



# Revista da FESP

Períodico de diálogos Científicos

ISSN 1982-0895

Julho de 2012 - Ano VI

11ª Edição

**CATALOGAÇÃO NA FONTE**

Biblioteca Universitária da FESP, João Pessoa – PB.

Revista da FESP: Periódico de Diálogos Científicos.  
v. 1, n. 11, (julho 2012). João Pessoa: FESP – Fundação de Ensino Superior da  
Paraíba, 2012

**ISSN 1982-0895**

Semestral

1. Ciências do Direito Brasil – Periódicos.

I. Título. II. Fundação de Ensino Superior da Paraíba – FESP

BU/FESP

CDU:34(81)(05)

Os trabalhos publicados nesta edição são de inteira responsabilidade de seus autores. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Como citar um artigo desta revista:

SOBRENOME DO AUTOR, nome do autor. Título do artigo. Revista da FESP: periódico de diálogos científicos. [online]. 2012, vol. 1, p. 01-117. Texto disponível em: <http://www.revistadafesp.com.br>. Último acesso: (preencha aqui com a data de último acesso ao site). ISSN: 1982-0895.

**FUNDAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR DA PARAIBA**  
**REVISTA DA FESP: PERIÓDICO DE DIÁLOGOS CIENTÍFICOS.**  
**ISSN: 1982-0895**

**EXPEDIENTE**

**Diretora Presidente:** Luiz Henrique dos Santos Barbosa

**Diretor Administrativo-pedagógico:** Maria Goretti de Assis Laier

**Diretor Financeiro:** Marcelo Henriques da Silva

**Coordenadorias**

**Coordenação do Curso de Direito:** Eduardo Cavalcanti

**Coordenação de Prática Jurídica:** Débora Peter

**Coordenação de Monitoria e Estágio:** Fernando Monteiro

**Coordenação de Pesquisa e Extensão:** Lara Sanábria Viana

**Direção Editorial**

Lara Sanábria Viana

**Comitê Editorial Interno:**

Ana Carolina Gondim – FESP

Alexandre Cavalcanti Belo – FESP

Antonio Carlos Iranlei – FESP/UFPB

Débora Peter – FESP

Gabriella Nóbrega – FESP

Goretti de Assis Laier – FESP

Lara Sanábria Viana – FESP/UFPB

Socorro Menezes – FESP

**Revisão:**

Jerffeson Cunha – FESP

**Comitê Editorial Externo:**

Daniele Veratti – Itália

Wagner Bezerra Brito – UFPB

# SUMÁRIO

## **A POLÊMICA DA DESAPOSENTAÇÃO NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA**

Fernando Américo de Figueiredo Porto

..... 09

## **VIABILIDADE DOS CONTRATOS REALIZADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM O TERCEIRO SETOR: UMA VISÃO AMPLA SOBRE AS CONTRATAÇÕES DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E OSCIP'S.**

Luciana Vilar de Assis

Dayse Feitosa Negócio

..... 24

## **A LEI MARIA DA PENHA E SEUS DESAFIOS JURÍDICOS E SOCIOLÓGICOS**

Amanda Medeiros de Lucena

..... 37

## **ALIENAÇÃO PARENTAL: A LEI 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010, SOB O ENFOQUE DO DIREITO DE FAMÍLIA**

Carla Renna Rodriguez Franca Gadelha

..... 46

## **PORTUGAL E ANGOLA EM PERSPETIVA: A PRIMEIRA CONVENÇÃO DE DUPLA TRIBUTAÇÃO**

José Manuel Gonçalves Machado

..... 62

## **CONTROVÉRSIAS ACERCA DA CONTRIBUIÇÃO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA**

Mariana Neves Pedrosa Bezerra

..... 77

**CIBERTERRORISMO: ABORDAGEM JURÍDICA**

Aryadne Thaís da Silva Menezes  
Maria do Socorro da Silva Menezes

..... 94

**NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS**

..... 117

# SUMMARY

## **THE CONTROVERSY OF THE SCHEME DESAPOSENTAÇÃO GENERAL SOCIAL SECURITY**

Fernando Américo de Figueiredo Porto

..... 09

## **VIABILITY OF CONTRACTS PERFORMED BY THE PUBLIC ADMINISTRATION WITH THE THIRD SECTOR: AN AMPLE VIEW ABOUT THE CONTRACTING OF SOCIAL ORGANIZATIONS AND OSCIP`S.**

Luciana Vilar de Assis

Dayse Feitosa Negócio

..... 24

## **THE MARIA DA PENHA LAW LEGAL CHALLENGES AND ITS AND SOCIOLOGICAL**

Amanda Medeiros de Lucena

..... 37

## **PARENTAL ALIENATION: 12 318 THE LAW OF 26 AUGUST 2010 UNDER THE FOCUS OF FAMILY LAW**

Carla Renna Rodriguez Franca Gadelha

..... 46

## **PORTUGAL AND ANGOLA PROSPECTIVE: THE FIRST OF DOUBLE TAXATION CONVENTION**

José Manuel Gonçalves Machado

..... 62

**DISPUTES ON THE CONTRIBUTION OF LIGHTING PUBLIC**

Mariana Neves Pedrosa Bezerra

..... 77

**CYBERTERRORISMO: LEGAL BOARDING**

Aryadne Thaís da Silva Menezes  
Maria do Socorro da Silva Menezes

..... 94

**CALL OF PAPERS**

..... 117

# EDITORIAL

A Faculdade de Ensino Superior da Paraíba- FESP vem buscando a excelência no ensino jurídico, para tanto, volta-se para a importância da Pesquisa e Extensão.

Neste sentido, a produção científica desenvolvida pela própria faculdade e por meio da colaboração de professores externos reafirma inequivocamente o necessário fomento a uma abordagem transdisciplinar da ciência do Direito, sob o enfoque do atual paradigma contemporâneo inerente ao processo de globalização.

Apostando na confluência desses fenômenos a Revista de Períodos recebe a colaboração de um corpo docente qualificado proveniente não apenas da área jurídica, mas também, com atuações na área de História, Filosofia, Política e Sociologia.

As publicações têm como objetivo realizar a ponte de exteriorização da produção acadêmica ao conhecimento da sociedade em geral, por essa razão, não se destina apenas à comunidade científica.

Acreditamos que a experiência auferida pelo conhecimento deve-se traduzir na reflexão e na solução das problemáticas sociais, bem como na produção de novas perspectivas palpáveis e realizáveis com o fim de construir e contribuir para o bem comum da coletividade.

Esta é a nossa honrosa e desafiadora missão.

Lara Sanábria Viana

Editora

João Pessoa, 17 de Julho de 2012



# ARTIGOS

# **A POLÊMICA DA DESAPOSENTAÇÃO NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA**

## **THE CONTROVERSY OF THE SCHEME DESAPOSENTAÇÃO GENERAL SOCIAL SECURITY**

FERNANDO AMÉRICO DE FIGUEIREDO\*

### **RESUMO**

Existem mais de 500 mil casos de trabalhadores vinculados ao Regime Geral da Previdência Social que se aposentaram e continuaram trabalhando e, conseqüentemente, contribuindo para o sistema. Tal situação propiciou o questionamento judicial quanto à constitucionalidade da Lei 9.528/97 que veda a concessão de benefícios ao segurado aposentado que permaneça contribuindo para a previdência. Os Tribunais Federais e os Superiores ainda não pacificaram a questão. Abordarei o posicionamento doutrinário e farei referência aos julgados mais importantes, para, ao final, trazer a conclusão pessoal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Previdenciário; Desaposentação.

### **ABSTRACT**

There are more than five hundred thousand cases of employees entailed to the National Social Security who still work after retirement, and therefore contribute to the system. Such situation raised a judicial discussion regarding the constitutionality of the Law 9.528/97, which prohibits retired insurants to receive benefits granted to those who still contribute to the National Social Security. Federal Courts and High Courts have not pacified the issue yet. In this paper I will refer to the doctrinal posture and to the most important judicial decisions in order to draw my own conclusions by the end of the work.

**KEYWORDS:** Social security insurant; Come out of retirement.

\* Mestre em Direito Econômico pela UFPB. Juiz Federal substituto lotado na 4ª Vara Federal de São José do Rio Preto – SP

## 1. INTRODUÇÃO

Há muita discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade da desaposentação, e, mesmo para aqueles que a admitem, remanesce a indagação se ela seria permitida apenas quando o segurado pretende a obtenção de aposentadoria em regime previdenciário distinto ou se também seria admissível para a percepção de nova aposentadoria dentro do próprio Regime Geral da Previdência Social.

Na última hipótese, o segurado almeja, no final das contas, à revisão de sua aposentadoria mediante a majoração do coeficiente de cálculo do benefício, computando-se o tempo de contribuição posterior à data de concessão da aposentadoria proporcional. Em outras palavras, o que a parte deseja, na verdade, não é um novo benefício, mas o mesmo benefício com valor maior.

Farei uma explanação dos conceitos que envolvem o tema, sem o intuito de esgotar o assunto, notadamente pelo fato do Supremo Tribunal Federal ainda não ter enfrentado a questão em análise. Assim, farei um histórico da desaposentação, partindo dos conceitos de ato jurídico-administrativo e benefício previdenciário, mediante uma abordagem principalmente legislativa e jurisprudencial.

Ressalto a importância do tema, pois, segundo informações do INSS, obtidas no sítio eletrônico do STF ([www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)), havia, em 2010, “500 mil aposentados que voltaram a trabalhar e contribuem para previdência”, o que demonstra o impacto que uma decisão definitiva pode vir a ter perante a corte constitucional.

## 2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A aposentadoria é o benefício da previdência social mais importante, e talvez, o de maior amplitude e mais difundido, ao lado da pensão por morte, pois visa a garantir a subsistência do sujeito que tenha trabalhado durante grande parte de sua vida. Tal benefício é reflexo das contribuições feitas pelo segurado ao sistema, além de um meio de inclusão social principalmente do idoso que não possua mais condições de continuar trabalhando. Isto ocorre porque a previdência social e, por reflexo, os benefícios previdenciários estão inclusos no sistema constitucional da seguridade social, ou seja, a aposentadoria possui natureza de seguro social.

O sistema da previdência social brasileiro é contributivo e de filiação obrigatória, ou seja, aqueles sujeitos que se enquadram nas disposições legais são obrigados a contribuir e, não necessariamente, reverterão tais tributos em seus benefícios, como ocorre com o sistema retributivo.

Exemplificando, a contribuição que um empregador faz sobre a folha de salário de seus funcionários não será revertida em benefício daquele; o mesmo ocorre com o contribuinte individual que falece sem deixar dependentes, durante o período em que estava filiado ao sistema e ainda não fazia jus a um dos benefícios.

O Decreto Federal nº 3.048/99, em seu artigo 181-B, proíbe a reversão ou renúncia das aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial. Por outro lado, a Lei Federal nº 8.213/91, em seu artigo 18, §2º, dispõe:

O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social–RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, **não fará jus a prestação alguma da Previdência Social** em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado (Redação dada pela Lei nº 9.528, 1997).

Assim, conjugando-se o dispositivo legal com a regulamentação do Decreto, percebemos que o legislador pretendeu vedar que o segurado aposentado viesse a adquirir outro benefício da previdência (inclusive outra aposentadoria mais vantajosa), caso continuasse a contribuir com o sistema.

A concessão da aposentadoria possui a natureza de ato jurídico-administrativo, ou seja, o Estado declara uma situação que produz efeitos jurídicos imediatos, com base na lei, sob o regime jurídico de direito público, porém, como todo ato administrativo, sujeito ao controle do poder judiciário.

Preenchidos os requisitos pelo segurado e concedida a aposentadoria pelo Estado, esta declaração, ou este ato jurídico, passa a ser perfeito, pois os atos administrativos gozam do atributo de presunção de legitimidade e veracidade. Assim, só poderiam ser desfeitos em caso de fraude ou erro na sua concessão.

A desaposentação significa a desconstituição deste ato jurídico perfeito, para que um novo ato seja praticado pela administração, mesmo sem a existência da fraude ou erro na concessão da aposentadoria que se pretende revogar. A polêmica posta nos tribunais é justamente sobre a possibilidade de se desconstituir este ato jurídico, e passarei a abordá-la através da evolução legislativa sobre o tema, bem como pela abordagem que os tribunais vêm dando ao caso.

Dois valores se contrapõem neste instante: de um lado, a segurança jurídica, representada pelo ato jurídico perfeito e estabilidade das contas da seguridade social; do outro lado, a eventual injustiça para o segurado que tenha preenchido os requisitos para aposentadoria, venha gozando da mesma, mas, mesmo assim, tenha continuado a

contribuir para o sistema, sem que a possibilidade de uma contraprestação por aqueles tributos recolhidos.

### **3. ESTADO DA ARTE**

#### **3.1 Breve histórico do direito previdenciário**

O surgimento do direito previdenciário está fortemente ligado à Revolução Industrial, quando houve uma expansão da mão-de-obra nos centros urbanos, notadamente no século XIX. A expansão das indústrias necessitou de um grande número de trabalhadores, que se submetiam a pesadas horas de trabalho, muitas vezes sem qualquer segurança na realização do serviço.

O trabalho assalariado, que parecia uma evolução da fase feudal e mesmo escravocrata, acabou demonstrando sinais de que a situação não havia mudado drasticamente para o detentor da força de trabalho, pois os trabalhadores continuavam sendo explorados, sem que houvesse uma regulamentação que interferisse naqueles contratos.

O Estado não se preocupava, nessa fase pós-medieval, com as relações privadas, mas diversos problemas começaram a surgir, por conta desta omissão. O número de trabalhadores nas fábricas era relevante. A Revolução Francesa, com seus ideais liberais, principalmente pela ideia de fraternidade, lançou as primeiras sementes que viriam a ocasionar os movimentos dos trabalhadores na defesa de seus direitos.

Os acidentes de trabalho e o desamparo do trabalhador na velhice foram as causas principais que fizeram com que os empregados passassem a buscar uma intervenção estatal nas relações sociais. O Estado não podia mais ficar omissivo diante de tantas desigualdades, em que apenas o detentor do capital enriquecia em detrimento de uma mão-de-obra que era simplesmente descartada, quando não mais servisse aos interesses do patrão.

Somem-se a estas injustiças as insatisfações dos trabalhadores, com movimentos grevistas e revoltas que punham em risco a própria estabilidade social. O Estado Social surge justamente para preencher o vácuo existente entre as relações privadas de trabalho e a sobrevivência dos empregados na velhice. A seguridade social, notadamente a aposentadoria, foi um dos primeiros reflexos desta intervenção.

A História mostra que a previdência social foi evoluindo ao longo dos séculos. No Brasil, a consolidação do modelo previdenciário, como entendemos hoje, também não foi feita de maneira imediata. Assim, enquanto os europeus passaram a dar os primeiros

passos evolutivos no final do século XIX, apenas no século XX tivemos a primeira sistematização do direito previdenciário para trabalhadores que não pertencessem a uma categoria específica (como os servidores públicos).

É verdade que a Constituição Imperialista de 1824, em seu art. 179, XXXI, previa norma programática de socorros públicos (caráter assistencialista), e o Código Comercial de 1850 tratava do seguro-acidente; por sua vez, desde 1835 o Montepio Geral dos Servidores do Estado protegia, de maneira privada, os servidores públicos. Porém, apenas em 1923, surgiu a primeira legislação de natureza previdenciária, com a Lei Eloy Chaves, que criou as Caixas de Aposentadoria e Pensões nas empresas de estrada de ferro, nos moldes em que conhecemos hoje.

De fato, a Lei Eloy Chaves foi a primeira norma nacional a regulamentar a contribuição dos trabalhadores e empregadores de empresas privadas, para que fosse garantido àqueles a aposentadoria, ou pensão por morte aos seus familiares. A partir de 1933, começaram a surgir vários institutos, de âmbito nacional, que visavam à proteção social do trabalhador, como o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Marítimos.

Em 1934, pela primeira vez, foi prevista em um texto constitucional a forma de custeio tripartite da previdência, ou seja, mediante contribuição do governo, patrões e empregados. A Constituição de 1937 inovou apenas no fato de passar a tratar a matéria como pertencente ao ramo do seguro social.

A Constituição de 1946 tentou abordar a matéria da previdência de uma maneira sistematizada. Foi a primeira vez que um texto constitucional abordou dessa maneira. Em 1952, a Lei 1.711 passou a regulamentar a aposentadoria dos servidores públicos em paralelo à pensão por morte devida aos dependentes daqueles, sendo que tal norma vigorou até 1990.

O profissional liberal, hoje considerado contribuinte individual, passou a ter o direito de se inscrever como segurado a partir do Decreto nº 32.667, de 1953. A Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS (Lei 3.807/60), embora não tenha unificado os diversos sistemas previdenciários até então existentes, acabou se utilizando de muitos dos conceitos previstos na legislação esparsa. A unificação dos sistemas previdenciários, como conhecemos hoje, só ocorreu em 1967, com a criação do antigo Instituto Nacional de Previdência Social – INPS (Decreto-Lei 72/66).

Nesse mesmo período, os primeiros problemas de *déficit* nas contas previdenciárias começaram a surgir. Isso se deu porque os recursos para custeio da previdência foram unificados nas contas do Tesouro Nacional, ocasionando uma verdadeira confusão e descontrole orçamentário. Tal fato é importante inclusive para que possamos visualizar o impacto que as desaposentações podem trazer ao sistema hoje.

As Constituições de 1967/69 e as legislações que lhe seguiram não trouxeram grandes inovações para a questão abordada neste artigo, por isso, passarei a analisar o tema sob o enfoque da nossa atual Constituição, bem como das normas ordinárias que tratam da aposentadoria.

O direito previdenciário é um dos assuntos que mais teve alterações – emendas – no texto constitucional de 1988. Vários fatores são apontados, mas o grande mote que sempre justifica as mudanças nos regimes é o famoso *déficit* ou “rombo” nas contas previdenciárias.

Embora não seja ponto a ser discutido neste artigo, vale ressaltar que *déficit* significa uma saída de recursos maior que aqueles que ingressam, e a União – Governo Federal, ao longo das últimas duas décadas, sempre encontra meios de misturar o orçamento previdenciário com as contas gerais, a exemplo do que acontece com a Desvinculação das Receitas da União – DRUs, deslocando 20% das contribuições previdenciárias para que a União gaste livremente.

Paulo Ayres Barreto (2011) questiona, de maneira bem fundamentada, a própria constitucionalidade da desvinculação das receitas, notadamente quando o fato gerador das contribuições sociais está diretamente ligado à destinação que é dada a tais tributos, portanto, uma vez desvirtuado o destino para o qual a contribuição teria sido criada, não haveria motivos para que a mesma subsistisse. Tais fatos, contudo, são apenas um alerta sobre até que ponto existe um *déficit* previdenciário, ou se não seria mais uma questão de desvio de verbas, mas esse assunto é algo a ser abordado em um artigo específico.

A Constituição Federal de 1988 trouxe um amplo leque de direitos sociais. Entendeu-se, durante alguns anos, que grande parte daquelas normas possuía natureza programática e eficácia limitada, pois dependeriam de outras leis para que viessem a entrar em vigor. Com a evolução jurisprudencial, notadamente através de um ativismo judicial, a interpretação modificou-se, e muitas normas constitucionais tidas, até então, como dependentes de legislação regulamentadora anterior, passaram a ser aplicadas diretamente pelos tribunais. A posição concretista de efetivação dos direitos constitucionais adotada pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de outubro de 2007, corrobora tais afirmativas, no julgamento do Mandado de Injunção nº 670/ES, publicado no DJe em 31.10.2008, em que se reconheceu o direito de greve aos servidores públicos, com base em lei que regulamentava a greve na iniciativa privada.

Dentre os inúmeros direitos sociais, o legislador constituinte previu um título específico para a ordem social e, dentro deste, um capítulo destinado à seguridade social, que, segundo a redação do artigo 194 da Constituição, é um “conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

### 3.2 Noções sobre aposentadoria e desaposentação

A Constituição, ao regulamentar a aposentadoria, aponta alguns critérios (etário, valor e tempo de contribuição), mas, no §7º do seu art. 201, afirma que tais benefícios serão concedidos “nos termos da lei”, ou seja, atribui ao legislador infraconstitucional a regulamentação da matéria.

A lei regulamentadora dos benefícios previdenciários foi criada em 1991 (Lei 8.213), a qual, desde sua redação original, proibia que o aposentado pelo Regime Geral da Previdência Social (RGPS) recebesse outro benefício previdenciário, caso continuasse trabalhando, com exceção daqueles previstos na própria norma (na época, reabilitação profissional – que permanece até hoje; o pecúlio, hoje suprimido, e auxílio-doença, também suprimido pela Lei 9.032/95, tendo sido incluído o salário-família, pela Lei 9.528/97).

Percebe-se que o legislador ordinário optou por vedar o recebimento de outro benefício previdenciário por aqueles segurados já aposentados. O Decreto Federal nº 3.048/99, que regulamenta a Lei de Benefícios, em seu artigo 181-B, proíbe a renúncia e a reversão da aposentadoria já concedida, sem que exista, contudo, qualquer lei nesse sentido. Esta é a situação do RGPS, mas, antes de ingressar na polêmica propriamente dita, é interessante fazer um paralelo com a aposentadoria dos servidores públicos.

A desaposentação, no direito administrativo, é chamada reversão, e regulamentada pelo artigo 25 da Lei 8.112/90. O §2º desse artigo prevê, expressamente, a contagem do tempo em que o servidor esteve aposentado, caso haja reversão e volte a trabalhar, ou seja, a legislação administrativa admite a contagem do tempo em que o servidor ficou aposentado, para fins de concessão de um novo benefício, em sentido diametralmente oposto àquele previsto no RGPS.

O grande problema em se querer utilizar o instituto da reversão de maneira análoga para o RGPS é que aquela regulamentação do direito administrativo prevê os requisitos necessários para que o servidor inativo que retorne ao trabalho possa ser beneficiado com a contagem do tempo em que ficou afastado. Ou seja, não basta retornar ao trabalho, mas permanecer por no mínimo 5 (cinco) anos na atividade, para fazer jus ao benefício.

Tal exigência é importante, para que a Administração possa se programar em relação ao futuro dispêndio com a concessão de aposentadoria, sem que fique ao mero direito potestativo do servidor a escolha da época mais propícia para se aposentar. Além disso, a ausência de regulamentação possibilitaria que o instituto fosse utilizado de maneira abusiva pelo segurado do RGPS, pois poderia, mensalmente, requerer sua desaposentação, visando sempre à concessão de um novo pedido de benefício. Quais seriam os limites?



Fazendo o paralelo com o RGPS, percebe-se que existem inúmeros casos em que o segurado deseja a desaposentação, mas para trabalhar por mais um, dois ou três anos, sem que venha a contribuir por mais tempo necessário para que a previsão atuarial do regime fique equilibrada. Voltarei à legislação específica.

Tanto a Lei de Benefícios quanto o Decreto vedam o instituto da desaposentação. Abordarei primeiro a questão do Decreto. Este ato normativo possui como característica a regulamentação de uma lei, portanto, pelo princípio da legalidade e em decorrência da hierarquia normativa, não pode inovar no ordenamento jurídico.

O Decreto previu a impossibilidade de renúncia ou de reversão de aposentadoria concedido no RGPS. Existe praticamente unanimidade em relação à característica inovadora de tal dispositivo em relação à norma que procura regulamentar. Ao proibir que o sujeito renuncie, ou proibir a reversão (desaposentação) do benefício, o Decreto extrapolou sua competência normativa, já que não havia previsão legal ou constitucional neste sentido, incorrendo, portanto, em ilegalidade.

Ainda que não houvesse uma clara ilegalidade formal nesses dispositivos, a inconstitucionalidade material também estaria caracterizada. De fato, a renúncia é ato personalíssimo e unilateral, ou seja, independe da outra parte para que tenha validade. É um direito potestativo do segurado, e um Decreto não pode impedir que se abra mão de um direito patrimonial seu, até porque impera no nosso ordenamento o princípio da legalidade (somente a lei poderia impedir, ainda assim, questionar-se-ia sua constitucionalidade no caso de renúncia a algum direito).

A desaposentação, contudo, não é mera renúncia a um direito, como já ressaltai acima, pois o que o aposentado deseja é a substituição de seu benefício por um mais vantajoso, portanto, ainda que se proibisse a renúncia à aposentadoria, temos um verdadeiro caso de reversão do benefício, o que também não é permitido pelo Decreto.

No âmbito administrativo, o INSS não aceita o direito à desaposentação, como retratado aqui. As únicas possibilidades acatadas pelo INSS estão descritas no parágrafo único do art. 181-B do Decreto 3048/99, quando é aceita a renúncia ao benefício, desde que o segurado não tenha recebido a primeira prestação do benefício, nem sacado o FGTS ou PIS, ou seja, quando não houve o recebimento do benefício.

A questão acabou sendo levada para o Judiciário, por isso a análise detalhada da lei será feita no próximo tópico, em que abordarei a interpretação que os tribunais vêm dando ao tema.

Questão prévia, que sempre é levantada pelo INSS, diz respeito à carência de ação, por falta de interesse do segurado, por não ter feito prévio requerimento administrativo. Tal providência, contudo, é desnecessária, pois o INSS não concede os

benefícios administrativamente, por entender que há vedação legal, portanto, resta ao Judiciário resolver a controvérsia.

### 3.3. Os prós e contras da desaposentação

A aposentadoria, no RGPS, é concedida pelo INSS, autarquia federal, motivo pelo qual as questões envolvendo a desaposentação deverão, em regra, serem realizadas no âmbito da Justiça Federal, com base no artigo 109, I, da Constituição Federal. A Justiça Estadual só pode apreciar tal questão no caso da competência delegada (§3º do art. 109, da Constituição), mesmo assim, o órgão recursal será sempre um Tribunal Regional Federal.

Os Juizados Especiais Federais (JEFs) são uns dos grandes captadores das causas que envolvem a desaposentação. A Justiça Federal Comum (não especial) também é alvo de diversas ações questionando as negativas do INSS.

Cada região abrangida por um Tribunal Federal possui suas Turmas Recursais, e quando houver divergência entre tais Turmas, a questão será solucionada pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Federais – TNU.

A TNU pacificou recentemente que a desaposentação é possível, porém, deve estar acompanhada da devolução dos valores recebidos anteriormente, já que a renúncia deve ter eficácia *ex tunc*, desconstituindo o ato jurídico perfeito formado, retornando as partes à situação fática anterior ao período do benefício que se pretende cancelar (Pedido 200672550064068, DJ 8.7.11).

No mesmo sentido, é o posicionamento adotado pelos Tribunais Federais da 3ª Região (AC 201061830018093, 10ª T. DJF3 3.8.11; AC 201003990399439, 7ª T. DJF3 20.7.11); da 4ª Região (AC 00033322720094047205, DE 4.6.10) e da 5ª Região (AC 200984000109167, DJE 30.6.11). Já a 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região não admite o direito à desaposentação (AC 200638000338620, e-DJF1 15.3.11, p. 18).

O Superior Tribunal de Justiça entende que a desaposentação pode ser feita, independentemente da devolução das quantias recebidas pelo sujeito, a título de benefício previdenciário (EDcl no AgRg no REsp 1.181.171/RS, 5ª T. DJ. 4.8.11; AgRg no REsp 1.240.362/SC, 6ª T. DJ. 18.5.11). O TRF da 2ª Região segue o STJ (AC 201051018045574, E-DJF2R 3.3.11).

O STF, contudo, ainda não se pronunciou sobre o problema, embora tenha afetado a matéria para discussão no Plenário (RE 381.367/RS). O presente recurso teve iniciado seu julgamento em 16.9.2010, quando foi suspenso após voto do relator (Ministro Marco Aurélio) e pedido de vistas do Ministro Dias Toffoli.

O argumento principal deste processo é que a Lei 9.528/97 ofende o §11 do artigo 201 da Constituição Federal, que determina que “os ganhos habituais do empregado, a

qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei”.

