, sendo muito recorrente, antes da reforma, pedidos a respeito de intrajornada, *in itinere*, intervalo do artigo 384 da CLT, dentre outros.

Não somente pedidos que lhes são de direito, mas também aqueles que são possivelmente improcedentes. Isso porque, antes da reforma, não existiam meios que desestimulassem os pedidos exagerados por parte dos autores. Mesmo para pedidos claramente improcedentes, não havia qualquer desestímulo para as demandas exageradas por parte dos reclamantes.

Conforme exposto anteriormente, a maior parte dos reclamantes são beneficiários da justiça gratuita. Assim, as custas processuais trabalhistas, em sua maioria, ficam a cargo dos reclamados ou do Estado ao invés de quem é beneficiário da justiça gratuita.

Conseqüentemente, tendo em vista a alta demanda de processos e os casos em sua maioria sendo de beneficiários da justiça gratuita, somados aos casos de pedidos exagerados por parte destes, foi demandado ao Legislativo achar meios para diminuir as demandas trabalhistas, ou meios de desincentivar o exagerado número de pedidos dos empregados, com a intenção de diminuir os custos do Estado com a Justiça do Trabalho.

Prova disso, foi que a reforma alterou dispositivos: o artigo 384⁹, que previa o descanso de 15 minutos para mulheres antes de horas extras; § 2º do artigo 58¹⁰, que previa a possibilidade das horas *in itinere*; e o § 4º do artigo 71¹¹, que mudou para caráter indenizatório o valor das horas intrajornadas, além ser devido somente o tempo suprimido.

Todos estes exemplos de dispositivos alterados eram objeto da maioria das reclamações, aumentando muito a demanda do Judiciário Trabalhista.

Assim, a intenção da reforma trazida pela Lei 13.467 de 2017 foi de diminuir as demandas trabalhistas, acarretando na mudança e flexibilização do protecionismo que a CLT carregava, sendo a possibilidade de cobrança de honorários sucumbenciais do beneficiário da justiça gratuita uma delas.

5. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA COBRANÇA

Veja que os honorários sucumbenciais estão dispostos no artigo 791-A12, §4º, da CLT, prevendo expressamente que o beneficiário da justiça gratuita pagará os honorários

⁹ Art. 384 - Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho. (Revogado pela Lei nº 13.467, de 2017)

¹⁰ Art. 58 - A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.

[...]

§ 2º O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução. (Parágrafo incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

§ 2º O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

¹¹ Art. 71 [...]

§ 4º - Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. (Incluído pela Lei nº 8.923, de 27.7.1994)

§ 4º A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

¹² Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

sucumbenciais caso tenha obtido créditos em juízo, seja no processo em trâmite, seja em qualquer outro processo.

A partir da leitura do dispositivo, é possível visualizar cinco possibilidades.

A primeira possibilidade: beneficiário parcialmente sucumbente, consegue suportar o adimplemento dos honorários periciais com os créditos da mesma ação sem que perca todos os créditos advindos do processo.

A segunda possibilidade: beneficiário parcialmente sucumbente, consegue suportar o adimplemento dos honorários periciais com os créditos da mesma ação, contudo, perdendo todos os créditos advindos do processo.

A terceira possibilidade: beneficiário parcialmente ou inteiramente sucumbente, não consegue suportar o adimplemento dos honorários periciais com os créditos da mesma ação, perde créditos de outros processos para quitar o débito.

A quarta possibilidade: beneficiário parcialmente sucumbente, não consegue suportar o adimplemento dos honorários periciais com os créditos da mesma ação, não recebeu crédito em outros processos, perde todos os créditos desta ação para quitar os honorários e ainda fica como devedor do remanescente.

A quinta possibilidade: beneficiário totalmente sucumbente, não consegue suportar o adimplemento dos honorários periciais com os créditos da mesma ação e não recebeu crédito em outros processos, fica com o débito com exigibilidade suspensiva.

§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.

§ 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará:

- I - o grau de zelo do profissional;
- II - o lugar de prestação do serviço;
- III - a natureza e a importância da causa;
- IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.

(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Em nenhuma delas o Estado dá o suporte ao beneficiário da justiça gratuita pagando o débito em seu lugar. Isso porque a Lei não dá espaço para esta possibilidade, como acontece com os honorários periciais.

Quando o beneficiário da justiça gratuita é sucumbente no objeto da perícia, o Estado arca com o pagamento, conforme Súmula 457¹³, TST e resolução 66/2010, artigo 2º¹⁴, do CSJT.

Veja bem, o pagamento dos honorários sucumbenciais pelo beneficiário da justiça gratuita se tornou uma regra. Somente não será pago se não vier a receber outros créditos em processo, e mesmo que não consiga, o pagamento ficará em condição suspensiva.

Mesmo na primeira possibilidade, quando o beneficiário tem créditos suficientes para quitar os honorários no mesmo processo, ainda poderá ser uma cobrança injusta se o crédito recebido não for muito maior do que o valor pago a título de honorários sucumbenciais.

Isso porque, uma vez que a pessoa é beneficiária da justiça gratuita e exerceu seu direito de ação, tendo seu direito reconhecido, mesmo que em outro processo, não parece justo tirar-lhe os créditos que receber. Sendo hipossuficiente, todo crédito recebido será indispensável na sua vida privada. Se seu direito foi reconhecido, é porque foi lesado de alguma forma, não podendo ser convertido seu crédito para quitar dívidas processuais.

Ao mesmo tempo, se o beneficiário foi sucumbente, significa que exerceu o direito de ação sobre aquilo que não tem direito. O trabalho do advogado que auxiliou o juízo nesse reconhecimento deve ser remunerado, não podendo o Estado arcar com todo pedido exagerado por parte dos beneficiários da justiça gratuita.

¹³ Súmula nº 457 do TST

HONORÁRIOS PERICIAIS. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO PELO PAGAMENTO. RESOLUÇÃO Nº 66/2010 DO CSJT. OBSERVÂNCIA. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 387 da SBDI-1 com nova redação) – Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014

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

¹⁴ Art. 2º A responsabilidade da União pelo pagamento de honorários

periciais, em caso de concessão do benefício da justiça gratuita, está condicionada ao atendimento simultâneo dos seguintes requisitos:

I – fixação judicial de honorários periciais;
 II – sucumbência da parte na pretensão objeto da perícia;
 III – trânsito em julgado da decisão.

6. FUNDAMENTOS A FAVOR DA EXIGIBILIDADE

Anterior à reforma, os honorários de sucumbência eram exceção, devidos somente ao advogado do sindicato que vencesse a causa de um beneficiário da justiça gratuita. Nessa perspectiva, a previsão do instituto dos honorários se torna um avanço no Direito do Trabalho, vez que dá mais valor e importância ao trabalho do advogado.

Poder contar com a remuneração do instituto que já está previsto na Justiça Comum foi uma conquista para os advogados. Se o seu trabalho é indispensável para a justiça, deve haver mecanismos processuais que agreguem valor ao seu bom trabalho e desempenho.

Assim, uma vez que trabalha para conquistar a vitória em pedidos que são improcedentes ou procedentes, ou seja, defende e busca a justiça para seu cliente, seu trabalho deve sim ser reconhecido.

Este é até um mecanismo para evitar que os direitos alheios sejam violados, o que é algo positivo para o Estado e para seu povo.

Mas isso, por si só, não implica em uma fundamentação plausível para a possibilidade de cobrança destes honorários sucumbenciais ao sucumbente beneficiário da justiça gratuita.

Conforme exposto em tópicos anteriores, nas causas trabalhistas antes da reforma de 2017, os autores beneficiários da justiça gratuita tinham a fama de fazer todo o tipo de direito trabalhista, mesmo que evidentemente não o tivesse.

Isso acontecia, provavelmente, por causa da falta de desincentivo ao uso exagerado do poder Judiciário Trabalhista por parte destes litigantes. Veja bem, uma vez que eles não terão qualquer custo a pagar, não tinha o porquê de não tentar ganhar uma causa sem inúmeros pedidos.

Isso se verifica a partir do momento que existiam, antes da reforma, um número mensal de mais de 200.00 (duzentos mil) de novos casos em primeira instância¹⁵. Quadro esse mudado após a reforma, que demonstrou uma queda nesse número de novos casos, sendo que, no decorrer de um ano após a reforma, em nenhum mês o número de novos casos se aproximou desta marca.

¹⁵ Primeiro ano da reforma trabalhista: efeitos. [tst.jus.br](http://www.tst.jus.br), 05/11/2018. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/primeiro-ano-da-reforma-trabalhista-efeitos>. Acesso em 04/04/2021.

