



Amazon's Research and Environmental Law

**PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DO INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE
RONDÔNIA/FACULDADES ASSOCIADAS DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)
PERIÓDICO INDEXADO NOS DIRETÓRIOS DOS SISTEMAS
DIADORIM, LATINDEX, LIVRE, ENTRE OUTROS**

Vol. 3, número1, Direito Público Contemporâneo

Jan. 2015

ISSN 2317-8442

Arel Faar, Rondônia, v. 3, número 1, p. 1-116, jan. 2015.

**PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DO INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE
RONDÔNIA/FACULDADES ASSOCIADAS DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)**

DIRETORIA INSTITUCIONAL

Diretor Presidente

Ivanilde José Rosique

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

Coordenadora Pedagógica

Marli Oliveira Silvestre

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

Coordenadora Acadêmica

Elenice Cristina da Rocha Feza

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

Biblioteca Acadêmica

Valéria Botelho

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

CONSELHO CIENTÍFICO TÉCNICO

Editora Chefe

Prof.^a Dra. Cláudia Ribeiro Pereira Nunes

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes
Departamento da Coordenação de Extensão e Pesquisa
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

Editora Adjunta - Revisão Editorial

Prof.^a MSc. Rossana Marina De Seta Fisciletti

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes
Departamento da Coordenação de Extensão e Pesquisa
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

Revisão em Língua Portuguesa e da padronização das normas da ABNT

Prof.^a MSc. Jakline Brandhuber Moura

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes
Departamento da Coordenação de Extensão e Pesquisa
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

Revisão em Língua Estrangeira

Prof. Gary Cohen

*Prestador de Serviços do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades
Associadas de Ariquemes Departamento da Coordenação de Extensão e Pesquisa -
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

Editoração eletrônica e capa

JR. Designer

*Empresa prestadora de serviços do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/
Faculdades Associadas de Ariquemes Departamento da
Coordenação de Extensão e Pesquisa - Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

CONSELHO EDITORIAL

Profa. Dra. Cláudia Ribeiro Pereira Nunes - Presidente

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes
Departamento da Coordenação de Extensão e Pesquisa -
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)
(suspensa das atividades neste número do periódico)*

Prof. Dr. David Augusto Fernandes - Vice - Presidente

*Universidade Federal Fluminense- Campus Macaé
Instituto de Ciências da Sociedade - Departamento de Direito
Macaé - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil (BR)*

Prof. Dr. Demócrito Ramos Rinaldo Filho

*Instituto de Política e Direito da Informática
Centro de Pesquisas e Estudos de Casos - Departamento de Novas
Tecnologias no Direito - Recife - Pernambuco (PE) - Brasil (BR)*

Prof. Dr. Cássio Machado Cavalli

*Escola de Direito do Rio de Janeiro - Vice-Diretoria de Pós-Graduação e
Pesquisa - Departamento do Programa de Pós graduação
strito sensu em Direito - Rio de Janeiro - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil (BR)*

Prof. David Ritchie - PhD

*Walter F. George School of Law
School of Law and Philosophy - Department of International Initiatives
Macon - Georgia - United States (US)*

Profa. Dra. Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva

*Universidade Estácio de Sá
Vice-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa
Departamento do Programa de Pós graduação strito sensu
em Direito - Rio de Janeiro - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil (BR)*

Prof. Muruga Ramaswamy - PhD

University of Macau

Faculty of Law - International Law Department: LLM International Law

Taipa - Macau - China (CN)

Prof. Pablo Jiménez Serrano

Centro Universitário Salesiano de São Paulo

Vice-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa Programa de Pós graduação Stricto Senso

em Direito - São Paulo - São Paulo (SP) - Brasil (BR)

Prof. Dr. Rômulo Silveira da Rocha Sampaio

Escola de Direito do Rio de Janeiro

Vice-Diretoria de Pós-Graduação e Pesquisa

Departamento do Programa de Pós graduação strito sensu

em Direito - Rio de Janeiro - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil (BR)

Prof. Dr. Valfredo de Andrade Aguiar Filho

Universidade Federal da Paraíba - Campus I

Centro de Ciências Sociais Aplicadas - Departamento de Ciências Jurídicas

João Pessoa - Paraíba (PB) - Brasil (BR)

**PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DO INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE
RONDÔNIA/FACULDADES ASSOCIADAS DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)**

Os direitos de publicação desta Revista Científica são do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAR).

A Revista Científica é um dos veículos de divulgação científica do
Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito.

Os textos publicados na Revista Científica são
de inteira responsabilidade de seus autores.

Endereço para correspondência, convênios e permutas:

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes
(IESUR/FAAR)

Endereço: Av. Capitão Silvio, n.º . 2738, Grandes Áreas

Ariquemes - Rondônia - Brasil

CEP: 78932-000

Telefone: (69) 3535-5008 - Fax: (69) 3535-5005

E-mails: claudianunes@faar.edu.br, crpn1968@gmail.com e rossanafisciletti@gmail.com

PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DO INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE RONDÔNIA/FACULDADES ASSOCIADAS DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)

Esta publicação periódica é distribuída nos termos da licença Creative Commons Atribuição. Uso não comercial - vedada a criação de obras derivadas 3.0 Brazil (by-nc-nd). O leitor tem o direito de:

Compartilhar – copiar e redistribuir o material em qualquer suporte ou formato

O licenciante não pode revogar estes direitos desde que você respeite os termos da licença. De acordo com os termos seguintes:

Atribuição – É obrigatório fazer a atribuição do trabalho, da maneira estabelecida pelo autor ou licenciante (mas sem sugerir que este o apoia, ou que subscreve o seu uso do trabalho).

Não Comercial – Você não pode usar o material para fins comerciais.

Sem Derivações – Se você remixar, transformar ou criar a partir do material, você não pode distribuir o material modificado.

Sem restrições adicionais – Você não pode aplicar termos jurídicos ou medidas de caráter tecnológico que restrinjam legalmente outros de fazerem algo que a licença permita.

Qualquer utilização não prevista nesta licença deve ter prévia autorização por escrito da Editora.

**Revista AREL FAAR - *Amazon's Research and Environmental Law*, v. 3,
número 1 - Rondônia: IESUR, 2015. 116 p.**

ISSN 2317-8442

Direito - Periódicos. Quadrimestral. Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAR). Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito (NUPES/DIR).

**CDD 341
CDU 342 (81)**

SUMÁRIO

Editorial.....4

Artigos

Os impactos da transmutação do vértice do direito privado: a valoração do princípio da dignidade da pessoa humana como escopo da constitucionalização do direito na era contemporânea.....6

The impact of private law's apex transmutation: the dignity of the principle of the evaluation of the human person as a base of constitutionalisation of law in the contemporary age

Patrícia Maria Dusek

Famílias contemporaneas: socioafetividade como fator de formação da família e a teoria do cuidado.....22

Contemporary families: socioafetividade as family training factor and the theory of caution

Gabriela Quinhones de Souza

A publicidade sustentável: a importância da regulamentação da publicidade com a inclusão de novas classes sociais ao mercado consumerista.....41

The sustainable advertising: the importance of advertising regulation because the inclusion of a new social classes into the market consumerist

Ivaneide Almeida Pinheiro da Silva

Empresa individual de responsabilidade limitada - eireli: questões controvertidas na era contemporânea.....59

Individual company - eireli: issues in contemporary era

Lúcio Barreira Aguiar Paiva

A racionalidade legislativa na lei 7.492/86: uma análise crítica no âmbito dos efeitos e das garantias dos direitos humanos.....79

The legislative rationality in law 7.492/86: a critical analysis under the effects of guarantees and human rights

Paolo Sampaio Peres Kury

INFORMAÇÕES SOBRE A REVISTA CIENTÍFICA AREL FAAR - *Amazon's Research and Environmental Law*.....107

EDITORIAL

Prezados Senhores,

Apresenta-se o número 1 do volume 3 no ano de 2015 da Revista Científica AREL FAAR - Amazon's Research and Environmental Law - publicação online quadrimestral do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes - IESUR/FAAr – que tem por missão Publicar estudos e pesquisas inéditas realizadas na área do Direito, preferencialmente no escopo da linha editorial, visando disseminar conhecimento científico jurídico.

Destina-se a contribuir para divulgação do conteúdo colaborador e atualizar o conhecimento jurídico do leitor. Apresenta na edição, cinco artigos nacionais, todos em português, seguindo as linhas editoriais “Sociedade, Empresa e Sustentabilidade” e “Direitos Fundamentais e suas Dimensões”, constituídas formalmente em dezembro do ano de 2012 e 2013, respectivamente, após serem aprovadas no Conselho Superior do IESUR/FAAr (CONSUP).

Todos os artigos científicos foram, depois de recebidos, submetidos aos avaliadores pelo método double blind, ou seja, todos os trabalhos foram analisados por 02 (dois) pareceristas “ad hoc”, bem como pelos membros do Conselho Editorial, em colegiado.

O número 1 do volume 3 foi organizado na plataforma OJS, pelo Conselho Editorial Técnico do IESUR/FAAr iniciando o volume 3 com 5 artigos de qualidade de autores de três regiões do país e um artigo de pós doutora que realiza a Supervisão na Itália e, cada vez mais desenvolve a missão a qual se propôs.

A Revista possui o International Standart Serial Number (ISSN nº 2317-8442) está indexada regionalmente - na Biblioteca do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes -, nacionalmente - no Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas (SEER) e no portal Diadorim, ambos do Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT) - e internacio-

nalmente LATINDEX. Vale ressaltar que, no momento a Revista está aguardando a indexação da plataforma DOAJ - Directory of Open Access Journals – que é um diretório eletrônico indexador de Revista que submetem os artigos aos avaliadores pelo método double blind e apresentará seus dados para cadastramento como estrato Qualis.

Todo o conteúdo da Revista Científica está sob Licença Creative Commons, que reveste de segurança as informações, protege os direitos autorais e facilita o acesso e utilização pelos seus leitores.

Convidam-se os interessados a fazerem parte da relação de autores da Revista Científica AREL FAAR - Amazon's Research and Environmental Law. Para isso, basta conferir a CHAMADA PARA PUBLICAÇÃO no fim desta edição e conhecer as DIRETRIZES PARA AUTORES, acessando o ícone SOBRE do portal da Revista Científica Eletrônica, local onde deverá submeter seu artigo.

Boa leitura!

Prof. Ph.D Cláudia Ribeiro Pereira Nunes

Editora Chefe

Revista AREL FAAr

Prof. Ms. Rossana Marina De Seta Fisciletti

Editora Adjunta

Revista AREL FAAr

OS IMPACTOS DA TRANSMUTAÇÃO DO VÉRTICE NO DIREITO PRIVADO NOS SUJEITOS DE DIREITOS: O IDEAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HU- MANA NA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NA ERA CONTEMPORÂNEA

THE IMPACT OF PRIVATE LAW'S APEX TRANSMUTATION ON THE SUBJECT: THE DIGNITY OF THE HUMAN AS THE AXIOLOGICAL THE BENCHMARK IN CONSTITUTIONALISATION OF LAW IN THE CONTEMPORARY AGE

Patrícia Maria Dusek¹

Pós Doutoranda e Doutora em Direito
Facoltà di Giurisprudenza - Università di Pisa - Itália

RESUMO: O objetivo do presente artigo é o de apresentar o histórico do processo de constitucionalização do Direito Privado para demonstrar o quanto esta trajetória de constitucionalização afetou o Direito Privado, modificando o seu vértice, nos dias de hoje. No trabalho, também, demonstrar-se-á os ideais que regem esta relação na atualidade. A metodologia da pesquisa é a revisão literária, com a apresentação dos pontos de vista de autores nacionais e estrangeiros que já estudam o tema há anos. Destacam-se os principais marcos teóricos da pesquisa: AZEVEDO, MORAES, SOLARI, GIORGIANNI, VILELLA e TRIMARCHI.

Palavras-Chave: Constitucionalização do Direito Privado. Evolução histórica. Era Contemporânea.

ABSTRACT: The purpose of this article is to present the history of the constitutional process and private law to then show how this trend of constitutionalization

¹Graduada, Especialista em Processo Civil, Mestre e Doutora em Direito, realizando supervisão de Post Laurea na Facoltà di Giurisprudenza pela Università di Pisa, na cidade de Pisa, na Itália. Professora Universitária de Graduação e Pós Graduação em Direito, atuando em diversas Instituições de Ensino Superior. O artigo insere-se na Linha Editorial da Revista: Empresa, Sociedade e Sustentabilidade. Advogada especialista em Direito Civil e Empresarial. E-mail: patriciadusek@hotmail.com.

affected the main principles of Private Law in today. At work, too, will be counter to the principles governing the legal transaction once, the impact of private law's apex transmutation today. The research methodology is the literary review, with the representation of points of view of national and international important authors. It stands out as the main theoretical frameworks of the research are AZEVEDO, MORAES, SOLARI, GIORGIANNI, VILELLA and TRIMARCHI.

Keywords: Constitutionalisation of Private Law. Historic evolution. Contemporary Age.

INTRODUÇÃO

A igualdade seja formal seja substancial, a solidariedade e a dignidade da pessoa humana tornaram-se os parâmetros axiológicos de todo o aparato jurídico conceitual e, particularmente, na tomada de decisões proferidas nos Tribunais brasileiros. Essa forma de refletir sobre as relações jurídicas representa uma completa transmutação na forma agir dos sujeitos de direito na sociedade.

A Constituição Federal considera esses parâmetros axiológicos como fundamentos da República (art. 3º da Carta Magna), dado ao seu caráter normativo e a unidade do ordenamento jurídico e os aplica inclusive na interpretação do Direito Privado.

Portanto, o princípio constitucional da dignidade humana passou a assegurar um tratamento humano e não degradante nas relações jurídicas privadas e, não apenas, garantir o respeito à integridade física, psíquica e moral do ser humano.

Neste contexto, o objetivo geral da pesquisa é o de apresentar o histórico do processo de constitucionalização do Direito Privado com a finalidade de demonstrar o quanto esta trajetória histórica afetou a interpretação do Direito e transmutou o vértice do Direito Privado.

Os objetivos específicos são o de entender o princípio da dignidade da pessoa humana e conceber a corrente axiológica que auxiliará a aplicabilidade do ideal, o que será demonstrando por exemplos do cotidiano e apresentados neste artigo.

A principal abordagem metodológica nesta pesquisa é a revisão literária ou bibliográfica de autores renomados que já se debruçaram sobre o tema, a saber: Antônio Junqueira de Azevedo, Michele Giorgianni, Maria Celina Bodin de Moraes, Pietro Perlingieri, Giuseppe Solari, João Baptista Villela, Pietro Trimarchi, além de outros tão importantes quanto os aludidos acima.

1. A TRAJETÓRIA HISTÓRICA DO DIREITO PRIVADO NO LIBERALISMO

No final do século XVIII e o início do XIX, na Europa Continental surgiu a necessidade de organizar uma codificação que sistematizasse o Direito Privado aplicado nos países Europeus continentais.

O Código de Napoleão, cuja comissão redatora foi instalada em 1800, pode ser considerado o primeiro corpo de normas sistematicamente organizadas na Ciência Jurídica (MORAES TEPEDINO, 1993, p. 23).

Outrossim, surgiu o BGB a partir do início do século XIX, na Alemanha, sendo o incontestável mérito de sua formação devido à Pandectística Alemã e aos juristas que debateram e prepararam ao longo daquele século a codificação do Direito Privado (MORAES TEPEDINO, 1993, p. 25).

Porém, há época, o Direito era analisado na perspectiva da norma jurídica em si, sendo o ordenamento jurídico um conjunto de normas jurídicas, mas não um objeto autônomo de estudo.

A teoria do ordenamento jurídico somente foi introduzida pelo positivismo jurídico (BOBBIO, 1995, p. 197). Antes de seu desenvolvimento, estava no panorama jurídico, o estudo do direito, entendido não como norma singular ou conjunto de normas singulares, mas como entidade autônoma unitária, constituída pelo conjunto sistemático de todas as normas (BOBBIO, 1995, p. 198).

Naquele universo jurídico implementado pelo liberalismo, as relações do direito público com o Direito Privado apresentam-se bem definidas (BOBBIO, 1957, p. 79). O Direito Privado inseria-se no âmbito dos direitos naturais e inatos dos indivíduos (BOBBIO, 1957, p. 82). O direito público era aquele emanado pelo Estado para a tutela de interesses gerais. As duas esferas eram quase impermeáveis, atribuindo-se ao Estado o poder de impor limites aos direitos dos indivíduos somente em razão de exigências dos próprios indivíduos (BOBBIO, 1957, p. 103).

Estes conceitos são os da conhecida fórmula kantiana, pela qual os dois ramos se distinguem pela diversidade da fonte:

- A) Direito Privado reside nos princípios da razão; e
- B) Direito Público na vontade do legislador (BOBBIO, 1957, p. 103).

O pilar do liberalismo que, pressuposta a separação entre a atuação estatal e a sociedade civil, relegava ao Estado a tarefa de manter a coexistência pacífica

entre as esferas individuais, para que estas atuassem livremente conforme suas próprias regras entraram em crise quando o Poder Público passou a intervir quotidianamente na economia (SOLARI, 1939, p. 19).

Diante de um Estado intervencionista e regulamentador, que dita as regras do jogo, o direito civil viu modificadas as suas funções e não pode mais ser estimado segundo os moldes do direito individualista dos séculos anteriores (SOLARI, 1939, p. 23).

Na concepção moderna, o Direito Privado é considerado como uma série de regras dirigidas a disciplinar algumas das atividades da vida social, idôneas a satisfazer os interesses dos indivíduos e de grupos organizados, através da utilização de determinados instrumentos jurídicos (SOLARI, 1939, p. 24).

Esta lenta modificação da estrutura do sistema conduziu, na visão de Michele Giorgianni, a uma reviravolta decisiva na história do Direito Privado:

... passou-se a uma valoração não mais subjetiva, mas objetiva, “conteudista” do Direito Privado.

Passado o período “revolucionário” em que o Direito Privado protegeu ciosamente a tutela da atividade do indivíduo frente ao Príncipe, ele agora simplesmente contém (ou volta a conter) uma série de regras destinadas a disciplinar algumas atividades da vida social, nas quais são adotadas alguns instrumentos jurídicos.

Esta diferença pode ser representada na evolução do conteúdo do Direito comercial, o qual, da consideração exclusiva dos sujeitos - os comerciantes - foi-se paulatinamente colorindo de conteúdo objetivo: os atos de comércio e, depois, a empresa (1998, p. 40).

Para o autor, o termo “conteudista” tem significado de permitir a compreensão do Direito Privado do ponto de vista da construção da relação jurídica. Desta forma, analisa-se os sujeitos econômicos constituídos que podem ser os particulares, entes “quase” públicos (Estatais que atuam como particulares) e até mesmo o próprio Estado que, como coletividade organizada, representa certamente, a antítese do indivíduo (GIORGIANNI 1998, p. 52-53).

Pode-se dizer que o Direito Privado, que se revelou no século XVIII como a fechada fortaleza da atividade do indivíduo e o conjunto da sua defesa sobre o terreno da economia, perdeu essa fisionomia, que lhe tinha sido atribuída pela filosofia jusnaturalista (BONDIN, 1993, p. 17-18).

Passa o direito privado a ser considerado o microsistema jurídico necessário a adquirir (ou readquirir) aquele conjunto de normas e de princípios que disciplinam determinadas atividades idôneas para satisfazer os interesses dos indivíduos e dos grupos organizados (BONDIN, 1993, p. 19-21).

O Direito Privado tecnicizou-se, perdendo qualquer significado que implique em uma determinada posição do indivíduo na sociedade: somente algumas ditaduras puderam ver na expressão “privado” um desafio ao Estado, invocando a sua supressão (GIORGIANNI 1998, p. 62-63). A posição e a defesa dos indivíduos e dos grupos no seio da sociedade estatal são agora confiadas a instrumentos que escapam do campo do Direito Privado, pertencendo decididamente ao Direito Público (GIORGIANNI 1998, p. 64).

Em lugar da dicotomia direito público e Direito Privado, surgiu uma estrutura hierarquizada, onde toda norma editada pela Administração deve estar subordinada de forma sucessiva a alguma outra norma que lhe seja fundamento de validade, até que se chegue à norma fundamental, a Constituição (GIORGIANNI 1998, p. 67).

Não havia mais uma constituição para o direito público, e uma outra para o privado, agora, ambos sistemas passam a estar submetido a uma única Constituição do Estado, que disciplina tanto o interesse público como o privado (GIORGIANNI 1998, p. 69).

Acolher a construção da unidade hierarquicamente estruturada do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, i.e., os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, daí ser inaceitável a rígida contraposição entre direito público e Direito Privado (MORAES, 1999, p. 181).

Os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento, sob pena de se admitir uma concepção logicamente incompatível com a idéia de sistema unitário (MORAES, 1999, p. 188).

Houve uma mudança interna, na própria estrutura do Direito Privado, tornando alteradas, desse modo, suas relações com o direito público. Os códigos civis perderam a posição central que desfrutavam no sistema, acarretando a redução do espaço reservado ao contrato e à propriedade - institutos-chave do liberalismo (MORAES, 1999, p. 192).

Ainda, a concepção de proteção da vida individual - construção em que subjaz a autonomia individual em sentido absoluto - deu lugar à noção de integração do homem na sociedade, substituindo-se, por força da industrialização, à figura

do indivíduo isolado aquela da associação. A evolução do direito civil também se explica, pois, como efeito da influência das grandes correntes do pensamento, em particular, da marcada tendência a uma justiça social em maior proporção (MORAES TEPEDINO, 1993, p. 22).

2. AS PRINCIPAIS TRANSFORMAÇÕES SOCIOECONÔMICAS DO SÉCULO XX: O ESTADO INTERVENCIONISTA E REGULAMENTADOR APÓS AS DUAS GRANDES GUERRAS MUNDIAIS

O processo de transformação econômica, social e jurídica se iniciou na I Grande Guerra e já não encontrou o Direito Privado incólume (MORAES, 2000, p. 53).

Formalmente, as transformações socioeconômicas ocorreram no século XX com os seguintes diplomas legais:

- A) Constituição de Weimar, de 1919;
- B) Constituição Italiana, de 1948;
- C) Lei Fundamental de Bonn, de 1949;
- D) Constituição Portuguesa, de 1976
- E) Constituição Espanhola, de 1978, e
- F) Constituição Brasileira, de 1988.

De modo que aquele aspecto “constitucional” do Direito Privado, em particular do Código Civil, pertence hoje, como diz Michele Giorgianni, ao Direito Público, ao mais público dos ramos do direito, i.e., ao Direito Constitucional, e está presente nas longas Constituições dos Estados contemporâneos (1998, p. 72).

O forte impacto sentido em suas estruturas básicas, como a dos contratos e da propriedade privada, por força das mudanças conceituais havidas na sociedade geram as seguintes situações:

- A) De um lado, o florescimento da idéia moderna de Estado, assumindo funções antes deixadas à iniciativa privada;
- B) de outro, a reviravolta da noção de direito subjetivo, de senhoria (poder) da vontade a interesse juridicamente protegido e,
- C) finalmente, às formulações dogmáticas nas quais resulta intuitiva a sua absorção pelo direito objetivo (GIORGIANNI, 1998, p. 23)

O intervencionismo estatal e, na sua esteira, o papel que a regulamentação jurídica passou a desempenhar na economia mundial e, de uma forma geral, na vida privada podem, então, ser encarados como elemento interagente das profundas mudanças ocorridas no Direito Privado (MORAES, 2000, p. 52-53).

Ainda, Maria Celina de Moraes aponta como exemplos dessa nova perspectiva os dispositivos que abrem os capítulos do Título dedicado à ordem econômica e financeira:

- A) o art. 170, regulando os princípios gerais da atividade econômica, dispõe que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social;
- B) o art. 182, afirma que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo garantir o bem estar dos habitantes das cidades; e,
- C) no mesmo sentido, os arts. 184, 186 e 192 da Constituição Federal (2000, p. 50-51).

O novo peso dado ao fenômeno importa em rejeitar a idéia de invasão da esfera pública sobre a privada, para admitir, ao revés, a estrutural transformação do conceito de Direito Privado, ampla o suficiente para abrigar, na tutela das atividades e dos interesses da pessoa humana, técnicas e instrumentos tradicionalmente próprios do direito público como, por exemplo, a aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de caráter privado (MORAES, 2000, p. 54).

Diante de tantas alterações, Direito Privado e direito público tiveram modificados seus significados apontados no início deste item:

- A) O Direito Privado deixou de ser o âmbito da vontade individual; e
- B) o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão (GIORGIANNI, 1998, p. 57).

A divisão do direito, então, não pode permanecer ancorada àqueles antigos conceitos substanciais e se transforma em uma distinção quantitativa:

- A) Há institutos onde é prevalente o interesse dos indivíduos, estando presente, contudo, o interesse da coletividade; e
- B) institutos em que prevalece, em termos quantitativos, o interes-

se da sociedade, embora sempre funcionalizado, em sua essência, à realização dos interesses individuais e existenciais dos cidadãos (GIORGIANNI, 1998, p. 83-84 e MORAES, 2000, p. 54).

No modelo estatal delineado pela Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, são parâmetros axiológico. Nesse contexto, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido.

Os objetivos constitucionais passaram a ser o de construir uma sociedade livre, justa e solidária e erradicar a pobreza, o que por si só coloca o ideal da dignidade da a pessoa humana no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo tal que tornou-se o valor que conforma todos os ramos do Direito.

Ultrapassou-se a *summa divisio*, impõe-se a incidência dos valores constitucionais na normativa civilística, operando-se uma verdadeira despatrimonialização do Direito Privado, em razão da prioridade atribuída pela Constituição à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento.

Corroborando com as palavras acima, traz a colação, o entendimento de Maria Celina de Moraes, que imputa ao intérprete a incumbência de privilegiar os valores existenciais sempre que a eles se contrapuserem os valores patrimoniais (2000, p. 55), em virtude de verdadeira cláusula geral de tutela dos direitos da pessoa humana estabelecida pelo ideal da dignidade da pessoa humana.

3. A INTERPRETAÇÃO HERMENÊUTICA SOBRE O SIGNIFICADO DE SUJEITO DE DIREITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO CUJO VÉRTICE É A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O esforço da interpretação hermenêutica volta-se ao intérprete para a aplicação direta e efetiva dos valores e dos princípios da Constituição Federal, não só na relação Estado-indivíduo, mas também nas relações interindividuais, no âmbito do Direito Privado.

Konrad Hesse escreveu:

“O objeto da garantia da propriedade não é mais idêntico com a propriedade do Direito Civil. Decisivo para a qualificação como propriedade protegida jurídico-constitucionalmente é, antes, o aproveitamento privado de um direito

de valor patrimonial, isto é, a coordenação a um titular jurídico, em cuja mão ele deve, como base de iniciativa privada e no interesse privado em responsabilidade própria, ser ‘de utilidade’, e o poder de disposição fundamental, dessa utilização nem sempre claramente demarcável, sobre o objeto da propriedade” (1998, p. 341).

Assim, a interpretação antes dirigida à tutela dos valores patrimoniais, agora se direciona para a observância dos parâmetros constitucionais como o vértice do direito.

Não se admite a proteção da propriedade e da empresa, como bens em si, mas enquanto destinados a efetivar valores existenciais, realizar a justiça social, erradicar a pobreza por meio do ideal da dignidade da pessoa humana - fundamento orientador da República. Por consequência, a regulamentação de todos os institutos jurídicos passa a ser analisada do escopo constitucional.