Recentemente (18.11.2011), o STF reconheceu a existência de repercussão geral sobre o tema, no Recurso Extraordinário (RE) 661.256, já que o RE anterior foi interposto antes da entrada em vigor da Lei 11.418/06. Assim, a decisão proferida no processo sob o regime de repercussão geral, embora não vincule formalmente (como a súmula vinculante) os demais órgãos jurisdicionais, acaba, na prática, sendo seguida à risca pelos demais órgãos jurisdicionais, pelo fato do STF ser a última palavra em matéria constitucional.

O RE 661.256, apresentado pelo INSS, questiona a concessão da desaposentação no STJ, sem que houvesse a necessidade de devolução das parcelas já recebidas. A autarquia alega que há ofensa ao equilíbrio financeiro atuarial da previdência, bem como ofensa ao ato jurídico perfeito.

Os argumentos favoráveis e contrários à desaposentação mediante devolução ou não dos valores anteriormente recebidos são inúmeros e fortes. A jurisprudência favorável ou contrária costuma utilizar as razões abaixo delineadas.

O primeiro grande argumento contrário à possibilidade de desaposentação é justamente o fato de que, por ser contributivo, o sistema previdenciário não implica necessariamente em um benefício ao filiado, logo, o fato do demandante ter continuado a contribuir não lhe garante direito a um futuro benefício.

Esta característica nos remete a um princípio constitucional que fundamenta a existência da seguridade social: o princípio da solidariedade, descrito no artigo 195 da Carta, que afirma que toda a sociedade, de maneira direta ou indireta, deverá financiar a seguridade.

Tanto a solidariedade quanto à natureza contributiva do sistema previdenciário nos remetem a uma digressão sobre o financiamento da seguridade social, o que é, talvez, o argumento mais forte contrário à desaposentação.

O financiamento da previdência ocorre, predominantemente, através do recolhimento das contribuições sociais (contribuição patronal, COFINS, CSLL, etc.). A contribuição social é uma espécie de tributo, portanto, rege-se pelas normas do direito tributário. Na classificação clássica tricotômica dos tributos, prevista no Código Tributário Nacional, relacionam-se apenas os impostos, taxas e contribuições de melhoria. O STF e a doutrina acabaram ampliando tal classificação, para inserir as contribuições e os empréstimos compulsórios.

Uma das características que distingue as contribuições das espécies clássicas tributárias diz respeito à ausência de regra-matriz destas contribuições na Constituição, ou seja, não descreve o sujeito e passivo, nem a base de cálculo. A identificação da contribuição liga-se à finalidade para a qual foi criada, não importando o fato gerador, assim,

a contribuição está vinculada a uma determinada finalidade, diferentemente do que ocorre com os impostos que, salvo exceções, não pode ter suas receitas vinculadas. Ou seja, o governo gasta os impostos livremente, enquanto as contribuições são destinadas aos fins para os quais foram criadas.

Outra característica das contribuições, ainda mais marcante desta espécie tributária, diz respeito à referibilidade ou retributividade, que é indireta. Explicando, a contribuição está atrelada constitucionalmente a uma finalidade, mas o contribuinte não precisa ser beneficiário pela atividade, bastando que esta lhe diga respeito. Mesmo quando o princípio da solidariedade determina o custeio da previdência por toda sociedade, não significa ofensa à referibilidade, pois o bem estar geral está ligado à convivência social harmônica.

Outro ponto fundamental diz respeito ao equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário e aos princípios da seguridade social que tratam da seletividade e distributividade dos benefícios, todos previstos expressamente na Constituição Federal.

O equilíbrio financeiro e atuarial impõe que se mantenha o sistema de arrecadação das contribuições e concessão de benefícios integrados pelo princípio da segurança jurídica, devendo haver uma previsibilidade sobre o que será arrecadado e como e onde será gasto.

Para fazer frente a tal equilíbrio, o legislador cria as contribuições que financiarão o sistema, além de relacionar quais os benefícios serão concedidos, com as respectivas concessões.

A concessão de um benefício previdenciário, com base no equilíbrio financeiro e atuarial, leva em conta o tempo durante o qual o segurado contribuiu, os valores das contribuições e a expectativa de sobrevida que terá ao receber a aposentadoria. Assim, quanto mais tempo contribuir, e menos tempo tiver de sobrevida, maior deve ser a renda proporcional do benefício, de acordo com os valores das contribuições.

A aposentadoria é um benefício geral, que pode ser dividido em espécies: por idade, por tempo de serviço/contribuição, por invalidez. O art. 124 da Lei 8.213/91 veda a concessão de alguns benefícios de maneira cumulativa, justamente para evitar que o sujeito perceba mais de uma benesse pelo mesmo fato gerador. Tal situação confirma a seletividade dos benefícios e a segurança do sistema (previsibilidade).

O art. 18, §2º da Lei de Benefícios (8.213/91) vai mais além, pois proíbe o aposentado pelo Regime Geral Previdenciário que permanecer em atividade de receber prestação da Previdência, que não aquelas descritas no dispositivo (ou seja, não pode receber outra aposentadoria). É uma expressão do caráter contributivo de nosso regime.

O benefício da aposentadoria é um direito de natureza patrimonial, conforme jurisprudência dominante dos nossos tribunais, logo, pode haver renúncia a tal benefício. Por sua vez, a aposentadoria proporcional é uma faculdade do beneficiário, que contribuiu

por determinado período, mas ainda não possui idade suficiente para obtenção do benefício integral, sob a égide anterior à Emenda Constitucional 20/98.

O fato de se ter direito à renúncia de um direito patrimonial (aposentadoria proporcional por tempo de serviço), não significa que o sujeito possa mesclar os sistemas para obtenção de um novo benefício (aposentadoria integral), pois os benefícios se excluem (art. 124, II, Lei 8.213/91).

Caso se permita que o aposentado que continue contribuindo para o sistema some este período para obtenção de uma nova aposentadoria, fatalmente será afrontado o art. 18, §2º, da Lei 8.213/91, de maneira direta. Percebo que, indiretamente, o sujeito acabará acumulando requisitos para obtenção de dois benefícios previdenciários vedados por lei.

Quando o tempo em que o aposentado contribuiu é somado àquele em que ele estava na ativa, significa aplicar um mesmo período de contribuição para a concessão de dois benefícios cujo acúmulo é vedado por lei. Exemplificando: um sujeito se aposenta proporcionalmente, contabilizando 30 anos de serviço/contribuição; posteriormente requer a desaposentação, para revisão de nova aposentadoria, para incluir outros 5 anos de contribuição após aquela proporcional. Teremos duas situações:

- a) uma aposentadoria proporcional concedida com base em 30 anos, que foi usufruída por cinco anos.
- b) uma aposentadoria integral (ou majorada) com base em 35 anos.

No exemplo acima, percebemos que o mesmo período de 30 anos foi utilizado duas vezes, para concessão de duas aposentadorias, o que implica na ofensa indireta ao art. 124, II da Lei de benefícios. Além disso, a utilização dos cinco anos remanescentes para concessão do novo benefício acabou ofendendo o art. 18, §2º da mesma norma.

Isso seria uma burla indireta ao fator previdenciário, o que deveria implicar a declaração de inconstitucionalidade desta maneira de cálculo de aposentadoria, algo que o STJ não vem fazendo, quando acata o direito à desaposentação.

Ao aceitar o direito à desaposentação, levando-se em contas novos fatores de idade, tempo e sobrevida, o STJ acabou decretando a inconstitucionalidade do fator previdenciário, que leva em consideração o momento em que a aposentadoria é requerida. Agindo assim, sem declarar expressamente a inconstitucionalidade do art. 29, I, §§7º e 9º da Lei 8.213/91, através de sua Corte Especial, o STJ acabou ferindo o art. 97 da Constituição Federal e a Súmula Vinculante nº 10 do STF:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Outros argumentos, talvez não tão importantes, mas ainda levantados para fundamentar a impossibilidade de desaposentação, dizem respeito ao ato jurídico perfeito, que não poderia ser desconstituído, ou caso não entendido como ato administrativo, deveria ser encarado como uma relação bilateral entre segurado e INSS, portanto, a aceitação da renúncia ao benefício anterior deveria ser feita com acordo de ambas as partes.

Há os que defendam ainda a aplicação do princípio do *tempus regit actum*, o que complementa a tese do ato jurídico perfeito, já que os requisitos preenchidos em determinada época devem ser regulamentados pela legislação então em vigor. Tal fundamento valida o princípio de que não pode haver concessão de benefício sem custeio prévio. Tal posicionamento foi adotado pelo STF em mais de uma oportunidade, quando tratou da majoração do auxílio-acidente.

De fato, o STF entende que a lei mais benéfica não pode ser aplicada em caso de pensão por morte. Em 8.2.07, julgou o RE 415.454, entendendo que não podia aplicar lei imediatamente; com base nesse entendimento, ministros vêm negando aplicação ao auxílio-acidente, embora Eros Grau tenha julgado favorável à aplicação imediata (RE 595.117/RJ, DJ 3.2.09). Mais recente, porém, reconhecida a repercussão geral, foi negada a aplicação retroativa (RE 597.389/SP, DJ. 21.8.09). A 1ª Turma entendeu recente que qualquer benefício (inclusive auxílio-acidente) é regido pela norma vigente à época, logo, não retroage (AgRg no AI 634.246/SP, DJ. 9.10.09).

Passo a analisar o ponto de vista dos que defendem a desaposentação, com ou sem devolução integral dos recursos já recebidos. O primeiro argumento questiona a justiça da vedação legal que os dispositivos normativos fazem sobre a desaposentação. Até que ponto uma lei poderia limitar, se a constituição não o faz?

Defende-se que a aposentadoria é ato de vontade, portanto, fica facultado ao segurado requerer ou abrir mão dela a qualquer tempo. Além disso, há o argumento de que o art. 201, §11 da Constituição determina a incorporação ao salário, para efeito de contribuição previdenciária dos ganhos habituais do trabalhador e consequente repercussão nos benefícios. Entendo que este é o ponto legal mais importante como argumento para se permitir a desaposentação.

Ocorre que o dispositivo constitucional remete à lei a maneira como se dará a repercussão de tais contribuições. A grande questão que deverá ser resolvida pelo STF é se a lei, ao vedar a reversão de tais contribuições para concessão de novo benefício ao segurado, incorreria em inconstitucionalidade.

Entendo que tais normas visam a afirmar os princípios da seletividade e contributividade do regime previdenciário, conforme demonstrado acima. Isso não significa, contudo, que o sujeito não possa renunciar a um benefício, visando à concessão de outro que lhe seja mais favorável, mas algumas questões devem ser observadas.

Existem vários benefícios para as diversas situações de nossa realidade. Quando o legislador prevê uma aposentadoria por invalidez, outra por tempo de contribuição e uma por idade, e proíbe que tais benefícios sejam acumulados, acabou compartimentando o sistema, para evitar que o sujeito faça um verdadeiro escalonamento de benefícios.

Em outras palavras, o sistema permite que o sujeito que preencha os requisitos, para obtenção de um benefício, tenha a faculdade de aguardar, optando por continuar contribuindo para o regime, para obter condições melhores de aposentadoria. Ou seja, não se aposenta agora com 80% do salário de benefício (SB), para continuar contribuindo por mais um tempo, e se aposentar com 100% do SB.

Permitir a aposentadoria proporcional e uma posterior conversão em uma integral é estimular que o segurado se aposente sempre que atingir os requisitos mínimos, mas continue contribuindo para que tal benefício seja revisto continuamente.

Aquele segurado que não optou por receber uma aposentadoria menor e continuou laborando e contribuindo para receber uma aposentadoria integral, acabaria ficando em desvantagem, em relação àquele que requerer a desaposentação, gerando uma verdadeira quebra da isonomia.

Caso o STF considere possível a concessão da desaposentação, surge um segundo problema: as contribuições recebidas pelo segurado devem ser devolvidas? O STJ acatou a tese de que, pela natureza alimentar, não seria o caso de devolução. A maioria dos Tribunais Federais que aceita a desaposentação condicionam-na à devolução dos valores recebidos.

Caso fosse favorável à desaposentação, o que não é o caso, pelos argumentos expostos acima, entendo que seria devida a renúncia ao benefício anterior acompanhada da devolução das parcelas recebidas do benefício que se pretende cancelar. A devolução das parcelas depende de pedido expresso da parte, sob pena de se estar julgando *extra petita*, ou até prejudicando o autor, que sequer contava com tal possibilidade.

Talvez uma solução menos radical esteja na regulamentação da matéria, por lei, assim como ocorre no Regime Próprio dos Servidores Públicos. Seria uma maneira de se afastar a insegurança que a omissão legislativa atualmente passa para o Regime Geral, o que levou a todos esses questionamentos e discussões judiciais. O que não acho possível, pelo menos por enquanto, é deixar ao mero critério do segurado o direito de escolher como, quando e quantas vezes pretende renunciar a uma aposentadoria para requerer outra que lhe seja mais favorável.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A polêmica da desaposentação ainda não foi dirimida na nossa ordem jurídica. A preocupação com as contas da previdência social, a insegurança que a desconstituição de atos jurídicos vêm causando no sistema da seguridade social e a controvérsia ainda presente nos Tribunais Regionais Federais propiciaram que a matéria fosse alçada ao STF, para, sob o regime de repercussão geral, pôr fim às dúvidas que assolam o instituto da desaposentação.

Abordei o histórico do surgimento da aposentadoria no Brasil e trouxe o posicionamento dos tribunais sobre a possibilidade de desaposentação no Regime Geral da Previdência Social. Relacionei os pontos positivos e negativos sobre a possibilidade de desaposentação.

Cheguei à conclusão pela impossibilidade da desaposentação e, caso possível, que fosse acompanhada da devolução dos valores recebidos anteriormente, ou que venha a ser regulamentada a matéria, via legislação ordinária, prevendo os critérios em que seria possível.

#### 5. REFERÊNCIAS

BARRETO, Paulo Ayres. *Contribuições – Regime Jurídico, Destinação e Controle*. Vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Editora Noeses, 2011.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>, acesso em 10 dez. 2011, 10h00.

CARDOSO, Oscar Valente. Desaposentação e Despensão: Aspectos controvertidos. In: *Revista Síntese de Direito Previdenciário*, v. 44, Ed. Síntese Período, 2011. Disponível em: <<http://www.iob.com.br/ntzrds/lpext.dll?f=templates&fn=main-j.htm>>, acesso em 10 dez 2011 às 10h30.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 13ª ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

DESAPOSENTAÇÃO É tema de repercussão geral. *Notícias do STF*. Brasília, dez. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=195735>>. Acesso em: 10 dez. 2011, às 11h20.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 14ª ed. Niterói: Impetus, 2009.

KERTZMAN, Ivan. *Curso Prático de Direito Previdenciário*. 6ª ed. Salvador: Jus Podium, 2009.

PIETRO, Maria Silvia di Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.



## **VIABILIDADE DOS CONTRATOS REALIZADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM O TERCEIRO SETOR: UMA VISÃO AMPLA SOBRE AS CONTRATAÇÕES DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E OSCIP'S.**

### **VIABILITY OF CONTRACTS PERFORMED BY THE PUBLIC ADMINISTRATION WITH THE THIRD SECTOR: AN AMPLE VIEW ABOUT THE CONTRACTING OF SOCIAL ORGANIZATIONS AND OSCIP`S.**

LUCIANA VILAR DE ASSIS\*  
DAYSE FEITOSA NEGÓCIO\*\*

#### **RESUMO**

Com a modernização na gestão da administração pública tornou-se necessário terceirizar diversos serviços na busca da eficiência na prestação do serviço público à sociedade. O presente artigo tem como objetivo mostrar as possibilidades legais de contratação da administração com as organizações do terceiro setor em especial as organizações sociais e as OSCIP's destacando as vantagens e desvantagens. As Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público são qualificações dadas a entidades privadas, sem fins lucrativos, que prestam serviços públicos de interesse da comunidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Terceiro Setor. Contratos de gestão. Termo de parceria. Responsabilidade da Administração.

#### **ABSTRACT**

With the modernization of the management of public administration has become necessary to outsource several services in the pursuit of efficiency in the provision of public service to the society. This article aims to illustrate the legal possibilities of the administration contracting with third sector organizations especially social organizations and OSCIP's, highlighting the advantages and disadvantages. The Social Organizations and Civil Society Organizations of Public Interest are qualifications given to private entities, nonprofit, which provide public services of interest of the community.

**KEYWORDS:** Third Sector. Management contracts. Term of partnership. Responsibility of Directors.

\* Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba, professora de Direito Administrativo da Fesp Faculdades.

\*\* Aluna do 9º período do Curso de Direito da Fesp Faculdades.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Analisando historicamente a Administração Pública brasileira, percebe-se que o Estado passou de forma gradativa por diversas reformas. A atual estrutura administrativa não se resume apenas na administração direta e nas entidades da administração indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e as fundações). Hoje, existem novos instrumentos de atuação pública como, por exemplo, as agências executivas, as agências reguladoras, as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público.

A reforma da administração trouxe um novo modelo de gestão, ou seja, um modelo focado em objetivos preestabelecidos, no controle das atividades desenvolvidas, no resultado e no equilíbrio entre as receitas e as despesas geradas pelo desempenho do serviço público.

Destaca-se ainda que, com a EC nº 19/98, o princípio da eficiência foi inserido no nosso ordenamento jurídico imprimindo à Administração Pública mais um dever: o de prestar serviços com qualidade e com celeridade para toda a coletividade. A demora no atendimento dos pleitos da sociedade já não mais se coaduna com a modernização dos serviços públicos. A inserção desse princípio no corpo da Constituição possibilitou, assim, a descentralização na administração, ou seja, a delegação da prestação dos serviços públicos a entidades privadas, serviços estes antes exercidos, exclusivamente, pelo Estado.

A partir dessa Emenda Constitucional, o princípio da eficiência passou a ser o princípio basilar nesse novo modelo de gestão. Desse modo, a administração procura na execução dos seus serviços fazer certo, no momento certo e com o menor custo para os cofres públicos e, conseqüentemente, para o povo.

Destaca-se que essas contratações devem observar determinadas diretrizes, a exemplo da eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade, do respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados, responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias, transparência dos procedimentos e das decisões, repartição objetiva de riscos entre as partes, sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

O objetivo da parceria do poder Público com o particular é o de viabilizar o bem estar da sociedade e o desenvolvimento socioeconômico.

O presente artigo tem como objetivo analisar as possibilidades nas contratações das Organizações Sociais e das OSCIP's nas prestações dos serviços públicos, bem como analisar, de uma forma crítica, as vantagens e as desvantagens desses contratos.

## 2. TERCEIRO SETOR – OSCIP’S E AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Diante da necessidade de se modernizar, a Administração Pública passou por diversas mudanças dentre as quais se destacam a flexibilização das relações jurídico-funcionais entre o Poder Público e seus agentes, uma maior autonomia gerencial, financeira e orçamentária da administração direta, parceria com pessoas jurídicas privadas e a incorporação na Constituição Federal do princípio da eficiência no *caput* art. 37.

“A modernização da máquina administrativa do Estado tem sido objeto de medidas tendentes a diminuir a intromissão da Administração na economia e na vida da população, reduzindo a burocracia e atribuindo serviços à iniciativa privada.” (ARAÚJO, 2010, p. 141).

Como exemplo dessas mudanças, surgiu na Administração Pública o chamado Terceiro Setor, através do Plano Diretor da Reforma do Estado. Esse novo setor é composto de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, destinados a prestar serviços públicos como parceiros do Estado.

Fazendo uma abordagem sobre esse assunto, Carvalho Filho (2011, p. 326) destaca que, “o terceiro setor resulta de iniciativas da sociedade civil, através de pessoas de atuação voluntária, associações e organizações não governamentais, para execução de funções sociais, sem alvejar resultados lucrativos, como as pessoas empresariais em geral”.

Para chegarmos à caracterização do que vem a ser o Terceiro Setor, é bom que se ressalte que o primeiro setor é o Estado e o segundo é o mercado. Carvalho (2009, p. 926), entende como o:

*primeiro setor o conjunto de entidades e propriedades urbanas e rurais pertencentes ao Estado (setor público). O segundo setor como o conjunto das empresas particulares e propriedades urbanas e rurais pertencente a pessoas físicas ou jurídicas fora do controle do Estado (setor privado).*

No mesmo entendimento, Pietro (2010), assevera que o terceiro setor presta atividade de interesse público e recebe a proteção do Estado. No entanto, para receber essa proteção é necessário atender alguns requisitos impostos pela lei.

O termo Terceiro Setor é relativamente novo, mas a inserção de empresas privadas no mercado para prestar serviço público vem ocorrendo há décadas no Brasil. As pessoas jurídicas qualificadas como fazendo parte do Terceiro Setor, hoje, devem desempenhar suas funções com foco em duas realidades: a primeira é tentar corrigir as distorções sociais existentes no país, distorções estas não sanadas pelo Estado, desenvolvendo suas atividades com um foco maior na filantropia e voltadas ao combate da miséria, do alto índice de desemprego e do pouco desenvolvimento econômico da sociedade. A segunda realidade

é a do comprometimento e da missão de privilegiar o ser humano e as relações. Sob essa ótica, destaca-se a necessidade de uma gestão participativa, uma vez que essas organizações não possuem donos/acionistas e não visam ao lucro. (SEBRAE, 2011)

De acordo com Barreto (2005), o terceiro setor é composto por entidade civil sem fins lucrativos e possui uma grande importância na prestação dos serviços públicos.

Outra terminologia que também é adotada pelo Direito Administrativo brasileiro para denominar o terceiro setor são as entidades paraestatais. Essa expressão também é utilizada por Meirelles (2008) quando o autor destaca que as entidades paraestatais são pessoas jurídicas de direito privado cujas atividades se desenvolvem na realização de obras ou serviços de interesse coletivo. Nesse sentido, pode-se dizer que são incluídas como entidades paraestatais as OSCIP's e as organizações sociais, ambas sem fins lucrativos.

Segundo Meirelles (2008, p. 387), o objetivo da criação das Organizações Sociais “foi de encontrar um instrumento que permitisse a transferência para elas de certas atividades exercidas pelo Poder Público, sem a necessidade de permissão ou concessão”.

As OSCIP's possuem um novo regime de parceria com o poder público. Sua regulamentação está prevista na Lei Federal nº 9.790/1999 e no Decreto nº 3.100/1999. “A referida lei não criou uma nova categoria de pessoa jurídica, mas criou a possibilidade de pessoas jurídicas de direito privado venha a ser qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público”. (ALEXANDRINO e PAULO, 2011, p. 149).

Segundo Pietro (2010) essas organizações não são novas pessoas jurídicas, mas pessoas jurídicas privadas já existentes que recebem a qualificação Jurídica dada pelo Poder Público a pessoas jurídicas de direito privado. Algumas características dessas organizações merecem ser destacadas, como por exemplo: são entidades de direito privado sem fins lucrativos, criadas por particulares, adotam a forma de associação ou fundação, desde que preencham os requisitos legais, são habilitadas pelo Ministério da Justiça e atuam na assistência social, bem como na promoção, defesa e conservação do patrimônio histórico e cultural, na promoção gratuita da educação, saúde, segurança alimentar preservação do meio ambiente.

As OSCIP's possuem o vínculo com a Administração Pública através do termo de parceria cuja execução é supervisionada por órgão do Poder Público ligado ao serviço que será, então, desempenhado pela organização.

De acordo com o art. 2º, da Lei nº 9.790/99, não podem ser qualificadas como OSCIP's as sociedades comerciais, os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional, as instituições religiosas, as entidades e empresas que comercializam planos de saúde, as instituições hospitalares privadas não gratuitas, as Organizações Sociais, as cooperativas e as fundações públicas dentre outras pessoas jurídicas.

A Organização Social “é a qualificação jurídica dada a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, e que recebe delegação do poder Público mediante contrato de gestão, para desempenhar serviço público de natureza social”. (PIETRO, 2010, p. 496).

Ambas as entidades, OSCIP's e as Organizações Sociais, submetem-se ao princípio da publicidade, tanto nos documentos referentes à constituição como no funcionamento e no processo de desqualificação. Entretanto, é possível ressaltar as grandes diferenças existentes entre elas. Na primeira, a qualificação é outorgada pelo Ministério da Justiça sendo um ato vinculado, ou seja, preenchidos os requisitos impostos pela lei, as associações ou as fundações fazem *jus* ao título de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Já nas Organizações Sociais, o ato de qualificação é discricionário cabendo ao Ministro de Estado ou ao titular de órgão supervisor decidir quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação. Ademais, verificam-se diferenças no instrumento de formalização do vínculo com o Poder Público: as Organizações Sociais celebram contrato de gestão e as OSCIP's celebram o termo de parceria com o Poder Público. (CARVALHO, 2009).

Outra importante distinção entre as entidades é a participação dos agentes do Poder Público na estrutura das entidades: nas Organizações Sociais é obrigatória a presença de agentes públicos no Conselho de Administração; nas OSCIP's, não há essa exigência. Ademais, é de se mencionar, ainda, ser vedado que uma mesma entidade seja qualificada, concomitantemente, com Organização Social e OSCIP.

### **3. TERMO DE PARCERIA E OS CONTRATOS DE GESTÃO**

A parceria é o termo utilizado para caracterizar a celebração do ajuste entre o Poder Público e as OSCIP's. Segundo o art. 9º da Lei que prevê esse instrumento, a parceria destina-se à formação de um vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse social.

No termo de parceria devem estar previstos de forma detalhada, os direitos e obrigações dos pactuantes, os seus objetivos, os critérios de avaliação e desempenho e é imprescindível também a apresentação do relatório anual (art. 10, § 2º, da Lei nº 9.790/99).

A escolha para a celebração do termo de parceria poderá ser feita através de concursos de projetos realizados pelo órgão estatal e publicado por meio de um edital. Ressalte-se que a lei federal atribuiu natureza facultativa a feitura do concurso de projetos. Porém, se o “Poder Público não tiver por intenção firmar termo de parceria com todas as

entidades qualificadas como OSCIP e interessadas naquele vínculo, é necessário ensejar disputa isonômica entre todos os interessados.” (CARVALHO, 2009, p. 969).

Observa-se, também, que os princípios basilares da Administração Pública, previstos no art. 37, da CF/88, devem ser sempre observados garantindo-se, assim, uma forma mais transparente na escolha da entidade que celebrará o termo de parceria com o Poder Público.

Independente da escolha, a Administração tem o dever de verificar o histórico da OSCIP, antes de celebrar o termo de parceria. Segundo o art. 10, § 1º, da lei das OSCIP's, o órgão estatal deve consultar previamente o Conselho de Política Pública das áreas correspondentes de atuação.

Em relação aos contratos de gestão, já correspondentes às Organizações Sociais e não mais as OSCIP's, Alexandrino e Paulo (2011, p. 136), relatam que esses contratos são:

*ajustes firmados entre a Administração direta centralizada e entidades da administração indireta, ou entre órgãos da própria administração direta, em decorrência do qual estes órgãos ou entidades assumem o compromisso de cumprir determinadas metas e, em contrapartida ganham maior liberdade em sua atuação administrativa, passando a sujeitar-se basicamente, ao controle relativo ao atingimento dos resultados pactuados.*

A partir da EC 19/1998, esses contratos adquiriram uma maior importância, pois o princípio da eficiência tornou-se imprescindível em todas as esferas de governo.

A lei federal nº 9.637/98, regula os contratos de gestão com as organizações sociais sem fins lucrativos e a administração pública. A respeito do assunto, Meirelles (2008, p. 269) destaca que:

*os contratos de gestão, não se trata de um contrato propriamente dito, pois não há interesse contraditório. Trata-se de um acordo operacional, pelo qual o órgão superior da administração direta estabelece em conjunto com os dirigentes da entidade contratada.*

Carvalho Filho (2011 p. 327) defende que o regime dos contratos de gestão com as Organizações Sociais “é o cumprimento de mais uma etapa do processo de desestatização, pelo qual o Estado se afasta do desempenho direito da atividade, delegando-a a pessoas de direito privado não integrantes da administração pública”.

Nos contratos de gestão são estabelecidas responsabilidades e obrigações, tanto para o Poder Público quanto para as organizações sociais. As metas, prazos e finalidades a serem alcançadas com esse contrato devem estar estabelecidos nesse instrumento. (BITTENCOURT, 2005).