Essa redução é evidenciada, também, quando se observa que o número de casos em andamento até outubro de 2017 era cerca de 2,2 milhões (dois milhões e duzentos mil), enquanto em 2019 esse número caiu para 1,5 milhão (um milhão e quinhentos mil)¹⁶.

Apesar de não ser a intenção abordar o caráter político da reforma, ela não pode deixar de ser observada. O contexto da justiça trabalhista até a reforma era de um judiciário repleto de trabalho. Os custos estatais para manter o trabalho da Justiça Trabalhista era enorme.

Assim, uma reforma no corpo legislativo do direito do trabalho era uma solução aceitável, tendo em vista a grande demanda do poder judiciário em causas trabalhistas, o grande número de beneficiários da justiça gratuita que o procuram e o protecionismo estatal que consequentemente o fazia arcar com as custas destes beneficiários.

Agora, soma-se a necessidade de diminuição da demanda estatal de processos trabalhistas com o grande número de demandas de litigantes hipossuficientes, suas eventuais sucumbências e a pressão de advogados em relação à previsão do instituto dos honorários sucumbenciais.

Vê-se, assim, a oportunidade perfeita para instituir a previsão do pagamento dos honorários sucumbenciais pelo beneficiário da justiça gratuita e, detalhe exposto anteriormente, como regra.

Importante notar que essa previsão foi pensada justamente para não onerar o Estado. Perceba que o artigo 790-B¹⁷ da CLT, também modificado pela Lei nº 13.467, de 2017, passou a prever o pagamento de honorários periciais pelo beneficiário da justiça gratuita.

Entretanto, em diferente direção do artigo 791-A¹⁸, o 790-B traz em seus § 4^o¹⁹ que caso o beneficiário não puder suportar o pagamento dos honorários, quem os pagará

¹⁶ Processos trabalhistas despencam após mudança na CLT. **Jovempan.com.br**, 20/01/2020. Disponível em: <<https://jovempan.com.br/programas/jornal-da-manha/processos-trabalhistas-despencam-apos-mudanca-na-clt-diz-levantamento.html>>. Acesso em 04/04/2021.

¹⁷ Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

¹⁸ Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

¹⁹ Art. 790-B.

será a União. Ou seja, diferente dos honorários de sucumbência, os honorários periciais serão a cargo do estado quando o beneficiário não puder arcar.

Mas o pagamento dos honorários sucumbenciais não é feito em qualquer hipótese. O beneficiário da justiça gratuita não ficará em dívida que comprometa a sua subsistência, nos termos do próprio artigo 791-A, §4º.

A dívida somente será exigida, se o devedor obtiver em juízo, seja em qualquer processo, crédito capaz de suportar, ao todo ou em parte, a dívida contraída.

Assim, apesar da cobrança a um hipossuficiente, sua renda mensal ou ganhos pessoais não serão atingidos, já que os créditos utilizados para o pagamento serão os advindos de créditos processuais.

Ainda, detalhe importante a se observar é o trecho “*créditos capazes de suportar a despesa*”. Se seus créditos não suportarão o valor devido, não lhe serão retirados a mais do que lhe é de direito.

Os valores devidos ao advogado da parte vitoriosa não serão pagos sempre. Se o sucumbente não pode arcar com a despesa, a exigibilidade ficará suspensa por dois anos, assim como previsto na Justiça Comum.

A partir desse comparativo, traçando um paralelo, vê-se aqui um benefício em relação à Justiça Comum, uma vez que nesta a condição suspensiva de exigibilidade do pagamento perdura por cinco anos, três anos a mais do que o previsto na Justiça do Trabalho.

É importante, ainda, enfatizar a importância do pagamento dos honorários de sucumbência como forma de reconhecimento do trabalho do advogado em auxiliar a parte vencedora e o juízo em achar o direito devido.

Não só isso, mas deve existir meios de desestimular a propositura exagerada de pedidos por parte dos litigantes que serão beneficiários da justiça gratuita. Isso evita que

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

Art. 791-A.

[...]

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

exista causas que são nitidamente perdidas, que aumentam o trabalho do Judiciário e desvia sua atenção das demais causas.

Assim, a cobrança dos honorários sucumbenciais da Justiça do Trabalho ao beneficiário da justiça gratuita é, também, um meio de desincentivar a litigância abusiva por parte destes.

7. FUNDAMENTOS CONTRA A EXIGIBILIDADE

Apesar dos pontos abordados anteriormente, causas políticas não podem, por si só, fundamentar a validade de dispositivos que violam princípio constitucional. Ainda mais de cláusula pétrea, como o tema abordado.

Veja bem, a reforma tem por objetivo mudar uma legislação infraconstitucional. Essa nova Lei não pode ter o poder de alterar preceito fundamental constitucional, como o caso da justiça gratuita e à assistência judiciária.

Mesmo que aparentemente exista causas excessivas por possíveis litigâncias abusivas, não se pode violar a Constituição que claramente tem caráter protecionista e inclusivo.

A Legislação vigente anterior à Lei 13.467/2017 sempre foi protecionista e assistencialista, sempre teve por objetivo proteger e acolher os menos capazes. Isso devido aos preceitos bem estabelecidos e alinhados pela Constituição Federal.

Prova disso é o estabelecido na conforme Súmula 457²⁰, TST e resolução 66/2010, artigo 2º²¹, do CSJT, que transferem a responsabilidade do pagamento dos honorários

²⁰ Súmula nº 457 do TST

HONORÁRIOS PERICIAIS. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO PELO PAGAMENTO. RESOLUÇÃO Nº 66/2010 DO CSJT. OBSERVÂNCIA. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 387 da SBDI-1 com nova redação) – Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014

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

²¹ Art. 2º A responsabilidade da União pelo pagamento de honorários

periciais, em caso de concessão do benefício da justiça gratuita, está condicionada ao atendimento simultâneo dos seguintes requisitos:

I – fixação judicial de honorários periciais;
 II – sucumbência da parte na pretensão objeto da perícia;
 III – trânsito em julgado da decisão.

periciais, que seriam originalmente do sucumbente beneficiário da justiça gratuita, para o Estado/União.

Não somente o pagamento dos honorários periciais, mas o próprio reconhecimento do benefício da justiça gratuita, já carregava o entendimento de que a pessoa que carece de justiça gratuita vai muito além de quem recebe menos do que os valores fixados pelos critérios objetivos da Lei.

Aquele que não consegue arcar com custas judiciais, mesmo que recebendo acima dos valores fixados, seja dobro do salário-mínimo, seja 40% do limite máximo do RGPS, merece também o amparo legal.

Isso demonstra que a própria Lei e julgados já entendiam a hermenêutica da Constituição, já estavam alinhados ao protecionismo estatal para com os hipossuficientes.

A exigibilidade dos honorários de sucumbência pelo beneficiário da justiça gratuita na Justiça Comum, prevista no Artigo 98, inciso VI²², do CPC, é tratada no mesmo artigo em seu § 3º²³, prevendo que ficará em condição suspensiva por cinco anos.

Não só isso, mas passa a responsabilidade para o credor, que é o correto, se comprovar que, nesse período de 5 anos, o devedor dos honorários sucumbenciais perdeu os benefícios da justiça gratuita. Somente assim é que serão pagos os honorários sucumbenciais na justiça comum.

Note que o pagamento é a exceção. Para que ocorra, tem que atender a requisitos objetivos e que devem ser observados pelo credor e pelo judiciário. O que a reforma trabalhista trouxe foi exatamente o contrário.

O pagamento é a regra, e a suspensão da exigibilidade passou a ser uma exceção, que também deve atender a requisito objetivo. Esse requisito é, conforme o § 4º do artigo 791-A, não ter recebido em qualquer juízo crédito capaz de suportar os honorários.

Vale lembrar que, apesar de não estar expresso, o que se extrai da leitura do dispositivo é que “*créditos capazes de suportar a despesa*” não necessitam ser ao todo. Qualquer mínimo crédito que quite, mesmo que em parte, a dívida honorária, será convertida ao pagamento desta, retirando por completo o crédito do beneficiário.

²² VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;

²³ § 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Mas, em diferente direção, apesar de trazer o pagamento como regra, a Lei trouxe o tempo de suspensão da exigibilidade como sendo de 2 anos. Em que pese a inconstitucionalidade da cobrança como regra, o tempo de suspensão foi feliz em sua determinação, justamente porque, como amplamente explanado anteriormente, a constituição tem sempre um caráter protecionista.