A regulamentação de qualquer atividade do Direito Privado deve ser, em todos os seus aspectos, expressão da opção constitucional em privilegiar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, deve se coadunar com as normativas constitucionais brasileiras. As normas de Direito Privado necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais, ou melhor, devem ser (re) lidas sob o enfoque constitucional, nas palavras de Maria Celina Bondin Morais (1999, p. 185).

Em consequência, transforma-se o Direito Privado:

- A) De regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais,
 - B) em regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada.
- e
- A) Da regulamentação da propriedade, da produção, e da empresa,
 - B) em valores existenciais que se tornam prioritários no âmbito da harmonia social.

Por exemplo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, em seu art. 17 estabelece que “a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser privado dela, salvo evidente exigência em razão de necessidade pública legalmente constatada, e sob a condição de uma justa e prévia indenização” (grifo nosso).

Essa lógica do Direito Privado apresentada em 1789 protegia a propriedade e a empresa, como bens em si com caráter absoluto e sagrado dos institutos definidos sob influências liberalistas.

Anos depois, a Constituição de Weimar em 1919 (art. 153), após a enunciação solene da garantia da propriedade, estabelece a precisa fórmula: “A propriedade obriga. Seu uso também deve servir ao bem da comunidade” (grifo nosso). Observa-se neste dispositivo legal que a função social recebeu a qualidade de elemento moderador do direito da propriedade privada.

Na mesma trilha seguiu a Constituição Italiana em 1948, que, no parágrafo segundo do art. 42, reconheceu a propriedade privada, remetendo à lei determinar-lhe os modos de aquisição, de gozo e os limites, de modo a lhe assegurar a função social e torná-la acessível a todos (grifo nosso) explica Pietro Trimarchi (2009, p. 129).

Martin Wolff conferiu a expressão função social, o exato significado, ao escrever que a lei obriga o exercício de um direito segundo ao interesse geral da sociedade (1971, p. 326).

Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, que contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, vemos uma completa transformação (*rectius*, transmutação) do Direito Privado, de um direito que deixou de encontrar nos valores individualistas codificados o seu fundamento axiológico (TRIMARCHI, 2009, p. 159).

Atualmente para a proteção jurídica do indivíduo, tem-se que o melhor direito aplica o texto constitucional, não só no sentido de assegurar o tratamento humano e não degradante, mas como a transposição das normas diretivas do Direito Privado para o da Constituição. O que acarreta relevantíssimas conseqüências jurídicas que se delineiam a partir da alteração da tutela legal que é oferecida ao indivíduo (TRIMARCHI, 2009, 134).

Por exemplo:

- A) Enquanto o Código Civil tutela, principalmente, os bens dos menores; o Estatuto da Criança e do Adolescente protege, de modo integral a criança e o adolescente como pessoas em desenvolvimento;
- B) enquanto para o Código Civil tutela a propriedade; a Constituição, tutela como deve ser ela utilizada pois deve cumprir sua função social; e
- C) enquanto para o Código Civil tutela os contratantes como iguais e estabelece a liberdade para contratar o que desejarem; o Código de Defesa do Consumidor estabelece que o consumidor é merecedor de especial proteção e eleva a boa-fé (objetiva) a princípio diretivo das relações de consumo, entre outros exemplos que poderiam ter sido escolhidos para ilustrar a hipótese em análise.

Como resultado da nova ordem constituída, enquanto o Direito Privado dá prevalência e precedência às situações patrimoniais, mesmo operando sob os princípios da solidariedade e operacionalidade, o sistema Constitucional, dá prevalência à pessoa humana (TRIMARCHI, 2009, p. 138).

Por isso, nesse novo cenário, passam a ser tutelados, com prioridade, não mais os indivíduos, como sujeitos de direitos, mas as categorias de pessoas que merecem ser atendidas pelas suas peculiaridades similares, como:

- A) as crianças;
- B) os adolescentes;
- C) os idosos;
- D) os consumidores
- E) os não-proprietários
- F) os contratantes em situação de inferioridade;
- G) os membros da família;
- H) as vítimas de acidentes anônimos e de atentados a direitos da personalidade, entre muitas outras categorias de sujeitos de direitos.

Em outras palavras, a interposição de princípios constitucionais nas vicissitudes das situações jurídicas subjetivas altera a valoração do próprio conceito de sujeito de direito.

4. O SUJEITO DE DIREITOS E OS IMPACTOS DA TRANSMUTAÇÃO DO VÉRTICE NO DIREITO PRIVADO

João Baptista Villela ensina que uma lenta e persistente irrupção da pessoa humana nos quadros institucionais do Direito Privado foi dando corpo a uma nova concepção dos direitos naturais, diversa daquela que vigorou no século XVIII (1978, p. 27).

Enquanto esta tem por base um ser humano ideal ou imaginário, e, portanto, na verdade inumano e fictício, aquela arranca uma visão realista do homem e de sua condição existencial, sendo, por conseguinte, na conclusão do professor, um indicação de sujeito mais autêntica e redentora (VILELLA, 1978, p. 27).

O homem que, no jusnaturalismo racionalista, detinha a potestade de prerrogativas inalienáveis, era abstrato e impalpável (VILELLA, 1978, p. 28). Pode dizer-se que existia na razão de seus criadores, mas não era achado jamais andando pelas ruas, bebendo nas tavernas, trabalhando ou padecendo fome, miséria e doenças, e nem mesmo festejando e se comprazendo nas cortes, porque sua existência jamais logrou deixar o empíreo do ideal (VILELLA, 1978, p. 29).

Esta corrente ao tratar dos direitos naturais contextualiza o ser humano em sua realidade misteriosa, densa e tantas vezes desconcertante (VILELLA, 1978, p. 29). Interessa-lhe o homem verdadeiro, com suas dores, seus anseios e suas frustrações, o homem imerso na concretude da existência, no “dasein” do cotidiano, na “pensanteur” de sua contingência carnal (VILELLA, 1978, p. 30).

Em absoluto, não se quer negar a idéia universal de homem, mesmo porque o direito natural do homem só se pode entender com a condição de concernir o homem enquanto tal, e não o homem simplesmente histórico (PERELMAN, 2005, p. 121).

Apenas o que se pretende é provar que há uma idéia inadequável de sujeito de direito. É neste ambiente que se torna necessário reconhecer, cada vez mais, a dimensão atribuída pelo ordenamento jurídico vigente tendo por vértice a dignidade da pessoa humana.

Segundo Maria Celina Bondin Moraes, é este o princípio ético-jurídico capaz de atribuir unidade valorativa e sistemática a todo Direito Privado, ao contemplar espaços de liberdade limitada pela solidariedade social (1999, p. 181). A transmutação do vértice do Direito Privado gera efeito na interpretação das relações jurídicas, nos quais a interpretação deve ponderar entre liberdade e solidariedade, termos que, *stricto sensu*, são considerados contrapostos, da seguinte forma:

- A) a imposição de solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; e
- B) a liberdade desmedida é incompatível com a solidariedade.

Todavia, quando ponderados adequadamente, seus conteúdos se tornam complementares e atinge-se o ideal da dignidade da pessoa humana:

- A) regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social; e
- B) regulamenta-se a relação de cada um com o interesse geral, o que possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos indivíduos.

Havendo colisão na ponderação, Maria Celina Bondin Moraes entende que a balança deverá pender para a solidariedade, sempre que houver responsabilidades perante terceiros, sempre que se estiver fora da esfera do que é de se considerar como estritamente pessoal (MORAES, 1999, p. 184).

Ao contrário, naquilo que se refere à intimidade da vida privada, os espaços de liberdade deverão estar bem resguardados, desde que o limite da reificação jamais venha a ser transposto (MORAES, 1999, p. 184).

Pietro Pierlingieri, diferentemente de Maria Celina Bondin Moraes, aduz que os princípios são os da solidariedade e da igualdade. Eles são instrumentos paritários e resultados na atuação da dignidade social do cidadão (1997, p. 27).

Para o autor, uma das interpretações mais avançadas é aquela que define a noção de igualdade como o instrumento da dignidade social do cidadão e que confere a cada um o direito ao respeito inerente a sua qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes (PIERLINGIERI, 1997, p. 27).

CONCLUSÃO

Apresenta-se neste artigo o histórico do processo de constitucionalização do Direito Privado visando, demonstrar o quanto esta trajetória impacta a interpretação do significado de sujeito de direito. Ao enfrentar o tema foi necessária a interpretação hermenêutica e desenvolver com exemplos da prática.

Observou-se que, o que para enquadrar o sujeito de direito de uma determi-

nada categoria jurídica, faz-se mister aplicar a medida de ponderação, para a adequada tutela. Esta medida pode ter tanto os parâmetros da solidadriedade e liberdade como da solidariedade e igualdade, dependendo da interpretação aplicada ao caso concreto.

Vislumbra-se na aplicação dessa ponderação, uma dificuldade, a ser enfrentada pela doutrina e jurisprudência. No que diz respeito a discricionariedade dessa aplicação. Algumas propostas já foram testadas nos Tribunais Superiores brasileiros. Alguns julgados findaram-se adequadas e foram aprovados pela sociedade brasileira que os cumpre, já outros não.

Considera-se que a melhor ponderação pode ser efetivada se houvesse a significação do ideal de dignidade da pessoa humana como um imperativo categórico de intangibilidade da vida humana - corrente de Antônio Junqueira de Azevedo (1975, p. 20).

Corroborando com esta corrente poder-se-ia organizar a ponderação com os seguintes parâmetros:

- A) Respeito à integridade física e psíquica das pessoas;
- B) o respeito à convivência social igualitária;
- C) o respeito aos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e
- D) o respeito às condições mínimas de liberdade;

Assim, na ponderação, ter-se-ia a seguinte valoração no momento da interpretação:

- A) Havendo conflito entre a intangibilidade da vida humana e um de seus preceitos consequentes, deve prevalecer a primeira; e
- B) se o conflito se der entre os preceitos normativos, prevalece o de maior hierarquia.

Sabe-se que esta proposta carrega explicitamente um viés ideológico-político, o que poderá dificultar, um pouco, sua aplicabilidade, mas acredita-se que, mesmo assim, ainda é a melhor opção hermenêutica.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito civil tende a desaparecer? In: **Revista dos tribunais**, n. 472. São Paulo: RT, fev/1975. p. 15-21.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Diritto e stato nel pensiero di Emmanuele Kant*. Torino: Giappichelli, 1957.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e os seus atuais confins. Trad. de Maria Cristina de Cicco. In: **Revista dos tribunais**, n. 747. São Paulo: RT, jan/1998. p. 35-55.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. de Luís Alonso Heck da 20^a ed. alemã. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O direito civil constitucional. In: **Arquivos de direito**, n. 3. Nova Iguaçu: Gráfica Universitária, out/1999. p. 181-194.

_____. Constituição e código civil: tendências. In: **Revista dos tribunais**, n. 779. São Paulo: RT, set/2000. p. 47-63.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. In: **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**, nº 65. São Paulo: RT, jul-set/1993. p. 21-32.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. **Introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SOLARI, Giuseppe. **Filosofia del Diritto Privato**. Vol. I (Individualismo e Diritto Privato). Torino: Giappichelli Editore, 1939.

TRIMARCHI, Pietro. **Istituzioni di diritto privato**, Milano: Giuffrè, 2009.

VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. In: **Revista forense**, n. 261. Rio de Janeiro: Forense, jan-mar/1978. p. 27-35.

WOLFF, Martin. **Derecho das Cosas**. vol. 1, 3ª ed, Barcelona: Bosch, 1971.

Artigo recebido em: 30.11.2014

Revisado em: 15.12.2014

Aprovado em: 20.12.2014

FAMÍLIAS CONTEMPORANEAS: SOCIOAFETIVIDADE COMO FATOR DE FORMAÇÃO DA FAMÍLIA E A TEORIA DO CUIDADO

CONTEMPORARY FAMILIES: SOCIOAFETIVIDADE AS FAMILY TRAINING FACTOR AND THE THEORY OF CAUTION

Gabriela Quinhones de Souza¹

Mestre em Direito

Sociedade Barramansense de Ensino Superior/Centro Universitário de Barra
Mansa (SOBEU/UBM) - Barra Mansa (RJ) - Brasil

RESUMO: O presente artigo aborda aspectos do direito de família, em especial a socioafetividade. O afeto, segundo a visão constitucional da formação da família é o principal motivo da reunião das pessoas, independentemente de laços de sanguíneos. Assim, diversas modalidades de família vêm surgindo ao longo da história com base no afeto que ligam as pessoas. A Teoria do Cuidado se aplica diretamente as relações familiares, sejam elas criadas por vínculo de sangue ou por laços de socioafetividade, já que cuidado significa zelo, proteção. Logo, o cuidado que deve existir nas relações familiares biológicas se mostra muito maior e com aspecto humanizado muito mais acentuado quando a família é formada simplesmente por laços de afeto. O presente trabalho longe de esgotar o tema, traz, apenas, uma concepção da afetividade no direito de família, conjugando a afetividade a teoria do cuidado como fator e proteção integral da criança e do adolescente.

Palavras-Chave: Família Moderna. Afetividade. Teoria do Cuidado.

ABSTRACT: This article discusses aspects of family law, especially socioafetividade. The affection, according to the constitutional vision of family formation is the

¹Graduada, Especialista em Processo Civil e Mestre em Direito. Coordenadora da Graduação do Curso de Direito do SOBEU/UBM. Professora da Graduação e Pós graduação da Sociedade Barramansense de Ensino Superior/Centro Universitário de Barra Mansa. O artigo insere-se na Linha Editorial da Revista: Direitos Fundamentais e suas dimensões. Advogada. E-mail: gabrielaquinhones@uol.com.br.

main reason for meeting people, regardless of blood ties. Thus, various forms of family are emerging throughout history based on affection that bind people. The Theory care directly applies family relationships, whether created by blood bond or socioafetividade ties, since care means zeal protection. Therefore, the care that must exist in the biological family relationships shown much larger and more prominent humane aspect when the family is simply formed by bonds of affection. This work not exhaust the subject, brings only a conception of affection in family law, combining the theory of affective care as a factor and full protection for children and adolescents.

Keywords: Modern Family. Affectivity. Nursing Theory.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi elaborado durante o curso de mestrado na cadeira de direitos fundamentais - criança e adolescente. O estudo do direito das crianças e do adolescente é de suma importância no direito pátrio, uma vez que é necessário garantir o direito a futura geração e permitir que cresçam em um ambiente saudável. Nesta seara a doutrina e a jurisprudência vêm afirmando que a criança e o adolescente precisam da família para a formação de seu caráter, posto que a família ainda é considerada a base da sociedade.

No direito Brasileiro a proteção da dignidade da pessoa humana surge como promulgação da Constituição de 1988, que inseriu tal preceito na ordem de fundamento da República.

Pela dignidade da pessoa humana vê-se a valorização do homem como pessoa, em que o referido principio galga o posto de axioma maior da Constituição Federal fazendo com que todos os demais princípios e normas o observem inclusive na proteção dos direitos, em especial no plano material da proteção.

Será abordado neste trabalho o aspecto da dignidade da pessoa humana como principio formador da família e direito fundamental da criança e do adolescente, tudo sob o aspecto da afetividade, felicidade e cuidado, princípios estes que são derivados da própria dignidade da pessoa humana.

Assim, o objetivo deste trabalho é o estudo das novas formas de família, com análise da afetividade e da teoria do cuidado para a sua formação.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CATEGORIA JURÍDICA “ENTIDADE FAMILIAR”

Segundo o dicionário, entidade familiar é “grupo de pessoas que têm parentesco entre si, principalmente pai, mãe e filhos”, ou seja, “grupo de pessoas que possuem os mesmos antepassados, descendência, linhagem”. Como se pode observar a entidade família em uma visão não jurídica ainda é formada por pessoas consanguíneas.

Inicialmente a entidade familiar é considerada como o agrupamento de pessoas ligadas por um vínculo biológico, natural, sendo considerada como estrutura básica social para o início da modelagem do caráter e potencialidades de uma pessoa.

Assim, a formação da entidade familiar estava ligada diretamente a presença de pai, mãe e prole, até porque antigamente a principal finalidade do casamento era a procriação e a formação de patrimônio, em que o homem detinha o poder de gerenciar a vida de todos os demais membros do núcleo familiar através do chamado Pátrio Poder.

Com o passar dos anos e com a evolução social a mulher passou a ter outra posição na sociedade, principalmente com o Estatuto da mulher casada (Lei 4121/62), permitindo que a mulher passasse a ter participação nas decisões familiares, dando o primeiro passo para a igualdade entre homens e mulheres.

Nos idos dos anos 70, ou melhor, com a lei do divórcio, uma nova forma de família passou a ser admitida, qual seja a família monoparental, em geral aquela formada pela mãe divorciada ou separada e prole.

Com a constituição Federal de 1988, passa-se a ter uma proteção constitucional mais efetiva com relação a entidade familiar, posto que o artigo 226 da CF, regula os direitos e proteção da família como instituição essencial a formação das pessoas que compõem a sociedade.

Assim, a Constituição Federal prima pela igualdade entre marido e mulher, paternidade e maternidade responsável, dignidade da pessoa e planejamento familiar, como princípios que norteiam a formação familiar.

Desta forma, passa-se a ter uma nova visão da instituição da entidade familiar, a dando-se uma visão constitucional ao direito privado, sendo necessário se observar os princípios acima elencados desde a CF/88, quando ainda vigente o CC/16.

2. PARÂMETROS NA BUSCA DO CONCEITO DE “ENTIDADE FAMILIAR”

A visão da família passou por uma profunda transformação, haja vista que a ligação entre as pessoas não se dá apenas em razão de vínculo biológico, mas também por vínculo de afetividade - sentimento de bem-estar que liga as pessoas e forma círculos.

Alguns chegam a afirmar existir a crise da família, porém não é crível tal argumento. O que ocorre são mudanças sociais que imprimem a família uma nova feição, mas que não está livre de resistência dos mais conservadores. A guisa de exemplo, a família não-fundada em casamento, merece tanta proteção quanto a originada no vínculo matrimonial, posto que é tão importante quanto esta para o desenvolvimento das pessoas que dela fazem parte.

Assim, a visão moderna de entidade familiar é uma “estrutura psíquica e que possibilita ao ser humano estabelecer-se como sujeito e desenvolver relação na polis” (PEREIRA apud FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 6).

A entidade família é, sem dúvida, um fenômeno humano em que se funda sociedade, sendo necessário fazer a sua compreensão de forma interdisciplinar, quais sejam biológica, espiritual e social para sua compreensão global.

os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora. (FARIAS, 2012, p. 4)

Diante desta nova concepção, a entidade família deixa de ser compreendida como um núcleo econômico e reprodutivo, mas como meio de proteção da dignidade da pessoa humana, avançando-se para uma compreensão sócio-afetiva da família (unidade de afeto e entre-ajuda).

... a relação jurídica de família, na contemporaneidade, é marcada fundamentalmente, por alguns caracteres, sendo, a um só tempo, reflexiva, prospectiva, discursiva e relativa. Reflexiva porque decorre da abertura do campo jurídico

aos novos valores e fatos sociais, tais como liberalização dos costumes, a flexibilização da moralidade sexual, a equiparação social de homens e mulheres, a perda gradativa da influencia religiosa na organização familiar, Prospectiva na medida em que reclama interpretações que projetam uma ordem jurídica para além do presente, apta a compreender e regular temas inafastáveis, a exemplo do debate acerca da aceitabilidade das uniões homoafetivas. Discursiva, por seu turno, pois pode ser representada pela imposição do uso competente da linguagem, a fim de que o sentido do signo família possa agregar novas acepções e significados que definem a entidade familiar como espaço voltado para o desenvolvimento espiritual e físico do ser humano, bem como para a convivência marcada pelo amor. E, finalmente, relativa por recusar dogmas absolutos e inquestionáveis, que, durante muito tempo, obstaculizaram o arejamento das instituições familiares a novas estimativas e concepções de mundo, tais como a crença religiosa na indissolubilidade do vínculo matrimonial. (SOARES apud FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 8)

A partir de tal concepção pode-se dizer, segundo o professor Fachin (2005, p. 75), que a dignidade da pessoa humana é observada em três aspectos, quais sejam a) exercício da atividade econômica pelos particulares, b) princípio essencial da família e c) direito fundamental da criança e do adolescente.

2.1 AS ESPÉCIES DE ENTIDADES FAMILIARES JURIDICAMENTE RECONHECIDAS NA ERA CONTEMPORÂNEA²

a) Família Monoparental

Possui previsão constitucional no artigo 226, § 4º da CF, uma vez que existe a previsão de família composta por ascendente e descendente. É o reconhecimento de um fato social relevante, que permite a admissão deste tipo de agrupamento como uma entidade familiar.

São pessoas sozinhas (viúvos, solteiros, descasados) e sua prole, sem a presença de parceiro afetivo.

²Este item foi extraído do sumário de duas obras do autor FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, Limites e Transmissibilidade: Anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole Constitucional da personalidade no Código Civil Brasileiro. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Vol. 8, n. 31, 2005 e Família, direitos de uma nova cidadania. <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Luiz_edson/Familia.pdf> Acesso em 25 jan. 2015.

Haverá a homoparentalidade quando os membros da família monoparental forem do mesmo sexo, já que família não tem caráter de heterossexualidade.

Decorre da monoparentalidade a também chamada família anaparental - que a entidade familiar formada pelos irmãos, caracterizando-se pela falta de ancestralidade.

b) Família Reconstituída ou Recompоста

É a entidade familiar que surge de um agrupamento em que seus pares compunham outro núcleo familiar. Segundo recentes publicações em revistas de divulgação este tipo de família vem sendo “apelidada” de família mosaico.

Exemplo desta espécie de família é a pessoa divorciada que passa a viver em união estável com outra que já tem um filho do primeiro relacionamento, e todos passam a conviver podendo ser concebido filho desta nova união.

c) Família Gerada Artificialmente

É a entidade familiar que é formada por meio geneticamente manipulado como a produção independente, fertilização in vitro.

D) Família Homoafetiva

É a entidade familiar baseada na afetividade entre duas pessoas do mesmo sexo. É uma das mais polêmicas formas de família. Os mais conservadores e aqueles arraigados de religiosidade excessiva não admitem tal modalidade de família e chegam a classificá-la como pecaminosa.

É importante destacar que relatos históricos descrevem a formação da sociedade com iniciação sexual homossexual, haja vista na Roma e Grécia Antiga, em que apenas os homens sabiam apreciar o que era belo - outro homem - além de significar poder a subjugação de outro homem, posto que apenas estes eram detentores do conhecimento.

A partir do cristianismo é que a sociedade passou a ter ares heterossexuais e segundo a Bíblia a família é formada por um homem e uma mulher, desde a criação do mundo com a presença de Adão e Eva nos Jardins do Édem (Paraíso), nos termos relatados do livro de Genesis.

Como a família era considerada ligação, agrupamento de pessoas formadas pelos pais e prole ou entre pessoas de sexo distintos é que a sociedade vem relutando em considerar as uniões homossexuais como uma forma de família.

Conforme descrito no item anterior, a afetividade passou a ser o cerne da formação da família. Logo, o primeiro fundamento para se justificar a entidade familiar homoafetiva é o afeto, depois dignidade da pessoa humana e atualmente fala-se em felicidade (ressaltando que tramita PEC no Congresso nacional para inserir a felicidade no artigo 6º da CF para se tornar um direito social e, portanto, fundamental). Daí que a professora Maria Berenice Dias (2000, p. 58), denominou a união entre pessoas do mesmo sexo de homoafetividade, ou seja, pessoas do mesmo sexo ligadas pelo vínculo do afeto.

Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e em outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro. E não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar os institutos jurídicos há pouco invocados, pois - é Platão quem o diz -, “quem não começa pelo amor nunca saberá o que é filosofia”. É a categoria do afeto como pré-condição do pensamento, o que levou Max Scheler a também ajuizar que “O ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante” (Trecho do Voto do Min. Ayres Britto na ADI 42777)

Na realidade, todos estes fundamentos justificam a tese da desnaturalização da família, assumindo o parentesco como um laço social, desatrelado do biológico.

Longe de ser um tema pacífico, por conta de todos os valores sociais, morais e religiosos que envolvem esta modalidade de entidade familiar, os tribunais têm discutido a sua aceitação, como no caso do TSE que declarou a inelegibilidade eleitoral (Rec. Esp. Eleitoral 24564/PA), baseada em companheirismo entre pessoas do mesmo sexo.

É pacífica a jurisprudência do STJ sobre a obrigatoriedade do INSS efetuar o pagamento de pensão por morte para companheiro do mesmo sexo, bem como para determinar aos planos de saúde que insiram o companheiro do mesmo sexo como dependente. Vale frisar que a norma que regulamenta o Imposto de Renda permite a declaração de companheiro do mesmo sexo como dependente.

Da mesma forma a Lei Maria da Penha, que faz previsão de proteção contra a violência doméstica em relações afetivas e familiares entre pessoas do mesmo sexo.

O STJ julgando recurso especial entendeu por bem anular decisão oriunda do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que extinguiu o processo sem julgamento

de mérito baseada na impossibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Pelo aresto do Tribunal Superior não existe a impossibilidade jurídica, posto que o artigo 226 da CF traga o princípio da pluralidade familiar, não havendo nenhuma proibição expressa quanto ao pedido formulado pela parte. Contudo, também entendeu recentemente que a questão da relação homoafetiva não deve ser discutida no âmbito familiar, mas dentro do âmbito do direito obrigacional.

Segundo a doutrina mais moderna, discutir a relação homoafetiva no âmbito das relações obrigacionais ofende o artigo 1º, III da CF e, ainda, o artigo 5º da CF, por trazer discriminação em razão da orientação sexual. Se o afeto, hoje, é considerado como o principal fundamento da formação da família contemporânea, e na relação homoafetiva existe a relação da afetividade, ternura, carinho, companheirismo e a intenção pública de formação de família, em tese, não é possível afastar o tema da discussão do âmbito do direito de família e também não pode o Estado deixar de dar a proteção a esta forma de entidade familiar, sob pena de ofensa ao artigo 226 da CF (DIAS, 2006, p. 23-26).

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal em decisão histórica reconheceu a existência de família formada da união de pessoas do mesmo sexo. Segundo o Min. Ayres Britto, a Constituição Federal não proíbe expressamente a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo e onde a Constituinte não restringiu não cabe ao legislador infraconstitucional ou seu interprete fazê-lo. Ademais, o STF reconheceu que a afetividade é atualmente o elo de formação da família.

Ademais, o não reconhecimento desta espécie de família seria o mesmo que deixar uma grande parcela da sociedade desprotegida e sendo objeto de preconceito, o que não pode ocorrer no ordenamento jurídico.

Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. Ou “homoafetivamente”, como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biogenicidade. Do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto no mundo como consequência da fecundação de um individualizado óvulo por um também individualizado espermatozoide.

(...)