“Os contratos de gestão deve ser visto como um compromisso de resultados, firmado entre o Estado, por intermédio de seus ministérios, e uma entidade a ser qualificada como Agência Executiva, ou uma entidade não estatal, qualificada como Organização Social”. (BASTOS, 2002, p. 225).

#### **4. CONTROLE E RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE GESTÃO**

A Administração tem o dever de fiscalizar os contratos de gestão celebrados com as entidades privadas em especial as entidades sem fins lucrativos no desempenho das atividades de interesse público.

Segundo Carvalho (2009), as Organizações Sociais, após a habilitação junto ao Poder Público, podem firmar contratos de gestão na prestação de serviços aos setores da saúde, educação e pesquisa científica dentre outros dentre outros tipos de serviços previstos na Lei nº 9.637/98.

É de bom alvitre destacar que essas organizações não são as entidades da administração direta e nem da indireta. “São entidades privadas que se valem do contrato de gestão para prestar atividades públicas”. (GASPARINI, 2008, p. 466).

De acordo com o art. 8º, da Lei nº 9.637/98, “a execução do contrato de gestão será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada”. É de fundamental importância que essas entidades apresentem ao Poder Público os relatórios com as metas propostas e com os resultados alcançados sendo imprescindível também a prestação de contas correspondente ao exercício financeiro.

A finalidade desse controle é de assegurar que os objetivos e as metas devem estar de acordo com o que foi proposto no planejamento elaborado por estas organizações sociais.

Ademais, a eficácia nessa fiscalização deve ser atingida, pois além de envolver o dinheiro público, o titular do patrimônio público é o povo.

Verifica-se que quando as metas não são atingidas e estão em desacordo com o que está previsto na Lei nº 9.637/98, a Administração Pública tem o poder de desqualificar essas

organizações. No entanto, a desqualificação deve ser precedida do processo administrativo com direito a ampla defesa e o contraditório.

A desqualificação poderá ser determinada por mérito, pois não existe a transferência da titularidade dos serviços prestados, ou seja, a administração poderá retomar a prestação de serviço a qualquer tempo, desde que haja indenização às organizações. (GASPARINI, 2008).

O controle popular, o do Tribunal de Contas e o do Ministério Público também são utilizados como meio de controle da execução desses contratos.

Quando o cidadão percebe que há irregularidades na prestação desses serviços tem o poder, e o dever, de comunicar as autoridades a existência desses problemas, para que ela tome as devidas providências de fiscalização.

A CF/88, no art. 5º, estabelece que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”. Já o art. 74, § 2º, da CF/88, preconiza que qualquer cidadão, partido político ou associação é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas.

A fiscalização feita pelo Tribunal de Contas está regulada nos termos do Parágrafo Único, do art. 70, da CF/88. Apresentando-se, igualmente, como órgão fiscalizador, o Ministério Público, como fiscal da lei que é, tem o dever de zelar pelos serviços de relevância pública, agindo na defesa de direitos sociais, como, por exemplo, os relativos a saúde e a educação, promovendo as medidas necessárias para a sua garantia, conforme o art. 129 CF/88.

A Lei nº 9.637/98, no seu art. 10, destaca que:

*havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.*

Os responsáveis pela fiscalização poderão ser responsabilizados solidariamente se ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade não derem ciência ao Tribunal de Contas, podendo, também, serem punidos com as penas da Lei de Improbidade Administrativa, como a suspensão de direitos políticos, a perda da função pública,



indisponibilidade dos bens e o ressarcimento do erário, pois a lei abrange todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente, com ou sem remuneração.

Em relação aos encargos trabalhistas, a Administração Pública quando não fiscaliza as Organizações Sociais responde subsidiariamente pelos atos praticados pela organização. A Súmula 331, do TST, em seu inciso V, preconiza que “os entes integrantes da Administração direta e indireta respondem subsidiariamente, por inadimplemento das obrigações trabalhista, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93”.

Desse modo, a Administração também tem o dever de fiscalizar como as organizações administram as relações trabalhistas dos empregados para que não responda pelo inadimplemento delas.

Carvalho Filho (2011) destaca que a Lei nº 9.637/98, incide sobre os serviços públicos federais, mas nada impede que os Estados, Distrito Federal ou Municípios adotem esse novo modelo de gestão.

## **5. VANTAGENS E DESVANTAGENS DA GESTÃO PACTUADA**

A inserção do modelo de gestão pactuada na Administração Pública ainda é assunto bastante polêmico, pois há estudiosos que alertam para o perigo que esses contratos podem ocasionar, assim como há aqueles que defendem a existência desses pactos ante à necessidade de modernização da Administração Pública.

Pietro (2010, p. 497), ao abordar o referido assunto destaca que o real objetivo da gestão pactuada entre a Administração Pública e as Organizações Sociais é o de “privatizar a forma de gestão de serviço público delegado pelo Estado”. Alerta também a publicista sobre os riscos com o patrimônio público e com os direitos do cidadão.

Com o mesmo pensamento, Carvalho (2009) relata a mesma preocupação, pois segundo ele, há uma ausência na Lei nº 9.637/98 no que diz respeito a proteção do Estado contra entidades sem a devida qualificação para contratar com o Poder Público, pois não há uma exigência expressa sobre o tempo mínimo de atuação dessas organizações na área de atividade a ser desempenhada. Ademais, a lei não faz referência à existência do capital inicial mínimo necessário, nem tão pouco faz referência a qualquer exigência no tocante ao patrimônio prévio das entidades.

“O fato de não exigir um patrimônio ou capital mínimo da própria associação ou fundação privada impede que ela possa responder futuramente por seus atos perante o ente qualificado e perante terceiros”. (CARVALHO, 2009, p. 939).

Diante disso, a preocupação se torna maior nos casos de inadimplemento das obrigações trabalhistas e no desvio de finalidade por parte das organizações, pois por não possuir patrimônio e finalidade lucrativa a dificuldade de ressarcir os danos se torna maior.

Outra preocupação é a não exigência da licitação para a escolha das organizações sócias (art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93). Desse modo, fica a Administração Pública dispensada de proceder à escolha da entidade que melhor se apresente ao desempenho das atividades então requeridas o que pode gerar a contratação de entidades menos qualificadas, e sérias, para o serviço.

Em relação às vantagens nesse tipo de contratação, os estudiosos defendem uma prestação de serviço mais eficiente e econômica, beneficiando assim toda a população, ou seja, a gestão pactuada visa à economicidade, pois aplicam de forma racional os recursos e buscam a eficiência nos serviços prestados.

Outro aspecto positivo é a flexibilidade jurídica das pessoas privadas, evitando a burocratização muito comum nos órgãos públicos.

Esse novo sistema de parceria entre o Poder Público e as entidades privadas sem fins lucrativos pode proporcionar um grande auxílio ao governo. Porém esse sucesso depende de uma fiscalização efetiva e eficaz do Poder Público

A idéia de agilizar e desburocratizar a administração pública proposta por estas entidades, em especial as organizações sociais e as OSCIP's, é bastante atraente. No entanto, é importante perceber que, essa cooperação das entidades privadas em serviços essenciais que o Estado oferece, pode ser o início de uma futura privatização dos serviços prestados pelo Estado.

Segundo Cardoso (2010), há várias críticas que colocam em dúvida o verdadeiro papel das Organizações Sociais e das OSCIP's e apontam ser inviável a utilização desse modelo de gestão pelo Estado, pois a legislação que regula tais contratações oferece mais riscos que benefícios à sociedade e, conseqüentemente, ao próprio Poder Público.

Relembre-se, por fim, que a qualificação dada à pessoa jurídica de direito privado como Organização Social é ato discricionário do Poder Público fato que desencadeia, assim, uma margem maior de incidência de desvios de finalidade nessas contratações. Há também diversas lacunas na legislação, pois esta não prevê a comprovação de serviços prestados pela entidade a ser contratada assim como o tempo mínimo de existência desta. Além disso, é de se ressaltar que, a não exigência de licitação nessas contratações, pode deixar esses contratos mais propícios a fraudes o que demanda, portanto, uma fiscalização mais rígida na execução desses serviços e um abrandamento no seu uso.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As novas formas de descentralização de serviços, ou seja, as novas parcerias utilizadas pela Administração Pública com o setor privado para execução de serviço público, precisam de um eficaz mecanismo de controle e de fiscalização para evitar danos ao patrimônio público.

As Organizações Sociais e as OSCIP's, previstas respectivamente nas Leis nº 9.637/98 e nº 9.790/99, possuem objetivos semelhantes de realizar serviços públicos antes exercidos pelo Estado, beneficiando assim a população e se caracterizam por não terem muita burocracia no desempenho dessas atividades, já fazem parte da seara privada e não da Administração Pública propriamente dita.

É de se mencionar, ainda, que as legislações que regulam essas novas entidades são omissas em diversos pontos, como por exemplo, a dispensa da licitação na contratação de seus serviços, por isso, as formas de controle e fiscalização devem ser mais rígidas quando se trata de pactuação dessas entidades com o Estado.

Apesar de existirem diversas formas de controle, como o relatório parcial e total, vistorias, periódicas, prestação de contas entre outras formas, percebe-se que o controle e a fiscalização dessas entidades e a execução dos serviços por ela prestados não estão sendo eficazes, nem apresentado resultados satisfatórios à sociedade. Devido à ineficácia dessas formas de controle, há inúmeros casos de desvios de dinheiro público com organizações não governamentais ditas "de fachada". Dessa forma, atualmente o Estado se mostra menos eficiente em controlar do que em prestar serviços públicos.

Assim, pode-se concluir que não há viabilidade para a Administração Pública a implementação desse novo modelo de gestão da forma como previsto nas legislações que amparam tais contratações. Ainda serão necessários muitos ajustes nos textos legais de forma a preservar, ao máximo, os princípios constitucionais administrativos, assim como ser considerada a necessidade de realização de seleção orientada por critérios objetivos, afastando-se, por conseguinte, qualquer influência pessoal nessas contratações.

Por fim, obter a proposta mais vantajosa para a Administração e proporcionar o atendimento amplo do princípio da isonomia deveria ser o objetivo maior a ser buscado pelo Estado, busca esta que só será obtida através de um processo licitatório sério, livre de subjetivismos, mas que, infelizmente, não é exigido pela atual legislação referente ao assunto.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. *Direito Administrativo Descomplicado*. São Paulo: Método, 2011.

ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de Direito Administrativo*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BRASÍLIA (Capital). Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Dispõe sobre normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Publicado no D.O.U. de 31.12.2004.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. *Uma análise comparativa das organizações sociais e a organização da sociedade civil de interesse público*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7165/terceiro-setor>>. Acesso em: 11 nov. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 26

BRASIL, Lei nº 9637, de 15 de maio de 1998. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm)>. Acesso em: 22 out. de 2011.

BRASIL. Lei nº 8.666/1993 – Licitações – Regulamenta o artigo 37, XXI da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Vade Mecum*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1529.

BRASIL. Supremo Tribunal do Trabalho. Súmula nº 331, *Vade Mecum*. V. 10 ed. São Paulo: Rideel, 2011.

BITTENCOURT, Marcos Vinicius Corrêa. *Manual de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

CARDOSO, Amaury. Organizações Sociais: agilidade ou desmonte do estado? Disponível em: <<http://www.debatesculturais.com.br/organizacoes-sociais-%E2%80%93-agilidade-ou-desmonte-do-estado>>. Acesso: 01 nov. 2011

CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen, 2011.

CARVALHO, Raquel. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. Salvador: Juspodium, 2009.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Saraiva 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34 ed. São Paulo Malheiros. 2008.

MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Atlas. 2010.

SEBRAE. O Terceiro Setor. Disponível em:  
<[http://www.sebraemg.com.br/culturadacooperacao/associacoes/terceiro\\_setor.htm](http://www.sebraemg.com.br/culturadacooperacao/associacoes/terceiro_setor.htm)>.  
Acesso em: 28 dez. 2011.

## **A LEI MARIA DA PENHA E SEUS DESAFIOS JURÍDICOS E SOCIOLÓGICOS**

## **THE MARIA DA PENHA LAW LEGAL CHALLENGES AND ITS AND SOCIOLOGICAL**

AMANDA MEDEIROS DE LUCENA\*

### **RESUMO**

O presente trabalho busca analisar a Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – com base no princípio da igualdade e na questão da discriminação de gênero. Enfatizando a relação com a fundamentação jurídica inerente à Sociologia, demonstrando a desigualdade de gênero na sociedade. Busca através do estudo da finalidade da desigualdade de gênero, bem como a exposição das formas de discriminação da mulher, expor a violência doméstica contra a mesma, assim como seus aspectos sociológicos e jurídicos, e limitações que afligem a função preventiva da pena numa tentativa de construir alianças para a construção de uma sociedade efetivamente justa e democrática com vista a superação das desigualdades sociais no país e o fim da violência sexual e doméstica e no âmbito familiar. Assim, após uma breve exposição conceitual de gênero através das teorias da professora e especialista na história do movimento operário no século XIX e do feminismo na França, Joan Scott, focar nas causas da violência contra a mulher e a sua submissão ao homem.

**PALAVRAS-CHAVE:** Violência; Gênero; Sociedade.

### **ABSTRACT**

This paper seeks to analyze the Law 11340/2006 - Maria da Penha Law - based on the principle of equality and the issue of gender discrimination. Emphasizing the relationship with the legal reasoning inherent in Sociology, demonstrating gender inequality in society. Search through the study of the purpose of gender inequality, as well as exposure of the forms of discrimination against women, exposed to domestic violence against it, as well as sociological and legal aspects, and limitations that plague the preventive function of punishment in an attempt to build alliances to build a just and democratic society effectively in order to overcome social inequalities in the country and an end to sexual and domestic violence within the family. Thus, after a brief conceptual gender through the theories of

professor and expert in the history of nineteenth-century labor movement and feminism in France, Joan Scott, focus on the causes of violence against women and their submission to men.

**KEYWORDS:** Violence; Genre; Society.

\* Estudante do 1º período do Curso de Direito da Fesp Faculdades.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A violência contra a mulher não escolhe raças ou etnias, país ou cultura, religião ou vítima. Acontece em todas as classes sociais e nos mais distintos lugares. É um fenômeno social fomentado pela desigualdade existente entre homens e mulheres. A sanção da Lei Maria da Penha (LPM – Lei nº 11.340/2006) completou cinco anos em agosto de 2011, e sua trajetória até agora vem acompanhada de episódios e desdobramentos da mais diversa ordem.

A Lei Maria da Penha decorrem de medidas adotadas pelo Brasil a fim de cumprir tratados e convenções internacionais que objetivam eliminar as formas de discriminação da mulher. Uma das medidas exigidas pelas convenções internacionais, do qual o Brasil é signatário, trata da inclusão de leis no ordenamento jurídico que buscam estabelecer uma igualdade substancial de gênero.

Nesse contexto de referências, é de suma importância destacar a coragem e força da farmacêutica de Fortaleza, Maria da Penha Fernandes, que, viveu diante da violência doméstica suportada e da ineficiência dos meios jurídicos que pudessem salvaguardar seus direitos e sua integridade física lutando durante 20 anos para ver seu agressor condenado, tornando-se um símbolo de luta contra a violência doméstica.

A atuação persistente e intimidadora da farmacêutica em busca da concretização de seus direitos levou a Organização dos Estados Americanos (OEA) a responsabilizar o Estado brasileiro por negligência e omissão em relação a violência doméstica, recomendando a tomada de medidas com base no caso Maria da Penha, resultando na criação da Lei 11.340/2006 e a homenageando merecidamente com o seu nome.

Esta lei criam e estabelecem mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra as mulheres, uma das formas mais graves de violação dos direitos humanos. Conforme a Constituição Federal, em se artigo 226, parágrafo 8º, a Lei Maria da Penha vem reafirmar o que as mulheres brasileiras tem alertado o Estado brasileiro e a sociedade sobre

a importância das políticas públicas que ponha fim a este comportamento que tem levado milhares de mulheres à morte dentro dos seus próprios lares.

A aplicação desta lei pelos tribunais despertou reações positivas e negativas na sociedade brasileira, ultrapassando os tribunais e chegando à comunidade que começa a identificar a desigualdade de gênero.

## **2. A LEI MARIA DA PENHA E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

A Lei nº 11.340/06, denominada Lei Maria da Penha, sancionada em 7 de agosto de 2006, pelo Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva é uma das mais importantes conquistas para a sociedade e para as mulheres brasileiras, tornando-se um direito das mulheres e dever do Estado.

Sua criação cumpre também a determinação da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, além de alterar o Código de Processo Penal – o Código Penal e a Lei de Execução Penal.

A aplicação dessa lei que coíbe a violência contra a mulher aponta novos mecanismos que possibilitam um maior encorajamento das mulheres para denunciar e formalizar as agressões ou qualquer outro tipo de violência sofrida por elas, representando, portanto, um avanço nessa seara.

Com essa medida, o Brasil passa a ser o 18º país da América Latina a contar com uma lei específica para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, ou seja, modifica-se o panorama da assistência à mulher que sofre violência no contexto familiar.

A grande oposição de juristas e de uma porcentagem machista da sociedade em relação à aplicação dessa lei é que os mesmos passaram a questionar a compatibilidade constitucional da referida lei frente ao princípio constitucional da igualdade de gêneros, dado que esta prevê a igualdade entre homens e mulheres.

A existência de um Estado democrático pressupõe-se a igualdade de direitos, de tratamento e de oportunidades entre homens e mulheres, sendo, portanto, incompatível com as formas de socialização baseadas na dominação e submissão. A democratização da sociedade por sua vez, requer um repensar sobre as relações sociais. A realidade cotidiana da violência, sua estigmatização e banalização tem contribuído para a manutenção da impunidade e do crescimento da violência contra a mulher (MORAES, 2003).

A categoria gênero faz com que a violência seja mais facilmente percebida como uma situação desigual entre mulheres e homens e que, por não ser natural e sim advinda do



processo de socialização, pode ser transformada em igualdade, promovendo relações democráticas entre os sexos.

Esta violência de gênero demonstra uma relação de poder, de dominação do homem e submissão da mulher que se consolidou ao longo do tempo, mas que são reforçados pelo patriarcado e sua ideologia, influenciando a educação, os meios de comunicação e os costumes. Entretanto, nem sempre foi desta maneira, ou seja:

*Em épocas remotas, as mulheres se sentavam na proa das canoas e os homens na popa. As mulheres caçavam e pescavam. Elas saíam das aldeias e voltavam quando podiam ou queriam. Os homens montaram as choças, preparavam a comida, mantinham acesas as fogueiras contra o frio, cuidavam dos filhos e curtiavam as peles de abrigo. Assim era a vida entre os índios Onas e Yaganes, na Terra do Fogo, até que um dia os homens mataram as mulheres e puseram as máscaras que as mulheres tinham inventado para aterrorizá-las. Somente as meninas recém-nascidas se salvaram do extermínio. Enquanto elas cresciam, os assassinos lhes diziam e repetiam que servir aos homens era seu destino. Elas acreditaram. Também suas filhas e as filhas de suas filhas[...] (GALEANO, 1995, p.32).*

Enquanto os homens cuidavam da casa, as mulheres buscavam comida. O que nota-se que a explicação de alguns cientistas sobre a submissão da mulher está no fator biológico de serem mais fracas que os homens é errônea.

A insurgência contra a lei, no tocante à igualdade de gêneros, vem justificada na alegação de que a Lei Maria da Penha, ao assegurar uma posição de proteção a mulher, tornou-se inconstitucional, pois não alcançou esse direito ao homem, passando a mulher a se sobrepor em direitos ao cônjuge ou companheiro na relação, gerando desigualdade.

Embora algumas decisões se apresentem polêmicas quanto às fundamentações ideológicas e culturais, devido à diversidade cultural do país, são uniformes quanto a fundamentação jurídica – violação do princípio da igualdade.

O art. 5º, inc. I da Constituição Federal dispõe: Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Contudo, apesar da igualdade formal estampada no referido artigo, o próprio texto da Constituição Federal prevê normas que concedem tratamento diferenciado entre homens e mulheres. Como a proteção ao mercado de trabalho feminino, mediante incentivos específicos (inciso XX, art. 7º), bem como lhe é assegurada a aposentadoria com 60 anos, enquanto que, para os homens, a idade limite é de 65 (art. 202).

A igualdade formal ali disposta pressupõe a coexistência com a igualdade material – tratamento igual aos iguais e tratamento desigual aos desiguais – direito a redução das diferenças sociais. O princípio da igualdade perante a lei é de respeitar-se, como regra

geral; não cabe invocar-se tal princípio onde a constituição mesmo, explícita ou implicitamente, permite a desigualdade.

Atualmente, o discurso de igualdade formal deve ser substituído pelo discurso de desigualdade, repensando que desigualdade não significa necessariamente a hegemonia de um sobre o outro, mas igualar as diferenças de gêneros.

Joan Scott (1990, p.5) introduz a temática de gênero como categoria de análise ao conceituá-la como “uma forma primeira de significar as relações de poder, ou melhor, é um campo primeiro no seio do qual ou por meio do qual o poder é articulado”, sendo poder aqui entendido como a rede do poder de Foucault, onde há portador e transmissor.

A violência é composta pela intenção, ação e o dano e, especificamente aquela direcionada à mulher, é tão arraigada no âmbito das relações sociais que dificulta a denúncia e a implantação de processos preventivos que possam erradicá-la<sup>1</sup>.

No entanto, inquietações e percepções da ordem pública levam os governos a alterarem suas agendas e passarem a propor alternativas para estas demandas. O Brasil é signatário de vários tratados e convenções que asseguram os direitos das mulheres, no entanto, isto não garante que, na prática, essas leis sejam aplicadas.

### 3. A DESIGUALDADE DE GÊNERO

A igualdade de gênero está prevista na Carta das Nações Unidas quando expressamente declara a iniciativa de alcançar “o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de... sexo” como um objetivo da Organização das Nações Unidas.

A Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), do qual o Brasil é signatário, define a discriminação de gênero:

*Art. 1º – Para os fins da presente Convenção, a expressão “**discriminação contra a mulher**” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo (CEDAW).*

---

<sup>1</sup> O conceito de violência de gênero utilizado no texto baseia-se Joan Scott em seu livro *Gênero – Uma categoria útil de análise histórica* onde gênero é abordado a partir de um lugar social e culturalmente construído, estabelecendo hierarquias e relações de poder.

Argumentação nesse sentido, apresentada pelo secretário-geral das Nações Unidas afirmou que o principal indicador de uma responsabilização que tenha em conta o gênero será a eliminação da violência contra as mulheres. Essa observação serve de reforço para iniciativas como a Lei Maria da Penha.

A Lei 11.340/2006 é mais um passo para possibilitar a igualdade efetiva de gênero, como dito em seu preâmbulo, e não pode ser tratada como um fator discriminante em relação ao homem. Ademais, o homem sempre foi o modelo e a mulher sempre trilhou o caminho da busca pela igualdade.

Com a efetividade da lei afloram na sociedade discussões sobre o papel da mulher e sua discriminação. O debate é crescente e temas como discriminação de gênero, antes restrito a ativistas feministas, passaram a ser discutidos pela sociedade e identificados nas relações interpessoais.

#### **4. CUNHÃ, DELEGACIA DA MULHER, SECRETARIA DA MULHER**

Na Paraíba, existem vários órgãos governamentais e não-governamentais de apoio à mulher, o que demonstra mais uma vez a mudança ocorrida após a instauração da Lei Maria da Penha, os gerais são apresentados, ainda que de forma sucinta, mostrando o que representam e forma de atração.

##### **4.1 CUNHÃ**

A Cunhã Coletivo Feminista é uma organização não governamental, fundada em 1990, na cidade de João Pessoa/PB. Trata-se de um organismo que tem como missão a defesa e promoção dos direitos da mulher, jovens e adolescentes com enfoque de gênero e cidadania, nas áreas de saúde, sexualidade, direitos reprodutivos, violência contra a mulher e desenvolvimento sustentável.

##### **4.2 DELEGACIA DA MULHER**

O contexto político de criação das primeiras delegacias da mulher no Brasil vai de meados da década de 1970 a meados da década de 1980. Neste período, dois fatores contribuíram para o surgimento destas delegacias a partir de 1985. O primeiro refere-se à

*expansão dos movimentos feministas e de mulheres* com o surgimento da chamada “segunda onda” destes movimentos no início dos anos 1970.

O segundo fator refere-se ao processo, ocorrido na primeira metade dos anos 1980, de *transição política* do governo militar para o civil e de *redemocratização* do Estado, dando lugar à criação de novas instituições e leis que pudessem corresponder a um Estado de Direito democrático e ao reconhecimento dos direitos de cidadania plena para todos os brasileiros.

No geral, o Brasil tem em torno de 397 delegacias especializadas em atendimento à mulher. São padronizadas e buscam apoiar a vítima e agir rapidamente. A Paraíba possui seis (06) delegacias, uma delas localiza-se em João Pessoa e funciona em sistema de plantão 24 horas para atender mulheres vítimas de violência doméstica.

#### **4.3 SECRETARIA DA MULHER**

A Secretaria da Mulher é uma organização governamental, localizada na prefeitura de cada município. Tem por finalidade contribuir para formular e propor diretrizes das ações governamentais voltadas à promoção dos direitos das mulheres e atuar no controle social de políticas públicas de igualdade de gênero.

### **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Lei Maria da Penha, além de coibir e reprimir a violência doméstica contra a mulher, dá melhor proteção e mais rápida para mulheres vítimas de violência familiar e doméstica, e trouxe a realidade da discriminação de gênero para ser questionada e dissolvida pela sociedade. Obviamente, essa questão ultrapassa o âmbito jurídico.

A aplicação da lei sobre a violência contra a mulher aponta novos mecanismos que possibilitam um maior encorajamento das mulheres para denunciar e formalizar as agressões ou qualquer outro tipo de violência sofrida por elas.

A nova legislação prevê medidas inéditas de proteção para a mulher em situação de violência ou sob risco de morte. As penas pecuniárias, por exemplo, que puniam os agressores com multas ou cestas básicas, foram extintas. Dependendo do caso, o criminoso pode ser proibido de se aproximar da mulher e dos filhos. Em outras, a vítima pode rever seus bens e cancelar procurações feitas para o agressor. Para o caso de detenção, a pena triplica: a punição que era de seis meses a um ano pode chegar a três anos.

Com o objetivo de responsabilizar o agressor, amparar e proteger a vítima mulher estabelece mecanismos para combate a violência doméstica e aponta novos instrumentos de políticas públicas que devem ser implementados. A previsão de centros multidisciplinares de atendimento à mulher denota a necessidade diferenciada dessa vítima, que necessita de encorajamento para buscar seus direitos.

A atuação do sistema jurídico, aliado ao aparato administrativo de apoio a vítima mulher de violência doméstica, reflete positivamente na questão do papel da mulher na sociedade. De fato, o impacto das sentenças positivas não deve ser menosprezado, ao revés, conscientizam a comunidade, identificam as discriminações de gênero, encorajam a vítima da violência doméstica.

As reações negativas a aplicação da lei apenas demonstram que o Direito, em constante evolução, não foi acompanhado pelos valores sociais, o que tornam imprescindíveis campanhas de sensibilização do público.

A finalidade da lei é clara, coibir e reprimir a violência doméstica contra a mulher, responsabilizando os agressores visando combater a discriminação de gênero, esta última o grande desafio para a evolução da sociedade num contexto de igualdade.

## 6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Norma técnica de padronização: Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher – DEAMs**. Brasília: Ministério da Justiça. Presidência da República, 2006.

Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW). **Dec. nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. [www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br). Acesso em novembro de 2011.

GREGORI, M. F. **Cenas e queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista**. Rio de Janeiro: Paz e Terra; São Paulo: ANPOCS, 1993.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo; Atlas 2005.