Entretanto, vê-se aqui que a “troca” feita no dispositivo não foi nada benéfica ao hipossuficiente. Pela mudança da reforma, que já deixou difícil se verificar ou ser reconhecido os benefícios da justiça gratuita, com a previsão do pagamento dos honorários sucumbenciais como regra, haverá vários pagamentos de sucumbência por parte de uma maioria que não terá qualquer condição de arcar com tal prejuízo.

Além do mais, os créditos que venham a ser devidos ao beneficiário podem ser perdidos e ainda quitar o ônus sucumbencial.

Apesar de demonstrar extensamente a inconstitucionalidade do dispositivo, foi visualizada uma interpretação equilibrada sobre a problemática, que será abordada no tópico seguinte.

8. DOS JULGAMENTOS A RESPEITO DA INCONSTITUCIONALIDADE

Desde a vigência da reforma até hoje, aconteceram inúmeros julgamentos que abordaram o mérito da cobrança de honorários sucumbenciais ao beneficiário da justiça gratuita.

As decisões são variadas, o que acaba ficando a cargo das instâncias superiores em alinhar o entendimento.

8.1 Julgamentos em primeira instância

Dentre elas, as mais recorrentes são a cobrança diretamente ao reclamante, deduzindo do valor que receber na condenação do processo, como no exemplo a seguir²⁴:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Nos termos do artigo 791-A, §3º, da CLT, na hipótese de procedência parcial, o juiz arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

No particular, o acolhimento do pedido, com quantificação inferior ao postulado, não caracteriza sucumbência parcial, pois a verba postulada foi acolhida. Diante das especificidades do Processo do Trabalho, no qual, regra

²⁴ Processo – Sentença 0010377-61.2018.5.03.0108, Juíza Rafaela Campos Alves, 13/02/2019.

geral, há uma cumulação de pedidos, a sucumbência parcial deve ser apurada por títulos, e não valores.

Tendo em vista o resultado da demanda, condeno o réu a pagar ao patrono do autor os honorários advocatícios, no valor de 10% sobre o valor líquido devido a ele, conforme apurado em liquidação de sentença.

Ainda, tendo em vista o pedido julgado improcedente, condeno a parte autora a pagar ao procurador da ré, a título de honorários advocatícios, o montante de R\$700,00, calculados dentro dos parâmetros estabelecidos pela CLT, tendo como base de cálculo o valor atribuído ao pedido indeferido na inicial.

Ainda, temos decisões que suspendem a exigibilidade, mesmo recebendo no mesmo processo créditos que seriam capazes de suportar a despesa honorária, e não entendendo por inconstitucional a condenação²⁵:

- Honorários advocatícios sucumbenciais

Diante da improcedência total dos pedidos, com fulcro no artigo 791-A, "caput", da CLT, atendo-me aos critérios fixados no §2º do mesmo dispositivo legal, condeno o autor a pagar, em favor dos advogados da reclamada, honorários advocatícios sucumbenciais, fixados no importe de 5% sobre o valor atualizado da causa.

Diante da justiça gratuita deferida, deverá(ão) o(s) procurador(es) do reclamado, no prazo de 15 dias do trânsito em julgado desta decisão, indicar a existência de crédito da autora obtido em outro processo e capazes de suportar as despesas da sucumbência, sob pena de suspensão da exigibilidade do crédito, nos termos do §4º do artigo 791-A da CLT, a qual fica desde já declarada ao final do transcurso do prazo concedido acima, caso não seja realizada a indicação determinada.

Inexiste, no particular, qualquer inconstitucionalidade das normas mencionadas acima, por não se visualizar ofensa direta às normas constitucionais afetas ao devido processo legal.

Em outro sentido, há até decisões que não arbitram honorários sucumbenciais em desfavor do beneficiário, por entender inconstitucional a cobrança²⁶:

2.5 HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

²⁵ Processo – Sentença 0010971-84.2018.5.03.0105, Juiz Luís Henrique Santiago Santos Rangel, 01/02/2019.

²⁶ Processo – Sentença 0010702-36.2018.5.03.0108, Juiz André Figueiredo Dutra, 26/09/2018.

O art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, prevê que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Ora, se a assistência é integral, deve abarcar todas as despesas do processo, o que também inclui os honorários advocatícios sucumbenciais.

Vale dizer, a imposição de pagamento de honorários advocatícios a quem foi declarado beneficiário da justiça gratuita não é apenas um contrassenso, mas clara violação à supracitada regra constitucional.

A propósito:

"PROCESSUAL CIVIL. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. BENEFICIÁRIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA (LEI Nº 1.060/50). ISENÇÃO DO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. APELAÇÃO PROVIDA. Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedente o pedido inicial, condenando a parte autora em custas processuais e em honorários advocatícios, arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, na forma da Lei 1.060/50, em sede de ação ordinária, em que pensionista de ex-servidor público do extinto DNER, busca o reconhecimento do direito ao reenquadramento no plano de cargos e salários criado para o DNIT por intermédio da Lei no 11.171/2005. Em suas razões recursais, a parte apelante pugna pela reforma da sentença, no que se refere à condenação de honorários advocatícios, uma vez que a decisão "a quo" deixou de considerar a condição da parte autora de beneficiária da justiça gratuita já deferida nos autos em momento anterior, razão pela qual pede a reforma da sentença, a fim de que seja o recurso de apelação conhecido e provido para decretar a isenção do pagamento dos honorários de sucumbência, na forma do art.3o, inciso V e do art.4o, caput, ambos da lei 1060/50 c/c com o art.5o, inciso LXXIV da CF/88. A respeito da questão da isenção de custas e honorários e advocatícios, esta egrégia Corte já pacificou o entendimento no sentido de que, sendo a parte vencida beneficiária da justiça gratuita, não deve ser condenada nos ônus da sucumbência, custas e honorários advocatícios. A assistência judiciária gratuita determinada no art. 5o, LXXIV da CF/88 é integral, não sendo permitida, portanto, qualquer limitação a ser perpetrada por lei ordinária. Precedente desta Segunda Turma: "(...)". 1. Aquele que se encontra sob os auspícios da assistência judiciária gratuita goza de isenção legal no que se refere ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, nos termos do art. 3o e incisos da Lei no 1.060/50. (...)" (TRF5 - Processo: 08002977920134058200 - Segunda Turma - Relator: Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima -DJ 24/02/2015). Apelação provida (Processo – Apelação 0800493-22.2013.4.05.8500, Relator Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho).

Na mesma linha, o Enunciado n. 100, da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizado nos dias 09 e 10/10/17, em Brasília/DF:

"Honorários e Assistência Judiciária. É inconstitucional a previsão de utilização dos créditos trabalhistas reconhecidos em juízo para o pagamento de despesas do beneficiário da justiça gratuita com honorários advocatícios ou periciais (artigos 791-A, § 4º, e 790-B, § 4º, da CLT, com a redação dada pela Lei n. 13.467/2017), por ferir os direitos fundamentais à assistência judiciária gratuita e integral, prestada pelo Estado, e à proteção do salário (artigos 5º, LXXIV, e 7º, X, da Constituição Federal).

Sendo assim, declara-se inconstitucional, incidentalmente, a previsão do art. 791-A, § 4º da CLT, com redação dada pela Lei nº 13.467/17.

Na espécie, sendo o reclamante beneficiário da justiça gratuita, conforme já decidido, não haverá pagamento, em prol dos procuradores da reclamada, de honorários sucumbenciais.

Por outro lado, a reclamada deverá pagar, em benefício dos advogados do reclamante, os honorários de sucumbência, no importe de 10% sobre o valor final que resultar a liquidação da sentença, sem a dedução dos descontos fiscais e previdenciários (OJ 348 da SBDI I, do TST) e com observância da Tese Prevalente n. 04, do Eg. TRT/3a Região.

Como visto, as decisões não divergem muito da Lei. O máximo de divergência que ocorre com a legislação trazida pela reforma é o entendimento de que não deverá ser compensado ou deduzido o valor devido de honorários sucumbenciais no crédito que resultar a liquidação.

8.2 Divergências nos Tribunais Superiores do Trabalho

Naturalmente, a discussão também chega aos tribunais superiores, e o tema também apresenta divergências nas turmas julgadoras, em casos diversos.

Assim, chegando inúmeras discussões sobre o assunto no TST, também houve divergências quanto ao entendimento da Legislação agora vigente, sua aplicação e sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

A 4ª turma do TST já decidiu que o sucumbente beneficiário da justiça gratuita que tenha obtido em outros processos créditos que se mostram capazes de pagar a condenação dos honorários como constitucional.