E sendo assim a mais natural das coletividades humanas ou o apogeu da integração comunitária, a família teria mesmo que receber a mais dilatada conceituação jurídica e a mais extensa rede de proteção constitucional. Em rigor, uma palavra-gênero, insuscetível de antecipado fechamento conceitual das espécies em que pode culturalmente se desdobrar. Daqui se desata a nítida compreensão de que a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada. **O que a credencia como base da sociedade, pois também a sociedade se deseja assim estável, afetiva, solidária e espiritualmente estruturada (não sendo por outra razão que Rui Barbosa definia a família como “a Pátria amplificada”).** Que termina sendo o alcance de uma forma superior de vida coletiva, porque especialmente inclinada para o crescimento espiritual dos respectivos integrantes. Integrantes humanos em concreto estado de comunhão de interesses, valores e consciência da partilha de um mesmo destino histórico. Vida em comunidade, portanto, sabido que comunidade vem de “comum unidade”. E como toda comunidade, tanto a família como a sociedade civil são usinas de comportamentos assecuratórios da sobrevivência, equilíbrio e evolução do Todo e de cada uma de suas partes. *Espécie de locomotiva social ou cadinho* em que se tempera o próprio caráter dos seus individualizados membros e se chega à serena compreensão de que ali é verdadeiramente o espaço do mais entranhado afeto e desatada cooperação. Afinal, é no regaço da família que desabrocham com muito mais viço as virtudes subjetivas da tolerância, sacrifício e renúncia, adensadas por um tipo de compreensão que certamente esteve presente na proposição spozista de que, “Nas coisas ditas humanas, não há o que crucificar, ou ridicularizar. Há só o que compreender”. (trecho do voto do Min. Ayres Britto na ADI 42777) - grifou-se.

Como é possível notar o STF não faz distinção entre entidade familiar e família, ou melhor, as equipara, no mesmo regramento, e não faz distinção entre tais formas seja entre heteroafetivos, seja entre homoafetivos. Pensar o contrário seria o mesmo que admitir o preconceito na Constituição Federal.

Vale frisar que embora o STJ tivesse admitido a discussão das relações homoafetivas em sede de direito obrigacional, a partir da decisão proferida pelo

STF e que a união homoafetiva é espécie de união estável, toda discussão acerca do tema deve ser feita da vara de família.

Por oportuno, importante informar que o STJ entendeu pela possibilidade da habilitação de pessoas do mesmo sexo para o casamento. Tal entendimento está de acordo com a decisão do STJ, pois se a união homoafetiva é considerada união estável, cabe a sua conversão em casamento, bem como a facilitação do mesmo.

Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado, tanto pelo STJ quanto pelo Supremo Tribunal Federal (STF), para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável, deve ser utilizado para lhes franquear a via do casamento civil, mesmo porque é a própria Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento.

E) Família substitutiva

È aquela em que a criança ou adolescente é inserido em outro núcleo familiar que não o seu de origem, em razão de melhores condições de vida e proteção integral e melhor interesse, preceituados no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA.

Vale lembrar que o ECA adota o conceito nuclear de família, qual seja, aquela organização formada por genitores e prole. Logo, a colocação da criança e do adolescente com outros membros, será considerada família substituta, ainda que exista vínculo biológico.

f) Família Eudemonista

Esta modalidade de família assim como a homoafetiva traz sua base na afetividade, pois não há que se falar em vínculo biológico.

Tal entidade familiar é aquela criada por duas ou mais pessoas que unem em busca da felicidade, como no caso das repúblicas universitárias, ou como ocorre no seriado intitulado “Alice” de um canal de televisão, em que uma moça vive com dois namorados ao mesmo tempo e de forma harmoniosa.

Esta modalidade de família também é chamada e da família do Poliamor, ou seja, a expressão livre de amor a mais de uma pessoa que se unem e vivem de forma harmoniosa.

g) Família Paralela

O Estado brasileiro é essencialmente monogâmico, ou seja, admite-se apenas um único casamento por vez, sob pena de cometimento de adultério, que já foi considerado, inclusive, como crime e ainda é visto pelo Código Civil como desrespeito ao dever entre cônjuges. Tal forma de formação de família vem da influencia da religião do Estado Brasileiro, que durante muito tempo permitiu a imiscuidade entre Estado-Igreja.

Apenas com a laicidade do Estado, principalmente, pela Constituição federal de 1988 é que se passou a visualizar a pluralidade de família, dentre as quais a considerada paralela.

A família paralela sempre fez parte da nossa sociedade, embora não tenha sido reconhecida normativamente. Diz-se paralela a família formada por aquele que embora casado constitua família com terceira pessoa.

Por muito tempo tal modalidade de família permaneceu sem reconhecimento e sem qualquer tipo de proteção, já que formada em razão de adultério, o que acabou por negar direitos à pessoa que mantém vínculo de afetividade com outra casada, ainda que a família não seja formada nos padrões ou moldes socialmente aceitáveis.

Buscando resguardar a concepção de família afinada com o conceito de casamento, tanto a lei como a Justiça rejeitam efeitos às uniões paralelas, negando direito a quem se comporta fora dos padrão convencional. Porém, o simples fato de não estarem tais relacionamentos regulamentados não quer dizer que não existam. (DIAS, 2006, p. 96)

Vale frisar que atualmente a forma de organização da família vem se modificando e o Poder Judiciário vem atuando concretamente para resguardar direitos desta parcela que já é discriminada pela sociedade, garantindo aquele que mantém relação com outro casado o reconhecimento de família e garantindo direitos básicos como alimentos, moradia, propriedade etc.

Os filhos deste relacionamento paralelo em hipótese alguma podem vir a sofrer consequências por ser fruto de relação extraconjugal, em razão da proteção constituição que lhe dá o artigo 227 da CF.

3. A HIPÓTESE ANALISADA, NA QUALIDADE DE NOVA ENTIDADE FAMILIAR: FAMÍLIA SOCIOAFETIVA

Em razão da paternidade e maternidade responsável, assumiu-se a ideia de que os vínculos de afeto se sobrepõem aos biológicos, tanto que o novo código Civil faz referencia a Posse do Estado de Filho, qual seja aquele que não tem vínculo biológico, mas sente-se e é tratado como um filho e por tal razão teria direitos a uma filiação baseada na afetividade.

Para uma parcela da doutrina a afetividade não pode estar ligada a uma circunstancia de posse e domínio, mas sim a uma ideia de ternura, amor, felicidade mútua e convivência. Então, no caso acima seria uma hipótese de “estado de filho afetivo” e não de posse de estado de filho (PERLINGIERI; CICO, 2004, p. 45)

3.1 Cuidado e afetividade como valores jurídicos na Família Socioafetiva

Cuidado “representa uma atitude de ocupação, preocupação, de responsabilização e de envolvimento afetivo com o outro.” (BOFF, 2004, p. 33).

A preocupação com o outro significa a preocupação com a pessoa e desta forma torna mais relevante o principio da dignidade da pessoa humana e sendo a família, atualmente, uma instituição que possui função social e é formadora da personalidade e caráter dos seus membros, nada mais valioso do que a ideia de cuidado nas relações familiares. (TUPINAMBÁ, 2008, p. 70)

O afeto traz à baila a confiança existente entre os membros que compõem a família e permite a convivência em comum mais harmoniosa, solidária e, ainda, exalta a “competência em dar e receber amor.” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 80).

define-se, então, novo paradigma da família, qual seja o advento da família afetiva contemporânea, que contempla uma relação conjugal que não repousa mais na coerção da vontade dos pais, mas no consentimento de vontade de pais e filhos. O amor, a paixão, o afeto estão no cerne da instituição do casamento. (TUPINAMBÁ, 2008, p. 78)

A afetividade e o cuidado dão o contorno pluralista de família e também de

proteção constitucional. Assim, tem-se a afetividade como princípio do direito de família, como forma de proteção da dignidade da pessoa humana.

Diante deste novo paradigma, temos que a afetividade e o cuidado acabam por proteger a criança e o adolescente, nos termos do artigo 227 da CF.

E nesta esteira, temos a paternidade e a maternidade sócio afetiva, que viabiliza a proteção da criança e do adolescente e ainda leva a sua proteção integral. A paternidade biológica é aquela que decorre de laços de sangue e a sócio afetiva que decorre de laços de afeto, cuidado, que apresenta proteção jurídica nos termos do artigo 1593 do CC, posto que faz menção a outras formas de parentesco além do biológico.

A paternidade deriva do estado de filiação, independente de sua origem, se biológica ou afetiva. A ideia de paternidade está fundada muito mais no amor do que submetida a determinismos biológicos. Também em sede de filiação, prestigia-se o princípio da aparência. (DIAS, 2008, p. 333 e 334)

Assim, deve-se entender que as famílias passam por um processo de desbiologização, passando a adotar outros critérios para sua formação, sendo o afeto o principal deles. (SILVA, 2006, p.118).

A proteção da criança e do adolescente fica maior coma socioafetividade, haja vista que a preocupação (cuidado) entre aquele que não está ligado a critérios de sangue se maior de maior relevo e de sinceridade, contribuindo para uma melhor formação psicológica, moral e sociocultural a criança ou do adolescente (RODRIGUES, 2002, p. 287).

Nos dias atuais, a preocupação com a verdade socioafetiva se mostra mais importante do que a verdade real quanto a maternidade ou paternidade. A proteção integral da criança e do adolescente deve ser priorizada em relação aos aspectos sanguíneos, dando origem a um Poder Familiar de fato.

a paternidade socioafetiva é capaz de satisfazer o estado emocional e espiritual do filho, 'conectando a família pelo cordão umbilical do amor, do afeto, do desvelo, da solidariedade', pois a autenticidade da paternidade 'reside antes no serviço e no amor que na procriação'. (SILVA, 2006, p. 135)

Ainda sob o aspecto da teoria do cuidado, temos a judiciliazação da expres-

são popular “pai é quem cria”, pois neste momento não há preocupação com a carga genética, mas sim com o zelo, ensinamento, precaução, sustento, em que a paternidade ou maternidade socioafetiva cria uma convivência pública e notória.

Vale frisar, contudo, que ainda que possa preponderar a verdade socioafetiva em relação a verdade biológica, tal circunstância não afasta a possibilidade da criança ou adolescente de buscar suas raízes biológicas, seja por motivo de doença, curiosidade ou mesmo para satisfação psicológica, já que a busca de suas origens constitui-se em direito fundamental (PEREIRA, 2002, p. 178).

Uma vez construída a relação socioafetiva e a criação da relação do poder Familiar de fato, todas as conseqüências jurídicas de paternidade surgem para esta relação, como o nome, sustento, guarda etc.

A proteção da relação socioafetiva em direito de família traz a proteção da dignidade da pessoa humana, valor máximo da Constituição Federal, ressaltando-se que a interpretação das regras do direito civil deve ser feita de acordo com os princípios constitucionais.

É a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo social. (TEPEDINO, 2004, p. 372)

No âmbito da socioafetividade a proteção da dignidade da pessoa humana é meio de garantia da integridade psicofísica, em especial da criança e do adolescente, sem prejuízo da proteção dos demais aspectos da dignidade, tudo nos termos do artigo 227, caput da Carta Magna.

A proteção a dignidade da pessoa humana, através da socioafetividade é meio, instrumento de utilização da teoria do cuidado no âmbito familiar, pois aquele que voluntariamente assume a condição de pai ou mãe de fato, ou seja, de acordo com a verdade afetiva, visa cuidar, zelar, proteger a criança ou o adolescente (MONTEIRO, 2004, p. 204).

Neste sentido, traz-se a colação o aresto do Superior Tribunal de Justiça, identificado como RESP1106637, que adota a teoria do cuidado como valor jurídico nas relações familiares.

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. CRIANÇA E ADOLESCENTE. ADOÇÃO. PEDIDO PREPARATÓRIO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR FORMULADO PELO PADRASTO EM FACE DO PAI BIOLÓGICO. LEGÍTIMO INTERESSE. FAMÍLIAS RECOMPOSTAS. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

- O procedimento para a perda do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de pessoa dotada de legítimo interesse, que se caracteriza por uma estreita relação entre o interesse pessoal do sujeito ativo e o bem-estar da criança.

- O pedido de adoção, formulado neste processo, funda-se no art. 41, § 1º, do ECA (correspondente ao art. 1.626, parágrafo único, do CC/02), em que um dos cônjuges pretende adotar o filho do outro, o que permite ao padrasto invocar o legítimo interesse para a destituição do poder familiar do pai biológico, arvorado na convivência familiar, ligada, essencialmente, à paternidade social, ou seja, à socioafetividade, que representa, conforme ensina Tânia da Silva Pereira, um convívio de carinho e participação no desenvolvimento e formação da criança, sem a concorrência do vínculo biológico (Direito da criança e do adolescente - uma proposta interdisciplinar - 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 735).

- O alicerce, portanto, do pedido de adoção reside no estabelecimento de relação afetiva mantida entre o padrasto e a criança, em decorrência de ter formado verdadeira entidade familiar com a mulher e a adotanda, atualmente composta também por filha comum do casal. Desse arranjo familiar, sobressai o cuidado inerente aos cônjuges, em reciprocidade e em relação aos filhos, seja a prole comum, seja ela oriunda de relacionamentos anteriores de cada consorte, considerando a família como espaço para dar e receber cuidados.

- Sob essa perspectiva, o cuidado, na lição de Leonardo Boff, “representa uma atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro; entra na natureza e na constituição do ser humano. O modo de ser cuidado revela de maneira concreta como é o ser humano. Sem cuidado ele deixa de ser humano. Se não receber cuidado desde o nascimento até a morte, o ser humano desestrutura-se, definha, perde sentido e morre. Se, ao largo da vida, não fizer com cuidado tudo o que empreender, acabará por prejudicar a si mesmo por destruir o que estiver à sua volta. Por isso o cuidado deve ser entendido na linha da essência humana” (apud Pereira, Tânia da Silva. Op. cit. p. 58).

- Com fundamento na paternidade responsável, “o poder familiar é instituído

no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores” e com base nessa premissa deve ser analisada sua permanência ou destituição. Citando Laurent, “o poder do pai e da mãe não é outra coisa senão proteção e direção” (Principes de Droit Civil Français, 4/350), segundo as balizas do direito de cuidado a envolver a criança e o adolescente.

- Sob a tónica do legítimo interesse amparado na socioafetividade, ao padrasto é conferida legitimidade ativa e interesse de agir para postular a destituição do poder familiar do pai biológico da criança. Entretanto, todas as circunstâncias deverão ser analisadas detidamente no curso do processo, com a necessária instrução probatória e amplo contraditório, determinando-se, outrossim, a realização de estudo social ou, se possível, de perícia por equipe interprofissional, segundo estabelece o art. 162, § 1º, do Estatuto protetivo, sem descurar que as hipóteses autorizadoras das destituição do poder familiar - que devem estar sobejamente comprovadas - são aquelas contempladas no art. 1.638 do CC/02 c.c. art. 24 do ECA, em numerus clausus. Isto é, tão somente diante da inequívoca comprovação de uma das causas de destituição do poder familiar, em que efetivamente seja demonstrado o risco social e pessoal a que esteja sujeita a criança ou de ameaça de lesão aos seus direitos, é que o genitor poderá ter extirpado o poder familiar, em caráter preparatório à adoção, a qual tem a capacidade de cortar quaisquer vínculos existentes entre a criança e a família paterna.

- O direito fundamental da criança e do adolescente de ser criado e educado no seio da sua família, preconizado no art. 19 do ECA, engloba a convivência familiar ampla, para que o menor alcance em sua plenitude um desenvolvimento sadio e completo. Atento a isso é que o Juiz deverá colher os elementos para decidir consoante o melhor interesse da criança.

- Diante dos complexos e intrincados arranjos familiares que se delineiam no universo jurídico - ampliados pelo entrecruzar de interesses, direitos e deveres dos diversos componentes de famílias redimensionadas -, deve o Juiz pautar-se, em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança, exigindo dos pais biológicos e socioafetivos coerência de atitudes, a fim de promover maior harmonia familiar e, conseqüente, segurança às crianças introduzidas nessas inusitadas tessituras.

- Por tudo isso - consideradas as peculiaridades do processo -, é que deve ser concedido ao padrasto - legitimado ativamente e detentor de interesse de agir

- o direito de postular em juízo a destituição do poder familiar - pressuposto lógico da medida principal de adoção por ele requerida - em face do pai biológico, em procedimento contraditório, consonante o que prevê o art. 169, do ECA.
- Nada há para reformar no acórdão recorrido, porquanto a regra inserta no art. 155, do ECA foi devidamente observada, ao contemplar o padrasto como detentor de legítimo interesse para o pleito destituitório, em procedimento contraditório. Recurso especial não provido.

Como se pode notar o STJ aplica a teoria do cuidado como forma de justificar a socioafetividade nas relações familiares, pois a teoria do cuidado indica que a preocupação, zelo, ocupação na formação do caráter da criança e do adolescente são essenciais à sociedade, principalmente porque a socioafetividade é marcada pela livre manifestação de vontade de cuidar do próximo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A formação e a idéia de família sofreu diversas alterações durante a evolução da sociedade. O que antes era impossível, atualmente é aceitável, como o divórcio e a formação das famílias monoparentais.

Algumas espécies modernas e família ainda são objeto de preconceito, em especial de ordem moral e religiosa, porém o ordenamento jurídico não pode colocar-se em posição de não enfrentamento dessas novas questões, mas regulando as conseqüências jurídicas dessas novas modalidades de família, ainda que o legislador não o tenha feito.

Assim, o fez o STJ e o STF quando do reconhecimento da união homoafetiva como espécie de união estável e permitindo a união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Todo embasamento teórico da aceitação jurídica desta nova família está ligado a Afetividade e a Teoria do Cuidado.

Dois princípios essenciais a formação da família e ainda a garantir a proteção integral da criança e do adolescente.

Afetividade é elo de união entre as pessoas, independentemente do aspecto biológico, que encampa a possibilidade da família socioafetiva, permitindo a criança e ao adolescente proteção integral em nome do amor, zelo, precaução, habitação etc.

Tal dimensão traz à baila a idéia da desbiologização da paternidade, ou seja, o convívio familiar com a possibilidade de se ter Pode Familiar de fato, em nome do afeto, principio formador das famílias. É claro que o vínculo biológico pode coincidir com o vínculo afetivo, mas no entrave entre ambos, em nome da proteção integral e melhor interesse da criança e do adolescente, é possível que em critério de ponderação a afetividade prepondere em relação aos laços biológicos. Tudo de acordo com o artigo 227 da Constituição Federal.

Por fim, conclui-se que a afetividade está diretamente ligada a teoria do cuidado, pois com diz Saint-Exupéry “quem ama, cuida”. O cuidado como valor jurídico acima estudado indica que o zelo e a proteção, em especial a criança e aos adolescentes, deve estar presente em todas as relações, quicá a relação familiar que é voltada para o sentimento. Tudo aquilo que nos torna responsáveis merece atenção e esta é a idéia da teoria do cuidado, aplicável na formação da família socioafetiva.

REFERÊNCIAS

BOOF, Leonardo. **Saber cuidar: Ética do humano - compaixão pela terra**. Petrópolis: Vozes, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **União Homossexual, o preconceito e a justiça**, Porto alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **A Ética na Jurisdição de Família**. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Volume 68. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial. 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Fundamentos, Limites e Transmissibilidade: Anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole Constitucional da personalidade no Código Civil Brasileiro**. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Vol. 8, número 31. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial. 2005.

_____. **Família, direitos de uma nova cidadania.** Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Luiz_edson/Familia.pdf>. Acesso em 25 jan. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil - Famílias.** 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JUS PODIVM, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família.** São Paulo: Saraiva, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Direito de Família.** São Paulo: Saraiva, 2002.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil,** vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. CICO, Maria Cristina de (trad). **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Delmalice Rocha e. **A Identificação da Filiação Socioafetiva como Verdade Real com a Desbiologização da Paternidade.** Revista de Direito da Defensoria Pública. Ano 19, nº 20. Rio de Janeiro, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito de Família.** 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TUPINAMBÁ, Roberta. **O Cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Artigo recebido em: 26.11.2014

Revisado em: 15.12.2014

Aprovado em: 20.12.2014

A PUBLICIDADE RESPONSÁVEL: A IMPORTÂNCIA DA REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE COM A INCLUSÃO DE NOVAS CLASSES SOCIAIS AO MERCADO CONSUMERISTA

THE RESPONSIBLE ADVERTISING: THE IMPORTANCE OF ADVERTISING REGULATION BECAUSE THE INCLUSION OF A NEW SOCIAL CLASSES INTO THE MARKET CONSUMERIST

Ivaneide Almeida Pinheiro da Silva¹
Especialista em Direito e Pesquisadora
Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de
Ariquemes (IESUR/FAAr) - Ariquemes (RO)

RESUMO: Desde o início do século XXI, toda a população brasileira luta para que seja obtida uma justa distribuição de renda entre os cidadãos brasileiros. Com mais de 10 anos de luta, observa-se que os cidadãos de baixa renda que outrora não consumiam, hoje em dia, estão comprando. Estas classes consomem os seus sonhos de consumo, como TV, celulares, computadores, jogos eletrônicos, entre outros, regularmente por meio de “suaves” prestações. Contudo, essas novas classes sociais (C e D) que foram forjadas mesmo com toda dificuldade e recessão econômica não sabem lidar com os enganadores ou embusteiros que os iludem para que estes cidadãos comprem mais do que podem. Tratar desta problemática é o objetivo do artigo cuja metodologia é a revisão bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Publicidade sustentável. Consumo consciente. Mercado consumerista.

ABSTRACT: Since the beginning of the century, the Brazilian population fight for

¹Graduada e Pós Graduada em Direito. Pesquisadora do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdade Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAR), na qualidade de voluntária associada do Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito - NUPES/DIR. O artigo insere-se no cruzamento das Linhas Editoriais da Revista: Direito Fundamentais e suas dimensões e Sociedade, Empresa e Sustentabilidade. Pesquisa financiada pelo IESUR/FAAr. Advogada. E-mail: s.ivaneide@ig.com.br..

a fair distribution of income among Brazilian citizens is obtained. With over 10 years of struggle, it is observed that the low-income people who once did not consume today, are buying. These classes consume their dreams of consumption, such as TV, mobile phones, computers, electronic games, among others, regularly through “soft” benefits. However, these new social classes (C and D) were even forged with every difficulty and economic recession can not deal with cheaters or liars who deceive the citizens so that they buy more than they can. Address this problem is the purpose of the article whose methodology is the literature review.

KEYWORDS: Sustainable Advertising. Conscious consumption. Consumerist market.

INTRODUÇÃO

A necessidade de consumir é inerente ao ser humano e para que tal manifestação ocorra é necessário que chegue a seu conhecimento a existência do produto ou serviço. Isto ocorre através da divulgação que é uma importante ferramenta pela qual o fornecedor deve apresentar de forma transparente seus produtos ou serviços. É também através dela que o fornecedor ou produtor se faz conhecer no mercado de consumo.

Mais que informar, o fornecedor precisa atrair seu público-alvo buscando convencê-lo de que seu produto é melhor que o do seu concorrente. Boas estratégias podem e devem ser usadas para atrair o consumidor.

Contudo, tais estratégias não podem ser usadas para trazer vantagens que o favoreça em detrimento do consumidor, que é o lado vulnerável da relação de consumo.

A publicidade é relevante instrumento de aproximação dessa relação de consumo. Esteja ela num anúncio de TV ou simplesmente no rótulo de um produto. Trata-se de um dos principais instrumentos pelo qual o consumidor poderá deliberar se deseja ou não adquirir certos bens ou produtos. Também é através dela que o fornecedor exerce seu direito de anunciar seu produto. É um direito e não uma obrigação. Porém, a partir do momento em que o fornecedor opta por tal instrumento, deverá ser fiel às características de seu produto ou serviço. Na disputa pela preferência do consumidor, muitas empresas recorrem à concorrência desleal ou fraudulenta.

Desta forma, várias surgirão com o intuito de nortear e regulamentar essa relação de consumo, podendo assim ser aplicado o Direito do Consumidor em qualquer que seja a área do Direito na busca de coibir práticas abusivas contra o consumidor que por longos anos se limitou a aceitar as condições impostas pelo fornecedor.

A referida pesquisa propõe discorrer sobre a propaganda enganosa e abusiva no território brasileiro e sobre importância da atenção do legislador em face da prática da publicidade comercial.

1. CONSUMIDOR, PRODUTO E ANÚNCIO À LUZ DA LEGISLAÇÃO E DOUTRINA BRASILEIRA

Neste item será apresentada uma breve análise conceitual de consumidor, produto, anúncio, briefing, propaganda, publicidade, informação e informação “distorcida”, esta última como aquela traz divergência capaz de fazer com que o consumidor adquira determinado produto ou o serviço que na realidade não condizem com a informação prestada pelo fornecedor.

1.1 Breve histórico

A defesa do consumidor, já implantada mundialmente, foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro como direito fundamental através do artigo 5º, inciso XXXII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nele o Estado avoca a defesa do consumidor na forma da lei.

Dois anos mais tarde foi sancionada a Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC), tornando-se grande marco na história e evolução da defesa do consumidor brasileiro, inclusive de ordem processual, sendo considerada hoje uma das mais modernas do mundo. Através desta lei foram criados Departamentos e Secretarias, além de várias outras entidades e Associações todas com regras que norteiam e regulamentam a relação de consumo a fim de trazer maior proteção na defesa dos interesses do consumidor.

Também será conceituada oferta, sua força vinculante, o Princípio da vinculação contratual da publicidade ou obrigatoriedade do cumprimento, bem como as sanções cabíveis no caso do descumprimento da oferta. O erro, suas respon-

sabilidades e consequências, as alternativas cabíveis ao consumidor e quando se justifica o descumprimento da oferta pelo lojista.

Serão abordados o controle da publicidade no ordenamento jurídico brasileiro. O consumidor e o princípio da vulnerabilidade, os tipos de vulnerabilidade, a publicidade enganosa e os tipos comuns de publicidade enganosa.

Acerca da propaganda abusiva, serão abordados o princípio da não abusividade da publicidade, da publicidade dirigida às crianças, da venda casada, publicidade comparativa, concorrência e seus aspectos, efeitos da prática de concorrência desleal, terminando o capítulo falando sobre propaganda comparativa.

Serão abordados os princípios norteadores da publicidade como o Princípio da identificação da publicidade, o Princípio da não abusividade da publicidade, o Princípio da veracidade da publicidade e o Princípio da inversão do ônus da prova da publicidade.

Com efeito, será abordada a prática de publicidade enganosa no Brasil, definição, Princípios que norteiam a publicidade como o Princípio da correção do desvio publicitário - contrapropaganda, Princípio da transparência da fundamentação da publicidade, Princípio da transparência e a mensagem subliminar, Princípio da identificação da publicidade.

Finalizando com uma análise geral sobre a importância da prática da publicidade comercial na relação de consumo, da necessidade da regulamentação dada pelo ordenamento jurídico brasileiro, como importante defesa do consumidor que é a parte vulnerável nessa relação.

2. ANÁLISE CONCEITUAL DOS INSTITUTOS E PRINCÍPIOS JURÍDICOS RELATIVOS AO TEMA

A defesa do consumidor, já implantada mundialmente, foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro como direito fundamental através do artigo 5º, inciso XXXII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nele o Estado avoca a defesa do consumidor na forma da lei.

2.1 Consumidor

A definição legal de consumidor consta no Código de Defesa do Consumidor (CDC), que o define como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza

produto ou serviço como destinatário final². Presentes os elementos subjetivos (sujeito) e objetivos que são os produtos ou serviços estará caracterizada a relação de consumo podendo assim ser aplicado o Direito do Consumidor.

Segundo a legislação consumerista³ o conceito de consumidor também se estende a terceiros equiparados a consumidores para efeitos de tutela legal, conforme disposições contidas no parágrafo único do art. 2.º e nos arts. 17 e 29. Em caráter difuso, são os chamados consumidores por equiparação: a coletividade, a vítima de acidente de consumo (art. 17 CDC) pessoas expostas às práticas comerciais e à disciplina contratual (art. 29 CDC) onde basta a simples exposição do consumidor às práticas comerciais ou à disciplina contratual.