Ministério da saúde. **Violência Intrafamiliar: orientações para prática em serviço**. Brasília DF: Ministério da Saúde; 2002

PEREIRA, Rodrigo Da Cunha. **A desigualdade dos gêneros, o declínio do patriarcalismo e as discriminações positivas**. In: Congresso Brasileiro de Direito de família, repensando o Direito de família, 1999, Belo Horizonte. Del Rey, 1999, p 161-173.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *apud* , SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo, Malheiros Editores Ltda, 2005, P. 74

SCHRAIBER, Lilia B.; D'OLIVEIRA, Ana Flávia L. P. “**Violência contra mulheres: interfaces com a saúde**”. Interface – Comunicação, Saúde, Educação [online], v. 03, n. 05, p. 11-26, ago. 1999. Disponível em: [www.interface.org.br/revista5/ensaio1.pdf](http://www.interface.org.br/revista5/ensaio1.pdf). Acesso em: 15 out 2011.

SOUZA, Luiz Antônio de, e KUMPEL, Vitor Frederico. **Violência Doméstica e Familiar contra a mulher**. São Paulo, Editora Método, 2008.

## **ALIENAÇÃO PARENTAL: A LEI 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010, SOB O ENFOQUE DO DIREITO DE FAMÍLIA**

### **PARENTAL ALIENATION: 12 318 THE LAW OF 26 AUGUST 2010 UNDER THE FOCUS OF FAMILY LAW**

CARLA RENNA RODRIGUEZ FRANCA GADÊLHA\*

#### **RESUMO**

A Alienação Parental inicia-se, geralmente, junto ao processo de separação judicial ou divórcio, em que os pais disputam a guarda definitiva da criança. Um dos genitores, conscientemente ou não, promove uma campanha de desmoralização contra o ex-cônjuge manipulando a figura do filho e deturpando sua mente, com o fim de afastá-lo do seu outro genitor. Isso acontece porque o alienador, muitas vezes, sente-se vítima na dissolução matrimonial, e usa a criança como instrumento de vingança. As várias investidas de “lavagem cerebral” na criança podem resultar na Síndrome da Alienação Parental, que corresponde ao nível em que sente verdadeira aversão ao outro genitor, isto é, quando o transtorno está consolidado. Pode, inclusive, acontecer, nesse estágio, a implantação de falsas memórias de abuso sexual ou físico na mente do infante, ocasionando efeitos negativos gravíssimos para todos os envolvidos no problema. O objetivo do presente trabalho é revelar, por meio de estudos bibliográficos, o caráter danoso da Síndrome da Alienação Parental nos processos das Varas de Família. Tem-se como fim também expor a Lei 12.318, de 26 de agosto, de 2010, analisando sua proteção em favor da criança, suas definições e desencadeamentos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Síndrome. Alienação Parental. Separação Judicial. Abuso Sexual.

#### **ABSTRACT**

The Parental Alienation begins generally with the process of legal separation or divorce, the parents contend the permanent custody of the child. A parent, consciously or not, promotes a smear campaign against the former spouse manipulating the figure of the child and misrepresenting his mind, in order to remove him from his other parent. This is because the alienator often feel a victim in marital dissolution, and uses the child as an instrument of revenge. The various onslaughts of "brainwashing" the child may result in Parental Alienation

Syndrome, which corresponds to the level where you feel real aversion to the other parent, that is, when the disorder is consolidated. You can even happen at this stage, the deployment of false memories of sexual or physical abuse in the mind of the infant, causing very serious negative effects for everyone involved in the problem. The objective of this study is to reveal, through bibliographic studies, the harmful nature of the Parental Alienation Syndrome in the processes of family courts. It has also exposed so as to Law 12318 of August 26, 2010, analyzing its protection on behalf of children, their definitions and outbreaks.

**KEYWORDS:** Syndrome. Parental Alienation. Judicial Separation. Sexual Abuse.

## 1. ALIENAÇÃO PARENTAL

Alienação Parental é o fenômeno no qual o genitor guardião, por motivos controversos, monopoliza a figura do filho, na tentativa de afastá-lo do outro progenitor. Essa atitude poderá dar efeito à Síndrome da Alienação Parental, que é a restrição demasiada da criança com relação a um dos seus pais, ou seja, quando o experimento do alienador em isolar o filho do ex-cônjuge logra êxito. O fenômeno se desenvolve por meio de uma espécie de lavagem cerebral contínua, cuja prole que adquire essa síndrome manifesta uma aversão doentia e infundada contra o alienado.

Quem primeiro intitulou o problema da Alienação foi GARDNER, que conceituou o processo patológico como Síndrome da Alienação Parental e o identificou como um “transtorno surgido geralmente no contexto de disputas de custódia dos filhos, manifestado mediante a uma campanha de difamação de um genitor contra o outro, e também da contribuição da criança, sem motivos relevantes.” O transtorno é decorrência da manipulação difamatória no filho, promovida por um dos genitores com a finalidade de afastar o outro.

O propósito hostil de afastar uma criança de um dos seus pais ocorre em todas as classes sociais, e é executado tanto pela mãe quanto pelo pai, um em relação ao outro. Sendo mais comum que a origem se dê pelo divórcio ou separação e que a atitude parta dos próprios pais, muito embora outros componentes da família possam proceder como alienador: avós, tios, e até mesmo um amigo íntimo. Outrossim, tem-se notado que há situações de alienação parental, ainda que menos frequentes, entre famílias que não sofreram separação.

A Alienação Parental é apreciada como abuso fomentado pelos pais, e diversas vezes, é cometido com um fim maior: alcançar o ganho da guarda perante a Justiça, pois o



alienador supõe que quanto mais hostilidade a criança manifeste em relação ao genitor alvo, mais convencerá o juiz a garantir a custódia esperada.

Vale salientar que os sinais de ódio na criança para com um de seus pais são muito mais uma manifestação de medo do que precisamente uma aversão autêntica, pois a criança é indiretamente obrigada a tomar partido, a escolher um dos lados. Essa situação acontece tendo em vista o medo da própria criança de ser rejeitada pelo seu pai guardião, por aquele com quem convive. Cria-se para o filho um tipo de relação, cuja aliança pode ser ameaçada a qualquer instante, caso haja infidelidade.

O alienador aproveita-se da exclusividade ou do maior período de convívio com o filho para boicotar a relação entre este e outro pai. Propositamente, ou não, o alienador torna indigna a imagem do ex-cônjuge e engendra o entendimento da criança com juízos e fatos irreais ou exagerados, inclusive com falsas ideias de abuso sexual ou maus tratos.

Quase sempre pautada em processos de separação conflitantes, a alienação caracteriza-se justamente pela transfiguração das percepções dos filhos, mediante várias estratégias, com o intuito de desclassificar, obstar ou extinguir o contato com o genitor alvo. O filho passa a enxergá-lo sob a perspectiva do alienador, e a repugnância e o desdém transforma-se na tônica do relacionamento.

Comumente o alienador obtém seu escopo impedindo o ex-cônjuge de conhecer informações básicas e de participar das atividades rotineiras da criança, frustrando, assim, a ligação afetiva. Após o afastamento propriamente dito, os recursos para uma nova aproximação passam a ser quase nulos, tendo em vista que a criança agora repudia a presença do genitor retirado, situação essa que acentua o sistema de difamação.

Por vezes, a separação conjugal desencadeia nas partes, ou em alguma delas, sensações de deserção e mágoa, sobretudo quando há traição, surgindo uma predisposição vingativa excessiva. Nasce, aí, a figura do alienador. Geralmente a pessoa afetada não digere de modo adequado à separação, e por isso, suscita a desmoralização do ex-companheiro. Ao notar o esforço do outro em manter o convívio com a criança, vingam-se, afastando-os.

No momento em que é decidido sobre a guarda dos filhos e o direito-dever de visita é respeitada a importância do contato físico, do diálogo e da participação de ambos aos pais no desenvolvimento do menor. É uma maneira de salvaguardar a convivência entre filho e genitor não guardião, suavizando o afastamento consequente ao divórcio.

Vale salientar que esse direito de visitas está em prol não só do não guardião, mas primordialmente para a criança, por isso esse vínculo não deve ser desconsiderado sem razões realmente plausíveis, levando em conta sempre a proteção dos filhos.

## **1.1 FATORES DETERMINANTES DA ALIENAÇÃO PARENTAL**

Ao adentrar mais a fundo no assunto da Alienação Parental, surge o seguinte questionamento: o que motiva um genitor a monopolizar o filho, causando, desta forma, inúmeras consequências nocivas para todos os entes da família?

Para a boa compreensão, e para o melhor tratamento e julgamento acerca do problema, é fundamental analisar a fonte da vontade de alienar, ou seja, quais as razões sejam elas psíquicas, sociais, econômicas, ou de qualquer outra ordem, que estimulam uma pessoa ao exercício da Alienação Parental.

Não obstante o objetivo da alienação seja sempre o mesmo: o desligamento do outro genitor do convívio com o filho, muitas são as causas que motivam o ato. Inúmeras vezes originam-se da raiva excessiva em relação ao ex-companheiro, outras vezes da necessidade de obter apenas para si, o amor da criança, ou por julgar que o outro genitor desmereça esse sentimento.

O sujeito alienante mais comum possui uma imensa carga de perturbações subjacentes desde a infância, motivadas por experiências não resolvidas e que foram reanimadas e acentuadas pela aflição da separação matrimonial. O agente, na tentativa de afastar tais sentimentos tão intensos, desenvolve estratégias emocionais que, infelizmente, envolvem os filhos.

É importante entender também os fatores que incitam a criança a manifestar hostilidade para com seu outro genitor, pois junto ao alienador, o filho passa a atuar como coautor da alienação. Isso acontece, geralmente, quando a Síndrome da Alienação Parental já está implantada.

Pode-se verificar, ademais, uma coparticipação também dos familiares – avós, tios, primos - na atuação alienante. Existem conjunturas em que o alienador recebe incentivos, intencional ou não, dos outros familiares ou amigos, estimulando a odiosidade do alienador. Os parentes utilizam-se da situação para promoverem revanchismos incontidos advindos de outras confusões paralelas ao divórcio.

### **1.1.1 Quanto ao alienador**

O alienador é detentor de anseios destrutivos, e se sente dominado pelo ânimo de perturbar o relacionamento do filho com o outro genitor. Tomado por sentimentos de raiva e de ódio, a possibilidade de ver os fatos de acordo como princípio da realidade fica totalmente prejudicada.

Nas ocasiões em que o alienador é a figura paterna, é mais provável que as causas se originem do sentimento de vingança, ou dos elementos que determinaram a separação,

como o adultério, por exemplo. Além disso, existe a necessidade de manter o domínio sobre a família, ou ainda tem casos em que o pai não quer se responsabilizar pelas obrigações da pensão alimentícia.

Frequentemente o ciúme também gera as ações alienantes. O alienador não admite o início da relação afetiva do ex-cônjuge com outras pessoas, e, desta forma, aproveita-se da criança para punir aquilo que distorcidamente entende como deslealdade. O ciúme aliado à inveja pode atingir as relações futuras do cônjuge alienado, e assim, o alienador mantém-se ligado ao ex-parceiro, eternizando um relacionamento que não existe mais, intervindo na vida do outro, em virtude da incapacidade de conduzir a perda.

Um aspecto que vale ser observado é o exclusivismo da posse da prole, que pode se ampliar a todos que se relacionam com a nova vida do ex-parceiro, haja vista que importam em ameaça ao campo isolado pelo alienador. Igualmente, acontece de o filho ser algo indispensável para atenuar a dependência de pais carentes, principalmente quando vivem distantes dos outros familiares, por habitarem em cidade afastada. Neste caso, o momento de visitação ou convivência com o outro genitor é insuportável, colaborando com a postura alienante.

O fator econômico também pode motivar a Alienação Parental. A diminuição da capacidade financeira, frequentemente associada a situações de ruptura conjugal presta-se para potencializar o sentimento de ódio e para incrementar o sistema de qualificação e de ataques, aumentando a privação dos filhos sobre o alienado, que passa a ser considerado responsável por mais essa situação de perda da qualidade de vida e de status econômico. Nessas situações, o dinheiro, os bens materiais e o patrimônio podem ser utilizados como uma arma para ataques e manipulações contra o alienado, afirma Trindade (2009).

Outro aspecto determinante para a prática da alienação a proteção excessiva do alienador em relação à criança. O agente, intimidado por todos à sua volta, enxerga o outro genitor como perigo em potencial. Esse cuidado exagerado disfarça sentimentos de desamparo, quando, na verdade, o abandono parte dele mesmo, em relação ao filho.

Nessa conjuntura surge também o pretexto de se preocupação com a criança, assim, o alienador eterniza um vínculo com o alienado, ainda que por meio do conflito. Ao contrário da real proteção, o alienador está somente tratando de manter a sua figura de esforçado e cuidadoso. Todavia, o desvelo com o filho é interesse secundário na escala de valores do alienador.

Não obstante, o medo e a inabilidade ante a nova vida são componentes que beneficiam esse tipo de manipulação das relações, como é o caso da Alienação Parental. O alienador oculta a sua incompetência para encarar sua atual condição. Aprisionado pelo temor de iniciar outros relacionamentos, o alienador não aceita os insucessos nem reconhece a precisão de recomeçar uma nova história.

### **1.1.2 - Quanto à criança**

O exercício da alienação sob o filho, na continuação, pode alcançar a fase em que a Síndrome da Alienação Parental se consagra. É quando a criança passa a atuar cooperante, junto ao alienador, na empreitada contra o genitor alvo.

O alienador revela à criança, detalhadamente, seus rancores e as experiências mal sucedidas junto ao ex-cônjuge. O filho, por sua vez, capta toda a negatividade do genitor e se sente no dever de defender e de tomar partido, então, passa a delinear sua própria chaga sobre o alienado. A criança proferirá ao alienador frases como: "prefiro não ir porque é você que eu amo".

A criança passa a desenvolver receio em desagradar o alienador, assim começa a executar também ações alienantes. O recado do alienador é notório e certo: "é preciso me escolher", se o filho contesta esta ordem, principalmente quando demonstra admissão ao alienado, logo sofrerá retaliações. O alienador chantageia abandoná-lo ou mandá-lo morar com o outro pai. A criança, que se encontra numa situação de dependência, submete-se constantemente a provas de fidelidade.

A criança é ameaçada a ter que optar entre um de seus genitores, afetando o seu bom desenvolvimento, o seu bem estar. Perante a necessidade de não aborrecer o alienador, e para sobreviver, aprende a manejar situações de adulto, torna-se prematuramente ardilosa para compreender as emoções e a atmosfera tensa em que vive. Aprende a articular e a mostrar apenas uma parte da verdade, apregoando sentimentos fingidos.

Entre tantos motivos, ainda outro fator esclarece as atitudes hostis do filho em relação ao alienado: a tentativa de reaproximar os pais. Partindo da hipótese de que é o discurso de ódio é mais eficaz que nenhum discurso, o filho nutre o motim, pois enquanto eles se relacionam, ainda que mal, existe a expectativa que voltem a ficar juntos.

## **1.2. CARACTERÍSTICAS DA PERFORMANCE PATOLÓGICA**

O problema da alienação parental envolve todos os entes do núcleo familiar, que passam a viver uma série de transformações devido à separação. É comum que a partir da dissolução matrimonial surjam emoções negativas de toda ordem entre as partes, entretanto, o adequado seria prosseguir com uma conduta consciente e equilibrada, na tentativa de não embarçar a estrutura emocional da criança. É fundamental que os genitores esforcem-se, reciprocamente, para que o filho sintasse o mais normalizado possível.

Porém, o equilíbrio entre casais que se separam é a exceção, pois uma das partes, geralmente o alienador, vê-se como vítima, e prende-se a um universo ilusório de abandono, cuja forma de vingança é afastar o filho do ex-cônjuge. Para o alienador não há vida, senão perseguindo o alienado, e mantendo apenas para si o domínio irrestrito da criança, como se fosse parte do seu próprio corpo, sem individualização.

Do mesmo modo, a criança passa a viver como figura dramática de uma farsa, não conseguindo distinguir o que é fato e o que é ilusão. Tal conjuntura acarreta em mentiras difíceis de serem constatadas, mesmo para juízes, psicólogos e assistentes sociais acostumados a lidar com o direito de família.

### **1.2.1 A Atuação do Alienador**

O alienador tenta impedir, de inúmeras maneiras, a aproximação do filho com o outro pai, desapreciando a sua imagem, construindo a figura de um ser execrável. Ele profere as mais variadas desculpas para obstar os encontros, como alegar que as visitas são prejudiciais para o filho, devendo inicialmente de uma fase de adaptação, e assim procrastina a relação.

A mais sutil alteração no roteiro de visita é já suficiente para ensejar tumultos de consequências absurdas. Um mero atraso, por exemplo, é causa de acusações de desleixo e falta de capacidade de lidar com o filho. Começam, então, as intimidações e os avisos de que os encontros serão cortados, ficando a relação de filho e alienado suprimida.

As falsas acusações de abuso sexual contra o genitor alienado é a expressão mais grave de Alienação Parental, pois intervém na formação psíquica e no amadurecimento saudável da criança, que são vulneráveis a esse tipo de manipulação.

O alienador também pode articular acusações de maus tratos físicos, que em regra, se revelarão como simulação. A praxe dos psicólogos e dos assistentes sociais mostra que há menos falsas acusações de abuso físico do que o sexual ou mental, pois aquele deixa provas aparentes muito facilmente, ou seja, é mais fácil descobrir a falsidade ou o exagero da denúncia.

A maneira mais utilizada de alienação parental é o abuso emocional, no entanto é o de diagnóstico mais complexo, pois a linha que o separa de simples discordâncias é muito tênue. Se a alienação está presente, todas as situações podem ser apontadas como forma de alegar abuso. Como este fenômeno ocorre de diversos contornos e períodos, cada evento em particular parece insignificante em si próprio, mas a tensão emocional que existe produz um efeito drástico para a criança.

A criança introduzida nessa situação acostuma-se ao estado crônico de medo, pois caso atreva-se a desafiar o alienador, logo aprende que arcará com um grande preço.

Consequentemente desenvolve sentido aguçado de precaução em não desagradar. Tal receio pode ser observado na resistência às visitas, sem causa aparente. Sendo assim, o Tribunal, uma vez supondo a existência de alienação, deve se valer de meios objetivos e agendar a visita que não ocorreu.

O alienador é, muitas vezes, identificado como um indivíduo de consciência moral comprometida, incapaz de se por no lugar do outro, e, sobretudo sem habilidade para separar a veracidade da mentira, insistindo para que sua verdade seja também a verdade dos outros.

O que identifica a alienação não é a extensão do rancor, mas a iniciativa de envolver o filho em manipulações, visando preencher de necessidades próprias. A alienação consubstancia-se quando a criança passa a ser um objeto manejado, usada para atenuar os as dores do alienador, ou para a intenção de penitenciar o outro.

A alienação parental dá-se de maneira sucessiva e reiterada, dependendo do grau de transtorno do agente, na vulnerabilidade da criança, da negligência do alienado e das circunstâncias externas: família, advogados, saúde mental, profissionais atuantes e da proteção da lei.

Algumas vezes, o alienador não se dispõe a enxergar as circunstâncias por um prisma maior, nem se preocupa com as consequências que pode gerar ao filho. Profere acusações exorbitantes ou difamações a respeito do outro genitor, constantemente. De todas as manifestações, a mais nociva para o alienado é a de abuso sexual ou físico, quando não existem fundamentações contundentes para tais denúncias.

O alienador incute nos filhos apenas as más recordações do passado com o ex-cônjuge, e recria uma realidade psíquica que reforça suas convicções. Falsas memórias de abusos são implantadas na mente do filho e quando este conteúdo ilusório é levado à Juízo, o genitor-alvo passa a sofrer uma gama de investigações, tendo que se defender e tentar refutar todas as arguições, podendo inclusive ser julgado como culpado.

### **1.2.2 A Co-atuação da criança**

Ao chegar ao estágio crítico de “lavagem cerebral”, a criança, já afetada, passa a se congrega ao alienador e a contribuir com o seu próprio afastamento do outro genitor. O alienador faz da criança seu confidente, explanado as supostas experiências vividas com o ex-companheiro, descarregando suas aflições. O filho adquire um sentimento de superproteção em relação ao alienador, torna-se partidário de quem, para ele, é uma grande vítima, e firma-se cada vez mais uma relação de dependência entre os dois.

Diante da absoluta convicção de que o alienador é vítima, o filho passa a repudiar o outro genitor, e a reconciliação torna-se algo difícil de acontecer. Após as visitas, caso

ocorram, a criança só transmitirá para o alienador os aspectos negativos do encontro, este aproveita a ocasião para ratificar a suposta inabilidade do alienado.

O filho fundamenta a postura agressiva dando desculpas absurdas que não têm nenhum nexos com as experiências reais. Pequenos gestos são usados para justificar a incompetência do outro genitor: "ele fala frequentemente alto", "ela não me vestiu agasalhado o suficiente" ou "ela sempre quer que nos digam o que nós queremos fazer".

Durante reuniões familiares, a criança confirmará automaticamente as afirmações do alienador, e sem hesitação. Porém quando são proferidas as perguntas improváveis e mais aprofundadas a respeito das acusações, a criança não consegue responder em termos concretos e com segurança.

A criança identifica-se com o alienador e toma partido, defende, pois necessita de segurança, é dependente, aflita e receosa de perder o genitor com quem vive. Quanto mais jovem a criança, mais rapidamente a alienação surte efeito.

Os parentes relacionados com o alienado que sempre mantiveram bom relacionamento com a criança são, de súbito, rejeitados sem nenhum motivo aceitável para tamanha aversão, assim como é com o genitor alienado. Isso ocorre devido ao pensamento distorcido da criança, que se encontra preocupada e com intensa agitação interna.

As crianças vítimas da SAP não sentem remorso, e têm o genitor rejeitado como um sujeito frio, que não padece da perda do convívio e que é feliz pela distância. Além disso, as crianças cobram quantias financeiras sem limites razoáveis, e se ganham algo do alienado diz que é seu justo direito. Não expõem nenhuma gratidão.

Essas crianças narram situações grotescas que ouviram do adulto guardião, mas não viveram, de fato, tais experiências com o alienado. Perguntas como "o que isso significa para você?" são, de regra, suficientes para diagnosticar que a criança não está consciente do que está ocorrendo.

Obviamente, crianças não são aptas para distinguir a verdade das suas próprias percepções, fantasias ou histórias contadas a elas. Com a alienação parental ocorrendo no contexto de suas vidas, o amadurecimento para diferenciar o que é realidade fica comprometido por muito tempo.

### **1.3 - O CONTEXTO DO GENITOR ALIENADO**

Dentro da problemática da Síndrome da Alienação Parental, a postura do genitor alienado também cabe ser analisada, e inclusive, ser incluída no tratamento, para que assim ele possa ser readaptado à sua condição de pai, contribuindo para sanar a síndrome. O passo inicial para cessar a corrente negativa da alienação é a conscientização do alienado de que também está fazendo parte do sistema.

Sendo assim, o alienado deverá sair do papel inerte que lhe foi dado e partir para um desempenho mais eficaz, lutando pelo liame com o filho, em nome não só de sua saúde emocional, mas também do bem estar da criança, pois a incerteza e a omissão são bastante lesivas para o desenvolvimento da criança, constituindo violência psicológica, que pode ser tão rigorosa quanto a física. Ao se conformar passivamente às deliberações do alienador, o alienado pode ser tão prejudicial ao filho quanto aquele.

É fundamental que o alienado seja capaz de entender que o ódio do filho não se funda propriamente contra ele, na verdade, é somente decorrência de uma projeção, fruto da programação do alienador, motivo pelo qual ele não deve cair nessa armadilha. Ao contrário, deve se deter a todos os aspectos favoráveis que fortifique a ligação com o filho, especialmente ressaltar os fatores positivos já vividos entre eles, inclusive entre o mesmo e o ex-cônjuge.

Um ambiente cordial, adverso do que foi ilustrado pelo alienador, permitirá uma visão mais fiel à realidade, onde os filhos poderão retificar os equívocos e as desmoralizações difundidas pelo alienador. Nessa atmosfera é admissível que eles apontem suas reais emoções sem retaliação, e assim, a Síndrome de Alienação Parental entrará mais controlada.

As crises podem ser entendidas tanto como fases de um desenvolvimento esperado da Síndrome da Alienação Parental quanto de uma figuração que será utilizada pelos filhos para satisfazer os desejos de crueldade do alienador, reforçando o imaginário de conflitualidade da relação. Simular crises significa também corresponder à programação do alienador, conforme Trindade (2009).

Há casos de genitores alienados que usam dessa qualidade para eximir-se dos encargos, escondendo a incompetência e atribuindo culpa ao alienador, em um jogo psicológico que gera a intensificação da Síndrome.

Deve-se ter extrema precaução para que o alienador não se transforme em novo alienador, pois essa reincidência renovaria o problema da alienação, quando se deveria estar próximo à solução, que não versa em inverter o papel dos personagens, mas proporcionar moderação nos relacionamentos.

É aconselhável para o alienado passar por um procedimento terapêutico com profissionais inteirados sobre a SAP, pois o mesmo, normalmente, perde a direção e o senso de si mesmo e de sua família. O profissional da área deve orientá-lo quanto à dificuldade em que está inserido e os mecanismos para saber lidar com a Síndrome, se protegendo da maneira mais eficaz.



### **1.3.1. Consequências relativas à síndrome da alienação parental**

Quando a Alienação Parental está propagada e o outro genitor se acomoda, a seqüela é a Síndrome da Alienação Parental, fenômeno patológico cujos efeitos afetam absolutamente o desenvolvimento apropriado da criança. Gardner assinala, aliás, que, nesses casos, a lacuna do vínculo entre a criança e o genitor alienado é de tamanha agudeza, que a reintegração, se possível, exigirá um imenso lapso de tempo.

Quando vítima dos efeitos alienantes, a criança corre o risco de arruinar suas raízes e identidade, acarretando anormalidades no comportamento, pois adquire poder decisão muito precocemente. Dessa forma, a função paternal fica abalada.

Diante disso, a criança afetada pela Síndrome da Alienação parental apresenta amplo potencial para tornar-se um adulto com grave complexo de culpa por ter sido cúmplice de uma injustiça exagerada contra o alienado. Ademais, o alienador serve como único modelo para o filho que, em tempo futuro, tenderá a copiar o mesmo processo alienante.

Diverso do alienado, o filho fica totalmente frágil para proteger a si mesmo, só lhe restando esperar que os adultos resolvam a situação para liberá-los desse ambiente tenso. Se a resolução não sobrevém, a criança fica abandonada e crescerá com pensamentos distorcidos.

Por isso, os resultados da Síndrome de Alienação Parental sobre a criança e sobre o alienado podem ser pautados como forma de abuso psicológico e emocional.

Um ponto significativo a destacar é a verificação de graves sequelas dos casos de falsas acusações de abuso sexual, que causam na criança e no adulto falsamente incriminado, balizas cruéis, semelhantes às ocorridas em decorrência de um abuso sexual real.

As crianças que guardam as falsas acusações de abuso sexual na memória sofrem uma mudança da parte emocional, podendo ocorrer depressão infantil, angústia, sentimento de culpa, rigidez e inflexibilidade diante das situações rotineiras, insegurança, medos e fobias, choro compulsivo sem motivo aparente.

Já no campo social pode haver dificuldade em acreditar nas pessoas, em iniciar amizades, em manter relações, sobretudo com os mais velhos. Pode expressar apego exagerado a figura do alienador. Podem acontecer alterações na área da sexualidade: não querer descobrir seu corpo, rejeitar tomar banho com colegas, e pode manifestar, ainda, rejeição atípica a consultas médicas e ginecológicas, além de acanhamento em trocar de roupa na frente de outras pessoas.

Esses dados foram observados e colhidos na fase de avaliação em crianças. Não há, por enquanto, dados que digam respeito a alterações a médios e em longo prazo. Então,

assim como no abuso sexual real, a base estrutural de autoestima, autoconfiança e confiança nos outros ficam bastante abaladas, sendo, portanto, terreno fértil para que patologias graves possam se instalar, segundo Calçada.

Quando há implantações de falsas memórias de abuso sexual, o amadurecimento sexual da criança fica muito comprometido, pois o que era mito torna-se verdade, aguçando a sensação de traição na criança. Além de sentir-se causadora do relacionamento hostil dos pais, se sentirá culpada também pela falsa inculpação. A ideia periódica sobre o assunto do abuso passa a fazer parte do psiquismo da criança, perseguindo-a.