Isso ocorreu no processo de uma copeira que teve seu pedido de intervalo intrajornada julgado improcedente em primeira instância, e foi condenada ao pagamento dos honorários sucumbenciais, em aproximadamente R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

No processo, o TRT da 12ª Região confirmou a condenação de 10% de honorários, por entender que os créditos obtidos em outros processos poderiam ser compensados para o pagamento dos honorários devidos.

Em igual sentido, em sede de Recurso de Revista julgado pela 4ª Turma do TST, “[...] apesar de ela ser beneficiária de justiça gratuita, o fato de ter obtido créditos em outro pedido na ação a tornou apta a suportar a condenação”²⁷.

Entretanto, em diferente sentido foi o entendimento da 6ª Turma do TST. Assim como antes, em primeira e em segunda instância ocorreu a condenação ao pagamento imediato dos honorários de sucumbência, sendo que o beneficiário da justiça gratuita teve seus pedidos julgados parcialmente procedentes.

A r. Sentença da 39ª Vara de Belo Horizonte condenou o reclamante à 15% de honorários de sucumbência, enquanto o TRT reduziu para 1,2 mil reais. Em ambas as casas judiciárias foi determinado o pagamento imediato.

Mas a 6ª Turma do TST, observando o pedido de inconstitucionalidade da cobrança, acolheu a arguição de inconstitucionalidade. Ainda, remeteu ao pleno do TST para que discutisse a constitucionalidade do art. 791-A, § 4º, da CLT²⁸.

É importante salientar que a data da arguição do pleno se deu em 19/09/2019, e até o presente momento não foi julgada.

²⁷ Copeira terá de pagar honorários advocatícios a empresa por direito não reconhecido. **tst.jus.br**, 06/04/2020. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/guest/-/copeira-ter%C3%A1-de-pagar-honor%C3%A1rios-advocat%C3%ADcios-a-empresa-por-direito-n%C3%A3o-reconhecido?inheritRedirect=true&redirect=https%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%3A443%2Fweb%2Fgues t%2Ftabela-arguicao-inconstitucionalidade%2Fpendentes%3Fp_p_id%3Dcom_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_redirect%3Dhttps%253A%252F%252Fwww.tst.jus.br%253A443%252Fweb%252Fguest%252Ftabela-arguicao-inconstitucionalidade%252Fpendentes%253Fp_p_id%253Dcom_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet%2526p_p_lifecycle%253D0%2526p_p_state%253Dnormal%2526p_p_mode%253Dview%26_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_mvPath%3D%252Fsearch.jsp%26_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_keywords%3DBENEFICI%25C3%2581RIO%2BDA%2BJUSTI%25C3%2587A%2BGRATUITA.%2BHONOR%25C3%2581RIOS%2BDE%2BSUCUMB%25C3%258ANCIA.%2B3%25C2%25AA%2Bturma%26_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_formDate%3D1617569966298%26_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_scope%3Dthis-site>. Acesso em 04/04/2021.

²⁸ Pleno do TST vai examinar constitucionalidade de dispositivo da Reforma Trabalhista sobre honorários. **tst.jus.br**, 27/09/2019. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/web/guest/-/pleno-do-tst-vai-examinar-constitucionalidade-de-dispositivo-da-reforma-trabalhista-sobre-honorarios?inheritRedirect=true>>. Acesso em 04/04/2021.

8.3 A Ação Direta de Inconstitucionalidade apresentada ao STF

Apesar de a discussão ter chegado ao pleno do TST em 2019, a discussão sobre a inconstitucionalidade não começou ali. Na verdade, ela existe mesmo antes do início da vigência da reforma, que se iniciou em 11/11/2017.

Em 25/08/2017 foi proposta pela Procuradoria-Geral da República a Ação Direta de Inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal, pelas alterações dos artigos 790-B, caput e § 4º, 791-A, § 4º, e 844, § 2ª, da Consolidação das Leis do Trabalho, por violação do acesso à justiça. A ADI foi aceita e autuada em 28/08/2017, recebendo o número 5766.

Conforme se observa, foram identificadas pelo PGR outras inconstitucionalidades trazidas pela reforma trabalhista, além da própria cobrança de honorários sucumbenciais ao beneficiário da justiça gratuita, que ferem o princípio constitucional do acesso à justiça.

Apesar de quase 4 anos desde o início da ADI, ainda está pendente de julgamento pelo STF. Entretanto, o Ministro Luís Roberto Barroso já proferiu seu voto, em 10/05/2018, a seguir:

1. O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários. 2. A cobrança de honorários sucumbenciais do hipossuficiente poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias.

(Ministro Roberto Barroso, ADI 5766, 10/05/2018)

O voto do Ministro se atentou justamente à principal justificativa da nova Legislação trazida pela reforma, que é a forma de desincentivar o alto número de processos que ocorriam no judiciário trabalhista.

Ou seja, a decisão observa o cunho político da reforma, permitindo e entendendo como constitucional, não só a cobrança dos honorários sucumbenciais ao hipossuficiente, mas também outros meios que possam desincentivar o grande volume de reclamações trabalhistas.

Apesar da constitucionalidade da cobrança, limitou o valor que pode ser retirado de seus créditos, sendo um critério objetivo. Agora, somente o valor de 30% do que exceder o teto do RGPS que poderá ser alvo de pagamento dos honorários sucumbenciais.

Observe que a previsão do pagamento dos honorários pelo sucumbente hipossuficiente ainda é uma regra, entretanto sua exceção não é mais inalcançável.

Assim, a decisão do Ministro Luís Roberto Barroso respeita os limites possíveis de pagamento do beneficiário da justiça gratuita, observando a base de créditos que o coloca em posição de hipossuficiente, deixando que a execução ocorra somente sobre o que ultrapassa esse limite.

Entendeu ainda que a integralidade das parcelas de natureza indenizatória, ou verba não alimentar, poderá ser alvo de execução para adimplir o débito sucumbencial. Tal entendimento se mostra assertivo, tendo em vista que valores dessa natureza não são computados nos valores de base para a previdência social, ou seja, não possuem caráter alimentar.

Apesar do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, houve o julgamento integralmente procedente da ação pelo Ministro Edson Fachin, conforme trecho a seguir:

[...]

As limitações impostas pela Lei 13.467/2017 afrontam a consecução dos objetivos e desnaturam os fundamentos da Constituição da República de 1988, pois esvaziam direitos fundamentais essenciais dos trabalhadores, exatamente, no âmbito das garantias institucionais necessárias para que lhes seja franqueado o acesso à Justiça, propulsor da busca de seus direitos fundamentais sociais, especialmente os trabalhistas.

Assim sendo, o pedido da presente ação direta de inconstitucionalidade deve ser julgado procedente. É como voto.

(Ministro Edson Fachin, ADI 5766, 10/05/2018)

Ministro Luiz Fux pediu vistas da ação da ADI e desde então, o processo não teve qualquer outro voto ou julgamento do tema, não pacificando a deixando controversa a discussão.

Mas, apesar da controversa pendente, os votos até então dados deixam um norte para as próximas decisões em outros processos.

9. CONCLUSÃO

O presente artigo fez um estudo sobre o a possível inconstitucionalidade da cobrança de honorários sucumbenciais na justiça do trabalho à beneficiários da justiça gratuita. Isso é devido, principalmente, ao desrespeito ao princípio do acesso à justiça.

As mudanças trazidas pela Lei Nº 13.467/2017 no cenário da sucumbência foi uma vitória para os advogados, mas a intenção do legislador ao criá-las foi além disso, tendo em vista que grande parte das reformas tiveram por objetivo diminuir o volume de processos no judiciário, além de criar métodos a desincentivar a prática da litigância abusiva.

A consequência da cobrança dos honorários de sucumbência pôde ser vista logo no primeiro ano após sua vigência, uma vez que ocorreu uma redução considerável no número de novas ações.

A intenção política por trás da reforma trabalhista foi de encontro com preceitos fundamentais trazidos pela constituição, como por exemplo os princípios do acesso à justiça, do valor social do trabalho e da isonomia, sempre reforçados pelo protecionismo ao trabalhador presente na CLT.

Conclui-se que a forma expressa no Art. 791-A, § 4º, da CLT se mostra inconstitucional uma vez que traz a cobrança e exigibilidade dos honorários sucumbenciais ao beneficiário da justiça gratuita como regra.

Nos moldes da constituição, esta cobrança deve ser exceção. Importante ainda ressaltar que o Ministro Edson Fachin, brilhantemente, julgou o pedido da ADI 5766 totalmente procedente, entendendo pela inconstitucionalidade do dispositivo em comento.