Contudo é necessário que este consumidor atingido seja o destinatário final para que seja amparado pelo CDC, conforme leciona Tartuce⁴:

“[...] fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pelo CDC, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo”.

É a hipótese em que o fornecedor veicula publicidade enganosa. Neste caso não se faz necessário que o consumidor adquira o produto ou serviço ou tenha danos efetivos, bastando, tão somente, que haja a veiculação da publicidade enganosa para a configuração da relação de consumo e a consequente aplicação das penalidades previstas no CDC.

2.2 Produto

É o fruto de uma produção, de algo que foi produzido para entrar no mercado de consumo. Neste conceito incluem-se bens, serviços, facilidades, instituições,

²Artigo 2º do CDC.

³GIANCOL, Brunno Pandori; ARAUJO, Júnior Marco Antonio. Elementos subjetivos da relação jurídica de Consumo: o consumidor: Definição legal de consumidor. In: Direito do consumidor: Difusos e Coletivos. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 31-32.

⁴TARTUCE, Flávio; NEVES Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito do consumidor: Direito material e processual. In: Os elementos subjetivos da relação de consumo. 3. ed. - Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2014, P. 81-82.

conceitos ou ideias que sejam promovidos pela publicidade. Quanto às suas características podem ser: produtos móveis ou imóveis, materiais ou imateriais, duráveis ou não duráveis.

Ao nuncio é uma modalidade de publicidade realizada em espaço ou tempo paga pelo anunciante com intuito de levar ao conhecimento do público um fato, um produto ou serviço, seja por qual for o meio que a veicule. Embalagens, rótulos, folhetos e material de ponto-de-venda são, para esse efeito, formas de publicidade. O consumidor deve compreender que está diante de um anúncio publicitário.

A agência de publicidade receberá do anunciante um conjunto de dados também conhecido como briefing para se orientar na elaboração do processo de planejamento de uma campanha publicitária. A campanha publicitária integra o contrato que vier a ser celebrado e obriga o anunciante a cumprir a oferta que a fizer veicular ou dela se utilizar. Trata-se do Princípio da vinculação contratual da publicidade, elencado nos artigos. 30 e 35 do Código de Defesa do Consumidor.

2.3. Publicidade

Na seara consumerista, publicidade nada mais é que toda informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover incitamento de massas junto à aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado.

É considerada a principal ferramenta para o capitalismo, por se tratar de um método mais eficaz e lucrativo para atingir os consumidores. Urge assim a necessidade do direito discipliná-la com intuito de proteger os consumidores das chamadas publicidades ilícitas, mais especificamente da publicidade enganosa, que se caracteriza a técnica mais utilizada pelos fornecedores na publicidade ilícita.

2.4 Diferenças entre informação e publicidade

Para que uma informação se configure como publicidade, é necessário que haja a informação com objetivo de incentivar o consumidor a compra produtos ou adquirir serviços. Porém para que o consumidor seja atingido pelo o anunciante é essencial que haja a difusão dessa informação. A difusão é elemento finalístico essencial para a configuração da publicidade.

Essa modalidade de publicidade será enganosa quando se puder compará-la ao produto ou serviço real, concreto, da forma como ele se apresenta, para que serve, como é utilizado etc., e na comparação se puder identificar divergência que haja sido capaz de fazer com que o consumidor tenha adquirido o produto ou o serviço. É a chamada Informação “distorcida”.

Tal ordenamento permite que o consumidor rescinda o contrato e pleiteie perdas e danos. Acerca de “perdas e danos”, observa Rizzatto Nunes⁵:

(...) é expressão que há de ser entendida como danos materiais (emergentes e lucros cessantes) e morais. As perdas e danos garantidos no inciso III do art. 35 não nascem nem de defeito típico (hipótese dos arts. 12 a 14) nem do defeito decorrente do não saneamento do vício (casos do inciso II do § 1º do art. 18, do inciso IV do art. 19 e do inciso II do art. 20).

Quando se tratar de um contrato, o consumidor poderá optar também por rescindi-lo junto ao fornecedor com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

3. O CONTROLE DA PUBLICIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A proteção do consumidor tem início antes mesmo da realização do contrato de consumo, inicia-se na expectativa de consumo que é despertada por meio das técnicas de estimulação do consumo. A relação de consumo não é apenas a contratual.

Como a mais importante dessas técnicas, a publicidade, recebeu especial atenção no código. Falar em controle da publicidade é falar em controle da mensagem publicitária em seu conteúdo, ou seja, do anúncio em si em qualquer que seja a forma utilizada para veiculá-la.

Por se tratar de um instrumento de dominação e estipulação de comportamento em massa como nenhum outro, a publicidade recebeu especial atenção do código no que se refere ao controle de seu conteúdo na comunicação. Seu controle se dá na mensagem publicitária, ou seja, no conteúdo da comunicação,

⁵NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 497-498.

independentemente dos meios utilizados para veiculá-la. O Código de Defesa do Consumidor protegerá o polo mais vulnerável (consumidor) da relação, além, também, de punir os fornecedores do anúncio.

Das sanções aplicadas segundo o artigo 56 do CDC, a mais comum e a mais branda em caso de violação dos direitos do consumidor é a de multa.

A forma de intervenção mais severa é aquela que faz cessar a veiculação da mensagem e interrompe a comunicação do anunciante com o seu público-alvo. Quando necessário e com alguma frequência, o CONAR lança mão da medida liminar de sustação.

4. CONSUMIDOR E O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE

O consumidor, que é fonte de lucro do mercado de consumo, é legalmente considerado vulnerável diante da indústria cultural que constantemente o seduz ao ato de consumo. Reconhecer no mercado de consumo a vulnerabilidade do consumidor é reconhecer que ele representa o elo fraco da relação de consumo especialmente pelo fato de que ele está afastado de todo o processo produtivo e com isso não tem acesso às informações que gera os produtos e os serviços. Esse afastamento o torna vulnerável.

Importante observar que a lei pressupõe a vulnerabilidade do consumidor pessoa física. Já a pessoa jurídica deve provar sua vulnerabilidade a ser demonstrada em situação concreta da relação existente entre fornecedor e consumidor.

4.1. Vulnerabilidade técnica

A falta de conhecimento específico do consumidor sobre que está adquirindo faz com que a confiança na boa-fé da outra parte seja sua única base ao adquirir o produto e/ou serviços podendo, portanto, ser mais facilmente iludido no momento da contratação.

Para alguns juristas, a vulnerabilidade técnica está ligada aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. Tal situação é muito comum, por exemplo, em se tratando de telefonia.

4.2. Vulnerabilidade jurídica ou científica

Refere-se à falta de conhecimentos jurídicos ou de outros pertinentes à relação, como economia, contabilidade e matemática financeira na relação de consumo. Materializa-se nas dificuldades que o consumidor enfrenta na luta pela defesa de seus direitos, quer na esfera administrativa ou judicial.

4.3. Vulnerabilidade fática ou econômica

Trata-se da imposição da posição de superioridade do parceiro contratual numa relação contratual em decorrência do grande poderio econômico deste último, seja pela sua posição de monopólio, ou em razão da essencialidade do serviço que presta. Sobre este prisma afirma Rizzatto Nunes⁶:

(...) diz respeito à maior capacidade econômica que, por via de regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor. É fato que haverá consumidores individuais com boa capacidade econômica e às vezes até superior à de pequenos fornecedores. Mas essa é a exceção da regra geral.

4.4. Publicidade enganosa

O artigo 67, cominado com o artigo 37 do CDC pune com uma pena de detenção de três meses a um ano mais multa o ato de “Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva”. É assim qualificado como crime comissivo, instantâneo, de mera conduta, de perigo abstrato e próprio, sendo cometido com dolo direto (“saber”) e dolo eventual (“dever saber”)⁷.

4.5. Publicidade enganosa omissiva

É aquela que induz o consumidor em erro pela falta um dado essencial para o consumidor. Informações essas que se fosse dada ao consumidor para aquela

⁶Op. Cit. NUNES, 2012, p. 178-179.

⁷CAPEZ, Fernando; COLNAGO Rodrigo. Direito do consumidor II. In: *Direito penal do consumidor*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 73.

relação de consumo que levaria o consumidor a agir de forma diferente.

Nela o anunciante deixa de afirmar algo relevante e que, por isso mesmo, isto é, deixa de dizer algo que é. O consumidor é induzido a erro ao comprar um produto cujas características verdadeiras desconhece.

4.6. Publicidade enganosa comissiva

Decorre de uma informação positiva daquilo que não é que não corresponde à realidade do produto ou serviço. Trata-se de uma ação mal-intencionada do fornecedor. O que a diferencia da enganabilidade omissiva onde temos a ausência de ação. O consumidor é induzido a erro quando compra um produto baseado numa publicidade falsa.

5. PROPAGANDA ABUSIVA

O Código de Defesa do Consumidor em seu art. 37, § 2º assim classifica como propaganda abusiva:

É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite a violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

5.1. Princípio da não abusividade da publicidade

A abusividade da publicidade concretiza-se quando o estabelecimento comercial abusa dos direitos do cliente, induzindo-o a consumir determinado produto, usando de violência, medo e outras formas de persuasão dispensa a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua configuração. A propaganda enganosa tem aptidão a induzir em erro o consumidor muitas vezes fragilizado.

5.2. Princípio da veracidade da publicidade

Pelo Princípio da veracidade da publicidade, qualquer dúvida ou alegação sobre a engenhosidade ou abusividade do anúncio, caberá ao fornecedor-anunciante o ônus da prova da veracidade e correção da informação e/ou comunicação publicitária como assim determina o artigo 38 do CDC: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

No caso de inobservância das especificações do briefing pela agência contratada, o anunciante pode responsabilizá-los.

Em contrapartida, o consumidor pode exigir do fornecedor o cumprimento do conteúdo da comunicação publicitária. É uma regra explícita no artigo 30 do CDC e por tal motivo o consumidor pode exigir do fornecedor o cumprimento do conteúdo da comunicação publicitária sem qualquer justificativa ou fundamento para se valer das opções aqui previstas. Basta a manifestação da vontade⁸.

É defeso ao fornecedor se recusar a cumprir a oferta, apresentação e/ou publicidade. Por tal motivo, o consumidor poderá:

Exigir o cumprimento forçado da oferta. O fornecedor é obrigado a cumprir rigorosamente o que é prometido. Por isso, mensagem transmitida pelo anúncio publicitário precisa ser fiel às características daquilo que é ofertado. Dessa maneira, o consumidor tem o direito de exigir que o fornecedor cumpra a oferta de acordo com a informação divulgada por meio da publicidade.

Lamentavelmente, com a cultura de desrespeito ao consumidor fatalmente o cumprimento de tal exigência levará ao processo judicial para a execução específica da oferta não adimplida.

Para Rizzatto Nunes⁹, o erro como escusa do cumprimento da oferta, só deve ser aceito se a própria mensagem deixar o erro patente, pois, caso contrário, afirma ele, o fornecedor sempre poderia alegar que agiu em erro para negar-se a cumprir a oferta.

No entanto, sobre o princípio da boa-fé objetiva, um erro crasso justifica o descumprimento da oferta pelo lojista. Cabe ao fornecedor análise entre o preço normal do produto e aquele informado por engano ao consumidor.

⁸Idem. NUNES, 2012, p. 497.

⁹Idem. NUNES, 2012, p. 470.

No caso em que o fornecedor se recusa a dar cumprimento a oferta, mas apresenta uma saída oferecendo outro produto ou serviço no lugar do ofertado. O consumidor poderá aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente independente da norma.

Destaque-se que a norma não estabelece limite ao meio de comunicação no qual a mensagem será transmitida. Quando se diz¹⁰ toda e “qualquer forma ou meio de comunicação” inclui-se televisão, rádio, cinema, jornal, revista, mala direta, folheto, cartaz, outdoor, telemarketing etc.

Ainda seguindo o raciocínio de Rizzatto Nunes, inclui-se que a mera apresentação do produto na vitrina, na prateleira, no balcão etc. já se caracteriza como oferta.

5.3. Publicidade dirigida às crianças

Se “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente a identifique como tal”, a criança não tem condições de entender as mensagens publicitárias que lhes são dirigidas, por não conseguirem compreender o caráter persuasivo da publicidade. É natural a criança misturar fantasia com realidade. Logo, a publicidade não pode por sua vez se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança, sob pena de ser considerada abusiva e, portanto, ilegal.

Isto posto toda e qualquer publicidade direcionada diretamente ao público infantil será sempre carregada de abusividade e ilegalidade, uma vez que será beneficiada por sua deficiência de julgamento e experiência.

Toda publicidade que incentive a criança ou adolescente a consumir é considerada abusiva¹¹.

Art. 2º Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço (...).

¹⁰Idem. NUNES, 2012, 469.

¹¹RESOLUÇÃO Nº 163, DE 13 DE MARÇO DE 2014.

5.4. Venda casada

Compra casada ou venda casada é exigência da compra de outro produto do mesmo fornecedor na compra daquele que se deseja.

O Código de Defesa do Consumidor protege a liberdade de escolha do consumidor quanto ao que ele deseja consumir bem como à quantidade. Não é permitido que se faça qualquer tipo de violação a este direito constituindo tal prática infrativa.

Considerada um crime contra a ordem econômica e contra as relações de consumo, a “venda casada” caracteriza-se pela vinculação obrigatória ou imposição a limites quantitativos, uma prática abusiva, vedada pelo artigo 39, I, do Código de Defesa do Consumidor

5.5. Publicidade comparativa

Publicidade comparativa é um elemento da técnica promocional em que o anúncio tenta mostrar a superioridade de seu produto ou serviço na relação com o de seu(s) concorrente(s). Tal técnica é aceita desde que respeite os seguintes princípios e limites conforme regula o Artigo 32 do CONAR:

- a) o fim da comparação deve ser o esclarecimento e/ou a defesa do consumidor (art. 32, a);
- b) a comparação deve ser feita de forma objetiva, evitando o uso de alusões de caráter subjetivo, e deve ser passível de comprovação (art. 32, b e c);
- c) os modelos a serem comparados devem ter sido produzidos no mesmo ano. A comparação entre modelos de épocas diferentes só é possível se pretender demonstrar evolução, que deve ficar claramente caracterizada (art. 32, d);
- d) não se pode estabelecer confusão entre produtos, serviços e marcas concorrentes (art. 32, e);
- e) não se pode caracterizar concorrência desleal nem denegrir a imagem do produto, serviço ou marca concorrente (art. 32, f);
- f) não se pode utilizar injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros (art. 32, g);
- g) se se tratar de comparação entre produto ou serviço cujo preço seja de desigual nível, tal circunstância deve ser claramente indicada (art. 32, h)¹².

¹²Idem. NUNES, 2012, p. 516.

6. CONCORRÊNCIA EM SEUS ASPECTOS GERAIS

O processo de concorrência se faz por dois fortes elementos: qualidade e preço. A livre concorrência é uma garantia ao consumidor e ao mercado consumo de produtos e serviços melhores que os de seu concorrente. A exploração da produção e de oferta de produtos e serviços com melhores qualidade e preço possíveis é a meta. Contudo, o princípio da livre iniciativa encontra limitação no abuso do poder econômico. A livre concorrência e a livre iniciativa estão amparadas na nossa Carta Magna, *verbis*: Art. 170. *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, [...]*.

A repressão à concorrência desleal e à dominação do mercado de consumo é um dos meios de proteção ao consumidor. A concorrência passa a ser nociva quando se torna desleal¹³ envolvendo práticas competitivas desonestas de cunho industrial ou comercial de um agente em relação ao seu concorrente no mesmo segmento produtivo.

Os efeitos da prática de concorrência desleal são: Causar confusão- no caso de produtos com embalagens semelhantes. Induzir ao erro- produto com rótulo adulterado. Tirar vantagem das realizações de terceiro (parasitismo)- é o caso dos chamados “produtos piratas” ou ainda das propagandas comparativas onde há deslealdade ou abusividade do poder econômico, infringindo a ordem econômica.

7. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PUBLICIDADE

7.1. Princípio da identificação da publicidade

Ao veicular a publicidade de seus produtos e serviços com objetivo comercial, o fornecedor deve fazê-lo de modo claro, inteligível, de forma que o consumidor compreenda que está diante de um anúncio publicitário. (art.36, caput).

A falta de identificação coloca em risco não apenas o consumidor que pode estar sendo enganado como também pode ocultar importantes regras como, por exemplo, de restrições ao uso de alguns produtos.

¹³BRASIL. LEI Nº 9.279, DE 14 DE MAIO DE 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>. Acesso em 1º nov. 2014.

Segundo a CONAR, uma exceção a esta regra está o “teaser”, assim entendida como a mensagem que visa a criar expectativa ou curiosidade no público, que poderá prescindir da identificação do anunciante, do produto ou do serviço¹⁴. Na sequência da campanha o assunto é esclarecido. Como exemplo podemos citar um outdoor com a foto do vulto de um carro e nela escrito “ele está chegando!”.

7.2. Princípio da não abusividade da publicidade

Nas palavras de Rizzatto Nunes¹⁵: “[...]Pode-se definir o abuso do direito como o resultado do excesso de exercício de um direito, capaz de causar dano a outrem. Ou, em outras palavras, o abuso do direito se caracteriza pelo uso irregular e desviante do direito em seu exercício, por parte do titular.”. O mesmo autor supracitado assevera que:¹⁶ “[...] A legislação brasileira, adotando a doutrina do abuso do direito, acabou por regular uma série de ações e condutas que outrora eram tidas como meras práticas abusivas, tornando-as ilícitas”.

A abusividade da publicidade concretiza-se quando o estabelecimento comercial abusa dos direitos do cliente, induzindo o consumidor, muitas vezes fragilizado, a consumir determinado produto, usando de violência, medo e outras formas de persuasão dispensa a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua configuração. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes¹⁷.

Publicidade é um direito do fornecedor que, ao ser exercido, deve atender aos princípios da transparência e da veracidade da publicidade, sob pena de sanção.

Independente de culpa, a empresa que veicula anúncio publicitário, seja ela rádio, televisão, ou outros, é solidariamente responsável pelo pagamento de indenização a consumidor lesado por empresa que, anunciando seu produto, efetua propaganda enganosa por não agir com a devida diligência.

É o que está disposto no parágrafo único do artigo 7º e ainda, no artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor:

¹⁴Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária Código e Anexos - CONAR Artigo 9º, § 2º.

¹⁵Nunes, Luis Antonio Rizzatto Curso de direito do consumidor- página 188 / Rizzatto Nunes. - 7. ed. rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2012

¹⁶Ibid., mesma página.

¹⁷BRASIL. LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.Código Civil Art. 187. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm> Acesso em jan de 2015.

Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

Segundo o CDC, cabe a quem patrocina o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária. E o Princípio da inversão do ônus da prova da publicidade apresenta-se fundamentado no art. 5º da CF:

Todos somos 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 segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

A inversão do ônus da prova no Direito do consumidor é *open juris*. Contudo na publicidade a inversão é *open legis*, ou seja, tem força de lei, cabendo a quem a patrocina. Tal princípio básico para a facilitação da defesa do consumidor em juízo, cabendo ao fornecedor demonstrar que sua publicidade foi veiculada dentro dos princípios expostos. (art. 38) cominado com o art.36 do CDC.

Acerca deste tema destaca Cavalieri¹⁸:

Dispõe o § 3º do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor: “O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar (...) (grifamos).

No mesmo sentido o § 3º do art. 14: “O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar [...]” (grifamos). Temos aí, indubitavelmente, uma inversão do ônus da prova quanto ao nexo causal, porquanto, em face da prova da primeira aparência, caberá ao fornecedor provar que o defeito inexistente, ou a ocorrência de qualquer outra causa de exclusão de responsabilidade”.

¹⁸CAVALIERI Sergio Filho. A responsabilidade civil nas relações de consumo. Disponível em <<http://www.sergiocavaliere.com.br/bio.php>>. Acesso em 1º dez. 2014

Entende o renomado jurista que seja a correta a posição do Código, visto que se para a vítima é praticamente impossível produzir prova técnica ou científica do defeito, para o fornecedor isso é perfeitamente possível, ou pelo menos muito mais fácil. Ele que fabricou o produto, ele que tem o completo domínio do processo produtivo, tem também condições de provar que o seu produto não tem defeito. O que não se pode é transferir esse ônus para o consumidor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término da referida pesquisa, percebemos que a prática da publicidade comercial é de relevante importância no mercado de consumo, sendo tida como uma das principais ferramentas do processo de divulgação e colocação no mercado de produtos e serviços.

É através da publicidade, esteja ela num anúncio de TV ou simplesmente num rótulo de um produto, que o consumidor poderá deliberar-se deseja ou não adquirir certos bens ou produtos. Também é através dela que o fornecedor exerce seu direito de anunciar seu produto. É um direito e não uma obrigação. Contudo, a partir do momento em que o fornecedor opta por tal instrumento, deverá ser fiel às características de seu produto ou serviço.

O consumidor vem desenvolvendo um poder de compra que antes só era possível às classes mais abastardas. O mercado de consumo atento a esse fenômeno explora a ideia de que comprar traz status e felicidade criando-se a imagem de que consumir é sinônimo de bem-estar.

É neste contexto que a necessidade da regulamentação da publicidade se faz amplamente presente, como um importante mecanismo de equilíbrio e proteção ao consumidor que é comprovada e acertadamente tida pelo nosso ordenamento jurídico como a parte vulnerável nessa relação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acessado em 05 jan. 2015.

_____. **LEI Nº 9.279, DE 14 DE MAIO DE 1996**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>. Acessado em 05 jan. 2015.

_____. **LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.** Código Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>. Acessado em 06 jan. 2015.

GIANCOL Brunno Pandori; ARAUJO Júnior Marco Antonio. Elementos subjetivos da relação jurídica de Consumo: o consumidor: definição legal de consumidor. *In: difusos e Coletivos DIREITO DO CONSUMIDOR.* 3. ed. Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES, Rizzatto **Curso de direito do consumidor.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Rizzatto. **O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial.** São Paulo: Saraiva, 2010.

REVISTA JURÍDICA CONSULEX. Brasília: Editora Consulex, Quinzenal- ISSN 1519-8065.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito do consumidor: direito material e processual. *In: Os elementos subjetivos da relação de consumo,* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2014.

Artigo recebido em: 30.11.2014

Revisado em: 5.12.2014

Aprovado em: 20.12.2014

EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - EIRELI: QUESTÕES CONTROVERTIDAS NA ERA CONTEMPORÂNEA

INDIVIDUAL COMPANY - EIRELI: ISSUES IN CONTEMPORARY ERA

Lúcio Barreira Aguiar Paiva¹

Especialista em Direito Corporativo

Instituições de Ensino Sete de Setembro - Fortaleza (CE) - Brasil

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo mostrar as inovações e críticas relativas à criação da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI, com supedâneo na Lei nº 12.441/11. Historicamente, este novo instituto é respaldado pela preocupação na limitação do risco voltado ao empreendedorismo, trazendo consigo também um escopo facilitador no cenário que o pequeno empreendedor encontra-se inserido, bem como busca ainda abolir a sociedade limitada de “fachada” criada até então. Deve-se considerar que o advento do empresário individual de responsabilidade limitada poderá alavancar consideravelmente a formalização de empreendedores, produzindo, por conseguinte, reflexos no nicho econômico, de modo geral, inclusive na arrecadação tributária.

Palavras-chave: Lei nº 12.441/2011. EIRELI. Responsabilidade limitada. Controvérsias.

ABSTRACT: This paper aims to show the innovations and criticisms concerning the creation the Individual Limited Liability Company (EIRELI) with footstool in Law no 12.441/11. Historically, this new institute is supported by the concern in limiting the risk facing entrepreneurship, also bringing along a facilitator scope in setting the small entrepreneur is inserted, and also seeks to abolish the limited

¹Graduado em Direito e Pós Graduado em Direito Cooperativo pelo LLM das Instituições de Ensino Sete de Setembro - Pro-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa/Programa de Pós-graduação Lato Sensu em Direito em parceria com o Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - IBMEC - realizado nas dependências da primeira parceira, em Fortaleza, no Ceará. O artigo insere-se na Linha de Editorial da Revista: Sociedade, Empresa e Sustentabilidade. E-mail: lucioabarreira@luciopaiva.adv.br.

partnership “facade” created so far. Furthermore, the creation of limited liability individual entrepreneur can greatly leverage the formalization of entrepreneurs, producing therefore reflected in the economic niche in general, including in tax collection.

Keywords: Law 12.441/2011. EIRELI. Limited liability. Issues.

INTRODUÇÃO

A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI foi introduzida no ordenamento brasileiro pela Lei nº 12.441/2011, que modificou o art.980-A, e o art.44, Inciso IV, do Código Civil Brasileiro.

Inicialmente, antes de tratar da EIRELI, faz-se necessário salientar que antes desta lei em comento, para desenvolver uma atividade empresarial, o empresário só podia optar por ser um empresário individual, ou então se tornar sócio em uma sociedade pluripessoal.

A pessoa natural, a pessoa física, aquele que sozinho, sem qualquer sócio, organiza e inicia uma atividade empresarial, é chamado de empresário individual. É necessário salientar que o Empresário Individual possui responsabilidade ilimitada, ou seja, a pessoa natural responde com seu patrimônio pelas dívidas contraídas pela atividade empresarial, podendo ser alvo de penhora, ou gravame de qualquer natureza para satisfazer garantias creditícias advindas de obrigações da empresa.

Nesse contexto, quando havia o interesse específico de uma maior proteção patrimonial, teria que ser constituída uma sociedade. De forma geral, era criada uma sociedade limitada ilusória. Note-se que uma grande quantidade de sociedades por quotas de responsabilidade limitada eram constituídas objetivando a mitigação da responsabilidade empresária frente o capital social.

Esse procedimento dá azo a uma burocracia exagerada, sem falar nos altos custos administrativos, e nas desnecessárias pendengas judiciais, que nascem da disputa entre sócios minoritários da empresa, principalmente, quando se tratar de micro, pequenas e médias empresas.

Em outra vertente, pode-se dizer que a formalização do empresário individual de responsabilidade limitada poderá trazer incentivos para que um número considerável de empreendedores saia da marginalização e oficialize seu empre-

endimento, produzindo, por tabela, consequências econômicas, de modo geral, tal como na arrecadação de impostos. O que se observa com o advento da Lei nº. 12.441/2011 é o atendimento de uma necessidade há muito latente no Direito Empresarial, a saber, o instituto da EIRELI.

O objetivo geral desse trabalho é trazer maior afinidade aos leitores abordando as inovações, diante de aspectos positivos e negativos, acerca deste novo advento criado.

Como objetivos específicos, o trabalho abordará os aspectos gerais da nova lei 12.441/2011, no tocante à unipessoalidade da EIRELI e o Empresário individual, a responsabilidade e natureza jurídica de cada instituto; apontando também seus benefícios no que tange a separação patrimonial, o enquadramento da Empresa Individual como Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, e a possibilidade de criação por outras Pessoas Jurídicas; bem como apontar algumas críticas apresentadas, seja no tocante à nomenclatura, seja da restrição estabelecida no capital social, ou ainda da denominação social.

Esse trabalho justifica-se por ser um assunto ainda polêmico no meio empresarial, com algumas arestas ainda a serem aparadas, que poderão ser esclarecidas e analisadas pormenorizadamente nesse trabalho, servindo de subsídio para outros trabalhos e/ou pesquisas.