A falsa acusação de abuso sexual também intervém densamente na vida da pessoa que está sendo incriminada, gerando revolta, sentimento de impotência e insegurança. Uma acusação pode promover resultados irreparáveis para estrutura social de uma pessoa, que passa a ser apontado como monstro.

A falsa denúncia causa perdas de amizades, situações vexatórias no trabalho e no lazer, perda de privacidade, vulnerabilidade a ofensas e levando ao isolamento. Muitas vezes, sendo necessária mudança de cidade, além disso, o alienado pode chegar a ser condenado e preso.

As consequências para os pais que foram injustamente acusados de abuso sexual são: a desestruturação emocional e comportamental devido à depressão, insegurança, baixa autoestima, rancor, sentimento de impotência, angústia, agressividade, fragilização, pensamentos suicidas, somatizações, alterações no apetite e no sono, atitudes impulsivas agressivas, descontrole emocional, entre outros.

Ocorre também a desestruturação profissional e financeira pela falta de atenção e concentração para o trabalho, baixo rendimento em função da baixa autoestima, possibilidade da perda do emprego, perdas financeiras com gastos devido às custas judiciais e com os processos, etc.

É de suma importância a adequação do tratamento pelos profissionais envolvidos neste tipo de manifestação, sobretudo quando existe a possibilidade da acusação de abuso sexual como forma de vingança. O processo de avaliação nestes casos não pode ser negligenciado devido à gravidade dos seus efeitos.

## **2. A LEI 12.318 DE AGOSTO DE 2010**

A Lei nº 12.318/10 regulamenta a Síndrome da Alienação Parental e institui várias punições para o autor dessa conduta nociva, que estão desde a advertência e multa até a perda da guarda dos filhos.

Antes da vigência da aludida lei, por falta de uma legislação especial, os procedimentos eram conduzidas à Justiça Comum e as sentenças condenavam o alienador a pagar indenização por danos morais. Tais disposições apenas eram paliativos usados pelos Tribunais para compensar a carência de lei, e desta forma acabavam por não penitenciar, senão financeiramente, o agente. Às vezes a difamação era levada às varas criminais, mas não tinham resposta da justiça que alcançasse as relações de família.

A vigência desta Lei acarretará retaliações aos pais e mães que inventam situações, difamam e forjam com o intuito de separar o filho do ex-companheiro, conduta que até então não suscitava nenhuma punição, o que não se pode dizer que fosse uma incitação ao procedimento, porém o legislador calou-se por longo período a respeito do tema.

O art. 2º da lei determina que a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente pode ser intentada pelos genitores, avós ou por qualquer que tenha a criança sob sua autoridade e vigilância. Percebe-se que o legislador procurou reunir o máximo de possibilidades para que a influência negativa seja afastada, aumentando assim o número de sujeitos ativos no ato da Alienação Parental, podendo ser além dos já citados, as situações de família substituta de guarda ou tutela.

Hoje, a lei é um elemento de amparo para os filhos dos casais cuja relação se tornou demasiadamente inconciliável. Com a Lei, os ex-parceiros terão mais precaução para não utilizar as crianças como objeto dos conflitos, que provoca prejuízos psicológicos e materiais para a criança e igualmente para o alienado.

Desde então, o alienado poderá, ao intuir a exercício do ato, buscar o Judiciário com o objetivo de que sejam adotadas as providências no sentido de resguardar seu relacionamento com o filho e o seu desenvolvimento.

Acontece que quando casos envolvendo a Alienação Parental são levados ao Judiciário, ocorrências ainda mais ásperas são desencadeadas. De um lado, existe o dever do juiz de prontamente tomar uma atitude, e de outro o medo de que, se a acusação não for real, será traumática para a criança, levando-se em conta que será privada do relacionamento rotineiro com um dos pais que provavelmente não lhe acarretou nenhum dano e com quem conserva um ótimo convívio.

O magistrado tem o dever de garantir o amparo absoluto, e tem a competência de inverter a posse da guarda, suspender as visitas e deliberar a realização de análises com assistentes sociais e psicológicos. Como esses processos são delongados, até que tudo seja aclarado a criança já teve prejuízos, pois já deixou de conviver nesse período com seu genitor.

A Lei 12.318/10 entende como ato de Alienação Parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

O art. 2º da Lei 12.318/10 traz um rol exemplificativo de conjunturas que caracterizam a Alienação Parental, assim, a própria norma deixa espaço para definir outras circunstâncias também consideradas alienatórias.

A Lei não veio para proibir as possíveis mudanças e alterações na vida dos genitores que escolhem começar uma nova vida em outra localidade. A legislação apenas previne que se a mudança for com a intenção deliberada de privar o genitor da convivência dos filhos, restará configurada a Alienação Parental. Trata-se, pois, de assunto tão delicado, que envolve sentimento e desenvolvimento saudável de uma criança.

A Lei sobre Alienação Parental nasce em uma conjuntura em que a coletividade almeja por uma maior estabilização na participação dos genitores no desenvolvimento e das crianças. Abandonando a ideia de mera unidade de produção e procriação, a família contorna-se na plenitude da integração. Na família hodierna, se diferencia visivelmente as funções de cônjuge e pais.

Entre os benefícios trazidos com a lei específica está a perspectiva de punir não somente os pais, mas também os parentes, que inúmeras vezes adotam a responsabilidade de cuidar da criança e aproveita-se desta qualidade para incutir a chamada falsa memória na criança.

Do mesmo modo, uma grande conquista dessa lei é a possibilidade da sua aplicação direta sem a necessidade de ser estabelecida a perícia, pois a lei traz exemplos de condutas que quando cometidas, configuram-se atos de Alienação Parental. Assim, será presumível um tratamento menos vagaroso nestes episódios que envolvem tanta subjetividade e por isso, uma avaliação suscetível.

A partir dessa norma será admissível a fruição do direito da criança à convivência familiar profícua, que proporcione segurança e um desenvolvimento das relações que vão além do relacionamento afetivo que os pais viveram e, ponderando que a vida do filho é algo inegociável, pois o mesmo não pode ser retirado do convívio com nenhum de seus pais por mera pirraça ou frustração de uma união que não deu certo.

Oficialmente reconhecida, a Síndrome da Alienação Parental vai adquirir status de 'doença específica', ganhando espaço junto à psicologia, ao meio médico e, principalmente, jurídico. De acordo com pesquisa desenvolvida pelo Departamento de Serviços Humanos & Social, há 10 anos, mais de ¼ de todas as crianças não viviam com os seus pais Também é criminalizado apresentar falsa representação ou fabricar e exagerar e distorcer dolosamente

dados ou fatos triviais como se fossem verdadeiras 'ameaças de morte', criando nos autos um 'falso clima de terror e situações forjadas' envolvendo o *Estado-Juiz*, o que só traumatiza e piora todo o processo já altamente destrutivo para o pai - agora rotulado de 'agressor' -, tudo para obstar a convivência com o filho, e 'salvar' a mãe "vítima", que se abriga sob o manto da Lei Maria da Penha (tida por muitos como inconstitucional), simulando e exagerando e alterando a verdade, o que, esperamos, sejam os julgadores hábeis a notar e mesmo passem a analisar com extrema cautela e a indeferir os inúmeros pedidos cautelares de mães alienantes que se vitimizam, e repreendê-las, bem como os profissionais que alimentam tais atos e incentivam esta vil 'estratégia' de banalizar e inundar a justiça com um sem número de representações munindo-se das cautelares da Lei de Violência Doméstica (*inaudita altera pars*, sem contraditório, sem ampla defesa e sem nem sequer clara previsão recursal para o pai ou companheiro, agora rotulado de 'agressor').

Desse modo, a sociedade considera-se agraciada pela ação legislativa, pois ainda que demorada, mostra-se eficaz no sentido de trazer ao universo jurídico o aparelho hábil para tornar objetivo o conceito de Alienação Parental, sobretudo, instituir punições para as condutas que se configurarem atos de Alienação Parental. Com a Lei em vigor e sua eficaz propagação, seja através de campanhas educacionais, seja pelo sua realização em sentenças condenatórias, será o instrumento capaz de fazer cessar o comportamento inescrupuloso de parentes que tentem implantar a falsa memória no menor.

A penalização foi indubitavelmente o fator base para a consagração da nova lei. Porém, a punição não é mais importante que as novas possibilidades de reconstrução de relacionamentos. Quando a norma prevê o alargamento do regime de convívio familiar em favor do alienado e a modificação da guarda, o objetivo da Lei não é apenas de punir, mas o fim maior é reparar. Isto é, aquele que foi vítima do ardil do alienador, terá a oportunidade de passar mais tempo com a criança e assim poder implantar na mesma as memórias verdadeiras. É a possibilidade que o genitor, vulnerável e desmoralizado diante dos filhos, tem para construir a sua realidade com seu filho.

É o que será também proporcionado às crianças, ou seja, a chance de construir relacionamentos, de convivência sadia e finalmente, a oportunidade que cada pai e mãe têm ao colocar uma criança no mundo: transmitir seus próprios valores através da sua própria conduta.

### 3. REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Comentários à Lei da alienação parental** Lei nº 12.318, de 26 de Agosto de 2010. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrinaler.php?id=825>. Acesso em: 21 set. 2010.

CALÇADA, Andréa – **Falsas acusações de abuso sexual e a implantação de falsas memórias**. Disponível em <http://amorteinventada.com.br>

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GARDNER, Richard. **Parental alienation syndrome**. Traduzido por Rita Rafaeli. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/6155591/Sindrome-da-Alienacao-Parental-Richard-Gardner>>

LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. **Comentários à lei de Alienação Parental: Lei nº 12.318/10**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2700, 22 nov. 2010. Disponível em: <<http://meujus.com.br/revista/texto/17871>>. Acesso em: 24 nov. 2010.

PODEVYN, François – Síndrome da Alienação Parental, disponível em <http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm>

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e Síndrome da Alienação Parental: O que é isso?**. Campinas: Autores Associados, 2010.

TRINDADE, Jorge – **Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito**, São Paulo: Livraria do Advogado, 2009, pag. 334.

**Alienação parental**: uma nova lei para um velho problema! Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=669>. Acesso em: 30 set 2010.

O que pode ser feito para diminuir a implacável hostilidade que leva à Síndrome de Alienação Parental? Disponível em <http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/lowenstein-2008>.

# PORTUGAL E ANGOLA EM PERSPETIVA: A PRIMEIRA CONVENÇÃO DE DUPLA TRIBUTAÇÃO

## PORTUGAL AND ANGOLA PROSPECTIVE: THE FIRST OF DOUBLE TAXATION CONVENTION

JOSÉ MANUEL GONÇALVES MACHADO\*

\* Mestrando em Direito dos Contratos e da Empresa na Universidade do Minho.

### 1. INTRODUÇÃO

Recentes notícias dão conta de negociações inéditas entre Portugal e Angola. Estes países têm em mãos a celebração de uma convenção cujo objetivo é evitar a dupla tributação<sup>2</sup>. O compromisso estratégico entre os países justifica que Portugal seja o primeiro país com quem Angola celebrará um acordo desta natureza<sup>3</sup>.

Tal circunstância, a verificar-se, poderá trazer novo fôlego às empresas portuguesas já presentes em Angola e constituirá um estímulo para que outras lhes sigam as pisadas. Na verdade, em face da grave crise económico-financeira sentida à escala mundial, mas que tem assolado sobretudo a Europa, e em particular Portugal, mais do que nunca, as empresas portuguesas pretendem superar essas dificuldades através da procura de novos mercados de forma a garantirem a sua sobrevivência.

Assim, para além da importância da atração de investimento estrangeiro que se faz sentir em Portugal, há hoje uma necessidade das empresas portuguesas em aumentar a

---

<sup>2</sup> A dupla tributação, ou melhor, a dupla tributação jurídica internacional, para sermos mais precisos, é definida como “a incidência de impostos equiparáveis em dois estados (ou mais) relativamente a um mesmo contribuinte, ao mesmo facto gerador e a períodos de tempo idênticos” (Cfr. Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património da OCDE, in Cadernos de Ciência Técnica Fiscal, n.º 172, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1995, p. 9). Este conceito distingue-se da dupla tributação económica internacional pela circunstância desta última não exigir identidade do sujeito a pagador do imposto nem do período de tributação. Para mais desenvolvimentos veja-se ALBERTO XAVIER, Manual de Direito Fiscal, Almedina, Lisboa, 1981, pp. 222 e 223; do mesmo Autor, Direito Tributário Internacional, Almedina, Lisboa, 2011, pp. 31-49; AMÉRICO BRÁS CARLOS, Impostos – Teoria Geral, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 261-262; GEORG W. KOFLER e RUTH MASON, Double Taxation: A European “Switch In Time?”, in Columbia Journal Of European Law, vol. 17, n.º 1, 2007, pp. 63-98, disponível em «<http://ssrn.com/abstract=979750>»; e PAULA ROSADO PEREIRA, Princípios do Direito Fiscal Internacional – Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu, Livraria Almedina, 2010, pp. 22-24.

<sup>3</sup> A título de exemplo, refira-se alguns dos acordos já celebrados entre Portugal e Angola: o Acordo de Cooperação Científica e Tecnológica (Decreto nº6/2008, de 26 de Março; a convenção sobre Segurança Social (Decreto nº 32/2004, de 29 de Outubro); o acordo de Promoção e Proteção Recíprocas de Investimentos (Decreto nº 48/ 98, de 17 de Dezembro); e os acordos de Cooperação Económica e Respetivo Protocolo Adicional (Decreto nº 36/ 88, de 29 de Setembro, e Decreto nº26/90, de 7 de Julho).

sua capacidade exportadora e se afirmarem no mercado internacional<sup>4</sup>. Para tanto, muitas empresas têm criado estruturas empresariais mais ou menos estáveis no estrangeiro, tendo em vista, por exemplo, a realização de obras, prestação de serviços ou até cedência de *know-how*.

Este fenómeno de globalização e internacionalização das empresas, aliado à evolução e tecnológica e eletrónica incrementada nas suas atividades, tem criado algumas dificuldades às soberanias fiscais<sup>5</sup> em torno da repartição das receitas fiscais entre os vários Estados intervenientes.

Com base nestas circunstâncias, e sem ambicionar esgotar o tema, começaremos por perspetivar os motivos que sustentam a adoção da Convenção Modelo da OCDE (CMOCDE)<sup>6</sup>. De seguida, olharemos ao modo como se processa a repartição do poder tributário entre os Estados contraentes, quer pela delimitação das taxas máximas aplicáveis, quer pela implementação de mecanismos de eliminação de dupla tributação. Por fim, confrontaremos os prós e contras daquele modelo com alguns dos possíveis mecanismos alternativos.

Ao longo da nossa exposição, não deixaremos de voltar a nossa atenção, sempre que possível, para o caso das empresas portuguesas com atividade (instaurada ou a instaurar) em Angola. Pois só desta forma tomaremos maior consciência da importância da celebração de um acordo de dupla tributação e das possíveis alternativas à sua celebração para a recuperação económica das empresas portuguesas.

## 2. PERSPETIVAS DE APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO.

A possível celebração de um acordo de dupla tributação tem preenchido páginas imensas da imprensa generalista e especializada<sup>7</sup>. A maioria é firme em afirmar que aquele

---

<sup>4</sup> A este propósito veja-se RICARDO RODRIGUES PEREIRA, *Sistema de incentivos fiscais em investigação e desenvolvimento empresarial II*, in *Revista Fiscal*, Janeiro-Fevereiro, 2011, p. 9.

<sup>5</sup> Como salienta ALBERTO XAVIER (*Direito Tributário Internacional do Brasil*, 6ª Edição, Forense, Rio de Janeiro, 2004, pp. 12-14.), o conceito de soberania fiscal está intimamente ligado a dois elementos fundamentais que definem um Estado: a população e o território. Por conseguinte, o Estado procurará estender o seu poder não só os rendimentos relativos à população residente no seu território mas também àqueles casos em que os residentes obtêm rendimentos noutra território.

<sup>6</sup> Note-se que este é o modelo que mais tem influenciado o conteúdo dos tratados de dupla tributação celebrados por Portugal. Por esse motivo é de acreditar que o mesmo esteja na base da celebração do acordo de dupla tributação entre Portugal e Angola embora este último não seja membro da OCDE. No entanto, tal não constitui obstáculo à sua adoção. Diga-se em abono da verdade que a influência da Convenção Modelo extrapolou largamente o âmbito da OCDE, e tem vindo a ser adotada como documento referência nas negociações entre países Membros e não-Membros e mesmo entre países não-Membros. Cfr. *Modelo de Convenção Fiscal... opus cit.*, p. 13.

<sup>7</sup> Sobre a origem das Convenções de Dupla Tributação veja-se PAULA ROSADO PEREIRA, *Repartição do Poder de Tributar nas Convenções sobre Dupla Tributação*, in «Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha», Vol. II, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 653-654 e *Modelo de Convenção Fiscal... opus cit.*, pp. 10-12.



acordo será essencial para as relações comerciais entre Portugal e Angola. A carga fiscal mais favorável e o incentivo ao investimento são os argumentos mais utilizados, sendo este último, consequência do primeiro.

Note-se que Angola está já a implementar um conjunto de alterações legislativas em matéria de Impostos que visa otimizar e modernizar quadro legal na área da tributação, para transformar a fiscalidade num instrumento fundamental e eficaz de desenvolvimento económico-social<sup>8</sup>.

Assim, prevê-se que as exportações portuguesas para Angola aumentem ainda mais. De acordo com os dados do Instituto Nacional de Estatística (INE) as exportações nacionais para Angola aumentaram 22% no ano passado face a 2010, para os 2,3 milhões de euros<sup>9</sup>.

Além disso, é previsível que muitas empresas se queiram estabelecer em Angola de forma a atuar diretamente no mercado Angolano. Para elas importa esclarecer, por um lado, se Angola tributará na totalidade os lucros normais do estabelecimento estável e de que forma tributará os dividendos, juros e *royalties* ligados àquele estabelecimento; e por outro, ainda no âmbito internacional, se os rendimentos obtidos em Angola vão ficar completamente isentos de tributação em Portugal ou se apenas será atenuada a dupla tributação.

### **3. ATRIBUIÇÃO DO PODER DE TRIBUTAR E MECANISMOS DE ELIMINAÇÃO DE DUPLA TRIBUTAÇÃO.**

Segundo a CMOCD, a tributação do rendimento e do património imputáveis ao estabelecimento estável poderão ser tributados no Estado da residência e no Estado da fonte<sup>10</sup>. Sucede que a tarefa de eliminar ou atenuar da dupla tributação, nalgumas situações, é atribuída ao Estado da fonte, com base no *princípio da fonte*<sup>11</sup>, através da imposição de limites máximos; noutras, incumbe ao Estado da residência, em obediência ao *princípio da*

---

<sup>8</sup> A nova legislação vem introduzir, em sede de Imposto Industrial, uma série de alterações não só no código do Imposto Industrial assim como em diplomas avulsos face ao regime ainda em vigor. As principais alterações vão no sentido de clarificar o tratamento fiscal a conferir às realidades económicas resultantes de atividades comerciais e industriais e, por conseguinte, simplificar os mecanismos de apuramento da matéria coletável dos sujeitos passivos deste imposto. Para mais desenvolvimentos acerca dos princípios orientadores da Reforma Fiscal veja-se SALDANHA SANCHES e JOÃO TABORDA DA GAMA, *Manual de Direito Fiscal Angolano*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 141-150.

<sup>9</sup> Informação disponível em «<http://www.ine.pt>».

<sup>10</sup> Cfr. *Modelo de Convenção Fiscal... opus cit.*, pp. 14-17.

<sup>11</sup> O princípio da fonte, por seu lado, segundo SÉRGIO VASQUES (*Manual de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 98), “exprime a noção de que a fonte constitui o elemento decisivo na atribuição da competência para tributar”, traduzindo-se na adoção de um sistema de tributação na origem do rendimento.

*residência*<sup>12</sup>, a adoção de mecanismos internos que reduzam o eliminem o montante de imposto pago no Estado da Fonte<sup>13</sup>.

Assim, podemos autonomizar dois momentos lógicos de atuação da CMOCDE<sup>14</sup>. Primeiramente, a Convenção procede à distribuição do poder de tributar entre os Estados contraentes, conferindo àqueles competência exclusiva, limitada ou cumulativa (arts. 6.º a 22.º). Posteriormente, procede à aplicação dos métodos de eliminação de dupla tributação, previstos nos arts. 23.º - A e 23.º B da CMOCDE<sup>15</sup>.

Relativamente ao primeiro momento, a CMOCDE atribuiu competência cumulativa para tributar nomeadamente nas seguintes hipóteses: rendimentos de bens imobiliários situados no Estado fonte (art. 6.º); lucros da empresa imputáveis a estabelecimento estável situado no Estado da fonte (art. 7; mais-valias na alienação de bens imobiliários que integram o ativo de um estabelecimento estável situado no Estado da fonte e ganhos provenientes da alienação do próprio estabelecimento estável e (cfr. arts. 13.º e 22.º); rendimentos não expressamente tratados na Convenção, quando gerados por direito ou propriedade ligados a estabelecimento estável utilizado no Estado da fonte para o exercício de uma atividade industrial ou comercial.<sup>16</sup>

Além disso, a CMOCDE atribui também competência a ambos os Estados, embora com limites máximos no Estado da fonte, quanto aos dividendos (art. 10.º) e aos juros (art. 11.º). O mesmo se digna em relação às *royalties*, em virtude da reserva feita por Portugal<sup>17</sup>. Quanto a este grupo de rendimentos, e tendo em conta as convenções já celebradas por Portugal, os especialistas defendem que as taxas máximas praticadas deverão variar entre 5% e 10%.<sup>18</sup>

No que concerne à competência exclusiva, em princípio, só são tributáveis no Estado da residência, por exemplo, os ganhos provenientes da alienação de valores mobiliários (art. 13.º, n.º 4), as pensões do setor privado (art. 18), as importâncias recebidas por um estudante com vista à sua formação (art. 20.º), bem como os restantes lucros das empresas que não sejam imputáveis ao estabelecimento estável ou a uma instalação fixa no Estado da fonte (cfr. art. 7.º, n.º 1 e 14.º, n.º 1).<sup>19</sup>

<sup>12</sup> O princípio da residência, ainda segundo SÉRGIO VASQUES (Ibidem, p. 98), “exprime a noção de que a residência constitui o elemento de conexão decisivo na atribuição da competência para tributar”. A concretização deste princípio, continua aquele Autor, “passa, via de regra, pela adoção de um sistema de tributação universal”.

<sup>13</sup> Contudo, como realça PAULA ROSADO PEREIRA (*Repartição do Poder de Tributar...opus cit.*, pp. 669), a CMOCDE deu clara prevalência ao princípio da residência.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 656.

<sup>15</sup> Cfr. *Modelo de Convenção Fiscal... opus cit.*, pp. 14-15.

<sup>16</sup> Cfr. PAULA ROSADO PEREIRA, *Repartição do Poder de Tributar...opus cit.*, p. 671.

<sup>17</sup> “Portugal reserva-se o direito de tributar na fonte como *royalties* o rendimento da locação de equipamento industrial, comercial ou científico e de contentores, bem como as remunerações provenientes da assistência técnica em conexão com o uso, ou a concessão do uso, deste tipo de equipamento industrial e contentores”.

<sup>18</sup> Referimo-nos aos fiscalistas CARLOS LOUREIRO, Tax partner da Deloitte e JAIME ESTEVES, Tax partner da PricewaterhouseCoopers. Informação disponível em «[http://www.gla-plmj.com/xms/files/2012/BXP\\_acordo\\_duplatributacao.pdf](http://www.gla-plmj.com/xms/files/2012/BXP_acordo_duplatributacao.pdf)»

<sup>19</sup> Cfr. *Modelo de Convenção Fiscal... opus cit.*, pp. 14-17.

Relativamente ao segundo momento, quando haja competência cumulativa, prevê a CMOCDE que o Estado da residência proceda à eliminação da dupla tributação através do método da isenção ou do método da imputação (cfr. arts. 23.<sup>o</sup> - A e B da CMOCDE)<sup>20</sup>.

O método da isenção<sup>21</sup> exclui o poder de tributar os rendimentos que hajam sido tributados no Estado da fonte, desconsiderando-os por inteiro na determinação do imposto a pagar no Estado da residência (isenção integral), ou incluindo o montante de imposto pago no estrangeiro apenas para efeitos de determinação da taxa aplicável ao restante rendimento ser pago pela empresa-mãe no Estado da residência (isenção com progressividade)<sup>22</sup>.

Diversamente, o método da imputação<sup>23</sup> (ou crédito de imposto) confere ao Estado da residência poder para tributar os rendimentos obtidos no Estado da fonte, permitindo a dedução do valor total do imposto pago no Estado da Fonte (imputação integral) ao montante de imposto a pagar no Estado da residência, ou limitando essa dedução à fração do respetivo imposto do Estado da residência, correspondente aos rendimentos provenientes do país da fonte (imputação normal)<sup>24</sup>. Neste caso, se for ultrapassado aquele limite, o Estado da residência tributará pelo excesso, havendo apenas atenuação da dupla tributação; se for inferior ou igual, haverá eliminação de dupla tributação<sup>25</sup>.

O método da isenção, ao contrário do método da imputação, tem a vantagem de permitir o recurso aos benefícios fiscais concedidos no Estado da fonte, uma vez os rendimentos obtidos no estrangeiro não serão incluídos no imposto a pagar no Estado da Residência<sup>26</sup>. Nessa medida, o método da imputação revela-se mais favorável ao Estado da

---

<sup>20</sup> Ibidem, pp. 224-251.

<sup>21</sup> Ibidem, pp. 227-228.

<sup>22</sup> A este propósito veja-se AMÉRICO BRÁS CARLOS, *Impostos – Teoria Geral*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 256-257; MANUEL PIRES e RITA CALÇADA PIRES, *Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 200; e PAULA ROSADO PEREIRA, *Repartição do Poder de Tributar...opus cit.*, pp. 672-673

<sup>23</sup> Cfr. *Modelo de Convenção Fiscal... opus cit.*, pp. 228-229.

<sup>24</sup> A este propósito veja-se AMÉRICO BRÁS CARLOS, *Impostos ...opus cit.*, pp. 257-261 e PAULA ROSADO PEREIRA, *Repartição do Poder de Tributar...opus cit.*, pp. 672-673

<sup>25</sup> De notar que “a eliminação total da dupla tributação implicaria que o país da residência dos sócios tivesse em consideração a permitisse a dedução de: a) retenções na fonte, com caráter liberatório, suportadas, relativamente a alguns proveitos, pela entidade não residente no país onde está sediada; b) imposto ou impostos sobre o lucro devido pela entidade não residente no país onde está sediada; c) retenções na fonte sofridas por rendimentos oriundos de terceiros países (na medida em que não sejam dedutíveis ao imposto da entidade não residente, desde logo por insuficiência deste; d) impostos que onerarem dividendos distribuídos por afiliadas sediadas em terceiros países (de forma a eliminar a tributação em cascata resultante de uma cadeia internacional de participações, sempre que tal não aconteça ao nível da tributação a que está sujeita a própria sociedade base)”. Cfr. RUI DUARTE MORAIS, *Imputação de Lucro de Sociedades Não Residentes Sujeitas a Um Regime Fiscal Privilegiado*, Publicações Universidade Católica, Porto, 1995, p. 449.

<sup>26</sup> Note-se que a doutrina tem destacado mais duas modalidades: o crédito de imposto fictício e o crédito de imposto presumido. No primeiro caso, o Estado da residência deduz o montante de imposto que seria devido se não houvesse aí benefício fiscal ou isenção (e não o montante efetivamente pago ou não pago). Há, portanto, total neutralidade. No crédito de imposto presumido, por seu lado, o Estado de residência deduz, por força de convenção internacional ou disposição interna, um montante superior ao do imposto correspondente à taxa normal de retenção na fonte em vigor no país da origem dos rendimentos. Aqui há a atribuição de um benefício fiscal pelo país da residência. Para mais desenvolvimentos veja-se AMÉRICO BRÁS CARLOS, *Impostos ...opus cit.*, pp. 259-261.