Desta forma, a possibilidade da utilização dos créditos obtidos em juízo, além de ser a exceção, deve observar os limites do próprio poder econômico do hipossuficiente, de modo que não atrapalhe sua vida e garanta o mínimo para sua subsistência.

9. REFERÊNCIAS

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467.17**. Mauro Schiavi. 1. ed. São Paulo: LTr Editora, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467.2017 I** Mauricio Godinho Delgado, Gabriela Neves Delgado. São Paulo: LTr, 2017.

CISNEIROS, Gustavo. **Direito do trabalho sintetizado**. Gustavo Cisneiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. Luciano Martinez. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Primeiro ano da reforma trabalhista: efeitos. **tst.jus.br**, 05/11/2018. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/primeiro-ano-da-reforma-trabalhista-efeitos>. Acesso em 04/04/2021.

Processos trabalhistas despencam após mudança na CLT. **jovempan.com.br**, 20/01/2020. Disponível em: <<https://jovempan.com.br/programas/jornal-da-manha/processos-trabalhistas-despencam-apos-mudanca-na-clt-diz-levantamento.html>>. Acesso em 04/04/2021.

Copeira terá de pagar honorários advocatícios a empresa por direito não reconhecido. **tst.jus.br**, 06/04/2020. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/guest/-/copeira-ter%C3%A1-de-pagar-honor%C3%A1rios-advocat%C3%ADcios-a-empresa-por-direito-n%C3%A3o-reconhecido?inheritRedirect=true&redirect=https%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%3A443%2Fweb%2Fguest%2Ftabela-arguicao-inconstitucionalidade%2Fpendentes%3Fp_p_id%3Dcom_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_redirect%3Dhttps%253A%252F%252Fwww.tst.jus.br%253A443%252Fweb%252Fguest%252Ftabela-arguicao-inconstitucionalidade%252Fpendentes%253Fp_p_id%253Dcom_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet%2526p_p_lifecycle%253D0%2526p_p_state%253Dnormal%2526p_p_mode%253Dview%26_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_mvcPath%3D%252Fsearch.jsp%26_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_keywords%3DBENEFICI%25C3%2581RIO%2BDA%2BJUSTI%25C3%2587A%2BGRATUITA.%2BHONOR%25C3%2581RIOS%2BDE%2BSUCUMB%25C3%258ANCIA.%2B3%25C2%25AA%2Bturma%26_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_formDate%3D1617569966298%26_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_scope%3Dthis-site>. Acesso em 04/04/2021.

Pleno do TST vai examinar constitucionalidade de dispositivo da Reforma Trabalhista sobre honorários. **tst.jus.br**, 27/09/2019. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/web/guest/-/pleno-do-tst-vai-examinar-constitucionalidade-de-dispositivo-da-reforma-trabalhista-sobre-honorarios?inheritRedirect=true>>. Acesso em 04/04/2021.

Processo 0010377-61.2018.5.03.0108, Sentença, **Juíza Rafaela Campos Alves**, 13/02/2019. <<https://pje.trt3.jus.br/primeirograu/login.seam>>. Acesso em 04/04/2021.

Processo 0010971-84.2018.5.03.0105, Sentença, **Juiz Luís Henrique Santiago Santos Rangel**, 01/02/2019. <<https://pje.trt3.jus.br/primeirograu/login.seam>>. Acesso em 04/04/2021.

Processo 0010702-36.2018.5.03.0108, Sentença, **Juiz André Figueiredo Dutra**, 26/09/2018. <<https://pje.trt3.jus.br/primeirograu/login.seam>>. Acesso em 04/04/2021.

CORREA, Henrique, MIESSA, Elisson. **A Reforma Trabalhista e Seus Impactos**. São Paulo: Juspodivn, 2017.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17**. Mauro Schiavi. 1. ed. São Paulo: LTr Editora, 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **CLT comentada**. Homero Batista Mateus da Silva. Thomson Reuters Brasil, 2019.

VIVEIROS, Luciano. **CLT comentada pela reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017)**. Luciano Viveiros. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. Carlos Henrique Bezerra Leite. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. Luciano Martinez. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. Carlos Henrique Bezerra Leite. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. Carlos Henrique Bezerra Leite. -19. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Curso de direito processual do trabalho**. Enoque Ribeiro dos Santos, Ricardo Antonio Bittar Hajel Filho. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores**. Mauricio Godinho Delgado. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

FILHO, Rodolfo Pamplona; Souza, Tercio Roberto Peixoto. **Curso de direito processual do trabalho**. Rodolfo Pamplona Filho, Tercio Roberto Peixoto Souza. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho**. Carla Teresa Martins Romar; coordenador Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho**. Ricardo Resende. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO 2020.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Direito do trabalho**. Francisco Ferreira Jorge Neto, Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PEREIRA, Leone. **Manual de processo do trabalho**. Leone Pereira. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NETO, Francisco Ferreira Jorge. **Prática da reclamação trabalhista**. Francisco Ferreira Jorge Neto, Letícia Costa Mota, Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante; colaboração Cristiane Carlovich. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PEREIRA, Leone. **Prática trabalhista**. Leone Pereira. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

AUTOR:

Bruno Cabral do Espírito Santo: Graduando em Direito no Centro Universitário Una Bom Despacho. E-mail: brunocesanto@gmail.com

Capítulo 7

A EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL FRENTE À NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE E PRIVACIDADE: UMA ANÁLISE SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DO STALKING NO BRASIL

DOI: 10.29327/555260.1-7

Silvânia Farias Pereira
Isabella Lopes Rocha

A EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL FRENTE À NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE E PRIVACIDADE: UMA ANÁLISE SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DO STALKING NO BRASIL

Silvânia Farias Pereira

Isabella Lopes Rocha

RESUMO

A criminalização do stalking no Brasil acompanhou uma preocupação mundial com o problema, considerando que vários países, como Estados Unidos, Alemanha, Itália, já tipificaram a conduta. O presente estudo traz uma breve análise sobre a recente criminalização do stalking no Brasil por meio da Lei nº 14.132/2021. Através de estudo bibliográfico, buscou-se verificar a importância do novo tipo penal para promover a ampliação da proteção aos direitos de liberdade e privacidade, bem como prevenir o cometimento de crimes mais graves. Trata-se de um avanço do Direito Penal frente ao seu papel de acompanhar a evolução da sociedade, com a finalidade precípua de proteger a dignidade humana, princípio basilar da Constituição Federal brasileira.

Palavras-chave: Stalking. Perseguição reiterada. Liberdade. Privacidade.

ABSTRACT

The criminalization of stalking in Brazil followed a worldwide concern with the problem, considering that several countries, such as the United States, Germany and Italy, have already typified the conduct. This study provides a brief analysis of the recent criminalization of stalking in Brazil through Law nº 14.132/2021. Through a bibliographical study, we sought to verify the importance of the new penal type to promote the expansion of protection to the rights of freedom and privacy, as well as to prevent the commission of more serious crimes. It is an advance of Criminal Law in face of its role of monitoring the evolution of society, with the main purpose of protecting human dignity, a basic principle of the Brazilian Federal Constitution

Keywords: Stalking. Repeated persecution. Freedom. Privacy.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade atual tem passado por constantes transformações, sobretudo em razão da utilização em massa das tecnologias digitais, que possibilitou grandes mudanças nas relações sociais. Se, por um lado, a utilização das tecnologias proporcionou benefícios, por outro lado, trouxe ameaças à liberdade e privacidade dos indivíduos, haja vista a grande exposição da vida íntima.

Nesse contexto, insere-se a recente criminalização do stalking no Brasil, por meio da Lei nº 14.132/2021, a qual acrescentou o art. 147-A ao Código Penal e revogou o art. 65 da Lei nº 3.688 de 1941 (BRASIL, 2021). Dessa forma, a perseguição reiterada, antes prevista como contravenção penal, passa a ser considerada crime, cuja pena é de reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, podendo ser aumentada de metade se o crime for praticado contra mulher, por razões da condição de sexo feminino, contra criança, adolescente ou idoso ou, ainda, mediante concurso de pessoas.

O crime de perseguição reiterada é conhecido mundialmente pelo termo da língua inglesa “stalking”, derivado do verbo “to stalk”, que pode ser traduzido por “perseguir”. Não se trata de uma conduta nova, ao contrário, ela existe desde os primórdios da humanidade, entretanto, nos tempos atuais tem sido motivo de grande preocupação no mundo todo, principalmente a modalidade de cyberstalking que encontra terreno fértil no ambiente virtual, no qual é possível ter acesso a diversas informações íntimas e se valer do anonimato para empreender a prática criminosa.