Partindo de aspectos de direito societário e constitucional, esse trabalho se propõe a responder as seguintes problemáticas: analisar a natureza jurídica da EIRELI; fazer um comparativo entre a EIRELI e as demais formas de empresa existente no ordenamento brasileiro; verificar, sob o ponto de vista constitucional, a vinculação do salário mínimo ao capital social na EIRELI e a questão da livre concorrência, já que alguns entendem como exacerbado esse valor, que é de pelo menos, 100 (cem) salários mínimos.

Encerra-se o assunto com suas conclusões em termos do alcance da proposta inicial, suas limitações, principais achados e sugestões de melhorias para estudos vindouros que possam vir a ser construídos em caráter complementar a este.

1. ASPECTOS GERAIS DA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

Desenvolver uma atividade empresarial significa para muitos, a independência financeira e a melhoria nas condições de vida. No entanto, é preciso ter em

mente que a atividade empresarial, seja qual for o ramo a ser explorado, além de fomentar a economia, também pode representar sérios riscos financeiros para os envolvidos, se não for exercida com critérios e atenção aos ditames legais e de mercado.

Tanto a atividade empresarial em sociedade quanto a exercida por empresário individual está sujeita a disposições da lei e, portanto, são sujeitos de direitos e obrigações, estando, inclusive, obrigadas através de seu patrimônio pessoal diante das dívidas porventura assumidas pela empresa em função de sua atividade, como acontece com a empresa individual.

Assim procurando dirimir esse aspecto e encontrar caminhos que viabilizem a atividade empresarial com o menor risco possível, sendo atrativas e rentáveis, surgiu a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI. Nesse aspecto, Neves (2013, p. 215) explicam que diversos países já aceitaram, de forma pacífica em seus ordenamentos, a constituição de empresas unipessoais com responsabilidade limitada. Em termos de Brasil, esse tipo de sociedade não havia sido ainda aceito juridicamente.

No cenário brasileiro, a responsabilidade para com os credores alcança o patrimônio da pessoa física responsável pela empresa, muito embora, o que se verificar é a utilização fraudulenta de artimanhas para proteger esse patrimônio, como a transmissão do mesmo a terceiros, episódio cada vez mais comum e de difícil combate na seara judiciária.

Esse tipo de procedimento sempre suscitou fraudes, como ocorre com a omissão de patrimônio do empresário individual. Isso se dá, geralmente, com a transferência de bens para terceiros, ou a constituição de uma sociedade empresária enganosa, onde um sócio majoritário responde pela maior parte da sociedade, e os demais por uma parcela insignificante da mesma (NEVES, 2013, p. 215).

O contraponto então se encontrava em permitir a criação da EIRELI, e ao mesmo tempo, rechaçar a prática fraudulenta com a ocultação dos bens do empresário para que não servissem de objeto do crédito da empresa. Esse descompasso também foi um das explicações pelas quais a EIRELI tardou a se tornar uma realidade no Brasil.

Nesse diapasão, apesar do apelo da classe empresária, a doutrina e a jurisprudência mostravam-se reticentes quanto a viabilizar a criação de um tipo de pessoa jurídica unipessoal cujo patrimônio do responsável não fosse alcançado para satisfazer os credores, pois, no discernimento de muitos estudiosos, esse tipo de

empresa só aumentaria o percentual de fraudes contra credores. Alguns chegam a cogitar que a constituição de uma sociedade de caráter unipessoal, com responsabilidade limitada, na maioria das vezes, tem como objetivo, a fraude contra credores (FERREIRA, 2013, p. 34).

Mesmo diante de todas essas controvérsias, foi editado um diploma legal permitindo a atividade empresarial individual, no caso, a Lei nº 12.441/2011. Sobre esse aspecto, far-se-á uma análise mais aprofundada no capítulo que se inicia.

2. HISTÓRICO DA CRIAÇÃO DA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

Diante dos percalços já relatados anteriormente, e visando a sustentabilidade das empresas no cenário econômico brasileiro, surgiu a necessidade de se editar uma lei que ajudasse a manter a atividade empresarial viável ao mesmo tempo em que garantisse de forma mais efetiva aos credores, a satisfação de seus créditos.

Assim, no início da década de 1980, a ideia embrionária da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), começou a tomar corpo no âmbito legislativo suscitando discussões sobre o assunto como meta do Programa Brasileiro de Desburocratização, promovido pelo Governo Federal, sob a égide do então Ministro Hélio Beltrão (BITTENCOURT, 2013, p. 132)

A época era de mudanças, inovações, além da abertura política e democrática. O país vivia numa efervescência de debates para melhorias em todos os setores sociais, principalmente, no aspecto econômico, com o objetivo de alavancar o desenvolvimento deixado para trás nos anos em que reinou a ditadura e o autoritarismo.

A discussão em torno da demanda não surtiu os efeitos desejados nesse período e em meados da década de 1990, o assunto novamente veio à tona com o advento do Programa Federal de Desregulamentação, visando o incremento na atividade empresária individual e uma maior proteção do patrimônio de seu responsável, como já ocorria em outros países como França, Espanha, Portugal, Itália, Bélgica, Alemanha, Reino Unido, Dinamarca e Chile (BITTENCOURT, 2013, p. 132).

Como se pode observar, esse era um dos principais anseios da classe empresária: um tipo de empresa que não colocasse em risco o patrimônio pessoal de

seus responsáveis, e ao mesmo tempo fosse economicamente viável e saudável do ponto de vista comercial.

Nesse contexto histórico, o anteprojeto da lei das sociedades limitada já mencionava a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, mas foi abandonado tendo em vista a compilação da lei que instituiu o novo Código Civil brasileiro, no ano de 2002 (BITTENCOURT, 2013, p. 132).

Até a data da entrada em vigor da Lei nº 12.441, o que se deu em 11 de julho de 2011, a matéria era então disciplinada pelo Código Civil de 2002, através de seus arts. 981 e 1.033.

Percebe-se, portanto, que o art.981 do CC/2002, se reporta a sociedade de pessoas que se obrigam reciprocamente a contribuir para o capital social da empresa, dividindo também os lucros advindos da atividade desempenhada.

Já o art.1.033 do CC/2002, determina expressamente que a sociedade deve ser extinta compulsoriamente se em 180 (cento e oitenta dias) não houver pluralidade de sócios. Dessa forma, o ordenamento vigente até o ano de 2011 não permitia o existência de uma sociedade composta por uma pessoa apenas, exigindo, para tanto, a pluralidade de sócios.

Somente no ano de 2011 foi finalmente sancionada a Lei nº 12.441, instituindo a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) no contexto legislativo nacional, colocando à disposição dos interessados mais um modelo empresarial cujas peculiaridades serão a seguir dissecadas para o bom andamento desse estudo.

3. NATUREZA JURÍDICA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

Analisar a natureza jurídica da EIRELI não é tarefa das mais fáceis, haja vista a grande controvérsia doutrinária em torno do assunto, mesmo após já passados alguns anos desde sua edição.

Logo após a entrada em vigor da Lei da EIRELI, no ano de 2011, iniciaram-se os debates sobre a sua natureza jurídica, suscitando entendimento divergente entre os juristas. Uns afirmam ter a EIRELI natureza jurídica de pessoa natural na qualidade de empresária, enquanto outros afirmam se tratar de um tipo de sociedade.

Coelho (2012, p. 43-44) explica que o instituto da EIRELI não é nada mais, nada menos, que uma sociedade empresarial limitada e unipessoal, constituída,

portanto, por um único sócio. Para o autor, o único sócio da EIRELI não é um empresário. A empresa é a própria pessoa jurídica em se falando da EIRELI, que tem o poder de contratar, demitir, solicitar crédito, requerer a recuperação judicial ou a falência decretada.

Sob esse enfoque, não se deve tratar o sócio unipessoal de uma EIRELI como empresário, cabendo essa nomenclatura à própria pessoa jurídica da EIRELI, como se personificasse essa qualificação, sendo essa pessoa jurídica responsável por todos os atos da empresa.

Sobre esse aspecto, Bittencourt (2013, p. 137) esclarece que a Empresa Individual de Responsabilidade limitada passa a ter natureza jurídica, com capacidade, direitos e deveres diferentes de seu constituinte. Isso significa que estando a EIRELI constituída na Junta Comercial, é a empresa quem vai ser a titular da atividade empresarial e absorver o risco dessa atividade, e não a pessoa que a constituiu.

Colaborando com a lição acima, tem-se que a dicção do art.44 do CC, modificado pela Lei nº 12.441/2011, classifica a EIRELI como pessoa jurídica, em conjunto com as sociedades, as associações, as organizações religiosas, as fundações, e os partidos políticos. Portanto, tais empresas possuem capacidade suficiente enquanto titular de direitos e obrigações, isentando o sócio unipessoal desse encargo.

Nesse compasso, Neves (2011, p. 226), analisa a natureza jurídica da EIRELI, afirmando que esse tipo de empresa contrariou os conceitos antes concebidos sobre pessoa jurídica no âmbito do direito brasileiro, ao ser constituída de forma unipessoal. Entretanto, assim como o legislador a concebeu, a EIRELI é uma pessoa jurídica bastante peculiar, inovando nesse campo, mas é uma pessoa jurídica, e isso é incontestável.

Em decorrência da responsabilidade da EIRELI ser da pessoa jurídica propriamente dita, e não de seu sócio, é que se origina a limitação dessa responsabilidade, pois a figura física do único sócio não teria como responder diante dos credores, posto que nem empresário pode ser considerado.

O entendimento retro mencionado é no sentido de que a EIRELI teria um caráter permanente de sociedade unipessoal, não sendo mutável e cujas características se perpetuam enquanto a empresa estiver em atividade.

Procurando jogar luzes sobre a questão, o Conselho da Justiça Federal (CJF), aprovou os Enunciados nº 469 e 472, na V Jornada de Direito Civil, realizada em

novembro de 2011, cujo texto esclarece alguns pontos sobre a natureza jurídica de uma EIRELI. No caso do Enunciado nº 469, a EIRELI é um novo ente jurídico personificado, e não uma sociedade. Da mesma forma, o Enunciado nº 472, veda a utilização da expressão 'social' para identificar a EIRELI (XAVIER, 2013, p. 39).

Os Enunciados acima expostos, como se vê, procuram impedir que a EIRELI seja considerada sociedade, explicando a hermenêutica dos arts. 44 e 980-A do Código Civil, admitindo que com o nascedouro da Lei nº 12.441/2011, um novo ente personificou-se no mundo jurídico empresarial brasileiro, daí o motivo de tantas celeumas sobre a natureza jurídica desse instituto.

Em resumo, tem-se que a EIRELI, sendo um novo tipo de pessoa jurídica, possui natureza jurídica própria cujas características ainda não estão devidamente pacificadas entre os doutrinadores e juristas.

4. ASPECTOS ESPECIAIS: QUESTÕES CONTROVÉRTIDAS

4.1 O advento da Lei nº 12.441/2011 e a fraude contra credores

Como já se observou, a edição da Lei nº 12.441/2011, veio ao encontro do setor empresarial que a muito requeria um tipo de sociedade empresária que não atingisse o patrimônio de seu sócio, como acontecia com as demais.

Por longos anos foi-se amadurecendo a ideia da criação da IRELI, muito embora sempre eivada de críticas que enfocavam principalmente o temor pela proliferação da malsinada prática da fraude aos credores de forma desvelada, e por que não dizer, acobertada pelo manto da legalidade.

Nesse sentido, importante verificar o julgado abaixo onde o magistrado faz menção a esse tipo de prática:

SOCIEDADE COMERCIAL - RESPONSABILIDADE LIMITADA - SÓCIO-GERENTE TITULAR DE 99,2% DO CAPITAL, PERTENCENDO OS RESTANTES 0,8% A SUA MÃE E A UM CUNHADO - SOCIEDADE FICTÍCIA - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA DE BENS PARTICULARES DO SÓCIO MAJORITÁRIO - ADMISSIBILIDADE - EMBARGOS DE TERCEIRO REJEITADOS - APELAÇÃO PROVIDA. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Execução fiscal com penhora em bens do sócio-gerente. Embargos de terceiro. Sociedade fictícia, em que o sócio-gerente é dono de 99,2% do capital, sendo os restantes 0,8% de sua mãe e de um concunhado. A assertiva de que

a pessoa da sociedade não se confunde com a do sócio é um princípio jurídico básico, não um tabu, e merece ser desconsiderada quando a 'sociedade' é apenas um alter ego do seu controlador, em verdade comerciante em nome individual. Lição de Konder Comparato. Embargos de terceiro rejeitados. Apelação provida". (Apelação Cível n. 583.038.577 (reexame), julg. un. em 8/5/84, rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, in Revista dos Tribunais. vol. 592, p. 172).

Como se pode perceber, muitos empresários individuais usavam da artimanha de constituir uma sociedade apenas para proteger seu patrimônio. Ocorre que o judiciário aplicava a estes, após configurada a tentativa de fraude, a chamada desconsideração da pessoa jurídica para que seus pudessem ser penhorados por dívidas da sociedade.

Dessa forma, com o advento da EIRELI, uma vez que a pretende-se moralizar essa prática e reduzir o número de sociedades simuladas, além de fomentar o desenvolvimento através do empreendedorismo, uma vez que o empresário não responderá pelas obrigações da empresa, a não ser nos casos de fraude, quando se dará a despersonalização da pessoa jurídica.

4.2 A EIRELI, o empresário individual e a sociedade limitada: análise comparativa

Para melhor entender a características de uma EIRELI, faz-se necessário realizar um estudo comparativo entre esse instituto, o empresário individual, e a sociedade limitada, identificando as principais nuances que os diferenciam.

O ordenamento admite vários tipos de empresa, entre elas o empresário individual encontra lugar de destaque, posto que até o advento da Lei nº 12.441/2001, era um dos modelos mais procurados pelos pequenos empreendedores. Resta esclarecer que empresário individual é a pessoa natural que pratica a atividade empresarial, e respondendo com o seu patrimônio próprio. Assim, a empresa denomina-se de firma, que se forma com o nome do empresário e a designação de sua pessoa ou atividade que exerce (NEVES, 2011, p. 219).

Entende-se, pois, que a pessoa física que desenvolve uma atividade empresarial, deve ser responsabilizada pela mesma, pois a empresa em si é uma atividade empresarial e não uma pessoa jurídica propriamente dita.

De certo, o art.966 do CC, dispõe que empresário é a pessoa que pratica a

atividade econômica de forma profissional e que se organiza no sentido de exercer a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Pode-se dizer, então, que empresário é a pessoa natural que exerce a atividade empresarial em seu nome. Nesse caso específico, não se deve aplicar a responsabilidade à pessoa jurídica, no caso inexistente, mas sim à pessoa física que é o autor e sujeito da atividade empresária.

Em relação à atividade desempenhada pelo empresário individual, Coelho (2011, p. 20) elucida que estes estão fadados a desempenhar atividades marginais, como ser vendedor ambulante, por exemplo, na comercialização de produto importados, como sacoleiros, no ramo de bijuterias, alimentação, confecção, miudezas etc.

Longe de ser um modelo de empresa sem defeitos ou riscos aos sócios, Pinheiro (2011, p. 14) explica que o empresário individual sempre foi eivado de críticas doutrinárias, e isso influenciava de forma direta a constituição de sociedades empresárias, com o fito de fazer restrição à responsabilização patrimonial.

Dessa forma, a atividade do empresário individual, por contrair um risco maior diante do negócio, acabava ensejando a criação da sociedade limitada, formada apenas para se caracterizar a limitação do capital social e também patrimonial dos sócios, significando um conluio e não a somatória de aspirações em comum dos sócios em torno do êxito do negócio ou da atividade.

A sociedade limitada, por sua vez, tem características diferenciadas do empresário individual. Além de poder ter uma firma ou uma denominação como nome empresarial, na Ltda., como é chamado esse tipo de sociedade, os sócios são responsáveis pela integralização do capital social da empresa, bem como respondem solidariamente pelo capital não integralizado em face dos credores.

Nesse aspecto, a sociedade se diz limitada por que os sócios estão solidariamente obrigados até o limite do capital social firmado no contrato que deu origem à sociedade, assumindo assim o risco do negócio. Nesse escopo, o entendimento de Xavier (2013, p. 4) é no sentido de que:

Como se sabe, a atividade empresarial, ao mesmo tempo em que representa um instrumento efetivo de produção e circulação de riquezas, assumindo papel ímpar na tarefa de impulsionar a economia, também acaba por envolver riscos econômicos consideráveis àqueles que a ela se dedicam.

Aplicando-se à sociedade limitada, isso significa dizer que no caso de um dos sócios falharem com sua cota-parte de integralização perante um terceiro credor, os demais sócios poderão ter seus patrimônios alcançados até o limite do valor da cota-parte faltante, garantindo assim a satisfação do crédito e ocorrendo a despersonalização da pessoa jurídica.

Observe-se que a sociedade limitada é o tipo societário mais utilizado na economia brasileira desde que foi introduzida no ordenamento jurídico, em 1919, constituindo cerca 90% das sociedades empresárias registradas nas Juntas Comerciais. Essa enorme procura deve-se ao fato de ter a sociedade limitada a capacidade de limitar a responsabilidade dos sócios, protegendo seus bens dos passivos da empresa. (COELHO, 2011, p. 180)

Sobre a despersonalização da pessoa jurídica, o art.50 do CC/2002 determina que em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou ainda pela confusão patrimonial, o magistrado poderá decidir que as obrigações não pagas da pessoa jurídica se estendam até o patrimônio de seus sócios ou mesmo administradores. Sobre a questão a jurisprudência abaixo é esclarecedora:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESCABIMENTO. REQUISITOS NÃO COMPROVADOS. O Código Civil Brasileiro, em seu art. 50, adotou a chamada Teoria Maior da Desconsideração, exigindo, para que se possa desconsiderar a personalidade jurídica, não só a insolvência da pessoa jurídica, como, também, a prova de requisitos legais específicos. Dessa forma, tem-se que o fato de a pessoa jurídica não ter sido encontrada no endereço designado nos autos não se apresenta, de per si, como causa suficiente para que se possa desconsiderar a personalidade jurídica. **Necessário, ainda, que se comprove que a insolvência e que este estado econômico tenha decorrido de desvio de finalidade (desrespeito ao objetivo social da empresa) ou confusão patrimonial, requisitos específicos esses não demonstrados na hipótese.** NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO POR DECISÃO DO RELATOR.” (Agravo de Instrumento Nº 70049478217, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 15/06/2012)(grifo nosso).

Em meio a esse cenário, onde reinavam tanto a sociedade empresária quanto a sociedade limitada, e diante de suas discutíveis peculiaridades já analisadas

nesse trabalho, surgiu a figura da EIRELI, através da Lei nº 12.441/2011, como uma empresa individual de responsabilidade limitada, de natureza ainda indefinida e controversa, que se diferencia das demais por não permitir que o único sócio tenha seu patrimônio pessoal afetado em face dos credores da empresa, entre outras particularidades que serão estudadas no capítulo a seguir.

5. A EIRELI E SUAS PECULIARIDADES SOB O ENFOQUE DA LEI Nº 12.441/11

A Lei nº 12.441/2011 acrescentou o inciso VI ao art. 44 e o art. 980-A ao Livro II da Parte Especial do CC, alterando também o parágrafo único do art. 1.033, de modo a instituir a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada dentro do ordenamento jurídico, nas condições por ela especificadas.

No entanto, a EIRELI já nasceu tendo à frente alguns obstáculos a vencer no que diz respeito não só à sua natureza jurídica, mas também em relação à satisfação dos credores, que a partir de então, sob esse novo prisma, não podem ser beneficiados com os bens pessoais da pessoa natural que representa a sociedade unipessoal da EIRELI.

O legislador acrescentou ao rol das pessoas jurídicas a EIRELI, com características bastante peculiares. Alguns doutrinadores já de plano criticam a denominação constante na Lei nº 12.441/2011 que a denomina de empresa, sendo que, para estes, ela seria uma atividade empresária, mas distinta das já conhecidas, é bem verdade. Neves (2011, p. 226) questiona a denominação de empresa para EIRELI, com a seguinte argumentação:

Vê-se que a empresa qualifica a atividade econômica. É a empresa uma espécie de atividade econômica: a atividade econômica organizada. Então, é ela sinônimo de atividade econômica organizada, e não de pessoa. Portanto, andou mal o legislador a o denominar de empresa essa nova pessoa exploradora da atividade empresarial.

Como se percebe, a EIRELI é uma atividade econômica totalmente diferenciada da pessoa natural, e por isso mesmo não deveria ser considerada empresa, em detrimento ao entendimento do legislador que preferiu assim denominar esse tipo de atividade.

5.1 Integralização do capital

A questão da integralização do capital da EIRELI está bastante definida pela legislação. Com o advento da Lei nº 12.441/2011, e a modificação do art. 980-A, restou determinado que a EIRELI deve ser composta por uma pessoa única, que será também a única responsável pela integralização do capital social da empresa. No caso, este será no valor mínimo de 100 (cem) vezes o salário mínimo vigente no país.

Sobre esse aspecto, Coelho (2012, p. 204) explica que o capital social da EIRELI deve ser totalmente integralizado quando formalizada a empresa, afastando por completo a possibilidade de capital subscrito não integralizado. Dessa forma, os credores somente poderão demandar a responsabilidade da própria empresa até o limite de seu capital social integralizado, sendo inadmitida a responsabilização do sócio unipessoal da empresa e o alcance de seu patrimônio particular.

A propriedade da EIRELI distingue-se, pois, da propriedade de seu único sócio. Uma vez integralizado o capital social, esse valor sai automaticamente do rol de bens da pessoa natural e forma o patrimônio da empresa, através de sua vinculação, por ato formal (REQUIÃO, 2012, p.114-115)

Portanto, o capital social de uma EIRELI se reserva à garantia que ela poderá oferecer aos credores, não mais que isso.

Apenas nas hipóteses de ocorrência de desvio de finalidade e confusão patrimonial de que trata o art. 50 do CC/2002, em relação à desconsideração da personalidade jurídica, é que os bens próprios do sócio unipessoal da EIRELI poderão ser alcançados pelos credores da empresa.

5.2 Nome empresarial

É certo que toda empresa precisa de um nome empresarial que a projete no mercado, sendo através desse mesmo nome que se poderá deduzir a natureza jurídica e o tipo de atividade que ali será desempenhada.

Na Empresa Individual, por exemplo, a denominação comercial deverá ser o próprio nome da pessoa natural que a representa, sendo lícito também acrescentar uma referência ao tipo de negócio ou objeto de que trata a empresa.

Já no caso específico da EIRELI, o nome empresarial é também o nome da pessoa natural, sendo que acrescida da expressa “EIRELI” ao final, designando assim

se tratar de uma Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, formada por uma sociedade unipessoal.

Inexiste, portanto, qualquer confusão entre a denominação da Empresa Individual e a EIRELI, haja vista que a primeira exerce a atividade comercial em seu próprio nome. No caso da EIRELI, a pessoa natural de seu representante é quem explora a sua atividade. Em decorrência disso, a pessoa natural responde ilimitadamente com seus bens particulares pelas obrigações da Empresa Individual.

No caso da EIRELI, a legislação a denomina de pessoa jurídica com personalidade própria, distinta da pessoa natural. Assim, a atividade econômica é desempenhada pela pessoa jurídica constituída pela EIRELI. Esta pessoa jurídica é quem responde pelas obrigações da empresa, isentando a pessoa natural de tal ônus, por isso recebendo a nomenclatura de limitada.

5.3 Regras para sua constituição e funcionamento

Para sua constituição, a EIRELI possui uma série de exigências a serem observadas por aqueles que pretendam proceder ao seu registro.

Após a edição da Lei nº 12.441/2011, tratou-se de dar o segundo passo no sentido viabilizar o registro da EIRELI. Assim, foram publicadas pelo Departamento Nacional de Registro de Comércio (DNRC), através da Instrução Normativa nº 117, de 22 de novembro de 2011, as regras para a constituição de uma EIRELI.

Várias providências são exigidas, segundo a IN nº 117/2011 do DNRC, como:

- Requerimento devidamente assinado pelo administrador ou titular da empresa, seu procurador com poderes específicos, ou terceiro interessado (art.1.151 CC/2002).
- Ato constitutivo assinado em 3(três) vias pelo titular da empresa ou seu procurador ou, ainda, Certidão de inteiro teor do ato constitutivo, quando tiver se revestido de forma pública.
- Declaração assinada pelo(s) administrador (es) designados no ato constitutivo, de desimpedimento para o exercício de administração, se já não estiver expressa em cláusula específica(art. 1.011, § 1º, CC/2002).
- Quando o requerimento, o ato constitutivo ou a declaração referente ao item anterior tiver sido assinada por procurador, deve-se anexar original ou cópia autenticada de procuração com poderes específicos se, se tiver sido formalizada

por instrumento particular, com firma reconhecida. No caso do delegante não ser alfabetizado, a procuração deverá ser feita através de instrumento público.

- Cópia autenticada da identidade do titular, dos administradores e do signatário do requerimento.

- Aprovação de órgão governamental de forma prévia, quando exigida.

- Ficha de Cadastro Nacional.

- Fotocópia autenticada do documento de identidade do titular da empresa quando se tratar de pessoa natural residente e domiciliada no exterior, juntamente com procuração traduzida por tradutor oficializado em Junta Comercial, caso tenha sido redigida em idioma estrangeiro.

- Tratando-se de menor de 18 e maior de 16 anos emancipado, deve ser apresentado documento que comprove a emancipação, com a devida averbação no registro civil, devendo instruir o processo ou ser arquivado juntamente com o ato constitutivo.

- Guia de Recolhimento da Junta Comercial e do DARF, no Cadastro Nacional de Empresas, devidamente pagos.

A IN nº 117/2011 do DNRC, ainda elenca os elementos mínimos que devem constar do ato constitutivo da EIRELI:

- a) Título (Ato Constitutivo);
- b) preâmbulo;
- c) corpo do ato constitutivo (cláusulas obrigatórias);
- d) fecho.

Do ato constitutivo da EIRELI formada apenas por pessoa natural deverá constar, também, cláusula com a declaração de que a pessoa natural não faz parte de outra empresa (IN nº 117/2001, DNRC).

Importante observar que o ato constitutivo da EIRELI somente poderá ser arquivado quando seu capital social integralizado for no montante de, no mínimo, 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente, quando protocolado o referido registro (art. 980-A, CC/2002)

O ato constitutivo, para ser considerado perfeito e refletir seus efeitos legais, deverá constar, obrigatoriamente, os seguintes itens: nome empresarial constando a abreviatura EIRELI ao final, de acordo com o art. 980-A, §§, e art. 1.054,

CC/2002;capital social integralizado de, pelo menos, 100 (cem) vezes o salário mínimo vigente, conforme o art.980-A,CC/2002;declaração da integralização do montante do capital social, conforme o art.980-A, CC/2002; endereço da sede e possíveis filiais; declaração do objeto e prazo de duração da empresa; data de encerramento do exercício social, quando não coincidente com o ano civil; qualificação do administrador ou da pessoa natural responsável pela administração da empresa, além de seus poderes e atribuições;e declaração negativa da participação de seu titular em empresa diversa.

Após todas essas formalidades exigidas por lei, a EIRELI estará oficialmente constituída, podendo cumprir o papel que lhe foi delegada pela Lei nº 12.441/2011, no âmbito do Direito Empresarial.

5.4 Responsabilidade e autonomia patrimonial

A Lei nº 12.441/2011 gerou grande expectativa no meio empresarial e, principalmente, para aqueles que tinham interesse numa empresa individual. O motivo está claramente delineado no fato da limitação da responsabilidade do sócio único.