Residência, pois este não vê diminuído o seu imposto, embora admita deduzir, pelo menos até certo ponto, o montante pago no estrangeiro.

### 3.1. VANTAGENS E DESVANTAGENS.

Aqui chegados, apresentaremos um breve olhar sobre a experiência internacional em matéria de dupla tributação, no sentido de se apurar os aspetos positivos e negativos que têm levado alguns a procurar mecanismos alternativos.

A eliminação da dupla tributação é, sem dúvida, o grande objetivo que impulsiona os Estados a celebrarem um acordo daquela natureza<sup>27</sup>. Tomemos o seguinte exemplo prático: a empresa “A” tem residência em Portugal e decide estender a sua atividade até Angola. Em consequência, os rendimentos obtidos por essa entidade em Angola (Estado da fonte) poderão ser tributados simultaneamente por ambos os países<sup>28</sup>. O primeiro tributará com base no rendimento global (ou mundial) porque aquela empresa tem sede efetiva no seu país (o que constitui uma extensão da obrigação de imposto)<sup>29</sup>; o segundo Estado tributará numa base limitada, apenas e só aquele rendimento que teve origem no seu território<sup>30</sup>.

Subentende-se, por isso, que haja um conflito a ser resolvido entre o Estado da residência e o Estado da fonte relativamente aos rendimentos obtidos pelo estabelecimento situado em Angola. Nesta senda, a COMOCDE convida aqueles Estados a desenvolverem esforços no sentido de definir regras e métodos que permitam eliminar os obstáculos que a dupla tributação levanta, nomeadamente, em relação à livre circulação de bens, serviços e capitais.

---

<sup>27</sup> Cfr. PAULA ROSADO PEREIRA, *Repartição do Poder de Tributar...*, opus cit., p. 655.

<sup>28</sup> Assim, determinado rendimento pode ser visto quer pela perspectiva da tributação do rendimento global (rendimento obtido dentro e fora), como pode ser igualmente encarado sob o ponto de vista da tributação limitada por parte do Estado que apenas tem conexão territorial com a empresa, uma vez que esta possui a sua residência (leia-se sede ou direção efetiva) noutro território. Neste sentido veja-se HELENA MARTINS, *O Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas*, in Lições de Fiscalidade, João Ricardo Catarino e Vasco Branco Guimarães (Coords), Almedina, Coimbra, 2012, p. 217).

<sup>29</sup> Como nota HELENA MARTINS (*O Imposto Sobre o Rendimento... opus cit.*, 2012, p. 217), a tributação dos rendimentos numa base mundial pode gerar situações de dupla tributação jurídica ou internacional. O conflito que se gera obriga a precisar quando é que os rendimentos se consideram obtidos dentro ou fora. Em ambos os casos sublinhe-se que o mesmo rendimento poderá estar sujeito a uma dupla tributação, quer por parte do Estado da residência, quer por parte do Estado da não residência (ou simplesmente do Estado onde se situa o estabelecimento estável) consoante haja ou não uma extensão da entidade residente para além território onde possui a sua sede o direção.

<sup>30</sup> Aquelles dois princípios – o princípio da residência e o princípio da fonte, resultam da extensão territorial nos modernos sistema de tributação. Contudo, é evidente que a residência se traduz no principal elo de ligação com a obrigação de pagar impostos. A este propósito veja-se JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *O Conceito de Residente no Direito Fiscal Internacional e Europeu: Articulação com o Conceito de Residente no Direito Interno*, in II Congresso de Direito Fiscal, realizado na Faculdade de Direito da Universidade do Porto em 27 de Outubro de 2011; e ainda, do mesmo Autor, *A Tributação Presuntiva do Rendimento: Um Contributo para Reequacionar os Métodos Indiretos de Determinação da Matéria Tributável*, Almedina, Coimbra, pp. 96 e ss.

Mas este objetivo não se basta a si mesmo. Com aqueles limites fiscais, os Estados querem obter uma contrapartida que se traduza, essencialmente, em crescimento económico<sup>31</sup>. Os mais desenvolvidos pretendem exportar capital, enquanto aqueles que estão em desenvolvimento querem importá-lo<sup>32</sup>. No caso das relações entre Portugal e Angola, compreende-se que haja, na realidade, uma reciprocidade de interesses de ambas as partes em atrair e exportar capital, de tal forma que o esforço tributário a ser suportado por cada um é, assim, compensado com um desenvolvimento das relações económico-empresariais entre os países, que se traduzirá num crescimento económico para ambos.

A estes dois aspetos – eliminação da dupla tributação e atração de investimento – acresce o fator psicológico que não pode ser ignorado. Nesse sentido, aquele acordo será um sinal das boas relações entre países contraentes, proporcionando uma sensação de segurança e confiança nos investidores, funcionando como uma espécie de estímulo ao investimento<sup>33</sup>.

O combate à fraude e evasão fiscal nas relações internacionais<sup>34</sup> é outro dos principais objetivos almejados<sup>35</sup>. Nesse sentido, os acordos de dupla tributação contêm normas limitativas para prevenir os casos de evasão fiscal e o uso, pelos seus residentes, de paraísos fiscais<sup>36</sup>, incluindo igualmente normas cujo objetivo é precaver uma interpretação contrária aos seus fins. Toda esta atelaria normativo-preventiva é auxiliada pelas regras que determinam e promovem a troca de informações entre os Estados.

Por último, reconhecemos que a vastíssima rede de convenções têm contribuído para uma harmonização das práticas tributárias internacionais, gerando-se comportamentos de acordo com aquelas convenções mesmo para Estados não aderentes. Circunstância que contribui para uma maior segurança jurídica dos contribuintes.

Resumindo: o objetivo das convenções de dupla tributação não é só o de eliminar os conflitos de tributação resultante do exercício da soberania fiscal pelos Estados, mas também de lutar contra a evasão e a fraude fiscais, de aliviar a carga fiscal dos contribuintes, de incentivar o investimento estrangeiro, de contribuir para o desenvolvimento

---

<sup>31</sup> Opinião partilhada por ERIC NEUMAYER, *Do double taxation treaties increase foreign direct investment to developing countries?*, in *Journal of Development Studies*, 43 (8), 2007, pp. 1501-1519, disponível em «<http://eprints.lse.ac.uk>».

<sup>32</sup> PAULA ROSADO PEREIRA, *Repatrição do Poder de Tributar...opus cit.*, p. 674.

<sup>33</sup> OVÍDIO PAHULA (*Estudos sobre o Sistema Jurídico-Económico Angolano*, Princípiã, Cascais, 2008, pp. 5 e ss) num olhar jurídico-filosófico sobre a problemática da Dupla Tributação Internacional, considera que a celebração de acordos de dupla tributação é um aspeto fundamental quer para a estruturação do sistema jurídico angolano e quer para o desenvolvimento económico do seu tecido empresarial, que terá como consequência a elevação da autoestima do povo e da economia angolana.

<sup>34</sup> Cfr. SALDANHA SANCHES e JOÃO TABORDA DA GAMA, *Manual de Direito Fiscal Angolano, opus cit.*, p. 75.

<sup>35</sup> A este propósito, Cfr. *Modelo de Convenção Fiscal... opus cit.*, p. 21.

<sup>36</sup> Como referem SALDANHA SANCHES e JOÃO TABORDA DA GAMA (*Manual de Direito Fiscal Angolano, opus cit.*, p. 75), estes paraísos fiscais são zonas em que os impostos são tendencialmente baixos ou inexistentes, ou onde existe um regime de segredo bancário que impede os Estados de auscultarem a movimentação de capitais por parte dos seus residentes.

dos países desenvolvidos menos desenvolvidos e promover uma maior cooperação entre os Estados<sup>37</sup>.

Do lado oposto, temos um conjunto situações que fragilizam e põem mesmo em causa o “estado de graça” que ainda paira sobre os acordos de dupla tributação.

Em primeiro lugar, e não surpreendentemente, constata-se que o atual sistema internacional é claramente favorável aos interesses dos países desenvolvidos, enquanto local de residência das mais relevantes empresas exportadores no comércio internacional. Os países em desenvolvimento, geralmente interessados em atrair investimento, só poderão tributar de uma forma limitada os rendimentos obtidos por aquelas empresas. A tributação baseada na fonte poderá, contudo, representar um custo elevado para os países em desenvolvimento já que os Estados da residência estarão interessados em maximizar as suas receitas fiscais.<sup>38</sup>

Verifica-se, por conseguinte, que a concessão de redução de taxas ou outras medidas que se traduzam numa diminuição do imposto a ser pago no país da fonte, desincentiva o recurso a uma política de atração de investimento estrangeiro pelo país da fonte (normalmente menos desenvolvido e que necessita daquelas receitas)<sup>39</sup>.

Em virtude disso, o poder de negociação conferido aos países desenvolvidos (ou às chamadas potências económicas), pode conduzir a situações de abuso, exigindo-se dos países em desenvolvimento melhores condições fiscais em face de outros acordos já celebrados por aquelas potências com outros países em iguais circunstâncias. Poderá até funcionar como meio de “chantagem ou ameaça”, no sentido de se afastar a celebração do acordo se aqueles não aceitarem determinadas condições<sup>40</sup>.

Com efeito, em virtude das condições especiais e particulares que se criam com a celebração de convenções bilaterais, poder-se-ão gerar situações de discriminação em relação a alguns investidores cujos países não tenham acordo de dupla tributação. Assim, aquelas empresas cujo Estado de residência não tenha acordo de dupla tributação com

---

<sup>37</sup>Cfr. JOSÉ CAMPOS AMORIM, *A interpretação e a aplicação das convenções de dupla tributação*, in «Os 10 anos de investigação do CIJE», Almedina, Coimbra, 2010, p.474.

<sup>38</sup> Para outros desenvolvimentos veja-se B.A. BLONIGEN and DAVIES R.B., *Do Bilateral Tax Treaties Promote Foreign Direct Investment?*, in Handbook of International Trade Volume II, Blackwell, London, 2002, pp. 526-546, and *The Effects of Bilateral Tax Treaties on U.S. FDI Activity*, in International Tax and Public Finance, 11, 2004, pp. 601-622, cit. apud ERIC NEUMAYER, *Do double taxation... opus cit.*, pp. 1501-1519, disponível em «<http://eprints.lse.ac.uk>».

<sup>39</sup> Como nota RUI DUARTE MORAIS (*Imputação de Lucro de Sociedades Não Residentes... opus cit.*, p. 157), quanto menor o imposto pago no país da fonte menor será o valor de crédito de imposto a deduzir à coleta no país da residência. Por conseguinte, “[o] beneficiário de tais incentivos fiscais não será o investidor mas o país da residência”.

<sup>40</sup> Fazendo uso das palavras de RUI DUARTE MORAIS (*Os impostos no século XXI*, in «Ars Iudicandi - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves», *Stvdia Jvridica*, n.º 92, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 374) diríamos: “A explicação é simples: à medida que os países se desenvolvem, ganha maior importância o aspeto internacional das respetivas economias, parte significativa daquilo que os Estados entendem ser a sua legítima «base de tributação» desloca-se para o estrangeiro. Os países mais desenvolvidos tendem a perspetivar os seus interesses fiscais na ótica de «país residência», impondo tal visão aos seus parceiros menos desenvolvidos”.

Angola, por exemplo, terão um tratamento fiscal mais agravado do que as empresas portuguesas não residentes aí situadas com estabelecimento estável (caso Portugal venha a celebrar acordo de dupla tributação com Angola)<sup>41</sup>.

Outra das críticas apontadas reporta-se à ausência de legislação específica relativamente à fraude e evasão fiscal. Embora as convenções possam ter por objetivo evitar a evasão fiscal<sup>42</sup>, a verdade é que não existem cláusulas gerais anti-abuso no Direito Fiscal Internacional. Por este motivo, somos da opinião de que o Direito Fiscal Interno continuará a ter uma palavra a dizer na identificação e punição de tais comportamentos anti-fiscais<sup>43</sup>.

É comum também referir-se que a CMOCDE não previu nem preveniu novas situações geradas pela globalização e pelo desenvolvimento do comércio eletrónico. Neste âmbito, pergunta-se, por exemplo, se o sítio da internet preenche os pressupostos de estabelecimento<sup>44</sup>, se será suficiente a existência de um computador, e ainda, se um prestador de serviços da internet pode ser considerado representante de uma empresa.

As respostas a estas questões não são de todo evidentes. Cada vez mais se tem desenvolvido o comércio eletrónico, não só através da prestação de serviços, mas também por meio da venda de produtos digitais. É possível, por conseguinte, desenvolver determinada atividade informática através de um computador com acesso à internet, e independentemente do país onde se encontre a pessoa. De igual modo, o consumidor pode aceder aqueles serviços ou produtos disponibilizados no sítio da internet em qualquer parte do mundo. Neste mundo sem fronteiras coloca-se a questão de saber quem vai tributar e o quê<sup>45</sup>.

Face às dificuldades sentidas na determinação destas novas realidades, muitos têm respondido negativamente àquelas questões, imputando a tributação daquelas atividades ao

---

<sup>41</sup> Cfr. CELESTE CARDONA, *O Conceito de estabelecimento Estável – Algumas reflexões em torno deste conceito, in Estudos em Homenagem à Dra. Maria de Lourdes Órfão de Matos Correia e Vale*, CEF, Lisboa, 1995, p.247.

<sup>42</sup> Cfr. *Modelo de Convenção Fiscal... opus cit.*, p. 13.

<sup>43</sup> Nesse âmbito ROGÉRIO FERNANDES FERREIRA (*O enquadramento do IRC na reforma fiscal de 1988/89, in «15 Anos da Reforma Fiscal / Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Pitta e Cunha»*, Almedina, Lisboa, 2004, p. 141) sugere a introdução de um esquema de tributação por coleta mínima de modo a que, quando a declaração for falsa ou se apresentem prejuízos, a tributação se faça então, pelo imposto mínimo. O mesmo sentido é apontado por JOÃO SÉRGIO RIBEIRO na obra *Tributação Presuntiva do Rendimento - Um Contributo para Reequacionar os Métodos Indiretos de Determinação da Matéria Tributável*, Almedina, 2010. Em sentido oposto encontramos LUÍS MAGALHÃES (*O IRC no Contexto Internacional, in «15 Anos Da Reforma Fiscal De 1988-89 / Jornadas De Homenagem ao Professor Doutor Pitta e Cunha»*, Almedina, Lisboa, 2004, pp. 237). O Autor refere que “imposição de coletas mínimas e de tributações autónomas surge como caminho mais fácil no combate à fraude e evasão fiscal mas, [na opinião do Autor], não como mais acertado no plano dos princípios.

<sup>44</sup> A posição maioritária vai no sentido de exigir a presença física. Contudo, como se suscitou no caso Duney, é possível que um servidor automático possa constituir nalguns casos estabelecimento estável. Assim sucederá se o sítio não se limitar a armazenar *software* em ordem a permitir a comunicação entre fornecedor e o cliente, mas fornecer produtos digitais on-line. Neste sentido, ver VASCO GUIMARÃES, *O conceito de estabelecimento estável e o comércio eletrónico, in Administração Geral Tributária, Colóquio: os efeitos da globalização na tributação do rendimento e da despesa*, CEF, Lisboa, 2000, PP. 153-184.

<sup>45</sup> RUI DUARTE MORAIS, *Os impostos no século XXI, opus cit.*, p. 375

país da sede ou residência. O problema é que a determinação do país da residência se mostra igualmente tenebrosa, pois muitas dessas atividades estarão situadas em paraísos fiscais<sup>46</sup>.

Em consequência, alguns dos conceitos previstos, como os conceitos de residência ou estabelecimento estável, podem estar desatualizados uma vez que aquelas novas situações não foram contempladas. Ora, a simples reinterpretação dos tratados pode não ser suficiente, daí que se possa partir para a renegociação dos mesmos.

A negociação, por sua vez, provoca algum desgaste e incerteza. Poder-se-á cair na tentação de renegociar uma nova convenção sempre que anterior levante dificuldades e não corresponda à realidade<sup>47</sup>! Cada vez mais as convenções são distintas entre si, apresentando novidades e aspetos particulares. Com efeito, corre-se o risco de naufragar a Convenção numa lógica circular do tipo “convenção gera convenção”, sem que os problemas fiquem efetiva e definitivamente solucionados<sup>48</sup>. Assim, o objetivo da uniformização da legislação internacional e da maior segurança para os contribuintes parecem estar cada vez mais diluídos<sup>49</sup>.

Por outro lado, verifica-se que o Direito Fiscal Interno começa a refletir cada vez mais as normas do Direito Fiscal Internacional. Tal circunstância leva-nos a concluir pela tendencial desnecessidade dos acordos internacionais, uma vez que as “cedências” que outrora resultavam daqueles tratados foram já amplamente adotadas internamente pelos Estados interessados<sup>50</sup>.

Para finalizar, é ainda oportuno referir que os acordos de dupla tributação implicam sempre uma perda de soberania fiscal<sup>51</sup> e, por arrastamento, uma renúncia a parte da receita fiscal. Mas de que modo e em que medida os rendimentos obtidos por não residentes poderão ser tributados pelo Estado da Fonte e/ou pelo Estado da Residência? Como é evidente, tudo se baseia em cedências mínimas entre dois Estados. Assim, cada um dos Estados abdica dos seus poderes tributários na condição de que o outro Estado também o faça em iguais circunstâncias<sup>52</sup>.

Ponderados os motivos expostos, torna-se evidente que existem muitos obstáculos à negociação de um acordo de dupla tributação entre Portugal e Angola. O caminho não é

---

<sup>46</sup> Idem.

<sup>47</sup> Nesse sentido JÜRGEN LÜDICKE (*Exemption and Tax Credit in German Tax Treaties – Policy and Reality*, in Bulletin For International Taxation, December, 2010, pp. 609-619) conclui que as várias medidas, internas e internacionais, em matéria de isenção de dupla tributação, atendendo à sua complexidade, devem ser revistas e repensadas. Informação disponível em «[http://www.m-i-tax.de/content/Publikationen/Steuerrecht/Luedicke/documents/Luedicke\\_ExemptionandTaxCreditinGermanTaxTreaties.pdf](http://www.m-i-tax.de/content/Publikationen/Steuerrecht/Luedicke/documents/Luedicke_ExemptionandTaxCreditinGermanTaxTreaties.pdf)»).

<sup>48</sup> RUI DUARTE MORAIS, *Imputação de Lucro de Sociedades Não Residentes... opus cit.*, p. 117.

<sup>49</sup> Ibidem, pp. 118-119

<sup>50</sup> Ibidem, p. 120.

<sup>51</sup> Para mais desenvolvimentos veja-se SALDANHA SANCHES e JOÃO TABORDA DA GAMA, *Manual de Direito Fiscal Angolano*, opus cit., p. 63-78

<sup>52</sup> Como referem SALDANHA SANCHES e JOÃO TABORDA DA GAMA (Ibidem, p. 70.), tais acordos de dupla tributação “implicam uma derrogação bilateral de soberania”.



linear e daí não resulta uma solução milagrosa. Enquanto Portugal tem já larga experiência e tradição na celebração de acordos dessa natureza, para Angola será a primeira experiência. Estamos, por isso, muito expectantes quanto à sua celebração e ainda mais quanto à concretização dos efeitos pretendidos.

### 3.2. MECANISMOS ALTERNATIVOS.

Embora os tratados de dupla tributação se tenham tornado numa prática generalizada, queremos aqui salientar algumas alternativas que possam obviar as principais críticas apontadas.

Um dos caminhos alternativos passa por procurar alcançar consensos mais alargados entre Estados. Em vez das habituais convenções bilaterais poder-se-iam adotar convenções multilaterais, aglomerando o maior número possível de consenso. Esta seria uma possível resposta ao fenómeno da globalização e ao mesmo tempo um meio para se evitar situações de abuso por parte dos países desenvolvidos, impedindo-se simultaneamente a exclusão e discriminação de países que à partida ficariam de fora em caso de convenção bilateral. Nesse sentido, poderíamos pensar numa convenção a nível Europeu, a nível dos países de língua portuguesa, ou até mesmo de um tratado verdadeiramente internacional abertos a todos os países, abrangendo, como referimos, o maior consenso possível.

Contudo, reconhecemos que esta alternativa apresenta também algumas dificuldades. Desde logo, porque o processo de negociação poder-se-á revelar excessivamente prolongado e conturbado; por outro lado, as possíveis reservas ao tratado inviabilizariam a harmonização desejada pelos países contraentes.

Outra hipótese, agora em termos unilaterais<sup>53</sup>, como sugere ALEX EASSON<sup>54</sup>, passaria pela harmonização das leis tributárias nacionais de acordo com as regras dos tratados internacionais de dupla tributação<sup>55</sup>. Portugal, por exemplo, importou textualmente

---

<sup>53</sup> Os mecanismos unilaterais distinguem-se dos mecanismos bilaterais ou multilaterais porque resultam de medidas adotadas internamente por cada Estado sem intervenção de outros. A maioria tende a sobrevalorizar as medidas bilaterais, considerando-as mais eficientes que as medidas unilaterais (cfr. PAULA ROSADO PEREIRA, *Repartição do Poder de Tributar... opus cit.*, p. 655). Contudo, ponderando as vantagens e desvantagens de ambas, consideramos que as medidas unilaterais podem ser tão ou mais eficazes do que as medidas bilaterais.

<sup>54</sup> *Do we still need tax treaties?*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, Vol. 54, n.º 12, Amesterdam, 2000, pp. 619-625. ERIC NEUMAYER, *Do double taxation treaties... opus cit.*, pp. 1501-1519, disponível em «<http://eprints.lse.ac.uk>». O Autor sugere a adoção das regras internacionais na legislação interna, independentemente da celebração de tratados, como forma de evitar o desgaste provocado pelas negociações e evitar discriminações.

<sup>55</sup> ANTÓNIO CARLOS SANTOS (*Desafios atuais da Política Fiscal*, in «15 Anos Da Reforma Fiscal De 1988-89 - Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Pitta e Cunha», Almedina, Lisboa, 2004, pp. 717 e ss), analisando a importância do alinhamento da nossa legislação pelos padrões comunitários e internacionais, conclui que esse é o caminho para se criar condições de estabilidade, quer ao nível das receitas fiscais e que ao nível da legislação fiscal. Este seria o caminho para atrair investimento. Além disso, as políticas para o desenvolvimento

muitas das normas sugeridas na CMOCDE<sup>56</sup>. Se todos os países interessados em negociar o fizessem, seria completamente displicente a elaboração de um tratado. Motivo pelo qual afirmamos anteriormente o nosso entendimento em favor da tendencial desnecessidade de acordos internacionais de dupla tributação.

Em nosso modesto entender, as medidas unilaterais de eliminação de dupla tributação internacional podem muito bem atingir os objetivos expressos na CMOCDE<sup>57</sup>. Assim, quando o Estado da residência concede uma isenção a um rendimento auferido no estrangeiro, sem que a tal esteja obrigado por convenção, está a lançar mão de uma medida unilateral e a contribuir para a eliminação da dupla tributação. Essa isenção poderá mesmo ser integral, sem mais implicações, como poderá ocorrer de forma progressiva, incluindo-se os rendimentos isentos (obtidos no Estado da fonte) no apuramento da taxa progressiva a aplicar (no Estado da residência) aos rendimentos não isentos<sup>58</sup>. É ainda possível eliminar ou atenuar a dupla tributação com recurso ao mecanismo do crédito de imposto através da dedução do imposto pago no estrangeiro ao imposto global a pagar no país de residência<sup>59</sup>.

Por fim, e não de somenos importância, podem os Estados adotar medidas unilaterais por meio de incentivos ou isenções fiscais por forma a atraírem investimento estrangeiro em relação a certas atividades económicas de maior interesse. Angola, por exemplo, tem concedido isenções fiscais, em sede de imposto industrial, a determinados investimentos que vão de encontro com as necessidades económicas e sociais de interesse nacional, onde se tem destacado o setor da construção civil e todas indústrias conexas.

#### 4. CONCLUSÃO

Pelo exposto, podemos afirmar que a ausência de diálogo e harmonia entre os Estados envolvidos conduz à procura de soluções num âmbito internacional. Soluções essas que devem ser suportadas por aqueles Estados numa lógica de reciprocidade.

No âmbito da celebração de um acordo de dupla tributação, e à luz da CMOCDE, o Estado da fonte obrigar-se-á a fixar as taxas de imposto imputáveis ao estabelecimento

---

devem observar uma rigorosa avaliação da despesa fiscal, racionalizando os gastos, apostando na inovação, investindo na formação profissional e no apoio das PME'S. Tudo isto permitiria corrigir as injustiças mais flagrantes do nosso sistema fiscal, objetivo que depende dos anteriores.

<sup>56</sup> Compare-se os arts 5.º e 7.º da CMOCDE com os arts. 5.º e 7.º do CIRC relativamente ao conceito de estabelecimento estável e aos lucros tributáveis.

<sup>57</sup> Sublinhe-se que a aplicação unilateral de normas fiscais tanto serve a resolução de conflitos tributários como potencia a fonte de conflitos. Tudo depende da linha de orientação dessas medidas. Neste sentido veja-se SALDANHA SANCHES e JOÃO TABORDA DA GAMA, *Manual de Direito Fiscal Angolano, opus cit.*, pp. 69-70.

<sup>58</sup> Cfr. AMÉRICO BRÁS CARLOS, *Impostos ...opus cit.*, p. 237.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 236-238.

estável até aos limites máximos determinados pelas partes; o Estado da residência, por seu lado, adotará medidas internas para eliminação ou atenuação da dupla tributação que incide sobre os rendimentos já tributados e pagos pelo estabelecimento estável no Estado da fonte.

Como se vislumbra, no caso de existirem apenas medidas unilaterais para eliminar ou atenuar a dupla tributação, é o Estado da residência quem sofre com as consequências derivadas do incentivo à internacionalização das empresas, ao abdicar de parte da receita fiscal.

Dessa forma, podemos antever que o debate entre Portugal e Angola centrar-se-á, essencialmente, em torno da questão da soberania fiscal (ou partilha do poder de tributar)<sup>60</sup>, nomeadamente, através da definição dos limites máximos de certos rendimentos e da implementação de métodos de eliminação de dupla tributação.

Podemos, assim, concluir que o problema atual da dupla tributação internacional passa, fundamentalmente, por tentar evitar que a crescente internacionalização da economia e das empresas gere uma perda de receitas intolerável para os Estados que se veem abraçados com uma grave crise económica e financeira que teima em não os largar.

## 5. REFERÊNCIAS

- ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional do Brasil*, 6ª Edição, Forense, Rio de Janeiro, 2004.
- \_\_\_\_\_, *Direito Tributário Internacional*, Almedina, Coimbra, 2007.
- ALEX EASSON, *Do we still need tax treaties?*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, Vol. 54, n.º 12, Amesterdam, 2000.
- AMÉRICO BRÁS CARLOS, *Impostos – Teoria Geral*, Almedina, Coimbra, 2010.
- ANTÓNIO CARLOS SANTOS, *Desafios atuais da Política Fiscal*, in «15 Anos da Reforma Fiscal – Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Pitta e Cunha», Almedina, Lisboa, 2004.
- CELESTE CARDONA, *O Conceito de estabelecimento Estável – Algumas reflexões em torno deste conceito*, in *Estudos em Homenagem à Dra. Maria de Lourdes órfão de Matos Correia e Vale*, CEF, Lisboa, 1995.

---

<sup>60</sup> Cfr. PAULA ROSADO PEREIRA, *Repatrição do Poder de Tributar...opus cit.*, p. 674.