A tipificação penal do stalking no Brasil seguiu uma preocupação mundial com o tema, pois vários países já criminalizaram a conduta, a começar pelos Estados Unidos, que incluíram o crime de stalking em seu ordenamento jurídico desde 1990. Países como a Alemanha, Itália, Áustria, Canadá, Austrália e Reino Unido, também possuem legislação para punir a prática de perseguição insidiosa.

O presente trabalho buscou discutir a criminalização do stalking no Brasil, por meio da Lei nº 14.132/21, como possibilidade de contribuir para a ampliação da proteção aos direitos de liberdade e privacidade, utilizando-se do método dedutivo e do estudo bibliográfico para reunir as informações relevantes e dados atuais pertinentes à temática. Para tanto, foram realizadas buscas em livros, revistas de Direito, bem como nas principais plataformas digitais disponíveis, como Scielo, Sucupira, Capes, Conpedi, Google Acadêmico, além da análise da doutrina e jurisprudência disponível, buscando compreender as implicações sociais e jurídicas da prática de stalking. A partir do entendimento doutrinário, foi realizado o estudo da Lei nº 14.132/21, que criminaliza o

stalking no Brasil, com o intuito de identificar sua adequação ao combate à perseguição reiterada, oferecendo, assim, maior proteção aos direitos de liberdade e privacidade.

Em um primeiro momento será abordada a proteção constitucional aos direitos de liberdade e privacidade, que se encontram ameaçados nos dias atuais em razão da grande utilização das tecnologias digitais. Em seguida, serão apresentadas as concepções doutrinárias sobre o crime de stalking, visando a compreensão de como se configura a conduta e suas implicações na vida das pessoas. Logo após, serão analisados os aspectos mais relevantes da criminalização do stalking no Brasil por meio da Lei nº 14.132/21. E, por fim, serão discutidas as consequências jurídicas e sociais da tipificação da conduta de perseguição reiterada.

2. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AOS DIREITOS DE LIBERDADE E PRIVACIDADE

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que adotou como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, conforme expresso em seu artigo 1º, inciso III, representa um grande avanço em relação à proteção e defesa dos direitos fundamentais do indivíduo (BRASIL, 1988).

Nesse viés, Piovesan (2013) defende ser “a Constituição Brasileira de 1988 o marco jurídico do processo de transição democrática, bem como da institucionalização de direitos humanos no País.” Segundo a autora, tais direitos são essenciais na busca pela dignidade do indivíduo, uma vez que são frutos de reivindicações, lutas e ações sociais.

No mesmo sentido, Moraes (2009) entende que os direitos humanos formam um conjunto de direitos e garantias, que têm como função proteger o indivíduo contra o Estado, estabelecendo as condições mínimas de subsistência e de desenvolvimento da personalidade, além de garantir o respeito à sua dignidade.

Sobre os direitos humanos, transfigurados em direitos da personalidade, Luz Segundo (2020) defende que são inerentes ao indivíduo e essenciais para que este possa “projetar-se no mundo”. Vejamos:

(...) são condições essenciais ao ser e ao dever ser; exprimem aspectos que afetam a personalidade humana e externam posições jurídicas da pessoa pelo fato de ela nascer e viver; são aspectos da condição humana que não são - nem podem ser tratadas como coisa. Por isso mesmo, a Constituição da República de 1988 e o Código Civil de 2002 tutelam os direitos da personalidade, que se

constituem como direito fundamental da pessoa (natural e jurídica) de projetar-se no mundo, sendo a Constituição a sede principal desses direitos.

Com efeito, a Constituição Federal Brasileira de 1988, ao tutelar a proteção dos direitos fundamentais, reconheceu a essencialidade da dignidade humana, ponto de partida para as demais garantias. O artigo 5º da Carta Magna prevê a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, dentre outros (BRASIL, 1988), cujo objetivo é resguardar o indivíduo de quaisquer ofensas praticadas pelo Estado ou por seus pares, proporcionando-lhe, assim, uma existência digna. (LUZ SEGUNDO, 2020)

Dentro do rol de direitos amparados pela legislação brasileira, a liberdade e privacidade merecem atenção atualmente, uma vez que se tornaram bastante vulneráveis em uma sociedade marcada pela utilização em massa das tecnologias digitais. Conforme leciona Bittar (2014), os meios tecnológicos, por terem se tornado cada vez mais necessários e indispensáveis na vida das pessoas, podem deixá-las expostas a riscos, à medida que existe possibilidade de suas informações pessoais serem facilmente descobertas, divulgadas e utilizadas indevidamente.

Muitas vezes o indivíduo tem uma exposição deliberada da vida íntima, no entanto, isso não implica em autorização automática da utilização dessas informações para fins ilícitos. Consoante aponta Amiky (2014), “o fato de certas informações e imagens serem divulgadas pela própria pessoa e/ou pelo núcleo familiar não lhes tira a proteção da privacidade, nem mesmo autoriza, obviamente que tais informações sejam utilizadas para fins ilícitos ou criminosos”.

O crime de stalking, objeto de estudo, ofende intensamente a liberdade e privacidade das vítimas, trazendo consequências físicas e psíquicas, que ferem diretamente sua dignidade. Para Amiky (2014):

Se a pessoa é protegida como um todo, na sua integridade psíquico-física, e se para se desenvolver a ter uma vida digna, como almeja o ordenamento jurídico brasileiro, a pessoa precisa de saúde tanto física como psíquica, tem-se que o stalking atinge a pessoa humana no seu âmago, pois os danos causados são de tamanha gravidade que impedem o próprio desenvolvimento da personalidade, já que nenhum ser humano pode se desenvolver livre, plena e dignamente sob o jugo de outro.

Dessa forma, para além da proteção aos direitos da personalidade, a criminalização da perseguição reiterada surge como instrumento essencial para proteção da dignidade da pessoa humana, direito fundamental e princípio basilar da Constituição Federal de 1988, cuja tutela carece, cada vez mais, de ser ampliada.

3. CONCEPÇÃO DOUTRINÁRIA SOBRE O STALKING

Stalking é um termo da língua inglesa, derivado do verbo “to stalk”, que pode ser traduzido para o português com o significado de ficar à espreita, vigiar, espiar.

No Brasil, o stalking, entendido como a conduta de perseguir alguém, foi criminalizado recentemente, por meio da Lei nº 14.132 de 31 de março de 2021, a qual introduziu o artigo 147-A ao Código Penal, descrevendo o novo tipo delitivo como:

Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.

Não obstante, a perseguição é uma conduta que data de tempos remotos, mas que tem ganhado força nos tempos atuais, considerando as mudanças proporcionadas pelo uso das tecnologias, que transformaram o modo das pessoas viverem e se relacionarem.

Aras (2021), ao lecionar sobre o tema, menciona que a perseguição pode ocorrer por diversas motivações, sendo possível estabelecer algumas espécies de stalking. Segundo o autor, a razão para a prática da conduta pode ser afetiva, referente a relacionamentos amorosos; funcional, quando motivada por relações de trabalho, de comércio ou de ensino e estudo; idólatra, causada pela obsessão por famosos, celebridades; podendo, ainda, ocorrer por razões econômicas. O autor acrescenta que os sentimentos que motivam o stalker são: “ódio, raiva, vingança, inveja, idolatria, misoginia, fixação doentia ou paixão”.

No conceito trazido por Jesus (2006), a conduta do stalking é definida como a violência praticada pelo agente, de forma reiterada, com o emprego de vários meios e recursos, com a finalidade de invadir a vida íntima da vítima, retirando-lhe a sua tranquilidade e privacidade.

Trata-se, portanto, de um verdadeiro cerco às pessoas ofendidas, com efeitos que trazem consequências devastadoras, na medida que atingem fortemente a sua saúde física, mental e emocional, podendo causar-lhes diversos prejuízos, a exemplo de

transtornos do sono e alimentares, dificuldades de concentração e sexuais, doenças gastrointestinais, fobias e ataques de pânico. (VEIGA, 2007)

Nos tempos atuais, com a utilização de ferramentas digitais, o fenômeno do stalking ganhou força, em razão da facilidade em obter informações e estabelecer contato com a vítima, através de redes sociais, aplicativos de troca de mensagens, entre outros.