Diversos países já aceitavam esse tipo de empresa antes mesmo do nascedouro da EIRELI na Brasil, conforme a lição de Xavier (2013, p. 3):

A ideia de proporcionar a limitação de responsabilidade àqueles que exercem de forma unipessoal a atividade empresária já se faz presente nos diálogos jurídicos de diversos países, contando, inclusive, em muitos ordenamentos, com a sua positivação.

Como se pode ver, a globalização que tomou conta da economia e de vários setores produtivos e serviços trouxe consigo a necessidade de se erguer uma discussão acerca da atividade econômica, tornando-a acessível a todos os segmentos sociais, a exemplo do que já se via em outros países desenvolvidos.

É certo que a possibilidade de se considerar a constituição de uma empresa individual que tenha a responsabilidade limitada já se encontrava positivada no ordenamento de alguns destes países, como era o caso de Alemanha, França e Itália (XAVIER, 2013, p. 3).

Assim, indo ao encontro do que preconizava países mais desenvolvidos eco-

nomicamente, iniciou-se uma série de debates á nível nacional, no intuito de se averiguar a viabilidade de implantar esse tipo de empresa no país, onde os bens do sócio ficariam resguardados e separados, não sendo alcançados pelas obrigações da empresa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo analisar a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI, suas características, críticas e acertos, desde sua criação até os dias de hoje.

Percebeu-se ao longo do trabalho que a EIRELI, instituída pela Lei nº 12.441/2011, surgiu no direito brasileiro depois de longos anos de gestação no âmbito legislativo, embora esse modelo de empresa já tivesse guarida no direito comparado, e positivado no ordenamento de países como Alemanha, Itália e França.

Constatou-se que, com o instituto do empresário individual, muitas fraudes contra credores foram perpetuadas, posto que geralmente o que se via era um sócio majoritário que respondia por 99% do capital social da empresa, enquanto outro sócio servia como escudo, contribuindo com apenas 1% desse mesmo capital.

Dessa forma, a responsabilidade solidária pelas obrigações da empresa quando recaia sobre os sócios, invariavelmente, atingia seus bens, até o limite de sua quota-parte. No caso específico, um dos sócios arcaria com a grande maioria do ônus, restando ao outro uma parcela irrisória. Ocorre que se nenhum bem fosse encontrado no nome destes, nada poderia ser feito, e os credores amargariam o prejuízo.

Nesse contexto, a EIRELI surgiu para amenizar esse quadro de práticas fraudulentas contra credores. Sua natureza jurídica ainda é um ponto polêmico, mas pode ser considerada uma pessoa jurídica de direito privado, cujo único sócio, não responde pelas obrigações da empresa, daí porque ela seria uma empresa de responsabilidade limitada.

Percebeu-se que, dentre as muitas peculiaridades que trouxe a EIRELI para o cenário empresarial, algumas chama a atenção e são objeto de controvérsias. A questão da integralização do capital social cujo valor deve ser de, pelo menos, 100 (cem) vezes o salário mínimo vigente, é uma das particularidades polêmicas, tendo sido objeto da ADI 4.637/2011, junto ao Supremo Tribunal Federal (STF).

Nessa ADI, questionava-se o valor mínimo a ser integralizado, ao mesmo tempo em que requeria a diminuição desse valor para privilegiar a camada dos pequenos empreendedores.

No entanto, após solicitar informações, o Ministro Gilmar Mendes recebeu da Presidência da República o veredicto segundo o qual não prosperaria o pedido de Inconstitucionalidade da Lei nº 12.441/2011, no que tange ao valor do capital social a ser integralizado pela EIRELI, bem como em respeito à infringência ao art.170 da CF/88, como forma de dificultar a livre iniciativa por conta do capital social elevado.

Averiguou-se no decorrer da pesquisa que apesar de ter sido eivada de críticas e controvérsia se ter enfrentado uma Ação Direita de Inconstitucionalidade, a EIRELI ainda é uma das formas empresariais mais procuradas desde seu nascedouro, contribuindo para que a atividade econômica se torne mais atraente, através da proteção do patrimônio de seu sócio em relação ao passivo da empresa.

Conclui-se, pois, que o advento da EIRELI trouxe consigo a possibilidade de crescimento econômico para o país, gerando empregos e permitindo a diminuição da atividade econômica informal, apesar de todas as suas controvérsias.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à metodologia do trabalho científico: elaboração de trabalhos na graduação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

BITTENCOURT, Ana Paula de. Empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI): considerações gerais com enfoque na natureza jurídica do novo introduzido pela lei nº 12.441/2011. **Revista da Esmecc**, v. 20, n. 26, p. 131-150, 2013.

BOGDAN, R.; BIKLEN, S. **Investigação qualitativa em educação**. Porto: Porto Editora, 1994.

BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 9 jun. 2007.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO PÚBLICO. Instrução normativa nº 117, de

22 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.jucepa.pa.gov.br/downloads/IN_117_2011.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2014.

FERREIRA, Rafael Belitzck. **Comentários à lei da empresa individual de responsabilidade limitada (lei n. 12.441/11)**. Revista Dir. Disponível em: <<http://www.revistadir.mcampos.br/producaocientifica/artigos/rafaelbelitzckferreiracomentarioaleidaempresaindividual.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2014.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 2001.

KOCHE, José Carlos. **Fundamentos de metodologia científica: teoria da ciência e prática da pesquisa**. 2. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2001.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. A nova empresa individual de responsabilidade limitada: memórias póstumas do empresário individual. **Revista Emerj**, v. 14, n. 56, p. 226-227, out./dez. 2011.

PINHEIRO, Frederico Garcia. Empresa Individual de Sociedade Limitada. **Ordo Vocatus**, ESA-GO, v. 1, n. 1, p. 10-35, 2012.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 30 ed. vol. 1. Saraiva: São Paulo, 2011.

SARHAN JÚNIOR, Suhel. **Direito Empresarial à luz do Código Civil e da Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SIMÃO FILHO, Adalberto et al. **Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI: aspectos econômicos e legais**. São Paulo: MP Ed., 2012.

VIANNA, Ilca Oliveira de Almeida. **Metodologia do trabalho científico: um enfoque didático da produção científica**. São Paulo: EPU, 2001.

XAVIER, José Tadeu Neves. **A complexa identificação da natureza jurídica da empresa individual de responsabilidade limitada - EIRELI**. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130311095631.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2014.

Artigo recebido em: 9.12.2014

Revisado em: 13.12.2014

Aprovado em: 20.12.2014

A RACIONALIDADE LEGISLATIVA NA LEI 7.492/86: UMA ANÁLISE CRÍTICA NO ÂMBITO DOS EFEITOS E DAS GARANTIAS DOS DIREITOS HUMANOS

THE LEGISLATIVE RATIONALITY IN LAW 7.492/86: A CRITICAL ANALYSIS UNDER THE EFFECTS OF GUARANTEES AND HUMAN RIGHTS

Paolo Sampaio Peres Kury¹

Bacharel em Direito

Escola de Direito do Rio de Janeiro - Fundação Getúlio Vargas

Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

RESUMO: A lei 7.492 de 1986 é um marco normativo no que se refere à criminalidade ligada aos crimes financeiros, representando um dos diplomas mais importantes do “direito penal econômico brasileiro”. No presente estudo, nos utilizaremos do modelo de análise da racionalidade legislativa desenvolvido por Manuel Atienza, e aperfeiçoado para o campo penal por Diez Ripollés, para verificar se é possível identificar uma racionalidade legislativa por trás da elaboração normativa deste diploma ou se estamos apenas diante de uma “legislação reativa”. A abordagem metodológica é a revisão bibliográfica e a obtenção de dados secundários no direito nacional e internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes Financeiros; Racionalidade Legislativa; Teoria da Legislação. Política Legislativa Criminal.

ABSTRACT: The Law 7492 from 1986 is a regulatory framework in relation to financial crimes, representing one of the most important law of the “Brazilian economic criminal rules.” In this study, we use the model to analyze the legislative rationality developed by Manuel Atienza and optimized for criminal field by Diez Ripollés to see if you can identify a rationality legislative drafting behind the rules of this law or if we’re just on a “reactive legislation.” The methodological

¹Graduado em Direito. Pesquisador discente na FGV DIREITO RIO durante a graduação, atuando em diversos Projetos. O artigo insere-se na Linha Editorial da Revista: Direito Fundamentais e suas dimensões. Empresário e Advogado em Direito Penal. E-mail: paolokury@fgvmail.br

approach is a literature review and use of secondary data in national and international law database.

KEYWORDS: Financial Crimes; Legislative rationality; Theory of Legislation. Criminal Legal Policy.

INTRODUÇÃO

Após décadas de inércia e silêncio nos estudos jurídicos desenvolvidos no Brasil, aos poucos, algumas vozes se levantam, para lembrar a importância ao aplicador do direito de se entender não só a dogmática jurídica profundamente, mas também, compreender todo o processo que culmina na edição da norma aplicável.

No presente trabalho buscaremos retomar a discussão teórica sobre uma teoria-ciência da legislação, utilizando das metodologias de análise (do processo legislativo) desenvolvidas por Hart, Pires, Atienza e Díez Ripollés para tentar responder: há alguma racionalidade legislativa na produção normativa de nosso legislador ordinário no campo do direito penal econômico?

Discutiremos as etapas do processo legislativo, o dogma do legislador racional, a crise na lei (penal) e o paradigma da “lei e da ordem” como elementos modeladores da racionalidade penal moderna, sedenta por penas mais duras, antes de adentrarmos na análise da racionalidade propriamente dita.

Assim se faz necessário, pois é imprescindível entender o contexto de uma “racionalidade penal moderna” para entender as conclusões que chegaremos ao final do presente estudo.

Devido a uma limitação acadêmica do número máximo de páginas do presente estudo, centralizarei minha análise na Lei 7.492 de 16 de junho de 1986, também conhecida como Lei do Colarinho Branco, diploma legal central nos crimes relativos à “criminalidade econômica”, que cristaliza de maneira exemplar, todas as peculiaridades e vícios de nosso processo normativo penal econômico.

Este estudo não está sozinho no empenho de compreender tais características, e nesse sentido vale destacar as iniciativas pioneiras desenvolvidas pela Direito GV e FGV Direito Rio, para quantificação estatística dos processos relacionados aos crimes econômicos nos tribunais e cortes superiores, assim como o Ministério da Justiça através da Secretária de Assuntos Legislativos (SAL) que vem

desenvolvendo projetos pioneiros no sentido da “democratização de informações no processo de elaboração normativa”, tendo realizado consideráveis estudos na área de justificativas na produção de normas penais, que auxiliaram em muito as reflexões do presente trabalho.

Exposto estas considerações, iniciemos.

1. Racionalizando a Política Legislativa Penal Brasileira: Premissas do Estudo

1.1 O foco da análise: a lei 7492/86

Apesar das reformas estruturais do sistema financeiro promovidas ainda durante o regime militar, levaram-se quase 20 anos, para que as condutas criminosas praticadas em seu âmbito fossem criminalizadas com o mínimo de seriedade, no direito brasileiro, apesar da longa consciência de tais problemas, em economias mais desenvolvidas a época das reformulações.

Foi necessário surgir uma série de escândalos financeiros entre 1974 e 1985², para impor uma nova agenda legislativa, forçada por intenso clima de comoção social, que resultou na Lei 7.492 de 1986, também conhecida como Lei do Colarinho Branco³.

A escolha de tal marco normativo para análise deve-se ao fato que nele está presente, em uma única lei, todos os elementos característicos da racionalidade legislativa do legislador ordinário nacional em matéria de direito penal econômico, permitindo-nos através da análise crítico descritiva de tal dispositivo, identificar o traço de legislação “reativa” que fulgura esta seara penal, além de suas idiosincrasias que limitam sua aplicação real.

1.2 Uma teoria-ciência da interpretação: sua origem e ressurgimento

O presente estudo enquadra-se dentro das discussões acerca de uma teoria-ciência legislativa. A ideia de uma teoria da legislação tem como marco teórico

²A lista oferecida pelo Banco Central a respeito é bastante significativa: a partir de 1974 com a quebra do Grupo Halles veio evoluindo o processo que atingiu o seu ápice em 1985; assim em 1981 a Corretora Tieppo; em 1982, a Liderança; em 1983, a Coroa Brastel, a Delfin e a Segurança; em 1984, Haspa, Economisa, Real, S.P.I., União Valtec, em 1985, Auxiliar, Sul Brasileiro, Comind, Habitasul, Maisonnave, Brasilinvest e Valorama (Waldírio Bulgarelli. O Conselho Fiscal nas Companhias Brasileiras, p. 9).

³Conceito desenvolvido por SUTHERLAND. Ver SUTHERLAND, e; CRESSEY, D.R. Principes de criminologie, p.85 e ss.

inicial a coletânea de textos de Jeremy Bentham intitulados *Theory of Legislation* publicados originalmente em 1802. No contexto de uma tradição utilitarista, fundada na premissa de completude do direito na qual caberia aos juízes o exame formal da lei e sua aplicação silogística no caso concreto, a formulação de boas leis assumiria uma importância ímpar.

O posterior desenvolvimento da ciência do direito, ao compreendê-la exclusivamente como ciência de aplicação do direito (dogmática) e não também como ciência da criação das normas aplicadas, operou uma ruptura entre a dimensão jurídico-cognitiva e a dimensão jurídico-volitiva da criação do direito.

Como destaca CANOTILHO, a conseqüente perda de relevância de estudos a respeito da produção da norma jurídica resultou na ausência de qualquer esforço para proporcionar uma preparação técnica e crítica ao aplicador do direito quanto ao objeto central do trabalho cotidiano de criação legislativa⁴.

Pode-se afirmar que o tratamento do assunto no Brasil tem sido predominantemente dogmático, na medida em que a maioria dos estudos identifica o processo legislativo como um conjunto de normas que regulam a criação de outras normas⁵.

Esse entendimento essencialmente formal da teoria da legislação limita (de maneira equivocada) o seu estudo, a adequação do processo legislativo aos procedimentos estabelecidos na Constituição Federal e nos regimentos internos das casas legislativas.

Uma retomada dos trabalhos de investigação do momento da criação da norma se deu no começo da década de 1970, notadamente no trabalho do alemão Peter Noll, *Gesetzgerbunslehre*, de 1972. Retomando o termo teoria da legislação a nova abordagem se propunha a duas funções: (I) fazer a medida entre os princípios gerais de justiça e as leis; e (II) estabelecer-se como teoria científica para a práxis legislativa.

Segundo CANOTILHO⁶, um elemento comum às novas propostas de regulação normativa é a necessidade de, cientificamente, conseguir-se a racionalização da atividade legislativa e, em geral, de qualquer atividade de regulação jurídica (incluindo a criação do direito através de medidas administrativas⁷).

⁴CANOTILHO (1984:829)

⁵Nesse sentido ver AFONSO DA SILVA (2003:521-522) e FERREIRA FILHO (2003:185)

⁶CANOTILHO (1984:838)

⁷No presente estudo não serão analisados os processos de racionalidade legislativa ligados à produção de normas administrativas.

Se a necessidade de uma justificação científica na produção legislativa tornou-se, gradualmente, uma premissa bem estabelecida, o mesmo não ocorreu com o status que a teoria-ciência legislativa deveria ocupar. Se for uma teoria ou ciência - há discussão ainda está em aberto.

ATIENZA⁸, por exemplo, defende que nem a teoria da legislação nem adogmática jurídica podem arrogar-se o status de “ciência”, pois não se trata, em nenhum dos dois casos, de explicar um fenômeno, mas de estudar como se produz um “determinado resultado diante de certas condições, conhecimentos e dados prévios”⁹.

Por outro lado, DÍEZ RIPOLLÉS¹⁰ sustenta uma metodologia que além de analisar o plano prescritivo da produção legislativa, numa análise muito próxima a desenvolvida por ATIENZA, propõe também uma análise crítico-descritiva - que através da descrição de etapas sucessivas da produção legislativa, propõe buscar a explicação desse fenômeno. Não há dúvida que essa busca pela explicação dos fenômenos converge com a busca pela “cientificação da teoria da legislação”.

CANOTILHO não opta por nenhuma das posições acima, pois, segundo o doutrinador português, “a dimensão científicante prende-se a necessidade de aperfeiçoar a técnica das leis no plano formal à indispensabilidade da legislação começar a ser estruturada em termos lógico-axiológicos, e a justificação de uma ciência empiricamente fundada para poder ser útil para práxis legislativa”¹¹.

Por outro lado, uma teoria, assim como uma ciência, aponta para um sistema de conhecimento (com unidade de conteúdo), necessário a formulação de padrões normativos tendencialmente informados pelas exigências da verdade (científica) e da justiça (do direito).

Desta forma, CANOTILHO prefere falar em uma “ciência-teoria da legislação” que, segundo o autor, “estará apta a fornecer um ponto de partida teórico satisfatório para, no âmbito da regulação penal, atrair os contributos diferenciados, mas complementares, da dogmática jurídico-penal, da criminologia e da política criminal penal”¹².

⁸ATIENZA (1997:21)

⁹“No tanto de conocer una realidad, como de obtener unos resultados prácticos valiéndose de ciertos conocimientos y datos previos”. (Atienza, 1997:21)

¹⁰DÍEZ RIPOLLÉS (2003:15)

¹¹CANOTILHO (1984:840)

¹²CANOTILHO (1984:181)

Entendendo que a abordagem multidisciplinar, desenvolvida por CANOTILHO, para a ciência-teoria da legislação é a mais apta para conceituar o presente estudo, posiciono-me conceitualmente neste sentido.

2. Considerações Instrumentais E Análise Prescritiva Da Lei 7.492/1986

2.1 A metodologia de Atienza para análise da racionalidade legislativa e as contribuições de Díez Ripollés para a racionalidade penal

Seguindo uma linha iniciada por Lozano, Noll e Wroblewski, ATIENZA entende o processo legislativo como um processo de decisão, de maneira que segue explicitamente as teorias da decisão racional.

Ciente das dificuldades de se trabalhar com uma teoria da escolha racional, ATIENZA (1997:66) formulou um modelo próprio, composto de três fases: pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa. Destaca ainda o autor que esse processo é circular, retro-alimentado, na medida em que o resultado de cada fase leva a uma operação posterior, mas que repercute (ou pode repercutir) na fase legislativa anterior até a edição da norma.

De acordo com o modelo proposto, cada uma das três fases do processo legislativo está limitada por eventos que marcam seu começo e fim de maneira clara. No caso da fase pré-legislativa, o surgimento de uma demanda social atua como marco inicial e a apresentação de um projeto de lei é o seu marco final. A fase legislativa inicia-se com a recepção do projeto de lei pela burocracia legislativa e termina com a sanção da lei. Finalmente, a fase pós-legislativa inicia-se com a vigência formal da lei e perdura enquanto a mesma é avaliada pela comunidade, acabando somente quando há proposta de uma nova lei que altera, ou revoga.

FASES DO PROCESSO LEGISLATIVO			
Fases	Pré-Legislativa	Legislativa	Pós-Legislativa
Início	Alegação de um problema social	Recepção ou alegação de um problema por um órgão legislativo	Entrada de uma lei em vigor
Operações intermediárias (simplificadas)	<ul style="list-style-type: none"> - Análise do problema - Determinação de objetivos - Proposta de meios legais e não legais para alcançar o objetivo - Justificação ética do objetivo e dos meios 	<p>Realização de operações de acordo com sua regulação jurídica, na medida em exista:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Análise do problema - Determinação de objetivos - Proposta de meios legais (conteúdo da lei) - Justificação ética do objetivo e dos meios - Análise linguística, sistemática e pragmática - Redação do texto articulado 	<ul style="list-style-type: none"> - Sistemática - Pragmática; - Teleológica; - Ética.
Fim	Proposta de uma solução legislativa	Promulgação de uma lei	Proposta de modificação da lei
Conhecimentos e técnicas utilizadas para o controle da racionalidade	Método científico, conhecimento objetivo disponível, critérios e regras de argumentação prática racional.	Controle de legalidade, diretrizes legislativas, técnicas de implementação, análises de custo-benefício, técnicas de redação de documentos, dogmática e teoria do direito.	Estudos sobre o impacto das normas jurídicas, técnicas de implementação, dogmática jurídica e investigações empíricas.
Principais níveis de racionalidade implicados	Teleológica e Ética	Todos	Jurídico-Formal, Pragmática e Teleológica

Tabela 1 - ATIENZA (1997:69); PAIVA (2009:77)

2.2 Os níveis de racionalidade

Os níveis de racionalidade são importantes instrumentos dentro modelo de análise do fenômeno da criação da norma penal desenvolvido por ATIENZA e aperfeiçoado por DÍEZ RIPOLLÉS. Segundo os autores, essa análise deve ser sistematizada, ou estruturada, no mesmo sentido em que se imagina quando se fala de uma teoria estrutura do delito, de modo a possibilitar a identificação isolada de tipos diversos de racionalidade e, principalmente, a articulação entre eles no desenvolvimento do processo interpretativo da norma.

O modelo de análise desenvolvido pelos autores pressupõe uma sobreposição das esferas prescritivo-normativa e crítico-descritiva na análise dos dispositivos legais. No plano prescritivo-normativo, que será detalhado no presente capítulo, requer-se um detalhamento dos conteúdos de racionalidade que devem ser levados em conta no processo legislativo, ao mesmo tempo em que tais racionalidades sirvam como um controle de legitimidade das decisões legislativas penais para além do mero cumprimento de formalidades da elaboração legislativa.¹³

O plano crítico-descritivo, também referido como plano dinâmico, ou operacional, é o espaço onde se permite uma identificação das fases e subfases por que passa o processo legislativo na prática. A análise dividida em três fases permite uma radiografia completa das razões que levaram a sua promulgação, suas propostas e mutações, além de seus efeitos reais nos dias atuais.

Para ambos os autores é irracional toda lei que não satisfaça cada um dos níveis de racionalidade expressos a seguir. A análise da racionalidade é feita sobre duas perspectivas, primeiro através de uma (I) análise interna e depois através de uma (II) análise externa que analisa as relações entre os níveis de racionalidade: sua compatibilidade, dependência ou exclusão.

Adotaremos no presente estudo os cinco níveis de racionalidade propostos pelos autores, sendo certo que a única diferença entre as duas proposições é a ordem crescente de relevância das racionalidades, que é inversa em cada proposição, tendo sido adotada a de ATIENZA neste caso:

I. A racionalidade linguística ou comunicativa pressupõe que, em toda lei racional, o legislador (emissor) deve ser capaz de transmiti-la (a mensagem) ao destinatário final (receptor) de maneira clara e fluída.¹⁴

¹³DÍEZ-RIPOLLÉS, 2003:15,16,17.

¹⁴ATIENZA (1997:29).

No entanto, bem ressalta o autor que “como existem muitas oportunidades para que um ato fracasse como ato comunicativo, as leis costumam não serem plenamente racionais já neste primeiro nível”.

A identificação dos emissores e receptores de uma lei não é algo tão simples como possa parecer num primeiro momento. Como bem destaca PAIVA¹⁵ a demanda por tipos abertos por um lado e a complexidade das relações sociais no mundo moderno, por outro, criam um ponto de tensão linguística permanente a ser resolvida pelo legislador no momento da elaboração normativa.

Ciente da extensão dos conflitos cotidianos que a falta de tal racionalidade fazia surgir em nosso ordenamento, o legislador ordinário fez por bem editar a Lei Complementar nº 95 de 26 de fevereiro de 1998 que “dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis” visando mitigar tal problema.

Infelizmente, ao tempo da discussão e promulgação do diploma legal em análise a ausência de qualquer parâmetro legal permitiu que se incorresse em sérios equívocos na elaboração normativa, com graves consequências posteriores, que serão analisadas no devido momento.

II. A racionalidade jurídico-formal exige que toda nova lei deve se inserir de maneira harmoniosa no sistema jurídico, adequando-se ao que correntemente chamamos de técnica legislativa¹⁶.

Cabe ao legislador trabalhar para que a lei em elaboração respeite os critérios do ordenamento de que irá fazer parte. No Brasil, as instâncias de controle legislativo previstas em nossa Constituição Federal limitam-se, basicamente, a considerações desta natureza.

A limitação constitucional aos aspectos formais de controle da técnica legislativa não é um fenômeno exclusivamente brasileiro, pois encontra reflexo em diversos ordenamentos estrangeiros, apesar do alerta feito por ATIENZA¹⁷ que a racionalidade legislativa não se acaba no nível jurídico-formal.

III. A racionalidade pragmática exige que toda conduta prescrita em lei deva ser passível de cumprimento por seus destinatários.

¹⁵PAIVA (2009:70)

¹⁶ATIENZA (1997:33-35)

¹⁷ATIENZA (1997:35)

Na perspectiva de ATIENZA¹⁸, a racionalidade pragmática é medida pela adesão dos destinatários a lei imposta pelo Estado. O sistema jurídico é visto com um sistema de normas comportamentais e o objetivo é conseguir que as leis sejam obedecidas pelos indivíduos. No Brasil, essa racionalidade é resumida na lógica da “lei que pega” ou não, facilmente identificável.

Segundo o autor, caso a produção da lei cumpra os requisitos superiores de racionalidade (ética e teleológica) é razoável buscar que essa lei seja cumprida. Nesse mesmo sentido, uma lei é pragmaticamente irracional na medida em que fracassa como diretiva no comportamento humano. Não é por outro motivo que o autor restringe a racionalidade pragmática a ocupação de questões de vigência e aplicação da norma, afinal a incidência da norma sobre seu destinatário é condição básica para o exercício do próprio direito.

Várias razões levam ao fracasso de uma norma, existindo tanto questões subjetivas como falta de motivação dos destinatários (por ausência de uma sanção adequada, por exemplo) como fatores objetivos, como a ausência de meios (materiais, econômicos e tecnológicos) para o cumprimento da lei.

IV. A racionalidade teleológica refere-se à adequação entre os fins pretendidos pelo legislador e os efetivamente alcançados pela lei. Tanto ATIENZA¹⁹ quanto DÍEZ RIPOLLÉS entendem que desde que os fins sejam justificados eticamente pela análise de racionalidade posterior, o direito deve persegui-los de maneira eficiente.

V. A racionalidade ética pressupõe que todas as condutas tipificadas em lei devem ter seus fins justificados em valores socialmente compartilhados, sendo a única fonte justificativa em termos éticos no Brasil a Constituição Federal.

Para ATIENZA, os valores éticos são ideias que permitem justificar os fins de uma medida legislativa²⁰. Apesar da afirmativa correta, o autor se perde ao afirmar que “o único instrumento de que dispõe a ética é o discurso moral.”²¹ Afinal, o autor não propõe uma solução para a fonte de referência dos valores contidos

¹⁸ATIENZA (1997:36)

¹⁹ATIENZA(1997:38)

²⁰ATIENZA (1997:39)

²¹ATIENZA (1997:38).

no discurso moral, limitando-se a afirmar que “a sociologia do direito pode mostrar quais são os valores socialmente vigentes em relação à matéria regulada por uma determinada lei”²².

DIEZ RIPOLLÉS²³ critica essa posição de ATIENZA, e também a utilização da Constituição como única fonte axiológica^{24 25}, mas ao apresentar sua própria solução, erra feio, ao buscar a fundamentação ética em um consenso social ou “sistema de crenças”, e ao afirmar “que não há, nas sociedades modernas, outra fonte de legitimação das decisões coletivas que a popular, pregando o estabelecimento de formas de remissão às maiorias para a eleição democrática dos valores sociais”. É uma proposta claramente utópica numa sociedade complexa como a brasileira, apesar de haver dispositivos constitucionais que habilitariam tais consultas no Brasil.