- ERIC NEUMAYER, *Do double taxation treaties increase foreign direct investment to developing countries?*, in *Journal of Development Studies*, 43 (8), 2007, disponível em «[http:// eprints.lse.ac.uk](http://eprints.lse.ac.uk)».
- GEORG W. KOFLER e RUTH MASON, *Double Taxation: A European “Switch In Time?”*, in *Columbia Journal Of European Law*, vol. 17, n.º 1, 2007, disponível em «<http://ssrn.com/abstract=979750>».
- HELENA MARTINS, *O Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas*, in «Lições de Fiscalidade», Almedina, Coimbra, 2012.
- JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *O Conceito de Residente no Direito Fiscal Internacional e Europeu: Articulação com o Conceito de Residente no Direito Interno*, in «II Congresso de Direito Fiscal, realizado na Faculdade de Direito da Universidade do Porto em 27 de Outubro de 2011».
- \_\_\_\_\_, *A Tributação Presuntiva do Rendimento: Um Contributo para Reequacionar os Métodos Indiretos de Determinação da Matéria Tributável*, Almedina, Coimbra, 2010.
- JOSÉ CAMPOS AMORIM, *A interpretação e a aplicação das convenções de dupla tributação*, in «Os 10 anos de investigação do CIJE», Almedina, Coimbra, 2010.
- JÜRGEN LÜDICKE, *Exemption and Tax Credit in German Tax Treaties – Policy and Reality*, in *Bulletin For International Taxation*, December, 2010, disponível em «[http://www.m-i-tax.de/content/Publikationen/Steuerrecht/Luedicke/documents/Luedicke\\_ExemptionandTaxC](http://www.m-i-tax.de/content/Publikationen/Steuerrecht/Luedicke/documents/Luedicke_ExemptionandTaxCreditinGermanTaxTreaties.pdf)  
[reditinGermanTax Treaties.pdf](http://www.m-i-tax.de/content/Publikationen/Steuerrecht/Luedicke/documents/Luedicke_ExemptionandTaxC)».
- LUÍS MAGALHÃES, *O IRC no Contexto Internacional*, in «15 Anos Da Reforma Fiscal De 1988-89 / Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Pitta e Cunha», Almedina, Lisboa, 2004.
- MANUEL PIRES e RITA CALÇADA PIRES, *Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2010.
- *Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património da OCDE*, in *Cadernos de Ciência Técnica Fiscal*, n.º 172, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1995.
- OVÍDIO PAHULA, *Estudos sobre o Sistema Jurídico-Económico Angolano*, Princípia, Cascais, 2008.
- PAULA ROSADO PEREIRA, *Repartição do Poder de Tributar nas Convenções sobre Dupla Tributação*, in «Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha», Vol. II, Almedina, Coimbra, 2010.
- RICARDO RODRIGUES PEREIRA, *Sistema de incentivos fiscais em investigação e desenvolvimento empresarial II*, in *Revista Fiscal*, Janeiro-Fevereiro, 2011.

- ROGÉRIO FERNANDES FERREIRA, *O enquadramento do IRC na reforma fiscal de 1988/89*, in «15 Anos Da Reforma Fiscal – Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Pitta e Cunha», Almedina, Lisboa, 2004.
- RUI DUARTE MORAIS, *Imputação de Lucro de Sociedades Não Residentes Sujeitas a Um Regime Fiscal Privilegiado*, Publicações Universidade Católica, Porto, 1995.
- \_\_\_\_\_, *Os impostos no século XXI*, in «Ars Iudicandi - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves», Studia Jvridica, n.º 92, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- SALDANHA SANCHES e JOÃO TABORDA DA GAMA, *Manual de Direito Fiscal Angolano*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- SÉRGIO VASQUES, *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2011.
- VASCO GUIMARÃES, *O conceito de estabelecimento estável e o comércio eletrónico*, in «Administração Geral Tributária, Colóquio: os efeitos da globalização na tributação do rendimento e da despesa», Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 2000.

# **CONTROVÉRSIAS ACERCA DA CONTRIBUIÇÃO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA**

## **DISPUTES ON THE CONTRIBUTION OF LIGHTING PUBLIC**

MARIANA NEVES PEDROSA BEZERRA

### **RESUMO**

O presente trabalho tem a proposta de apresentar aspectos da contribuição de iluminação pública, seu surgimento e sua constitucionalidade, além de outros aspectos relacionados à contribuição em geral. Em especial, será analisada a visão do Supremo Tribunal Federal em relação a esta contribuição e seu enquadramento dentro do gênero dos tributos. Ainda será objeto de análise a lei da contribuição de iluminação pública do Município de João Pessoa. Dentro deste trabalho será feita uma exposição acerca de algumas das questões mais relevantes sobre o tema, tendo em vista se tratar de um tema atual e bastante debatido nos tribunais e na doutrina pátria. Serão vistos questionamentos a respeito de sua constitucionalidade formal e material, além de serem analisados os dispositivos da lei municipal de João Pessoa que dispõe sobre a contribuição de iluminação pública de tal Município. Desta forma, este artigo tem como finalidade analisar essas vertentes de um ponto de vista analítico e crítico, buscando a solução legal mais justa, equânime e adequada. Para isso analisará decisões jurisprudenciais do Pretório Excelso a fim de mostrar seu entendimento.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contribuição de iluminação pública – Constitucionalidade – Serviço geral – Tributos.

### **ABSTRACT**

This work has the purpose of presenting the aspects of the contribution of public illumination, its origins and its constitutionality, and others aspects related to the contribution in general. Will be especially analysed the view of the Supremo Tribunal Federal regards this contribution and its location in the gender of taxes. It will also be object of analysis the law of the contribution of public illumination of João Pessoa city. In this article will be made an exposition on some of the more important questions on the subject, because it's an actual theme that is object of many discussions in our courts and among our authors. It will be seen

several questions about its constitutionality, both formal and material, besides it will also be analysed the municipal law of João Pessoa, that is about the contribution of public illumination. This way, this article has the purpose to analyse this subject in an analitic and critic way, looking for the most fair and adequate legal solution, and for this will analyse the decisions of our highest court on the subject, to demonstrate its understanding.

**KEYWORDS:** Contribution of public illumination– Constitutionality – General service – Taxes.

## 1. INTRODUÇÃO

Este artigo aborda o tema da contribuição sobre a iluminação pública, a sua constitucionalidade e o seu surgimento. Inicialmente serão traçadas algumas considerações sobre os tributos em sua generalidade e sobre a grande controvérsia doutrinária que envolve a classificação dos tributos. Esta classificação é alvo de imenso debate entre os tributaristas, que classificam as espécies tributárias em duas, três, quatro e até cinco espécies.

O Supremo Tribunal Federal tem importância fundamental no presente trabalho, pois foi a partir das diversas declarações de inconstitucionalidade das leis municipais que instituíram as taxas de iluminação pública, que foi pensada e criada a contribuição sobre a iluminação pública, também conhecida pelas siglas COSIP ou CIP.

Com tais declarações de inconstitucionalidade pelo nosso Supremo Tribunal Federal, os prefeitos municipais não aceitaram perder essa importante fonte de receita para o custeio do serviço de iluminação pública, passando a pressionar os membros do Congresso Nacional para que apressadamente editassem a emenda que criou a COSIP no final do ano de 2002. Com a pressa, a contribuição ficou maculada com inconstitucionalidade formal e material, como será adiante demonstrado.

Dessa maneira, a contribuição sobre o serviço de iluminação pública – COSIP – teve seu surgimento com a Emenda Constitucional nº. 39 de 2002, a fim de legitimar a sua cobrança de outra forma que não fosse por meio da espécie tributária de taxa. Isso porque, como será demonstrado adiante, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que a Taxa de Iluminação Pública (TIP) antes cobrada pelos Municípios para custear a iluminação pública era inconstitucional, o que acabou ocasionando a edição da súmula nº. 670, consolidando o entendimento da nossa Corte Maior. O Supremo Tribunal Federal adotou esse entendimento porque as taxas só podem ser cobradas, segundo consta

expressamente na própria Constituição Federal em seu artigo 145, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição. A partir deste conceito, nota-se que o serviço de iluminação pública não se encaixa em nenhuma destas hipóteses.

A doutrina administrativa reconhece a iluminação pública como um serviço geral, cujos usuários são indeterminados e indetermináveis, não podendo, por este motivo, ser remunerado mediante a cobrança da espécie tributária de taxa. A taxa é espécie tributária que remunera serviços públicos em que os usuários são prontamente determinados.

Verifica-se que o problema não é tão simples quanto parece. Diante disso, a importância deste estudo em traçar linhas gerais acerca do assunto.

## **2. ASPECTOS GERAIS DA CONTRIBUIÇÃO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA**

Inicialmente cumpre consignar que os tributos podem ser classificados de diversas maneiras, havendo controvérsia quanto à sua classificação. Os doutrinadores brasileiros não são unânimes quanto à classificação dos tributos, classificando-os de diversas formas.

Quanto à classificação dos tributos em espécie, para a corrente bipartida, também denominada de dualista, os tributos são subdivididos apenas em impostos e taxas. No entanto, para a tripartida, os tributos se classificam em três espécies: impostos, taxas e contribuições de melhoria. A quadripartida, por sua vez, classifica os tributos em impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios. Para a pentapartida, os tributos se subdividem em impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais previstas na Constituição Federal.

Uma das razões dessa divergência é a discrepância entre o disposto no Código Tributário Nacional e o disposto na Constituição Federal. Isso porque o Código Tributário Nacional assevera que os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria, ao passo que a Constituição Federal também trata do empréstimo compulsório e de diversas contribuições. A contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública, por sua vez, é disciplinada no artigo 149-A da Magna Carta.

A controvérsia se tornou ainda maior com a criação desta contribuição. Para a maioria da doutrina, ela se enquadra dentro da espécie das contribuições, subdivisão esta que, por si só, já é de existência bastante controvertida, pois as contribuições são uma espécie com subespécies bastante heterogêneas entre si. Outro motivo para esse



enquadramento é ter o constituinte a disciplinado no artigo 149-A, logo após o artigo 149, que trata das contribuições. No entanto, diferentemente das demais contribuições, que, em regra, são de competência da União, a contribuição de iluminação pública é de competência dos Municípios e do Distrito Federal. Para Amaro (2005, p. 17):

*Iluminação pública não é serviço a que pudesse ser atrelada a figura de taxa, dado que não é divisível. Quedaria, portanto, no campo dos serviços gerais e indivisíveis, financiáveis pela receita de impostos, a exemplo de outras tantas atividades desempenhadas pelo Poder Público no interesse da comunidade (bombeiros, segurança pública etc.). Com o intuito de dar uma nova fonte de receita para os Municípios (e Distrito Federal), a Emenda criou mais um exemplar dessas figuras insólitas, genericamente batizadas com o nome de contribuição, que se distinguem, umas das outras pela finalidade a cujo atendimento se destinam.*

De fato, com as espécies tributárias que conhecemos, a contribuição de iluminação pública deve ser enquadrada como espécie de contribuição, eis que não se enquadraria em nenhuma das outras espécies tributárias, pois não tem característica de imposto, ou de taxa ou de empréstimo compulsório e, muito menos, de contribuição de melhoria. Como a espécie contribuição é bastante heterogênea, é onde melhor se enquadra a COSIP.

## **2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA COSIP**

Antes da instituição da contribuição de iluminação pública, os Municípios e o Distrito Federal custeavam o serviço de iluminação pública através da TIP – taxa de iluminação pública. No entanto, tal serviço não preenche os requisitos para ser cobrado mediante taxa. Isso porque esta deve ser cobrada em virtude do exercício de poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto a sua disposição.

Os serviços públicos podem ser classificados em serviços universais ou coletivos ou *uti universi* e em serviços singulares ou *uti singuli*. Os coletivos são aqueles em que os usuários são indeterminados e indetermináveis. Já os singulares, por seu turno, são aqueles em que os seus usuários são facilmente identificáveis. A iluminação pública, entretanto, é classificada pela doutrina administrativista como serviço universal, pois os seus usuários são

indeterminados, dirigindo-se a toda a população, logo, deve ser custeada através de imposto. Não se pode determinar quem são os usuários da iluminação pública, se é usuário quem passa pela rua iluminada, se apenas os moradores da rua iluminada são usuários ou se os turistas também devem pagar por ela.

Além de universal, a iluminação pública também é um serviço público indivisível, isso porque sua fruição por cada administrado não pode ser quantificada. Fica evidente que a taxa de iluminação pública não poderia subsistir, pois não tinha os requisitos autorizadores para a instituição das taxas.

Corretamente, com base neste entendimento, o Supremo Tribunal Federal firmou o posicionamento de que o serviço de iluminação pública não atende aos requisitos essenciais das taxas, que são a divisibilidade e a especificidade, entendimento este pacificado e consolidado com a edição de sua Súmula nº. 670.

Diante disso, os Municípios e o Distrito Federal perderam uma importante fonte de receita, tendo que custear a iluminação pública com receitas advindas de outras fontes. Essa decisão não agradou os prefeitos, que rapidamente recorreram aos seus representantes no Congresso Nacional, a fim de modificar a nova situação em que se encontravam o mais depressa possível.

Assim surgiu a Emenda Constitucional nº. 39/2002, criadora da COSIP, através de uma manobra do Congresso Nacional a fim de que fosse publicada antes do final do ano, para que os municípios e o Distrito Federal pudessem cobrá-la no ano seguinte.

### **3. ASPECTOS GERAIS DA COSIP**

O artigo 149-A da Constituição Federal, que trata da contribuição de iluminação pública, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº. 39 aduz que:

*Art. 149-A. Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.*

*Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica.*

Dessa forma, ficou instituída a competência para essa contribuição, que deveria ser definida mediante lei de cada ente municipal. Isso porque, como se sabe, a Constituição não cria tributos, apenas dá a competência aos entes federados para sua criação.

Assim, a competência para a instituição da contribuição para iluminação pública foi dada aos Municípios e ao Distrito Federal, que logo trataram de discipliná-la.

Como não há uma lei geral sobre o assunto, cada ente disciplinará cada aspecto em sua própria lei, como o sujeito passivo, o fato gerador, a base de cálculo e a alíquota. Dessa forma, o tratamento deste tributo não será necessariamente uniforme, tendo em vista a enorme quantidade de municípios existentes em nosso país. Na realidade, a disciplina dada à contribuição de iluminação pública é diferente em cada município do país, tendo em vista que em cada município e no Distrito Federal haverá uma lei diferente regendo a COSIP.

No entanto, a arrecadação desta contribuição é estritamente vinculada ao custeio do serviço de iluminação pública, o que é extraído da própria norma constitucional, não podendo ter destinação diversa. A receita oriunda da COSIP somente pode ser destinada ao custeio da iluminação pública dos logradouros públicos e não pode ser utilizada em outras áreas, como, por exemplo, a saúde e a educação.

Isso porque, segundo a doutrina nacional, o constituinte utilizou a expressão 'custeio' no sentido a ela dado pelo direito financeiro, que é o de manter e financiar um serviço já existente, não havendo espaço para sua expansão. Para que ocorra esta expansão do serviço de iluminação pública, deve haver custeio por meio de outras receitas do município, por meio das suas receitas de capital ou das suas receitas correntes, não podendo ser utilizada para tanto a COSIP, que tem uma destinação certa, que não é a expansão de um serviço. De fato, a principal característica de uma contribuição é a sua destinação que, no caso da COSIP, é o custeio da iluminação pública das cidades.

Todavia, apesar da expressa disposição constitucional, algumas leis municipais, a exemplo do que aconteceu no Município de São Paulo, com a Lei nº. 13.479/02, dão outras destinações à arrecadação da contribuição, como, por exemplo, para a instalação, melhoramento e expansão da rede de iluminação pública. Essas disposições são inconstitucionais, pois dão destinação diversa à COSIP dada pela Constituição Federal, o que não pode ocorrer. Além disso, com esse aumento da destinação da contribuição de iluminação pública, os administrados acabam sendo onerados mais do que o realmente devido, pois eles apenas têm a obrigação constitucional de custear a iluminação das ruas e não o seu incremento, o seu melhoramento. Com esse acréscimo na destinação, haverá um acréscimo do que os administrados irão pagar a título de COSIP.

Apesar de a redação dada pela Emenda Constitucional nº. 39/2002 apenas exigir a observância aos princípios da legalidade e da anterioridade, a COSIP também deve obediência aos demais princípios constitucionais tributários. Ou seja, a COSIP deve

observar os demais incisos do artigo 150 da Magna Carta, assim, a título de exemplo, não pode ser instituído tratamento desigual entre contribuintes na mesma situação fática e jurídica e a COSIP não pode ser utilizada com efeito de confisco, onerando em demasia os contribuintes. Como aduz Lima:

*(...) a despeito do novo artigo 149-A da CF remitir apenas aos incisos I e III do artigo 150 da Carta Magna, as garantias previstas nos incisos II e IV deste artigo são também aplicáveis às normas municipais instituidoras da COSIP. Neste sentido já se posicionou o STF (ADIn 939-7), ao declarar inconstitucional expressão da Emenda Constitucional nº 03/93 que tentava afastar do imposto sobre movimentação financeira (IPMF) a incidência de algumas das garantias previstas no artigo 150 da CF, pois as considerou como garantias individuais e portanto de observação obrigatória em emendas constitucionais (CF, art. 60, § 4º, IV). Na prática, isto quer dizer que as leis municipais, além do respeito aos princípios da legalidade e da anterioridade tributária, não poderão instituir tratamento desigual entre contribuintes na mesma situação e não poderão utilizar a COSIP com efeito de confisco.*

Em relação ao efeito confiscatório, este deve ser entendido conforme a carga tributária imposta pelo ente que está tributando, somando todos os tributos exigidos por este ente, sendo este o entendimento do Supremo Tribunal Federal como esposado pelo Ministro Celso de Mello, relator, na ADC nº. 8.

Desse modo, verifica-se que, sempre que a contribuição de iluminação pública – COSIP – juntamente com os demais tributos cobrados pelo município, tais como o IPTU e outras taxas, como a de coleta de lixo, afetarem sobremaneira e desproporcionalmente o patrimônio do contribuinte, estaremos diante do efeito confiscatório vedado pelo nosso constituinte originário, o que não pode ocorrer.

### **3.1 Elementos da COSIP**

Como todos os tributos, a contribuição de iluminação pública é formada por diversos elementos para que possa ser exigida, tais como o sujeito ativo, o sujeito passivo, a base de cálculo, a alíquota, o fato gerador, dentre outros.

Quanto ao sujeito ativo desta contribuição, este já vem expresso em nossa Constituição em seu artigo 149-A, é o município ou o Distrito Federal. Em relação ao sujeito passivo, no entanto, há controvérsias sobre quem seria e esta controvérsia envolve a própria materialidade da COSIP, pois a Constituição Federal se omitiu quanto a ambos. Há certa dificuldade em definir o sujeito passivo, eis que não há usuário determinado.

Em relação ao fato gerador, afirma Nogueira que:

*A CIP tem como finalidade constitucional não um prestar serviços, mas sim, um custear serviços. O prius não é o fato de prestar serviços, mas sim o ter de custear serviços. Paga-se não por que realiza fato gerador, paga-se por que há que se custear serviços. Daí porque perfeitamente coerente e constitucional eleger como base de cálculo aquela materialidade prevista no art. 156, inciso I da CF, ou seja, a propriedade predial e territorial urbana.*

*Entretanto, não basta ter propriedade predial e territorial urbana para ser sujeito passivo da CIP, há que ser o sujeito passivo um consumidor de energia elétrica beneficiado efetivamente com o aqui e agora do serviço de iluminação pública e não num futuro ainda que próximo.*

A base de cálculo da COSIP também não é isenta de controvérsias pela doutrina. Não se sabe ao certo o quanto cada contribuinte deveria pagar a título de contribuição de iluminação pública ao município. Segundo Lima:

*A base de cálculo da COSIP deve ser quantificada necessariamente pelo custo total do serviço de iluminação pública, abrangidos todos os serviços necessários para manutenção do sistema. Como a COSIP está vinculada ao custeio do serviço público de iluminação, entendido este como um serviço estatal direto e atual, e não potencial, não poderão ser incluídos para a formação da base de cálculo da COSIP fatores alheios à sua destinação, tais como a expansão da rede elétrica pública, ou que representem formas de limitação ao acesso público ou mesmo favorecimento a determinadas classes específicas, tais como iluminação de jogos de futebol, de feiras noturnas, de bailes de carnaval, etc...*

*Teoricamente, abre-se a possibilidade de se eleger outra base de cálculo para a cobrança do tributo, tal como o valor venal da propriedade urbana, porém, em todos estes casos, a base de cálculo deve necessariamente estar limitada através de fórmula que limite a quantidade arrecadada ao custeio total do serviço de iluminação pública, em face da vinculação do tributo à destinação específica constitucional. (...)*

*Assim, qualquer base de cálculo eleita que acarrete arrecadação superior ao efetivamente necessário para o custeio do serviço de iluminação pública, transmuda a COSIP em verdadeiro imposto ou taxa, passando então a ter plena aplicação das limitações constitucionais e do artigo 4º do Código Tributário Nacional, com todas as conseqüências legais.*

Quanto à base de cálculo da COSIP em relação com a base de cálculo do IPTU, afirma Nogueira que:

*Não, não se trata sequer de bis in idem; as materialidades econômicas (fatispécie) são distintas, num o valor venal do imóvel (IPTU), noutro, o valor do consumo de energia elétrica da propriedade predial e territorial urbana, ou a dimensão desta mesma propriedade, (CIP). Neste particular não vemos qualquer inconstitucionalidade, inclusive, o próprio Supremo Tribunal Federal já admitiu que as contribuições possam ter base de cálculo própria de impostos, logo, é perfeitamente válida a CIP cuja base de cálculo seja o valor do consumo de energia da propriedade predial e territorial urbana. Agora, não basta ter propriedade predial e territorial urbana para ser sujeito passivo da CIP, há que ser o sujeito passivo um consumidor de energia elétrica beneficiado efetivamente com o aqui-e-agora do serviço de iluminação pública e não num futuro ainda que próximo.*

O fato gerador da contribuição de iluminação pública também não foi definido pela Constituição Federal, sendo, assim, também controverso. Como já afirmado, a Magna Carta trouxe a possibilidade de a COSIP ser cobrada na conta de energia elétrica, por isso alguns defendem que o fato gerador desta contribuição deve ser o consumo de energia elétrica, enquanto outros não concordam, pois nem todos que utilizam a iluminação pública pagam energia elétrica no município, como ocorre com os turistas.

Certamente, o que não se pode entender é que a Constituição Federal instituiu o consumo de energia elétrica como base de cálculo da contribuição de iluminação pública. Há quem entenda que a utilização da base de cálculo desta forma seria inconstitucional, pois afronta o princípio da igualdade tributária, pois não estaria sendo tributado todos os usuários do serviço, onerando uns e desonerando outros. Há, na verdade, grande dificuldade na identificação de uma base de cálculo precisa para esta contribuição.

De fato, ao tratar das contribuições, nossa Magna Carta não disciplinou os seus fatos geradores, se limitando a indicar as suas finalidades, tal como ocorreu com a COSIP.

Segundo Lima:

*Admite-se o estabelecimento de alíquotas que diferenciem o tributo a ser pago consoante situações peculiares de cada localidade. Por exemplo, a lei instituidora da COSIP na cidade de Goiânia diferenciou os contribuintes em 4 classes, baseado na densidade populacional, na capacidade contributiva dos habitantes da região e na quantidade e qualidade da iluminação pública oferecida. Estes sim são critérios justos para tratar desigualmente os desiguais. Mas a simples aferição da energia consumida não é suficiente para se estabelecer a justiça tributária desta nova exação, principalmente neste caso, em que o maior consumo de energia se encontra em sentido inverso ao proveito do serviço de iluminação pública. (...) Definitivamente este critério é injusto e inconstitucional, e deve ser afastado.*

Desse modo, percebe-se que os municípios e o Distrito Federal devem ter um cuidado maior ao tratar dos elementos da COSIP, em especial do sujeito passivo e da base de cálculo, a fim de não incorrerem em flagrante inconstitucionalidade.

Na ausência de uma norma geral, cada ente municipal será responsável pela criação das características da sua contribuição de iluminação pública, o que demandará uma criteriosa análise acerca da constitucionalidade de cada lei. Nesse sentido, Nogueira analisa algumas leis municipais instituidoras da contribuição de iluminação pública, como as de Natal e Petrópolis, afirmando, em síntese, que:

*Temos notícias de que em Natal-RN, o município instituiu a CIP com incidência na zona rural (nada demais, até correto) elegendo como base de cálculo 15% (quinze por cento) sobre o total do IPTU. Ora, neste caso o município haverá que eleger outra base de cálculo, porque na zona rural não há incidência de IPTU, mas, sim de ITR, e o município não pode fazer incidir contribuição de custeio de sua iluminação pública, sobre materialidade econômica de competência da União, sob pena de invasão de competência.*

*Em Petrópolis, região serrana do Rio de Janeiro, o município através da Lei nº 5.951 de 26/12/2002, criou também sua CIP, e em seu artigo 4º menciona que a CIP será calculada (base de cálculo), [sobre o consumo de energia elétrica (Kwh); II- sobre as dimensões do terreno, no caso de imóveis não atendidos pelo serviço público de energia elétrica]. Ora, isto não é aceitável. Os imóveis não atendidos pelo serviço público de energia elétrica, por ausência de iluminação pública na região, não podem sofrer a incidência da CIP. A questão da "potencialidade" do serviço mencionada no art. 79, I, "b" do CTN se aplica apenas às taxas, e como já afirmamos, CIP não é taxa, mas, sim contribuição.*

*Agora, se o imóvel consta apenas de um terreno sem edificação, e na região existe iluminação pública, aí sim, entendemos ser possível eleger como materialidade a "dimensão do terreno" para fins de base de cálculo da CIP, doutra banda, como quer o município de Petrópolis, entendemos inconstitucional.*

O município de João Pessoa, por sua vez, instituiu a COSIP logo após a publicação da emenda constitucional 39/2002, por meio da Lei Complementar nº. 31 de 27 de dezembro de 2002, Dessa forma, percebe-se que tal lei foi editada no final do ano de 2002, a fim de que pudesse ser cobrada no exercício seguinte.

Em João Pessoa, a COSIP tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel, por natureza ou por acessão física, como definido na Lei Civil, localizado em zona beneficiada pelo serviço de iluminação pública, compreendendo a

iluminação de vias, logradouros e demais bens públicos, além da instalação, manutenção, melhoramento e expansão da rede de iluminação pública e outras atividades correlatas.

A incidência da contribuição neste município independe, consoante a citada lei, da existência de luminária no lado da via onde se encontra localizado o imóvel, sendo devida quando o imóvel estiver inserido em zona beneficiada pelo serviço de iluminação pública municipal, mesmo que o imóvel esteja situado na região metropolitana.

Quanto à previsão da destinação da receita arrecadada à instalação, manutenção, melhoramento e expansão da rede de iluminação pública e outras atividades correlatas, há sérias dúvidas acerca de sua constitucionalidade, pois o legislador constituinte ao se referir ao custeio de um serviço, usou a palavra no sentido de que a legislação financeira dá ao termo, ou seja, de manter, financiar um serviço já existente. Essa mesma disposição, no sentido de tal destinação à contribuição de iluminação pública, consta de muitas outras leis municipais, tais como a do Município de São Paulo.

#### **4. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA COSIP**

Quanto à constitucionalidade material da Emenda Constitucional nº. 39, a doutrina afirma que há violação ao direito constitucional de ser tributado dentro dos limites trazidos pelo Sistema Tributário Nacional, com a desobediência pela emenda citada às restrições estatuídas neste sistema.

Ademais, um dos requisitos trazidos pela Constituição Federal para as Emendas Constitucionais é a votação e a aprovação em dois turnos em cada uma das casas do Congresso Nacional. No entanto, a Emenda Constitucional nº. 39/2002 flagrantemente violou essa norma. Isso porque a Câmara dos Deputados realizou as duas votações no mesmo dia, na data de 18 de dezembro de 2002, de forma que ambos os turnos ocorreram na mesma sessão, não tendo observado o intervalo mínimo de cinco sessões imposto pelo Regimento Interno da Câmara.