Nesse cenário, surge o que a doutrina chama de cyberstalking, definida por Crespo (2015) como a modalidade de perseguição realizada por meio virtual, através de equipamentos tecnológicos, que, de acordo com o autor, difere-se da perseguição tradicional ou “offline”, justamente pelo modo como é praticado.

Logo, constata-se que a perseguição insidiosa pode acontecer de forma presencial ou virtual, ou, ainda, de ambas as formas ao mesmo tempo. Observa-se, pois, que houve um agravamento do problema, uma vez que o ambiente digital possibilita que o perseguidor utilize de mecanismos para amedrontar e expor publicamente as vítimas, inclusive, espalhando boatos sobre a sua conduta moral, pessoal e profissional. (VEIGA, 2007)

Segundo Amiky (2014), o anonimato permitido no mundo virtual, que dificulta a identificação e punição dos criminosos, é um dos motivos pelos quais o cyberstalking pode trazer consequências mais devastadoras do que aquelas causadas pela perseguição em meio físico, considerando a velocidade com que dados e imagens são divulgados, chegando ao alcance de milhares de pessoas.

A respeito do cyberstalking, Cunha (2021) acrescenta que a exposição da vida íntima nas redes sociais, que se tornou muito comum nos dias de hoje, é um comportamento que facilita a prática de stalking, inclusive a perseguição aleatória, na qual o stalker não conhece a vítima, mas encontra em seus perfis públicos dados suficientes para empreender uma perseguição reiterada. Inclusive, para o jurista, “atualmente, o cyberstalking é um problema crescente, facilitado pela imensa quantidade de pessoas que mantêm perfis em diversas redes sociais, nas quais publicam, sem cautela, imagens e informações de sua vida pessoal”.

Um exemplo de cyberstalking é o caso da modelo e apresentadora Ana Hickmann, que, no ano de 2016, sofreu tentativa de homicídio por um fã quando estava hospedada em um hotel na cidade de Belo Horizonte. O stalker, um homem de 30 anos, alimentava um amor platônico pela modelo e a perseguia reiteradamente pelas redes sociais. Por se sentir rejeitado, sabendo que a encontraria em um hotel em Belo Horizonte na data 21/05/2016, decidiu matá-la. A tentativa só não se consumou porque o assessor e cunhado

de Ana Hickmann reagiu e acabou tirando a vida do rapaz, fato posteriormente reconhecido como legítima defesa.

4. A CRIMINALIZAÇÃO DO STALKING NO BRASIL

A prática de perseguição se tornou uma grande preocupação para todo o mundo pela sua grande incidência e gravidade, razão pela qual vários países já possuem legislação para combatê-la. Os Estados Unidos, primeiro país a demonstrar preocupação com o tema, criminalizaram o stalking desde 1990 e foi seguido por diversos países como Alemanha, Itália, Reino Unido, entre outros.

Seguindo a tendência mundial, a perseguição reiterada no Brasil foi recentemente criminalizada por meio da Lei nº 14.132/2021, que acrescentou o art. 147-A ao Código Penal e revogou o art. 65 da Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (BRASIL, 2021). Dessa forma, a conduta, antes prevista como contravenção penal, passa a ser considerada crime, cuja pena é de reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa, podendo esta ser aumentada de metade se o crime for praticado contra mulher, por razões da condição de sexo feminino, contra criança, adolescente ou idoso ou mediante concurso de pessoas.

A senadora Leila Barros, autora do PL nº 1369/2019, justificou a necessidade de tipificação da conduta em razão do aumento de casos de perseguição devido às mudanças nas relações sociais, de modo que a iniciativa do projeto de lei foi “um apelo da sociedade a uma necessária evolução no Direito Penal brasileiro frente à alteração das relações sociais promovidas pelo aumento de casos, que antes poderiam ser enquadrados como constrangimento ilegal”. Segundo Leila, com o advento das redes sociais, as condutas ficaram mais sérias, não podendo mais ser consideradas apenas contravenção penal, tornando-se imprescindível a tipificação. (SENADO, 2021)

No mesmo sentido, o senador Rodrigo Cunha, relator da matéria no Senado, atribuiu relevância ao projeto como meio de promover a tutela da integridade feminina e o combate à perseguição no âmbito de violência doméstica, a fim de prevenir condutas mais graves. Cunha, ao mencionar dados da Organização Mundial da Saúde de 2017, ressalta que o Brasil possui a quinta maior taxa de feminicídios do mundo, sendo 76% desses crimes cometidos por pessoas próximas à vítima. (SENADO, 2021)

Como se observa, a proposta demonstrou preocupação com o stalking no ambiente familiar, assim como o cyberstalking, que vem crescendo a cada dia, em razão da ampliação do acesso às tecnologias digitais, o que possibilita ao stalker o acesso a informações e imagens, passíveis de serem utilizadas para a prática criminosa.

Dessa forma, a recente criminalização da conduta poderá, de fato, atender às novas demandas da sociedade no sentido de combater a perseguição insidiosa, que se tornou comportamento recorrente nos dias de hoje. O intuito, pois, é zelar pela dignidade das pessoas, haja vista a ofensa direta aos direitos fundamentais de liberdade e privacidade, que muitas vezes pode resultar também em ofensa à integridade física da vítima.

5. AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DA TIPIIFICAÇÃO PENAL DO STALKING

Sabe-se que o crime de stalking pode ser praticado em qualquer meio, seja ele físico ou digital. Atualmente, com a utilização em massa da internet, tem-se um campo fértil para prática criminosa, cujo alvo, muitas vezes, são as categorias vulneráveis, como as mulheres.

Conforme Bittar (2014), o mau uso da internet propicia a prática delitiva, afetando a integridade virtual das pessoas, principalmente diante do advento das redes sociais. Nesse contexto, surge o desafio de tutelar o direito da personalidade, para preservar, em consequência, a dignidade da pessoa humana.

Destarte, observa-se a necessidade de atuação do Direito Penal, notadamente para promover a tutela de bens jurídicos essenciais, cumprindo a sua função social de proteger os direitos fundamentais, pois, conforme Capez (2011), é incumbência do Direito Penal promover o resguardo desses direitos substanciais, como a vida, a liberdade e a saúde.

O delito de perseguição reiterada, recentemente introduzido no Código Penal pela Lei nº 14.132/2021, era considerado, até então, contravenção penal, conforme previsão do artigo 65 da Lei nº 3.688/41. Com a sua criminalização, conseqüentemente, houve a imputação de pena mais severa, fato que poderá inibir a prática da conduta, haja vista o caráter preventivo da punição, consoante a teoria relativa da pena. (BRASIL, 2021)

Considerando o viés preventivo da aplicação da lei penal, infere-se que a tipificação de uma conduta é capaz de desencorajá-la no meio social. Nesse sentido, entende-se que a criminalização do stalking no Brasil contribuirá para a redução da perseguição reiterada, como aconteceu em países como a Bélgica. (SOUZA, 2007)

Além disso, acredita-se na possibilidade de redução da criminalidade, uma vez que, ao combater a perseguição, crimes mais graves, a exemplo do feminicídio, poderão ser evitados. Isto porque, segundo a pesquisa Stalking Resource Center, “76% das vítimas do crime de feminicídio foram perseguidas e tiveram sua tranquilidade violada por terceiros, como também 54% das vítimas reportaram a entidade policial que estava

sendo stalkeadas antes de serem assassinadas por seus perseguidores”. (SERRA, 2021; REIS, 2021)

Com efeito, há evidências de que o crime de stalking tem como maioria de vítimas as mulheres, e, em muitos casos, a perseguição culmina em delitos mais graves, como o feminicídio, conforme demonstram estudos realizados em diversos países. Na Grã-Bretanha, por exemplo, o estudo realizado no ano 2000 pelo Home Office, Departamento Ministerial do Reino Unido, constatou que pouco mais de 11,8% dos adultos, com idades compreendidas entre os 16 e os 59 anos, declararam terem sido vítimas de perseguições persistentes e indesejadas em pelo menos uma ocasião. Dentro desse percentual, 16% das vítimas eram mulheres e apenas 6,8% homens, constatando-se que o número de mulheres vítimas de stalking é bem maior que o de homens. (BUDD; MATTINSON, 2000 apud ROCHA, 2017)

Na Alemanha, em pesquisa semelhante, verificou-se, também, um número elevado de mulheres vitimadas pelo stalking, correspondendo a 87% das pessoas alvos dos perseguidores. (DRESSING; KUEHNER; GASS, 2005 apud ROCHA, 2017)

Na Itália, seguindo a tendência mundial, o Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT) publicou um relatório no qual ficou demonstrada a “taxa de vitimização de 18,8% numa amostra de mulheres que se encontravam em circunstâncias de separação ou divórcio, com ocorrência de violência doméstica” (ISTAT, 2006 apud SOUZA, 2017). A mesma realidade foi constatada em países como Portugal, Bélgica e Grã-Bretanha.