Indubitavelmente, a teoria mais precisa na definição de um conteúdo de justificação ética é a teoria dos bens jurídicos relevantes, que defende uma análise (consideração) valorativa para determinar quais aspectos da vida social possuem dignidade penal, aceitando-se que tais aspectos mudam ao longo do tempo. Na lição de Reale Júnior:

O valor deve ser apreendido (no bojo do seio social) pelo legislador ao produzir a intervenção penal com a edição da norma incriminadora, e este reconhecimento e ponderação do valor como essencial deve ocorrer em face das circunstâncias e da atmosfera espiritual do momento histórico-cultural.²⁶

Assim, a teoria do bem jurídico orienta o legislador na decisão de quais condutas merecem reprimenda, dado que “inconscientemente e em latência já atuavam de certo modo no meio social”²⁷, e, além disso, de que forma faz-se necessária a utilização do instrumento penal para conter as condutas indesejadas^{28 29}.

²² ATIENZA (1997:38).

²³ DÍEZ RIPOLLÉS (2003:110-111)

²⁴ ATIENZA (2003:177)

²⁵ Vale destacar que ele não está sozinho nesta crítica.

²⁶ REALE JUNIOR, 2002, p. 23

²⁷ REALE JUNIOR, 2000, p. 19

²⁸ Vale lembrar que Von Liszt (1999:454) já falava, no início do século XX, que “o delito se distingue do injusto meramente relativo ao Direito Civil apenas por diferenças quantitativas. Um exame mais atento demonstra que o Estado sempre aplica a consequência penal ao injusto quando a consequência civil (execução, restituição, indenização) não parece suficiente para reprimir o injusto”.

²⁹ REALE JUNIOR, 2002, p. 29

Complementando a discussão teórica (dos bens jurídicos relevantes), e finalmente apresentando uma solução, corretamente afirma PAIVA que a única justificativa em termos éticos de que o legislador ordinário brasileiro pode se servir para determinar se uma lei penal deve ser inserida no ordenamento jurídico é a Constituição Federal³⁰.

3. Análise crítico-descritiva da Lei 7.492/1986

3.1 Avaliação da aplicação da Lei 7.492 nos tribunais superiores e no STJ - quase três décadas depois de sua implantação

Para analisar os efeitos pós-legislativos foi utilizado dados, estatísticas e comentários produzidos no estudo pioneiro coordenado por Maíra Rocha Machado, Marta Cristina C. Saad Gimenes e Marta Rodriguez de Assis Machado³¹ sobre a aplicação da lei n.7.492/86 nos tribunais regionais federais e no Superior Tribunal de Justiça. Para uma análise completa deste ponto, veja o estudo em questão.

Os resultados são surpreendentes desde o início: mais de 80% dos recursos julgados pelo STJ e mais de 71% dos recursos julgados pelos TRFs envolvendo a Lei n.7492/86 provem das regiões sul e sudeste, com destaque para os maiores centros financeiros do país, São Paulo e Rio de Janeiro. Verifica-se que 50,9% de todos os recursos que chegam ao STJ e 44,3% dos que são apreciados pelos TRFs provém deste dois estados.

Tratando da lei n.7492/86, o STJ é chamado a decidir principalmente em *habeas corpus* (44,2% dos casos) aqui incluídos os recursos ordinários em *habeas corpus* e os pedidos de extensão. Conflitos de competência parecem em segundo lugar (33,9% dos casos) e Recursos Especiais apenas em terceiro (18,8% dos casos). Relativamente aos TRFs, verifica-se que são chamados a decidir principalmente Apelações Criminais (49,6%) e em segundo lugar, em Habeas Corpus (36,3%). Do total de decisões analisadas 94,6% foram tomadas por votação unânime no STJ e 86,5% nos TRFs.

Nos TRFs a defesa interpõe 67,4% dos recursos contra 24,8% interpostos pelo

³⁰ PAIVA, Luis Guilherme Mendes de. A Fabrica de Penas: racionalidade legislativa e a lei de crimes hediondos. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

³¹ MACHADO, Maíra Rocha; GIMENES, Marta Cristina C. Saad; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (coord.). A aplicação da lei n.7492/86 nos tribunais regionais federais e no superior tribunal de justiça. In: A Aplicação da lei de crimes contra

Ministério Público, no STJ a relação é ainda mais díspar, interpondo a defesa 50,4% dos recursos, enquanto o MP interpõe apenas 14,7% dos mesmos. É interessante verificar que em apenas 6,2% dos casos, a defesa e o ministério público recorrem da decisão.

Se somarmos o percentual do caput e parágrafo único do art.22, que descrevem condutas muito semelhantes, temos 20,4% do total de tipos aplicados nos dois tribunais. Nos TRFs, a evasão de divisas responde por outros 22,1% do total de crimes.

Na análise, destacam-se também os delitos capitulados no art.16 (“Exercício ilegal de instituição financeira”) e Art. 4º (“Gestão Fraudulenta”), tanto no STJ (respectivamente em 16,1 e 14,7 dos casos) quanto nos TRFs (respectivamente em 16,9 e 17,8 dos casos) o que perfazem relação ao total de acórdãos analisados respectivamente 16,8 e 17,3% dos casos.

Em seguida, no STJ, entre as denúncias mais comuns, estão as tipificadas pelo art. 5º (apropriação indébita financeira) e art.17 (concessão de empréstimos vedados) com 12,1% e 12,9% dos casos respectivamente.

Já no TRFs destacam-se denúncias pelo delito capitulado no art.20 (“desvio na aplicação de investimento”), representando 12,9% dos casos, no art.5º (“apropriação indébita financeira”) em 14,1% dos casos e no art.17 (“concessão de empréstimos vedados”), representando 11,4% dos casos.

Há uma clara predominância de decisões do STJ em questões relativas ao prosseguimento do inquérito ou da ação penal e à fixação da competência das Justiças Estadual e Federal e das Varas locais ou Especializadas para o processo e julgamento das ações penais: trata-se respectivamente de 41,1% e 38% dos acórdãos analisados.

Diferente é a análise da distribuição das decisões dos TRFs, onde se verifica que os Tribunais de segunda instância são chamados a decidir principalmente sobre questões relacionadas à absolvição ou condenação de pessoas acusadas pela prática de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (48,7%) e sobre questões relativas ao prosseguimento do inquérito ou da ação penal, as quais representam 38,9% das decisões.

Os dados produzidos indicam que a decisão do STJ foi condenatória na maior parte dos casos em que havia ocorrido a absolvição dos acusados. Em metade destes casos os réus haviam sido absolvidos tanto na primeira quanto na segunda instância; ao passo que, na outra metade, haviam sido absolvidos apenas

na segunda instância, após a sentença condenatória em primeira instância. Os casos que resultaram em condenação no STJ, independentemente das decisões anteriores, representam 94,4% do grupo de mérito, o correspondente a 13,2% de todas as decisões do STJ.

Não houve nenhum caso em que o STJ absolveu pessoas anteriormente condenadas na primeira e na segunda instância, tendo apenas - em situação isolada - mantido a absolvição determinada na segunda instância. Ademais, não foi verificada a existência de nenhum caso em que houvesse ocorrido a absolvição do imputado nas três instâncias judiciais.

Em 56,6% do total de casos, o STJ manteve a persecução criminal, conforme já decidido em instância inferior, e em 22,6% trancou a persecução penal que anteriormente havia sido mantida.

Focando-se apenas na decisão do STJ, temos que em 75,5% dos casos desse grupo a decisão foi de prosseguimento da ação ou do inquérito, contra 22,6% de casos de trancamento.

Em 65,3% dos casos, o STJ determinou a remessa do processo da Justiça Federal para a Justiça Estadual. O encaminhamento ou a manutenção do procedimento na justiça estadual correspondem por 21,6% de todas as decisões do STJ.

Voltando a análise para os TRFs, verifica-se que 48,7% das decisões proferidas referem-se a questões de mérito.

Os casos que resultaram absolvição nos TRFs, independentemente da decisão de primeira instância, representam 18,6% das decisões do grupo, e 9,5% do total de decisões dos TRFs.

Em 60% dos casos, os TRFs determinaram o prosseguimento do feito, contra 20,7% situações de trancamento.

Voltando a análise dos acórdãos do STJ, agora sobre uma ótica mais qualitativa, vemos que apenas 14% das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, referentes aos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, foram classificados como “mérito”, por envolverem decisões absolutórias ou condenatórias.

Dentro deste grupo, em 66,7% dos casos a condenação foi mantida nas três instâncias, e quase metade desses acórdãos resultou na manutenção das condenações pelo STJ, ora por ser reconhecida atipicidade da conduta, ora porque a análise da questão levantada no recurso exigia dilação probatória e aprofundamento na situação fática que caberia apenas às instâncias de 1º e 2º grau.

E, 41,1% das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, referentes aos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, versam sobre questões relativas ao prosseguimento da persecução em âmbito criminal. Do número total de recursos interpostos pela defesa, a maior parte visava o trancamento da ação penal, entre os argumentos mais utilizados destacam-se:

Falta de justa causa por atipicidade: o argumento mais utilizado na discussão sobre o prosseguimento da persecução penal é alegação de falta de justa causa. Em quase metade dos acórdãos decorrentes da interposição de recurso pela defesa a “falta de justa causa” constitui o elemento central da discussão. O argumento aparece como decorrência da alegação de atipicidade ou formulado genericamente. A alegação de ausência de justa causa por atipicidade é central em mais da metade dos acórdãos incluídos no grupo “justa causa”, em alguns desses casos, a atipicidade é alegada como decorrência da ausência de dolo dos acusados ou por erro de proibição. Vale destacar que o STJ decretou o trancamento de inquérito policial em que verificou ser flagrante a atipicidade da conduta dos indicados, pois teriam cumprido procedimento imposto por normas do Banco Central.

Falta de justa causa ou inépcia da denúncia: Mais da metade dos pedidos cuja alegação foram a falta de justa causa e/ou combinada com a alegação de inépcia da denúncia foram negados pelo STJ. O fundamento da corte se pautou no entendimento que “a falta de justa causa para a ação penal só pode ser declarada quando, de pronto, sem a necessidade de dilação probatória, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios de autoria capazes de sustentar a acusação ou ainda, a existência de causa de extinção de punibilidade”. Seguindo esta mesma ratio decisio, em todos os pedidos em que foi concedido o trancamento da ação penal pelo STJ, foi também reconhecida a atipicidade da conduta atribuída ao(s) réu(s).

Inépcia e falta de individualização da conduta: Destaca-se como argumento recorrente também a alegação de ausência de individualização da conduta dos acusados. Este argumento aparece combinado com a inépcia da denuncia, e com a falta de justa causa por atipicidade, cada um correspondendo à metade dos casos. Isoladamente, aparece combinado com alegação de ausência de dolo do acusado e de incompetência da justiça estadual para julgar o feito. O STJ negou a maior parte desses pedidos aduzindo que, em se tratando de crimes societários, mesmo que sucinta, se a denuncia descreve adequadamente a conduta incrimina-

da, ainda que não detalhada individualmente, se é possível ao denunciado compreender os limites da acusação e em contrapartida, exercer ampla defesa, não se pode afirmar que a mesma seja inepta.

Prescrição da pretensão punitiva: As alegações de prescrição da pretensão punitiva aparecem cumuladas com a alegação de falta de individualização da pena, ou de inconstitucionalidade do dispositivo legal imputado ao acusado da denúncia. Houve tentativa de arguição de uma “prescrição reflexa³²” sem sucesso no STJ. Impossível arguição de prescrição no crime tipificado no art.22, paragrafo único, segunda parte (manutenção de depósitos não declarados no exterior) haja vista ser delito de caráter permanente, conforme entendimento do STJ.

Relação entre a esfera judicial e administrativa: Nos acórdãos relativos a esta questão a discussão girava em torno da alegação por parte da defesa da falta de justa causa para ação penal³³, e por ausência de decisão definitiva na esfera administrativa³⁴. Ambos os pedidos foram rechaçados pelo STJ ao argumento que sua jurisprudência “já se firmou no sentido da independência das instâncias administrativa e penal, em caso de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, não ficando o Poder Judiciário, ao analisar a admissibilidade da acusação, vinculado a qualquer entendimento consignado na esfera administrativa”. Vale destacar que esse entendimento prevaleceu até no caso em que o procedimento foi arquivado na esfera administrativa pelo Bacen.

Litispêndência: Todas as tentativas da defesa de trancar a ação penal sob a alegação de litispêndência foram negadas pelo STJ³⁵, sob o fundamento de que não havia, nas situações descritas nos autos, litispêndência, uma vez que os fatos descritos nas respectivas denúncias não coincidem com os dos outros processos mencionados, e destacou a importância da defesa ater-se aos fatos descritos e imputados a parte, independentemente da capitulação feita pela acusação.

Incompetência da Justiça Federal: O STJ consolidou entendimento no sentido de que o art.26 da Lei 7.492/86 atrai a competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes tipificados nesta lei, qualquer que seja a lesão causada à credibilidade das instituições financeiras, sejam estas públicas ou privadas³⁶.

³² Arguiu-se que...

³³ RHC 10315-RS

³⁴ HC 4707-RJ

³⁵ HC 29669-MT e HC 11394-MS

³⁶ RHC 1432-MT

Ausência de prejuízo decorrente da conduta do acusado: O STJ indeferiu o trancamento de uma ação penal com base no argumento de que não se exige a ocorrência de prejuízo para a configuração típica da conduta imputada ao réu, no caso analisado, o delito do art.17, parágrafo único, II - distribuição disfarçada de lucros.

Incapacidade ativa dos acusados: O pedido de rejeição da denúncia foi negado pelo STJ ao argumento de que “se a prova existe de que os denunciados eram os dirigentes das empresas que realizaram as operações tipificadas no art.22, compete ao juiz receber a denuncia para apurar a responsabilidade deles na pratica dos atos delituosos, ainda que a exordial não seja um primor”.

Entre os principais argumentos formulados pelo MPF, está a alegação de existência de justa causa em função da tipicidade da conduta, tanto para solicitar o prosseguimento da ação penal, quanto para condenação do acusados, tendo o STJ lhe negado acolhimento, ora por “não vislumbrar negativa de vigência” ao dispositivo mencionado na denúncia, ora porque, para conhecê-lo, seria necessário examinar o quadro probatório, o que esbarra na Súmula 7 do STJ, segundo argumento recorrente do tribunal.

Conclui-se dos acórdãos analisados que, dos recursos interpostos pelo MPF, o STJ acolheu pouco menos da metade, determinando o prosseguimento de ações penais e o recebimento de denúncia, negou alguns, e não apreciou outros, mantendo o trancamento da ação penal e do inquérito policial (decretados em 2 instância) e determinando a devolução dos autos ao TRF de origem para que fosse apreciado o argumento anteriormente omitido em decisão sobre o prosseguimento ou trancamento do inquérito policial.

Do total das decisões do STJ, referentes a questões cautelares, praticamente todos os acórdãos referentes à liberdade objetivavam a revogação da prisão preventiva, no entanto, em apenas um³⁷ caso o pedido foi aceito e concedido pela corte. Em 50% dos casos foi mantida a prisão preventiva, em 16,66% deles foi prejudicado em face da condenação na 1ª instância, e em um caso houve a execução da pena antes do trânsito em julgado (em face de julgamento de recurso especial pendente).

Entre os acórdãos referentes à questão cautelar patrimonial, há um pedido de anulação da decretação de perdimento interposto pela defesa e, outro, interpos-

³⁷HC 47712-RJ.

to pela União, buscava a não devolução do dinheiro apreendido com o acusado. No segundo caso, o STJ decidiu pela manutenção da devolução do dinheiro apreendido, pois entendeu não ser típica a conduta do recorrido que adentrou no território nacional porta moeda estrangeira, o que não acarretaria transgressão ao art.22, parágrafo único, da Lei 7.492/86.

Por fim, no grupo das medidas cautelares relacionadas à quebra de sigilo bancário só foi encontrando um único acordo³⁸, onde a defesa pleiteou a revogação da quebra do sigilo bancário dos acusado. Nesse caso, o STJ decidiu pela suspensão da quebra do sigilo bancário, pois o ato foi determinado por juiz estadual incompetente para o ato.

Conforme já visto, 38% das decisões proferidas pelo STJ nos casos referentes aos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional são referentes à questão de competência.

Do número total de recursos interpostos pela defesa, a maior parte visava o trancamento da ação penal (em alguns recursos, este pedido era cumulado com o de revisão do valor arbitrado para fiança, de concessão de liberdade provisória e de devolução de bens apreendidos) antes do sentenciamento do feito. Diversos pedidos buscavam o trancamento do inquérito policial. Isoladamente, buscava-se a suspensão condicional do processo, a anulação de atos decisórios por alegada incompetência do juízo federal, a fixação da competência na Justiça Estadual, o reconhecimento da ocorrência de prescrição e o da extinção da punibilidade, por *bis in idem*.

Diversos fundamentos foram utilizados nos pedidos formulados pela defesa. Buscamos agrupá-los conforme os pedidos mais frequentes e os argumentos centrais que os embasaram e nortearam a fundamentação da decisão dos TRFs.

Desponta como argumento utilizado na quase totalidade dos pedidos de trancamento de ação penal pela defesa a alegação de falta de justa causa (formal e material). Este argumento aparece de modo isolado, formulado genericamente, como se verá no próximo item, ou atrelado ao argumento da atipicidade.

Ao contrário do que ocorre no STJ, nenhum dos pedidos de trancamento da ação penal que foram fundados na alegação de ausência de justa causa por atipicidade decorrente de erro de proibição foram acolhidos pelos TRF. Na maior parte dos casos analisados, os TRFs concluíam pela necessidade de aprofundado exame

³⁸Recurso no MS 8632-GO.

probatório, indeferindo, portanto, tais pedidos de trancamento das ações penais.

Destaca-se como argumento recorrente também a alegação de ilegitimidade passiva assim como de ausência de individualização da conduta dos acusados, objeto de discussão de vários acórdãos analisados pelo estudo.

A maior parte dos recursos foi indeferida pelos TRFs com base no entendimento generalizado segundo o qual no caso de delitos societários não é necessário que a denúncia descreva individualmente a conduta imputada a cada um dos réus, mas apenas que a especifique suficientemente para que todos possam exercer o direito de ampla defesa.

Poucos pedidos fundamentados na ausência de individualização da conduta dos réus na denúncia e/ou na ilegitimidade passiva do impetrante para figurar como réu foram acolhidos pelos TRFs.

Em sede de crimes societários, a ausência de discriminação da conduta de cada sócio não obsta o recebimento da peça inaugural se descreve com clareza o fato típico imputado aos acusados.

Poucos pedidos fundamentados na ausência de individualização da conduta dos réus na denúncia e/ou na ilegitimidade passiva do impetrante para figurar como réu foram acolhidos pelos TRFs.

Na maior parte das vezes em que isso ocorreu, o trancamento da ação penal se deu com base no argumento de que o direito penal brasileiro veda a responsabilidade objetiva, não se afigurando aceitável.

O recebimento de denúncia em face de uma pessoa pelo simples fato de haver integrado o quadro societário ou mesmo cargo na diretoria da instituição em algum momento da existência desta, sem demonstração de vínculo entre tal participação e as condutas investigadas.

Além disso, também houve uma situação isolada em que a ação penal foi trancada ao fundamento de que membros do conselho de administração de uma companhia não possuem poderes de gestão, função cometida à diretoria. Em outro caso isolado, o TRF acabou por reconhecer a atipicidade da conduta; no entanto, esta avaliação se deu com base na ilegitimidade de parte, dado que se baseou em decisão tomada em processo administrativo, em que o Banco Central do Brasil arquivou o processo em face das pessoas físicas.

Outros argumentos apresentados em combinação com os acima descritos invocavam: ofensa ao princípio do devido processo legal, cerceamento da defesa por impossibilidade de acesso aos autos do inquérito policial, excesso de prazo

da prisão preventiva, impedimento do juiz de primeira instância e ausência de fundamentação para a decretação da medida.

Os TRFs revogaram as prisões preventivas em aproximadamente metade dos acórdãos examinados pelo estudo, afirmando que em todos esses casos se verificava a ausência dos requisitos legais para a sua manutenção, acrescentando, ainda, os seguintes argumentos, em ordem de frequência:

- Incompetência do juiz que decretou a prisão preventiva e excesso do prazo desta;
- Inexistência de elementos palpáveis a indicar que o acusado pretendia evadir-se do distrito da culpa;
- Impossibilidade de justificação da prisão preventiva por mera necessidade de resguardo do meio social e da credibilidade da Justiça, nem pela repercussão pública dos fatos, assim como também não pelo fato de ser o acusado pessoa rica ou por simples presunções de que apenas o aprisionamento evitaria a prática de novos delitos; e
- Presença dos requisitos necessários para o relaxamento da prisão (bons antecedentes, residência fixa no distrito da culpa, atividade lícita etc.).

Os TRFs mantiveram aproximadamente metade das prisões decretadas, afirmando que em todos esses casos se verificava a presença dos requisitos legais para tanto, particularmente indícios de materialidade e autoria (*fumus delicti* e *periculum in mora*), acrescentando, ainda, os seguintes argumentos, em ordem de frequência:

- Competência do juiz de primeira instância e licitude das provas até então produzidas;
- Magnitude da lesão;
- Necessidade da garantia da aplicação da lei penal, diante do fato de que o réu estava foragido, diante da possibilidade de fuga do réu, estrangeiro, e porque o réu poderia dificultar a produção de provas (inclusive por meio de ameaças a testemunhas);
- Afirmação de que o inquérito policial é peça informativa, o que justifica que seja realizado com menos formalidades do que aquelas típicas do processo pe

nal, sendo permitida a juntada de documentos e peças extraídas de outros procedimentos criminais para a fundamentação do pedido de prisão preventiva;

- A repercussão nacional dos fatos; e
- Não há impedimento do juiz pelo fato de este arrolar testemunhas diferentes das enumeradas na denúncia (Art. 502, parágrafo único, CPP).

Dentre os acórdãos que lidavam com pleitos que buscavam obter a concessão do direito de apelar em liberdade, metade foi concedida e metade negada pelos TRFs.

Os pedidos de liberdade, por sua vez, fundamentaram-se nos seguintes argumentos:

- O fato de terem os condenados bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita;
- O fato de terem respondido ao processo em liberdade; e
- A alegação de que, uma vez proferida a sentença, não se poderia mais falar em garantia da ordem pública.

Nos acórdãos em que os TRFs mantiveram a proibição de apelar em liberdade, fundamentaram sua decisão “na quantidade de pena imposta, assim como no fato de o paciente ter sido condenado várias vezes em outras ações penais além da condenação especificamente correspondente ao pedido formulado, o que, juntamente com o clamor público gerado, assim como diante do fato de não ter sido recuperado o dinheiro, torna a sua fuga muito provável”.

Já nas decisões favoráveis aos condenados, os argumentos do TRF foram os seguintes:

- Os condenados tinham bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, todos inalterados desde a data dos fatos, salvo pela condenação em questão;
- Nenhum dos requisitos do Art. 312, CPP, se fazia presente;
- Não havia indício de fuga, que não se configura pelo simples fato de terem os condenados condições financeiras para tanto; e
- A simples repercussão pública, por mais ampla que seja, não basta para negar o direito de apelar em liberdade.

Vale destacar que todos os casos analisados, em que foi permitido ao condenado apelar em liberdade, ocorreram perante o TRF da 4ª Região Federal.

As principais alegações identificadas nos acórdãos que discorriam sobre conflito de competência pleiteavam a determinação da competência da Justiça Federal com base: (I) nos fatos narrados na denúncia referente à ofensa ao Sistema Financeiro Nacional e (II) a conduta dos acusados ofendeu interesse da União e de autarquia federal.

Pouco mais da metade dos pleitos de fixação da competência na Justiça Federal foi acolhida, sendo que, em situação isolada, foi fixada a competência de Vara Especializada para o julgamento dos crimes previstos na Lei n. 7.492/86 e na Lei n. 9.613/98, ao passo que a maior parte dos pedidos acolhidos resultou na remessa dos autos para a Justiça Federal comum.

Dentre as decisões que determinaram a competência da Justiça Federal, verifica-se que os argumentos utilizados para tanto variaram largamente, sem que se pudesse identificar uma linha de raciocínio recorrente. Entre outros, os TRFs:

- Reconheceram a ocorrência de conexão intersubjetiva concursal para fins de aditamento da denúncia.
- Afirmaram que o desvio de recursos de grupos de consórcios por dirigentes de suas empresas administradoras representa uma lesão ao Sistema Financeiro Nacional como um todo e, mais especificamente, abala a credibilidade do instituto do consórcio, não podendo ser visto como algo que prejudique apenas os consorciados.
- Identificaram a presença de lesão aos interesses da União quando ocorre desvio de finalidade na aplicação de recursos financiados no âmbito de programas públicos de incentivo específicos, pois os correspondentes empréstimos não são feitos com o intuito de obtenção de lucro, mas sim como instrumento de políticas públicas específicas, com interesse claro e específico da União.

Pouco menos da metade dos pleitos de fixação da competência na Justiça Federal foram negados, sendo nestes casos fixada a competência da Justiça Estadual. Em todos os casos analisados, esta decisão se deu com base no argumento de que não se teria verificado a ocorrência de crime contra o Sistema Financeiro Nacional nem prejuízo à União.

Na maior parte dos casos analisados nesse item, a discussão girava em torno

da rejeição da denúncia pela conduta tipificada no Art. 19, Lei n. 7.492/86, pela Justiça Federal de primeira instância com base no argumento de que a situação fática não trataria de financiamento, mas sim de empréstimo, resultando atípica a conduta descrita em relação ao crime contra o Sistema Financeiro Nacional.

Em todos esses casos, os TRFs, normalmente em adesão à argumentação do juízo singular, afirmaram que:

- a doutrina confere ao termo “financiamento” o sentido de empréstimo vinculado, característica que o diferenciaria do mútuo, abertura de crédito, crédito rotativo etc., e que, ainda que se reconheça que a doutrina não é unânime a respeito, a dúvida interpretativa deve militar em favor do réu;
- o termo “financiamento” deve ser tomado restritivamente como “contrato em que o empréstimo do capital deve estar, obrigatoriamente, atrelado a um fim específico, de conhecimento da instituição financeira”; e
- a natureza dos recursos, ou seja, se o fundo é público ou privado, não é elemento divisor da competência, porquanto a causa de aumento prevista no Art. 19, parágrafo único, Lei n. 7.492/86, ser ia redundante acaso sempre derivassem da União.

Isoladamente, o Ministério Público Federal buscou que fosse determinada a competência da Justiça Federal para julgar crime contra a ordem econômica, ao argumento de que a autarquia federal incumbida da fiscalização da atividade econômica correspondente teria sido ofendida e, com isso, teria sido atingido interesse da União.

No entanto, o TRF negou esse entendimento, estabelecendo que normas de defesa da ordem econômica não se confundem com a lei de proteção ao Sistema Financeiro Nacional.

No que tange a pedidos de fixação da competência da Justiça Estadual, verificou-se, dentre os casos analisados, situação isolada em que se visava fosse declarada incompetente a Justiça Federal por meio da impetração de Habeas Corpus ao argumento de que a conduta descrita na denúncia se enquadraria na Lei n. 1.521/50, como crime contra a economia popular, e não na Lei dos crimes contra o Sistema Financeiro.