No Brasil, a situação não é diferente. De acordo à pesquisa Stalking Resource Center, 54% das vítimas de feminicídio relataram ter sofrido perseguição reiterada, ou seja, o stalking culminou em crime mais grave. (SERRA, 2021; REIS, 2021)

Nesse sentido, a preocupação em frear a violência contra as mulheres foi uma das motivações para a edição da Lei nº 14.132/2021 (BRASIL, 2021). Segundo o senador Rodrigo Cunha, “a repressão ao stalking praticado com violência de gênero é essencial diante da grande probabilidade de as condutas perpetradas pelo agente perseguidor tornarem-se, posteriormente, paulatina ou subitamente mais graves”. (SENADO, 2021)

Diante do exposto, nota-se que a criminalização do stalking, na medida em que poderá prevenir a prática de delitos mais graves, será capaz de contribuir para redução da criminalidade, sobretudo no âmbito de violência doméstica, por serem as mulheres a maioria entre as vítimas da perseguição reiterada.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da mesma forma que o Direito precisa evoluir para oferecer resposta às demandas contemporâneas, o espaço acadêmico precisa assumir o compromisso de buscar soluções para os problemas que afligem a sociedade, atualmente, marcada por uma série de avanços no campo tecnológico que impactaram o modo de vida das pessoas, trazendo benefícios, facilidades, mas, em contrapartida, causando grande possibilidade de violação de direitos.

A criminalização do stalking no Brasil é um tema de grande relevância, pois trata-se de uma conduta recorrente e extremamente danosa, que tem ganhado força, sobretudo em razão da utilização em massa das tecnologias digitais, que tem deixado as pessoas em situação de vulnerabilidade, vez que há grande exposição da vida íntima.

Nesse sentido, a edição da Lei nº 14.132/2021 foi uma resposta legislativa para o problema da perseguição reiterada no Brasil, cujo estudo é muito importante para o mundo jurídico e acadêmico para fins de analisar a efetividade da tipificação da conduta em promover a ampliação da proteção dos direitos da personalidade, bem como a prevenção de delitos mais graves, principalmente contra as mulheres que são maioria entre as vítimas de stalking, conforme apontaram as pesquisas apresentadas neste estudo.

Considerando tal constatação, acredita-se que a tipificação da conduta, possivelmente, promoverá a ampliação da proteção aos direitos fundamentais de liberdade e privacidade, assim como a redução da violência, sobretudo no âmbito doméstico, em razão da possibilidade de inibição da prática de delitos mais graves, que na maioria das vezes são antecedidos de perseguição reiterada.

Ademais, a inovação legislativa, para além da proteção aos direitos da personalidade, tais como liberdade e privacidade, tem uma finalidade ainda mais ampla, qual seja, a proteção da dignidade humana, princípio basilar da Constituição Federal de 1988.

7. REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. **O crime de stalking do art. 147-A do Código Penal**. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2021/04/01/o-crime-de-stalking-do-art-147-a-do-codigo-penal/>>. Acesso em: 04 mai. 2021.

AMIKY, Luciana Gerbovic. **Stalking**. Dissertação de Mestrado. PUC-SP, 2014. Disponível

em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6555/1/Luciana%20Gerbovic%20Amiky.pdf>
f. Acesso em: 03 mai. 2021.

BRASIL, **Lei nº 14.132, de 31 de março de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14132.htm. Acesso em: 03 mai. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 mai. 2021.

BRASIL. **Senado Federal**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/03/09/senado-aprova-criacao-do-crime-de-stalking>. Acesso em: 09 mai. 2021.

BITTAR, Eduardo C. B. **Internet, cyberbullying e lesão a direitos da personalidade: o alcance atual da teoria reparação civil por danos morais. Homenagem a José de Oliveira Ascensão**. RIDB, Porto, ano 3, n. 3, p. 1695–1715, 2014. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/03/2014_03_01695_01715.pdf. Acesso em: 04 mai. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011.

CRESPO, Marcelo. **Algumas reflexões sobre o cyberstalking**. Disponível em: <http://REVISTA DA ESMESC, v.23, n.29, p. 207-230, 2016>
[229 canalcienciascriminais.com.br/artigo/algumas-reflexoes-sobre-o-cyberstalking/](http://229.canalcienciascriminais.com.br/artigo/algumas-reflexoes-sobre-o-cyberstalking/) >Acesso em: 03 mai. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei 14.132/21: Insere no Código Penal o art. 147-A para tipificar o crime de perseguição**. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/04/01/lei-14-13221-insere-no-codigo-penal-o-art-147-para-tipificar-o-crime-de-perseguiacao/>. Acesso em: 05 mai. 2021.

GOMES, Luiz Flávio. **Perseguição obsessiva pode se tornar novo tipo penal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-04/perseguiacao-obsessiva-chamada-stalking-tornar-tipo-penal>. Acesso em: 04 mai. 2021.

JESUS, Damásio E. de. Stalking. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1655, 12 jan. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10846>>. Acesso em: 04 mai. 2021.

LUZ SEGUNDO, Elpídio Paiva. **Direitos da personalidade: quo vadis?** Revista de Direito da Faculdade Guanambi, Guanambi, v. 7, n. 01, e280, jan./jun. 2020. doi: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v7i01.280>. Disponível em: <<http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/280>>. Acesso em: 03 mai. 2021.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROCHA, Débora dos Santos. **Criminalização do stalking: análise sobre a tipificação penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2017. 57 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017. Disponível em: <<http://repositorio.ufc.br/handle/riufc/31580>>. Acesso: 05 mai. 2021.

SERRA, Ana Paula Ribeiro; REIS, Lis. **Os reflexos da tipificação do crime de stalking no Código Penal**. Revista Consultor Jurídico, 20 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-20/opiniao-reflexos-tipificacao-crime-stalking-cp>>. Acesso em: 03 mai. 2021.

VEIGA, Ademir Jesus da. **O crime de perseguição insidiosa (stalking) e a ausência da legislação brasileira**. Cascavel: Coluna do Saber, 2007.

AUTORAS:

Silvânia Farias Pereira: Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário UniFG

Isabella Lopes Rocha: Docente do Curso de Direito do Centro Universitário UniFG

VOLUME 4

**ESTUDOS AVANÇADOS EM
CIÊNCIAS
JURÍDICAS**

**Dr. ROBSON ANTONIO TAVARES COSTA
Msc. RENATO TAVARES RANGEL
Organizadores**

É com muita satisfação que apresentamos o quarto volume da Coleção intitulada “ESTUDOS AVANÇADOS EM CIÊNCIAS JURÍDICAS”, que reúne em seus 7 capítulos pesquisadores de diversas instituições com discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade. Tal obra visa dar publicidade a estudos e pesquisas frutos de árduos trabalhos acadêmicos que decerto contribuem, cada um a seu modo, para o aprofundamento de discussões na área do Direito Brasileiro, pois são pesquisas germinadas, frutificadas e colhidas de temas atuais que estão sendo debatidos nas principais universidades nacionais e que refletem o interesse de pesquisadores no desenvolvimento social e científico que possam impactar positivamente a qualidade de vida de homens e de mulheres. A coletânea enfoca em seus capítulos, estudos que envolvem a prática jurídica, a doutrina jurídica e também jurisprudências atuais emitidas pelo poder judiciário sob a visão e entendimento dos autores e traz ricas contribuições para públicos diversos, entre eles, estudantes de graduação, de pós-graduação e profissionais que atuam ou pretendem atuar nos diversos âmbitos do direito bem como para a sociedade como um todo. Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados, esperamos que os textos publicados contribuam para a formação intelectual e a reflexão crítica dos alunos, professores e demais leitores. Desejamos ressaltar, em nome de todos que compõem a Editora Enterprising, a nossa gratidão para com os pesquisadores cujos trabalhos aparecem aqui reunidos, que diante da dedicação, temos a oportunidade de nos debruçar acerca de assuntos atuais e pertinentes.

Sejam bem-vindos e tenham proveitosas leituras!

Equipe Editora Enterprising.



Editora Enterprising

www.editoraenterprising.net

E-mail: contacto@editoraenterprising.net

Tel. : +55 61 98229-0750

CNPJ: 40.035.746/0001-55



ISBN 978-65-84546-07-3



9 786584 546073 >