O TRF acolheu o pedido formulado, anulando todos os atos decisórios formulados pelo Juízo Federal e fixando a competência na Justiça Estadu-

al318. A decisão foi fundamentada ao argumento de que os fatos não configuravam crime contra o Sistema Financeiro Nacional, mas sim contra a economia popular, uma vez que se tratava de empréstimos de recursos próprios e não de terceiros. Assim, a conduta delitativa não se enquadraria nos requisitos da Lei n. 7.492/86, mas sim nos moldes do crime de usura (Lei n. 1.521/51). O TRF invocou também o Enunciado n.498 da Súmula do STF, que pacificou o entendimento de que é competência da Justiça Estadual processar e julgar crimes contra a economia popular.

Considerações Finais

Com o estabelecimento do conteúdo de cada um dos níveis de racionalidade propostos neste capítulo, conjuntamente com o modelo desenvolvido por ATIENZA e detalhado no capítulo anterior, temos todos os subsídios para afirmar se determinado projeto de lei - ou mesmo uma lei aprovada e sancionada - cumpre os requisitos de racionalidade, ou, ao contrário, quais são as falhas que apresenta, sendo irracional, como já visto, o ato ou a lei que não satisfaça os requisitos de cada um dos níveis de racionalidade.

Resumidamente, pode-se concluir que uma lei será racional quando transmitir uma mensagem fluída e objetiva, com seus fins nitidamente destacados, com sanções passíveis de serem cumpridas pelos seus destinatários, integrando-se de maneira harmoniosa com ordenamento existente e tendo sua fundamentação ética extraída da Constituição Federal.

Apesar das ideias simples que perfazem tais racionalidades, veremos a seguir, se foi possível implementá-las em todos os seus níveis na Lei 7.492/1986.

Sendo assim:

1. A legislação inicia-se através de uma demanda popular que encontra um empresário moral para sustentá-la dentro da estrutura burocrática do Estado.

2. O projeto de lei é apresentado e o jogo de forças políticas nas casas legislativas irá moldá-lo até sua versão final.

3. A legislação no âmbito penal econômico no Brasil possui uma marca exclusivamente “reativa”, tendo sido fruto de uma racionalidade penal moderna vinculada a pressões populares diante de escândalos financeiros fortemente vinculados pelos meios de comunicação. A elaboração normativa neste campo, nunca foi pensada de forma orgânica e sistêmica.

4. É uma constante do processo legislativo penal brasileiro o aumento das

penas previstas no projeto de lei original, em sua versão final, transformada em lei. Em alguns casos, a variação é extremamente considerável.

5. Apesar de os dados estatísticos de aplicação da norma provarem o contrário, há uma crise de confiança na sociedade em relação a esses crimes, que vem moldando novos projetos de lei para alterar o diploma original.

6. Não houve o atendimento a todos os níveis de racionalidade durante a elaboração da Lei 7.492/1986, e deficiências na aplicação do diploma, decorrem desse déficit.

Referências

ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid, Civitas, 1997.

_____. **Tras la justicia**. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico. 3ª reimp. Barcelona. Ariel. 1997b.

BLATT, William. The law-making forces. In: **The American Law Review**. Sept/oct. 1913. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. especial: Estudos em Homenagem a Eduardo Correa, n.1. Coimbra: Coimbra Editora.1984.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **El derecho penal simbólico y los efectos de la pena**. 2000. Disponível em <<http://www.juridicos.unam.mx>>. Acessado em: 13 jan. 2014.

_____. **Un modelo dinámico de legislación penal**. 2001. Disponível em <<http://www.juridicos.unam.mx>>. Acessado em: 14 dez. 2013.

_____. **La racionalidad de lays penales**. Madrid: Trotta, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002. FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GARLAND, David. As contradições da sociedade punitiva. In: **Revista de Sociologia e Política**, n.13, nov.1999, p.59-80.

HASSEMER, Winfried. Fines de la pena en el derecho penal de orientacion cientifico-social. In: PUIG, Santiago Mir (org.). **Derecho penal y ciencias sociales**. Barcelona: UAB, 1982.

JESCHEK, Hans-Heinrich. Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del derecho penal. In: **Política Criminal y reforma del derecho**. Bogotá: Temis.

LOFQUIST, William S. Constructing 'crime': Media Coverage of Individual and Organizational Wrongdoing. In: POTTER, Gary W.; KAPPLER, Victor E. (org.) **Constructing crime: Perspectives on Making News and Social Problems**. Prospect Heights: Waveland, 1998.

MACHADO, Maíra Rocha; GIMENES, Marta Cristina C. Saad; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (coord.). A aplicação da lei n.7492/86 nos tribunais regionais federais e no superior tribunal de justiça. In: **A Aplicação da lei de crimes contra o sistema financeiro pelos tribunais brasileiros**. Cadernos Direito GV - Pesquisa em Debate. Debate 33, v.7, n.1. Jan. 2010. São Paulo.

MERTON, Robert K. The sociology of social problems. In: NISBET, Robert (ed.) **Contemporary Social Problems**. 4 ed. Nova York: Harcourt Brace Jovanovich, 1976.

PAIVA, Luis Guilherme Mendes de. **A Fabrica de Penas: racionalidade legislativa e a lei de crimes hediondos**. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

PIRES, Alvaro. Consideraciones preliminares para una teoria del crimen como objeto pradojal. In: **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**. Ano 7, n.13. Buenos Aires: Ad Hoc, nov. 2001.

_____. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. In: **Novos Estudos Cebrap**, n.68, 2004.

REALE JUNIOR, Miguel. Razão e subjetividade. In: **Ciencias Penais**, v.0, ano.1. São Paulo: RT, 2004, p. 226-249.

REGO, Antonio Carlos Pojo do. O assessoramento do Congresso. In: ABREU, Alzira Alves de; DIAS, José Luciano de Mattos (org.) **O futuro do Congresso Brasileiro**. Rio de Janeiro: FGV, 1995.

SILVA, Marcos Josegrei da. **O direito penal econômico e o artigo 17 da Lei n.7.492/86 - análise de suas elementares, circunstâncias, e consequências jurídico-penais**. Curitiba, 2006. 135p. Dissertação de Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito - PUC/PR.

SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. **Política Criminal y persona**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000.

_____. **A expansão do direito penal: aspectos da politica criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: RT, 2002.

SUTHERLAND, Edwin H; CRESSEY, Donald R. **Principes de criminologie**. Paris: Cujas, 1966.

VON LISTZ, Franz. **Tratado de derecho penal**, tomo I, 4. ed. Madrid: Reus, 1999.

_____. **Tratado de derecho penal**, tomo II, 4. ed. Madrid: Reus, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Política criminal latino americana: perspectivas, disyuntivas**. Buenos Aires: Hammurabi, 1982.

_____. **Sistemas Penales y derechos humanos en America Latina**. Buenos Aires: Depalma, 1984.

_____ ; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro - Teoria Geral do Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____ ; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

Artigo recebido em: 9.03.2014

Revisado em: 30.03.2014

Aprovado em: 15.04.2014

INFORMAÇÕES SOBRE A REVISTA CIENTÍFICA AREL FAAr - *Amazon's Research and Environmental Law*

MISSÃO

A Revista é de titularidade do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes - IESUR/FAAr. Sua missão é publicar estudos e pesquisas inéditas realizadas na área do Direito, preferencialmente no escopo das linhas editoriais, visando disseminar conhecimento científico jurídico, estabelecida em dezembro do ano de 2012, após aprovação no Conselho Superior do IESUR/FAAr (CONSUP).

OBJETIVO DA REVISTA

O objetivo da Revista AREL FAAr - Amazon's Research and Environmental Law é a interrelação entre a ciência e a prática jurídica, em face da formação integral dos profissionais da área. Para efetivar o seu objetivo, buscam-se articulistas e/ou pesquisadores que investiguem as possíveis formas em que o Direito possa contribuir para a edificação da consciência social e a formação de valores em face das novas relações estabelecidas entre a Sociedade e o Estado.

LINHAS EDITORIAIS

Projeta o desenvolvimento de estudos históricos, comparados e contemporâneos, através de duas linhas editoriais:

Linha Editorial I - Sociedade, Empresa e Sustentabilidade.

Discutem-se as perspectivas de desenvolvimento empresarial, procurando novas formas de efetivação do desenvolvimento econômico-social e ambiental.

Linha Editorial II - Direitos Fundamentais e suas dimensões.

Estudam-se as correlações e contribuições possíveis entre os Direitos Fundamentais e a realização da cidadania.

As linhas editoriais desenvolvidas pela Revista, por vezes, buscam o vértice comum entre elas. Nesse caso, discute-se: os aspectos fenomenológicos da em-

presa e as características da sociedade onde se insere; e os efeitos da ineficácia social do Direito, a exclusão social e jurídica e a relação à dignidade da pessoa humana com a sustentabilidade, procurando contribuir de alguma forma para as discussões científicas em torno do exercício do poder político e da Justiça.

FORMATO DOS NÚMEROS DA REVISTA

Todos os números deverão publicar, no mínimo, cinco artigos científicos, que versem sobre as linhas editoriais: I - Empresa, sociedade e sustentabilidade; II - Direitos Fundamentais e suas dimensões, ou o seu cruzamento.

A Revista prioriza a publicação de textos científicos inéditos, a saber: artigos científicos, resenhas e análise de jurisprudências. A Revista é disponibilizada na plataforma OJS, de forma a facilitar aos leitores o acesso ao seu conteúdo.

A Revista pode publicar, se houve interesse científico institucional: resumo de teses e dissertações; traduções de textos não disponíveis em língua portuguesa; relatórios de pesquisa, na forma de Empirical Research Review, estudos estatísticos ou estudo de casos; debates científicos; comentários jurídicos; transcrição de palestras, e outros relevantes à área do Direito, desde que seja regulamentado o modus operandi.

PROCEDIMENTOS PARA PUBLICAÇÃO OU DIRETRIZES AOS AUTORES

A Revista Científica AREL FAAR - Amazon's Research and Environmental Law, ISSN n. 2317-8442, recebe ARTIGOS NACIONAIS E ESTRANGEIROS, RESENHAS e ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIAS, com as seguintes características:

1. Redação - Diretrizes básicas

1.1. A redação da produção bibliográfica, quando em nosso idioma, deve estar conforme as regras do novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa e quando em língua inglesa deve estar em conformidade com as respectivas regras ortográficas;

1.2. As produções bibliográficas podem ser publicadas em português ou inglês.

1.3. As referências nacionais ou estrangeiras devem ser consistentes e mostrar o posicionamento dos doutrinadores sobre o tema.

2. Elementos estruturadores básicos

2.1. Os artigos deverão ser inéditos e atuais, escritos em português ou inglês, e atender ao seguinte conteúdo e nesta ordem: título, título em inglês, resumo (em português), palavras-chave (no mínimo 3 e no máximo 5 e que representem o conteúdo do artigo), abstract (resumo em inglês), keywords (palavras -chaves em inglês), introdução (não deve vir numerada), desenvolvimento (dividido em itens numerados), considerações finais (não deve vir numerada) e referências (não numerada e em ordem alfabética).

2.2. O título do artigo deve estar em português e em inglês, centralizado na página, com letra maiúscula e em negrito - fonte 16;

2.2.1. Os subtítulos, quando existirem, devem ser concisos e vir claramente indicados - fonte 12.

2.3. Os capítulos, subcapítulos e demais subdivisões do artigo devem estar em letras minúsculas, em negrito, numerados de forma progressiva - fonte 12.

2.4. O artigo deve conter 'Resumo' em português e 'Abstract' em inglês, ressaltando no conteúdo do texto os objetivos, a metodologia e a síntese das considerações finais. Fonte times new roman, corpo 11, espaçamento simples (1,0), máximo de 200 palavras.

2.5. O artigo deve indicar de três a cinco palavras-chave, podendo conter expressões representativas do tema, em português e inglês, refletindo as ideias elementares do texto e que possam auxiliar a pesquisa de terceiros interessados.

2.6. As resenhas poderão ser críticas ou descritivas de obras na língua portuguesa ou inglesa pertinentes às linhas editoriais da Revista.

2.6.1. Deverão ser inéditas e atuais, escritas em português ou inglês, e atender ao seguinte conteúdo e nesta ordem: título em português e inglês da obra em análise, elaboração de texto no formato de dissertação contendo: introdução, desenvolvimento e conclusão em texto corrido, podendo ter ou não referências (não numerada e em ordem alfabética); deve indicar as palavras-chave da obra analisada.

2.6.2. O título da obra deve estar centralizado na página e na forma apresentada na ficha catalográfica da obra analisada, com letra maiúscula e em negrito - fonte 16.

2.7. As análises de jurisprudências deverão atender ao seguinte conteúdo e nesta ordem: título, título em inglês, resumo (em português), palavras-chave (no mínimo 3 e no máximo 5 e que representem o conteúdo do artigo), abstract

(resumo em inglês), keywords (palavras-chaves em inglês), introdução (não deve vir numerada), desenvolvimento (apresentando e analisando os julgados), considerações finais (não deve vir numerada) e referências (não numerada e em ordem alfabética);

2.7.1. O título da análise de jurisprudências deve estar em português e inglês (conforme o caso), centralizado na página, com letra maiúscula e em negrito - fonte 16.

3. Outras regras de formatação

3.1. Os artigos devem ter no mínimo 10 e no máximo de 30 páginas;

3.2. As resenhas e as análises jurisprudenciais devem ter no mínimo 2 e no máximo 10 páginas.

3.3. Os artigos, as resenhas e as análises de jurisprudências devem ser digitados no editor de texto Microsoft Word, em formato A4 (21,0 x 29,7 cm), posição vertical, fonte Times New Roman, corpo 12; alinhamento justificado (sem separação de sílabas), com espaçamento entre linhas de 1,5 cm.

3.4. O Layout da página deve ter margens superior e inferior de 2,5 cm e margens esquerda e Direita de 3,0 cm.

3.5. O parágrafo deve ter espaçamento posterior e anterior de 0 ponto. O recuo dos parágrafos deve ter 1,25cm.

3.6. Quando for necessária a utilização de siglas e abreviaturas, estas deverão ser introduzidas entre parênteses, logo após o emprego do referido termo na íntegra quando do seu primeiro aparecimento no texto. A partir da primeira menção o autor poderá utilizar somente a sigla ou abreviatura. As siglas e abreviaturas inseridas em tabelas ou ilustrações devem possuir definição nas suas respectivas legendas.

4. Referências, Notas e Citações

4.1. As referências deverão conter todos os dados necessários à identificação das obras e estar em ordem alfabética da primeira letra do sobrenome do autor e constar em lista não numerada no final do artigo. No artigo o item deve ser denominado “Referências”, seguindo as normas vigentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT - NBR 6023 - Informação e Documentação - Referências - Elaboração. / Ago. 2002).

4.1.1. As referências de obras e documentos consultados devem ser feitas

apenas se efetivamente tiverem sido citadas no artigo, uniformizadas, seguindo as normas vigentes da ABNT.

4.2. As citações bibliográficas devem ser feitas de acordo com as normas da ABNT (NBR 10520 - Informação e Documentação - Citações em documentos - Apresentação/ Ago. 2002), adotando-se preferencialmente o sistema autor-data.

4.2.1. Se houver mais de uma obra do mesmo autor citado no mesmo ano, devem ser utilizadas letras para distingui-los. Exemplo: Nunes (2013a). A organização alfabética será a do nome dos artigos ou obras do autor naquele mesmo ano.

4.3. As notas não bibliográficas devem ser colocadas no rodapé, utilizando-se de fonte tamanho 10, ordenadas por algarismos arábicos que deverão aparecer imediatamente após o segmento do texto ao qual se refere a nota.

4.4. Os artigos submetidos que contiverem partes de texto extraídas de outras publicações deverão obedecer ao limite de 200 palavras para garantir originalidade do trabalho submetido. Recomenda-se evitar a reprodução de tabelas e ilustrações extraídas de outras publicações. O artigo que contiver reprodução de uma ou mais tabelas e/ou ilustrações de outras publicações deverá ser encaminhado para análise acompanhado de permissão escrita do detentor do direito autoral do trabalho original endereçada ao autor, especialmente para o artigo submetido à Revista.

4.5. As citações textuais pequenas (de até três linhas) deverão ser inseridas no corpo do artigo, entre aspas duplas e sem itálico. As citações textuais longas (com mais de três linhas) devem ser destacadas em parágrafo independente com recuo de 4 cm da margem esquerda, com corpo 11, com o espaçamento simples, sem aspas.

5. Submissão

5.1. Os artigos, resenhas e análises de jurisprudências devem ser submetidos a revisão de linguagem e digitação, além de constar a data de sua elaboração antes de serem encaminhados para a Revista.

5.2. Cada autor (individualmente ou em coautoria) poderá submeter apenas um artigo por ano na Revista.

5.2.1. A coautoria é limitada ao máximo de dois autores;

5.3. O arquivo submetido pelo autor (Artigos Nacionais ou Estrangeiros, Resenhas e Análise Jurisprudenciais) deve ser apresentado sem a identificação do(s) autor(es) no corpo do trabalho.

5.4. Em arquivo apresentado na plataforma OJS, junto com a autorização expressa para publicação, os autores de textos (individuais ou em coautoria) deverão indicar, o nome completo, o nome e a sigla da instituição a qual estão ligados, sua unidade e departamento, cidade, estado, país, cargo, endereço eletrônico para correspondência (e-mail), bem como o endereço completo e telefones de contato.

5.5. O arquivo submetido não poderá estar sob avaliação para publicação em outro periódico e nem durante o processo de avaliação da Revista, sob pena de ser desclassificado.

5.6. Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores. O conteúdo do artigo assinado não reflete a opinião da Revista.

5.7. No momento da submissão da produção bibliográfica à Revista, haverá a concordância da declaração de cessão de direitos autorais na plataforma OJS.

5.8. O envio das produções bibliográficas será considerado como participação voluntária e gratuita dos autores, com os direitos autorais cedidos para a Revista.

5.9. Os autores devem preencher as condições de submissão especificadas nestas diretrizes para terem os seus trabalhos avaliados.

5.10. Os autores serão notificados sobre o resultado da avaliação de seus artigos, análises jurisprudenciais ou resenhas através de e-mail.

5.11. As submissões em deacordo com as normas, bem como a identificação incompleta dos autores, sem a inclusão do nome da instituição, unidade, departamento, cidade, Estado e país serão devolvidas para as devidas retificações antes do processo de avaliação.

5.12. A produção bibliográfica para publicação na Revista pode ser submetida em fluxo contínuo ou atendendo as datas especificadas pela CHAMADA DE PUBLICAÇÃO.

NORMAS PARA A APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS À REVISTA OU PARA A SUBMISSÃO ONLINE

Como parte do processo de submissão, os autores são obrigados a verificar e declarar na plataforma OJs a conformidade de sua submissão em relação a todos os itens listados acima (procedimentos para publicação ou diretrizes aos autores) e listados abaixo (formulário eletrônico da plataforma OJs):

1. A contribuição deve ser original e inédita, e não foi publicada em anais de

congresso, seminários, colóquios ou similares e não está sendo avaliada para publicação por outra revista; caso contrário, deverá justificar em “Comentários ao editor”.

2. O arquivo da submissão deve estar em formato Microsoft Word ou RTF.

3. O autor é responsável pelo preenchimento na plataforma OJs, no campo solicitado, da indicação de financiamento da pesquisa vinculada à produção bibliográfica submetida à Revista.

4. Os URLs para as referências devem ser informados, quando possível.

5. O texto deve seguir os padrões de estilo e requisitos bibliográficos descritos em Diretrizes para Autores.

6. As instruções de anônimo do arquivo submetido devem assegurar a avaliação Double Blind Peer Review .

7. A Declaração de Direito Autoral deve conter a autorização de publicação e cessão de direitos autorais.

8. A cessão de direitos autorais não gerará ônus para a Revista, ou seja, não haverá pagamento pela utilização do material submetido. O autor compromete-se a assegurar o uso e gozo da obra à Revista, que poderá explorá-la com exclusividade nas edições que fizer.

9. O autor tem ciência de que:

a) A publicação desta obra poderá ser recusada, caso o Conselho Editorial da Revista não considere conveniente sua publicação, seja qual for o motivo. Este cancelamento não acarretará responsabilidade a qualquer título por parte do Conselho Editorial; e

b) Os editores, juntamente com o Conselho Editorial, reservam-se o direito de modificar o texto - quando necessário, sem prejudicar o conteúdo -, com o objetivo de uniformizar a apresentação dos materiais publicados.

PROCEDIMENTOS UTILIZADOS PARA ANÁLISE (DOUBLE BLIND PEER REVIEW), APROVAÇÃO E PUBLICAÇÃO

1.1. Todas as produções bibliográficas serão avaliadas pelo sistema Double Blind Peer Review, salvo as submissões que não estiverem de acordo com as normas de publicação ou diretrizes aos autores, que serão devolvidas para as devidas retificações antes de iniciar o procedimento de submissão aos avaliadores.

1.2. Todos os arquivos serão analisados por 02 (dois) pareceristas externos ad hoc, bem como pelo Conselho Editorial. E, em caso de controvérsia, haverá análise de um terceiro parecerista ad hoc.

1.2.1 Todos os pareceristas ad hoc e os conselheiros pertencentes à Revista são professores doutores.

1.3. Os pareceres emitidos pelos pareceristas ad hoc são elaborados no formato do formulário disponibilizado na Revista dentro da página das “Diretrizes aos Autores”, disponível no endereço: <<http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php/arel-faar/manager/previewReviewForm/1>>.

1.3.1. Na avaliação dos pareceristas ad hoc são observados os seguintes critérios:

a) Fundamentação teórica e conceitual adequada ao tema escolhido; relevância e pertinência e atualidade no tema objeto da submissão; consistência metodológica de pesquisa e o cumprimento da lista de diretrizes aos autores - normas da ABNT e das normas específicas da Revista; e formulação do artigo em linguagem correta, clara e concisa nos idiomas português e inglês.

1.3.2. O resultado da avaliação apontará se a produção bibliográfica será:

a) aceita sem restrições; b) aceita com proposta de alteração; e c) rejeitada.

1.4 A decisão dos pareceristas ad hoc, escolhidos pelo Conselho Técnico Científico, será submetida ao Conselho Editorial para referendo ou não.

1.4.1 A decisão do Conselho Editorial será por maioria dos presentes, com o quorum mínimo de dois conselheiros, não incluindo o Presidente e o Vice-Presidente, pois ambos são vedados de votar nas reuniões do colegiado.

1.4.2. A convocação das reuniões do Conselho Editorial será feita via e-mail pelo Presidente ou Vice-Presidente do Conselho Editorial, obrigatoriamente 15 dias antes de sua realização.

1.4.3. As reuniões do Conselho Editorial serão realizadas nas dependências do IESUR/FAAR ou no ambiente virtual, por meio da ferramenta de vídeo ou teleconferência do Skype, Hangouts ou similares.

1.4.3.1. Os termos das atas das reuniões do Conselho poderão ser transcritos ou gravados.

1.4.3.2. Compete ao Presidente ou ao Vice-Presidente do Conselho Editorial a relatoria das atas das reuniões.

1.4.4. O colegiado decidirá, entre os artigos avaliados e aceitos pelos pareceristas ad hoc, quais serão publicados nos números dos volumes da Revista ,

por estarem de acordo com a missão, o objetivo e as linhas editoriais, além de conferir se:

a) o autor preencheu o termo de aceitação das normas da Revista, declarando não ter apresentado o artigo, na íntegra, em nenhum outro veículo de informação nacional ou internacional; b) a declaração de cessão de direitos autorais; e c) a autorização ou declaração de direitos cedidos por terceiros, caso reproduza figuras, tabelas ou texto no percentual de mais de 200 palavras de obra publicada no sistema OJS.

1.4.5. Após as deliberações, para cada artigo submetido e previamente avaliado pelos pareceristas ad hoc, três decisões podem ser emitidas pelo Conselho Editorial da Revista, gerando os seguintes efeitos:

a) “Aceitação sem restrição” - o Editor Chefe ou o Editor Adjunto comunicará a decisão ao autor, por e-mail, preferencialmente no prazo de 30 dias após a submissão do artigo à Revista Científica. Na comunicação será juntado um resumo do teor das decisões dos pareceristas ad hoc e do Conselho Editorial;

b) “Aceitação com proposta de alteração”, o Editor Chefe ou o Editor Adjunto comunicará a decisão ao autor, por e-mail, preferencialmente no prazo de 30 dias após a submissão do artigo à Revista Científica. Na comunicação será juntado o teor dos pareceres, incluindo as propostas de alterações ou qualquer outra sugestão cabível a melhoria do conteúdo e da forma do artigo, preservando o anonimato. b.1) Os arquivos que necessitarem de modificações serão devolvidos aos autores, com as respectivas sugestões para alteração; e b.2) As alterações solicitadas são de responsabilidade exclusiva do autor e serão novamente submetidas aos pareceristas ad hoc que sugeriram as propostas de alterações.

c) “Rejeição”, o Editor Chefe ou o Editor Adjunto comunicará a decisão ao autor, por e-mail, preferencialmente no prazo de 30 dias após a submissão do artigo à Revista Científica. Na comunicação será declarado o não interesse em publicar, preservando o anonimato. c.1) A Revista reserva-se o direito de não avaliar e rejeitar ad nutum os trabalhos enviados fora das linhas editoriais.

1.5. Havendo a submissão de produção bibliográfica por qualquer parecerista ad hoc ou membro dos Conselhos Editorial ou Técnico Científico, é obrigatória a comunicação do fato aos conselheiros por e-mail, em data anterior ao prazo de submissão.

1.5.1 Neste e-mail, o autor submetente declarará que se subordina a todos os procedimentos da Revista e à decisão final de publicação ou não.

1.5.2 Nesse caso, ficará suspensa a participação do autor submitente em qualquer ato interno do número da Revista onde pretenda ter o seu artigo publicado, sob pena de declassificação por conflito de interesse.

2. Publicação

2.1. Após o processo de avaliação, serão publicadas as produções bibliográficas que forem aprovadas pelos pareceristas “ad hoc” e referendadas pelo Conselho Editorial, em colegiado, por voto da maioria dos presentes.

2.2. Se a produção bibliográfica for aceita para publicação, a mesma será publicada com a identificação do autor próximo ao título contendo a sua titulação, a filiação institucional, cidade, estado e país.

2.2.1. Ao nome do autor, será incluída nota de rodapé para constar o nome e a sigla da instituição a qual está ligado, cargos e demais atuações do autor, além do endereço eletrônico para correspondência (e-mail).

2.2.2. Solicita-se ao autor que preencha na versão completa o formulário de cadastramento no sistema na plataforma OJS e mantenha o seu CV Lattes atualizado.

CHAMADA PÚBLICA PARA PUBLICAÇÃO NO NÚMERO 2 VOLUME 3 DA REVISTA AREL FAAR

Embora a Revista Científica AREL FAAR - Amazon's Research and Environmental Law, ISSN n. 2317-8442, seja de fluxo contínuo, o seu Conselho Editorial, está recebendo artigos para o número 2 volume 3, que serão publicados em maio deste ano.

As temáticas estão vinculadas à área de concentração da Revista “Direito Público Contemporâneo” e às Linhas de pesquisa “Empresa, sociedade e sustentabilidade” e “Direitos Fundamentais e suas dimensões”.

Os interessados devem submeter seus artigos até o dia 30 de março de 2014 pelo endereço: <http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php>.

Os artigos deverão estar em conformidade com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e as regras específicas da Revista apresentadas no referido endereço eletrônico.