Diante deste aspecto, há inconstitucionalidade formal, eis que tal prazo é implícito na própria Constituição Federal. Este intervalo é importante para diversos aspectos, dentre eles para uma maior reflexão acerca do tema proposto, de seus reflexos na sociedade brasileira. Como bem sintetiza Sabbag (2010, p. 534):



*(...) critica-se, não sem razão, o processo elaborativo da EC nº. 39/2002. É que o trâmite, de modo exótico e inédito, deu azo à violação do processo legislativo, não se permitindo votar a Emenda – como deve ser – em dois turnos, nas duas Casas do Congresso Nacional, com o devido respeito ao interstício mínimo previsto nos Regimentos Internos da Câmara e do Senado. Os dois turnos foram realizados, cumulativa e açodadamente, no mesmo dia, para que se evitassem os efeitos retardadores da aplicação do princípio da anterioridade tributária, caso houvesse a transposição do ano que se findava. Infelizmente, em casos semelhantes, o STF tem entendido que a interpretação do Regimento Interno das Casas Legislativas é matéria interna corporis, não sendo suficiente para a declaração de inconstitucionalidade formal do tributo.*

Logo, percebe-se que esta Emenda é, além de materialmente, formalmente inconstitucional. No entanto, sua inconstitucionalidade ainda não foi reconhecida pelo Pretório Excelso, razão pela qual deve ser presumida constitucional, sendo aplicada normalmente como qualquer outra disposição legal. Assim, os Municípios e o Distrito Federal cobram essa contribuição.

Hugo de Brito Machado é bastante veemente acerca da inconstitucionalidade, tendo inclusive afirmado que o município de Fortaleza apenas modificou o nome da taxa de iluminação pública para contribuição de iluminação pública, tendo sido criada por uma lei que adota expressamente todos os elementos de tal taxa. Aduz que:

*A própria emenda constitucional pode ser considerada inconstitucional na medida em que tende a abolir direitos fundamentais dos contribuintes, entre os quais o de serem tributados dentro dos limites que o Sistema Tributário Nacional estabeleceu. E a lei municipal que institui uma contribuição simplesmente mudando o nome da antiga taxa é de inconstitucionalidade flagrante, na medida em que ignora as características da contribuição como espécie de tributo. E pode estar eivada também de vícios formais.*

*(...) Pensamos que a EC 39 em vez de resolver o problema que havia com a taxa, na verdade criou outros problemas que certamente serão levados ao Judiciário. (Machado)*

No mesmo artigo, o autor afirma ainda que admitir a validade do art. 149-A da Magna Carta seria admitir a destruição do sistema tributário pela degradação dos conceitos nos quais se apoia e, ainda, que a referida emenda constitucional tende a abolir a separação de poderes e as garantias do contribuinte, caminhando para a supressão do orçamento público como instrumento de divisão e harmonia dos poderes do Estado.

Cristalina, portanto, a inconstitucionalidade formal e material da Emenda Constitucional nº. 39/2002.

## 5. A COSIP NA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Analisando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, percebe-se que esta corte se deparou inúmeras vezes com a questão da taxa de iluminação pública, o que culminou com a edição da Súmula nº. 670, que aduz que o serviço de iluminação pública não pode ser custeado por meio de taxa, como pode-se perceber no seguinte julgado:

*EMENTA: TRIBUTÁRIO. TIP - TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE. INCONSTITUCIONALIDADE.*

*A orientação do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a Taxa de Iluminação Pública é inconstitucional, uma vez que seu fato gerador tem caráter inespecífico e indivisível. Agravo regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento.*

*(AI 479587 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 03/03/2009, DJe-053 DIVULG 19-03-2009 PUBLIC 20-03-2009 EMENT VOL-02353-05 PP-00881 RT v. 98, n. 884, 2009, p. 137-139).*

Nas suas decisões, o Supremo reconhecia que a iluminação pública é um serviço indivisível e indeterminado, além de inespecífico, insuscetível, portanto, de ser remunerado através de taxa:

*EMENTA: TRIBUTÁRIO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA (TIP). INEXIGIBILIDADE. ATIVIDADE ESTATAL QUE NÃO SE REVESTE DAS CARACTERÍSTICAS DE ESPECIFICIDADE E DIVISIBILIDADE.*

*A taxa de iluminação pública se refere a atividade estatal que se traduz em prestação de utilidades inespecíficas, indivisíveis e insuscetíveis de serem referidas a determinado contribuinte, não podendo ser custeada senão por meio do produto da arrecadação dos impostos gerais. Agravo desprovido.*

*(AI 470434 AgR, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 28/03/2006, DJ 06-11-2006 PP-00034 EMENT VOL-02254-05 PP-00995 RDDT n. 138, 2007, p. 239-240).*

Logo após o advento da Emenda Constitucional nº. 39 em 2002, o Supremo Tribunal Federal voltou a se deparar com questões acerca da iluminação pública, desta vez o questionamento era não mais quanto à taxa, mas quanto à contribuição instituída e dessa vez a Corte Maior declarou a constitucionalidade da exação, apesar do entendimento da grande maioria da doutrina ser em sentido contrário.

A questão da COSIP teve a sua repercussão geral reconhecida nos termos do estabelecido na Constituição em seu artigo 102, §3º e do artigo 543-A do Código de Processo Civil. Foi reconhecida, assim, a relevância da questão do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassando os limites subjetivos da causa.

O Recurso Extraordinário 573.675/SC foi interposto contra um acórdão que entendeu pela constitucionalidade da Lei Complementar nº 7/2002 de São José, que instituiu a COSIP neste município. A alegação era de que a lei feria o princípio da isonomia, pois apenas se exigia a contribuição dos consumidores de energia elétrica. Além disso, alegava-se que o cálculo da COSIP a partir da quantidade do consumo de energia elétrica e a distinção entre os consumidores comerciais e residenciais era inconstitucional. Dessa forma, esse Recurso Extraordinário alegava a violação aos princípios constitucionais da igualdade tributária e da isonomia. No entanto, o recurso não foi provido:

*EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RE INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - COSIP. ART. 149-A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI COMPLEMENTAR 7/2002, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ, SANTA CATARINA. COBRANÇA REALIZADA NA FATURA DE ENERGIA ELÉTRICA. UNIVERSO DE CONTRIBUINTES QUE NÃO COINCIDE COM O DE BENEFICIÁRIOS DO SERVIÇO. BASE DE CÁLCULO QUE LEVA EM CONSIDERAÇÃO O CUSTO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA E O CONSUMO DE ENERGIA. PROGRESSIVIDADE DA ALÍQUOTA QUE EXPRESSA O RATEIO DAS DESPESAS INCORRIDAS PELO MUNICÍPIO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. INOCORRÊNCIA. EXAÇÃO QUE RESPEITA OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO.*

*I - Lei que restringe os contribuintes da COSIP aos consumidores de energia elétrica do município não ofende o princípio da isonomia, ante a impossibilidade de se identificar e tributar todos os beneficiários do serviço de iluminação pública.*

*II - A progressividade da alíquota, que resulta do rateio do custo da iluminação pública entre os consumidores de energia elétrica, não afronta o princípio da capacidade contributiva.*

*III - Tributo de caráter sui generis, que não se confunde com um imposto, porque sua receita se destina a finalidade específica, nem com uma taxa, por não exigir a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte.*

*IV - Exação que, ademais, se amolda aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.*

*V - Recurso extraordinário conhecido e improvido.*

*(RE 573675, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2009, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-094 DIVULG 21-05-2009 PUBLIC 22-05-2009 EMENT VOL- 02361-07 PP-01404 RTJ VOL-00211- PP-00536 RDDT n. 167, 2009, p. 144-157 RF v. 105, n. 401, 2009, p. 409-429 JC v. 35, n. 118, 2009, p. 167-200).*

O Pretório Excelso perdeu, assim, mais uma oportunidade de declarar de forma incidental a inconstitucionalidade da COSIP, tão cobrada pela doutrina tributária nacional.

## **6. CONCLUSÃO**

O presente artigo procurou tratar acerca da contribuição de iluminação pública, também conhecida como COSIP ou CIP, espécie tributária bastante controversa, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, em diversos aspectos. Toda essa controvérsia existente acerca da COSIP acarreta inquietação na comunidade jurídica e entre os contribuintes, ocasionando também a falta de segurança jurídica, havendo a necessidade de ser colocado um fim à celeuma através de um posicionamento firme na doutrina e na jurisprudência pátria acerca do tema.

Tal controvérsia divide importantes doutrinadores tributários, além do próprio judiciário em relação à constitucionalidade ou não da citada contribuição. Portanto, esta dúvida deve ser sanada o mais depressa possível.

Conforme demonstrado, havia muita discussão a respeito da constitucionalidade da antiga TIP – Taxa de Iluminação Pública. No entanto, esta dúvida foi sanada com constantes pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal no sentido da sua

inconstitucionalidade, culminando com a edição da Súmula nº. 670, que pacificou a jurisprudência.

Todavia, rapidamente foi aprovada a Emenda Constitucional nº. 39 em 19 de dezembro de 2002, que instituiu a contribuição de iluminação pública. Essa contribuição, como devidamente demonstrado, está eivada de inconstitucionalidade formal e material. Há inconstitucionalidade material, pois o contribuinte está sendo tributado fora dos parâmetros fixados pelo Sistema Tributário Nacional estabelecido na Constituição Federal, conforme reconhecido por diversos doutrinadores pátrios, como Hugo de Brito Machado. Há, ainda, inconstitucionalidade formal, pois não foi obedecido o rito necessário para a edição de emendas constitucionais.

Resta saber se o Supremo Tribunal Federal irá declarar a flagrante inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº. 39/2002 ou se irá ceder às pressões das fazendas públicas municipais, que certamente exercerão pressão para não perder novamente essa fonte de receitas tão importante. Isso porque, se for declarada a inconstitucionalidade desta emenda, em especial a material, nada restará aos Municípios e ao Distrito Federal que não seja custear a iluminação pública através das receitas dos impostos. Assim, a comunidade jurídica deve estar atenta aos próximos pronunciamentos do STF acerca do assunto a fim de observar se o posicionamento da Corte será mantido.

## 7. REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2/007.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro, 8ª ed., Editora Forense, 2005.
- HARADA, Kiyoshi. *Contribuição para custeio da iluminação pública*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4076>>. Acesso em: 09 de abril de 2011.
- LIMA, Cláudio Braga. *COSIP – Contribuição para o custeio da iluminação pública – considerações iniciais*. Disponível em:

<[http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/4/docs/cosip\\_contribuicao\\_para\\_custeio\\_iluminacao\\_publica.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/4/docs/cosip_contribuicao_para_custeio_iluminacao_publica.pdf)>. Acesso em 17 de junho de 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. *Contribuição de Iluminação Pública*. Disponível em: <http://www.hugomachado.adv.br/>. Acesso em: 09 de abril de 2011.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. *Pensando a CIP - Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 64, 1 abr. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4005>>. Acesso em: 23 de dezembro de 2011.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo, Editora Saraiva, 2010.

SILVA, RODRIGO DANTAS CÔELHO. *A Contribuição para o Custeio da Iluminação Pública dos Municípios (COSIP)*. Disponível em <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5144/a-contribuicao-para-o-custeio-dailuminacao-publica-dos-municipios-cosip>>. Acesso em 20 de dezembro de 2011.

## CIBERTERRORISMO: ABORDAGEM JURÍDICA

### CYBERTERRORISMO: LEGAL BOARDING

ARYADNE THAÍS DA SILVA MENEZES\*  
MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES\*\*

#### RESUMO

Tendo por objetivo conhecer a dinâmica do ciberterrorismo, com escopo na abordagem jurídica adotada no direito pátrio e em outros países, para averiguar as regras inerentes ao trato desta matéria, esse estudo considera que o ciberterrorismo, necessariamente, não significa batalha com armas de fogo, pois decorre de invasão em sistemas que controlam áreas vitais dos grandes centros urbanos. Essa prática ilícita pode também ser direcionada a computadores pessoais para a prática de crimes dolosos; daí a sua natureza difusa, causando pânico, medo, um atentado contra a dignidade da pessoa humana. Ao abordar os aspectos positivos que a *Internet* produz nas vidas das pessoas, o estudo averigua a realidade cotidiana dos órgãos do Judiciário, mostrando que o uso da *Internet* também contribuiu positivamente para facilitar o acesso do cidadão à justiça e para torná-la mais célere. Por outro lado, os aspectos negativos estão contemplados nas situações tipificadas como cibercrime e ciberterrorismo. Quanto ao tratamento jurídico dado a essas práticas delituosas, o ordenamento dos diversos países, incluindo o Brasil, ainda não possui legislação que atenda os requisitos ou princípios atinentes ao Direito Penal, em razão de alguns aspectos tratados pelo Direito Digital, englobando a imaterialidade do fato, a sua natureza difusa e o conflito de jurisdição. Há evidências de que no Brasil ocorram atos típicos de ciberterrorismo, a exemplo da ação de hackers aos sistemas de instituições financeiras como o Banco do Brasil, do SERPRO, da Polícia Federal, dos diversos Ministérios e de áreas vitais do Governo, bem como os apagões tecnológicos. O Brasil possui na legislação esparsa orientação para punição do ciberterrorismo. A lei americana de combate ao terrorismo funciona como modelo para definir um padrão mundial em busca de novos paradigmas de segurança. Mediante rastreamento é possível identificar e punir quem provoca algum tipo de vandalismo eletrônico. O rastreamento é medida adotada também pela maioria dos países europeus, seguindo o padrão americano, nas suas estratégias de combate ao ciberterrorismo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crimes Digitais. Sistemas de Informação. Ciberterrorismo.

#### ABSTRACT

Having for objective to know the dynamics of the cyber terrorism, with scope in the legal approach adopted in the homeland and in other countries, to ascertain the rules inherent in dealing with this matter, this study considers that the cyber-terrorism, necessarily, does not mean the battle with firearms, because runs from invasion in systems that control vital areas of major urban centres. This unlawful practice can

also be directed to personal computers for the practice of intentional crimes; Hence its diffuse nature, causing panic, fear, an offense against the dignity of the human person. When addressing the positive aspects that the Internet produces in the lives of the people, the study examines the everyday reality of the organs of the judiciary, showing that the use of the Internet has also contributed positively to facilitate citizen access to justice and to make it more quickly. On the other hand, the negative aspects are covered in situations typified as cybercrime and cyberterrorism. Regarding the legal treatment given to these illegal practices, the development of various countries, including Brazil, does not yet have legislation that meets the requirements or principles relating to criminal law, by reason of some aspects handled by Digital law, encompassing the immateriality of fact, its diffuse nature and the conflict of jurisdiction. There is evidence that in Brazil they occur acts typical of cyber-terrorism, such as the action of hackers to systems of financial institutions such as the Bank of Brazil, SERPRO, Federal Police, various ministries and vital areas of Government, as well as the technological blackouts. The Brazil has sparse legislation guidance for punishment of cyber-terrorism. American law to combat terrorism works as a model to set a global standard in search of new security paradigms. Upon tracing is possible to identify and punish anyone who causes some kind of vandalism. The trace is also measure adopted by most European countries, following the American standard, in their strategies for combating cyber-terrorism

**KEYWORDS:** Digital crimes. Systems of Information. Cyberterrorism

\* A autora é analista de sistemas e aluna concluinte do Curso de Direito da Fesp Faculdades.

\*\* Professora da FESP Faculdades. Especialista em Direito Ambiental e Mestre em Economia pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Atuou como orientadora desse Trabalho de Conclusão de Curso.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ciberterrorismo é um tipo de ação criminosa de natureza difusa, que, pelas suas características, nem sempre é marcada por um quadro de violência física, pois, dentre as suas finalidades, está a de gerar efeitos psicológicos, consequência da imprevisibilidade do ato que é praticado através do uso da tecnologia da informação. Trata-se, portanto, de uma forma de ação em que as armas utilizadas para a prática criminosa não estão restritas ao uso de mísseis, bombas, fuzis, ou qualquer outro tipo de armamento convencional.

O arsenal empregado nesse ilícito assume dimensão mais poderosa do que a forma convencional de ação, pelo alcance e imprevisibilidade de seus resultados, mediante uso de computadores, acessórios e periféricos. Esse arsenal tecnológico usa redes clandestinas e de acesso ilimitado<sup>61</sup> para atrair seguidores, e, ao mesmo tempo, semear ações de natureza

---

<sup>61</sup> A esse respeito deve-se consultar a explanação feita por Amaral et al. (2012) sobre a forma de organização desses grupos cuja rede de informação e de logística lhes permite manter comunicação via e-mails, enviados de



diversas, intimidar, proferir ameaças e, posteriormente, contar, de maneira indireta, com grande apoio de mídia que divulga as ações e os ataques cibernéticos.

Tendo por base essas considerações, esse estudo admite que o ciberterrorismo, necessariamente, não significa confronto com armas de fogo, pois decorre de invasão em sistemas cibernéticos que controlam áreas vitais dos grandes centros urbanos.

O objetivo geral desse estudo é de conhecer a dinâmica do ciberterrorismo, com escopo na abordagem jurídica adotada no direito pátrio e em outros países, para averiguar as regras inerentes ao trato desta matéria. Mais especificamente, objetiva-se: identificar, no direito pátrio e no direito comparado, diplomas legais que tratam do ciberterrorismo; averiguar as evidências de riscos de ataques ciberterroristas no Brasil; e verificar como, juridicamente, a tecnologia da informação está sendo protegida no Brasil.

Para isso, utilizou-se nessa abordagem o método dedutivo para detalhar melhor o fenômeno investigado e, ao mesmo tempo, contribuir com o fomento de uma discussão aprofundada e mais consistente entre os estudantes e operadores de direito, sobre esse tema polêmico.

Em suma, a ação do ciberterrorismo é um atentado contra a dignidade da pessoa humana, e causa impacto significativo em razão dos alvos escolhidos e dos motivos que lhe dão sustentação. Por isso, esse tema é um campo aberto para o estudo da conduta criminosa de criminosos anônimos que se entrincheiram atrás do ecrã do computador a partir dos postulados do direito penal.

## **2. APONTAMENTOS SOBRE ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DO USO QUE SE FAZ DA INTERNET**

Ao fazer abordagem sobre o uso da *Internet*, Menezes (2006) mostra que esse veículo de comunicação é considerado como uma plataforma de construção de relacionamentos, constitui-se uma estratégia operacional em que as pessoas utilizam a tecnologia da informação (TI) para interagir com as demais e com instituições sejam elas públicas ou privadas, estejam perto ou distante, localizadas em qualquer parte do mundo, onde essa tecnologia esteja disponível para ser acessada.

Na perspectiva da abordagem proposta em seu estudo, a autora indica que a *Internet* é um mecanismo que utiliza dos artifícios da TIC para facilitar o atendimento em tempo real e personalizado, inclusive eliminando o inconveniente das filas, e a interação e

---

qualquer parte do mundo, preferencialmente de locais públicos, a exemplo dos cyber-cafés e através de caixa postal para dificultar a localização de seus estrategistas.

fortalecimento do vínculo entre o cliente e a instituição, sendo esse um aspecto positivo do emprego dessa tecnologia.

Nessa explanação, a referida autora faz uma observação importante ao ponderar, com base na realidade vivenciada nesse século XXI, que a maioria das pessoas procura a *Internet* porque ela é provedora de serviços, ou seja, é, viabiliza as condições para que as pessoas possam navegar na rede *World Wide Web*.

Analisando a evolução histórica da tecnologia da informação, constata-se que até 1993 a *Internet* era usada principalmente por universidades e empresas para trocar mensagens e documentos. Com o surgimento da *World Wide Web* (*www*) isso mudou drasticamente. A *web* foi desenvolvida pela CERN, na Suíça, e pelo MIT, nos Estados Unidos, para fornecer um sistema de hipertexto e hipermídia distribuídos (SLACK; CHAMBERS; JOHNSTON, 2002).

Desde a sua origem, estabeleceu-se que a informação na *web* seria organizada em páginas que continham textos e gráficos. Essas páginas eram marcadas com *links* (ligações) que permitiam aos usuários o acesso e a transferência para outras páginas, que, por sua vez, possuíam *links* de hipertexto para outras páginas e assim sucessivamente.

O impacto da TI na gestão de operações e na abertura de canais para troca de informações é a cada dia mais surpreendente, graças ao avanço da engenharia de *software*, responsável pela geração de produtos da tecnologia de tratamento da informação, conforme pondera Paula Filho (2001).

Observa-se, portanto, que a tecnologia da informação, conforme destacam Gates e Hemingway (*apud* DAFT, 2003, p. 237), funciona com base na velocidade do pensamento e é utilizada para “criar sistemas nervosos digitais e facilitar um novo método de trabalho baseado no compartilhamento de informações”<sup>62</sup>. Não há, portanto, como dimensionar os impactos positivos que os avanços da tecnologia da informação e da comunicação estão produzindo em todas as organizações e setores de atividade; inclusive existem organizações cuja forma de atuação é totalmente baseada no ciberespaço. Em outros termos, esses tipos de organizações funcionam com a prática do gerenciamento em rede, cuja base está fundamentada nos sistemas de *Internet*, a exemplo do *e-commerce* e das *empresas.com*.

Nesse sentido, Vasconcelos (2001, p. 87) escalarece que os atos jurídicos que se praticam via *Internet* são de natureza comercial, já que essas operações refletem a “manifestação da vontade das partes”. Em outras palavras, o computador ligado à *web*

---

<sup>62</sup> GATES, Bill e Hemingway, Collins, escreveram a obra intitulada “**Negócios @ velocidade do pensamento: com um sistema nervoso digital**”, na qual é relatada a experiência do uso da internet por alguns clientes da Microsoft e também é dado destaque a forma como a internet transformou o estilo de vida das pessoas e das organizações, em geral, no aspecto concernente a facilidade de comunicação em tempo real.

funciona como um emissor e receptor da manifestação da vontade das partes já concebida, de natureza negocial.

A observação da realidade cotidiana dos órgãos do Judiciário mostra que o uso da *Internet* também contribuiu positivamente para facilitar o acesso do cidadão à justiça e para torná-la mais célere. Essas informações estão disponíveis através de *sítes* para consulta, de modo que os advogados e as partes, além de outros interessados, possam acessar, de acordo com a sua necessidade e conveniência, informações sobre o andamento dos processos, sobre os recursos, sobre as sentenças, sobre decretação de prisões preventivas e levantamento de ficha criminal, denúncias e outros aspectos relativos às lides processuais e crimes de naturezas diversas.

Pode-se acompanhar pela *Internet*, em tempo real, julgamentos de processos e recursos nos TJ's, STJ, STF, nas diversas varas de justiça, bem como fazer consulta e obter cópias de textos legais e de textos jurídicos sobre assuntos diversos, a qualquer hora e em qualquer dia, e de qualquer local onde exista um terminal de computador ou mesmo um aparelho celular conectado à *web*. Assim, frente ao exposto, pode-se, então, considerar que a TIC e suas ferramentas, de fato, estão contribuindo para que ocorra uma prestação jurisdicional mais ágil e eficiente<sup>63</sup>.

Outro exemplo disso é a utilização de *vídeo-links* ou sistemas integrados de videoconferência por meio da *Internet* para a realização de audiências e de depoimentos de testemunhas residentes em outras comarcas sem a necessidade de expedição de carta precatória. Existe também a possibilidade de efetuar trabalho com a computação gráfica, a qual pode vir a ser de grande valia para auxiliar na reconstituição de crimes, assim como a realidade virtual, permite que seja visualizada toda a movimentação ocorrida no local onde se deu o ato criminoso.

Se por um lado existem todas essas vantagens que revelam o aspecto positivo no uso da *Internet*; por outro, existe também o lado negativo, o perigo que isso pode proporcionar aos internautas, pois, conforme assinala Vasconcelos (2009, p. 59) nas crônicas que escreveu sobre o mundo virtual, que o mundo cibernético, produto dos avanços da tecnologia da informação, da informática, da *Internet*, “ao tempo em que proporciona aos seus personagens as facilidades do progresso contemporâneo, faz também surgirem tipos sádicos, maníacos, perversos”.

---

<sup>63</sup> A propósito da polêmica em torno da questão da morosidade da justiça, enquanto aspecto comprometedor da prestação jurisdicional, tendo como foco a lentidão com que são conduzidos os processos, deve-se considerar que a tecnologia da informação, de fato, facilita as consultas; entretanto, o cerne da morosidade está no excesso de recursos interpostos, muitas vezes, apenas para ganhar tempo- caracterizando uso abusivo dos recursos processuais; sendo este, além do volume de processos destinados a cada julgador, um dos males que mais afeta a prestação jurisdicional, gerando indiretamente um impedimento ao Direito Constitucional assegurado a cada cidadão brasileiro de livre acesso ao judiciário. É pertinente observar que o verdadeiro sentido do acesso à justiça não está apenas na entrada; está, sobretudo, na saída dela que consolida à efetiva tutela jurisdicional.

A esses tipos relacionados pelo citado autor, acrescentamos os criminosos, pois os crimes virtuais<sup>64</sup> estão se tornando populares a ponto de ser possível encontrar na *Internet* a presença de várias organizações terroristas de várias partes do mundo, ou apenas a ação de uma pessoa que monta toda uma logística virtual, com intuito de promover ilícitos de caráter terrorista. Algumas questões judiciais, oriundas dessas novas formas de relacionamentos, revelam que pessoas inescrupulosas, amparadas pelo anonimato da *Internet*, utilizam-se dos *sites*, *e-mails* e *home pages* para a prática de atos criminosos que afetam a intimidade da pessoa, sua honra sua boa fé e seu psiquismo, mediante ameaças de que tais atos venham a se concretizar ou que, de fato, se concretizem.

Surge daí a necessidade de adaptação dos postulados legais de cada país em relação ao uso que se faz da TIC, tendo em vista a facilidade de acesso aos dados e informações disponíveis em endereços eletrônicos, além da ação de *hackers* e de redes de pirataria. Tudo isso revela que o ciberespaço é bastante vulnerável à ação criminosa, pois ao romper fronteiras amplia seu *modus operandi* ao envolver na trama criminosa um grande número de pessoas que se conectam a web; havendo, portanto, em determinados casos, necessidade de se recorrer ao direito internacional para a solução dos litígios daí decorrentes.

Assim, diante da complexidade inerente ao trato dessa temática, surge a necessidade de traçar um panorama sobre o terrorismo no sentido de descrever a sua forma de atuação, ideologia e mecanismos legais de repressão, e as penalidades aplicáveis aos criminosos que adotam tais práticas.

### 3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O TERRORISMO

Conforme destacam Zhebit *et. al.* (2009, p. 326), o terrorismo é considerado um ato típico de crime contra a humanidade. Originário de formas variadas de motivação, pode ser definido a partir da consideração dos seguintes aspectos: “uso indiscriminado de violência ou de ameaça de violência por parte de grupos não-estatais contra alvos civis e não-combatentes, perseguindo ostensivamente objetivos políticos radicais, extremistas e disseminando pânico, medo ou terror.”

O vocábulo terror, segundo indicação feita por Santos (2009), começou a ser empregado no cenário político como advento da Revolução Francesa em 1792, com a morte na guilhotina de cerca de 1.300 opositores ao novo regime. Há, entretanto, quem considere

---

<sup>64</sup> Trata-se de uma modalidade de crime denominada de *cibercrime*, o qual pela relação mantida com o tema desse estudo e sendo prática disseminada em várias partes do mundo, contribui para que a *internet* seja colocada no banco dos réus. É apresentado em tópico específico mais adiante.

que o referido termo tenha sido empregado inicialmente pelos russos anarquistas por ocasião da morte do Czar Alexandre II. Para o governo norte-americano, conforme consta nos seus manuais militares, o terror significa a utilização calculada, para fins políticos ou religiosos, da violência, da ameaça da violência, da intimidação, da coerção ou do medo.

Sabe-se que o terrorismo, na forma como se dá sua prática nos dias atuais, não se limita a atentados, sequestros e mortes seletivas ou indiscriminada, pois, conforme alerta Santos (2009, p. 121), “ele também existe sob a forma de campanha de ódio ou demonização, intimidações, sermões, literatura, artigos na imprensa, programas de rádio, cinema e televisão”. Isso ocorre em razão da sua finalidade de atingir e conquistar mentes e corações dos indivíduos de modo a fazê-los pensar e agir como querem os promotores desse tipo de terror.

Aprofundando essa conceituação, cumpre ainda acrescentar que, o terrorismo, segundo destacam Zhebit *et. al.* (2009, p. 326) é:

*Qualquer ato, além daqueles já especificados nas convenções vigentes sobre determinados aspectos de terrorismos, nas Convenções de Genebra e na Resolução 1566 (2004) do Conselho de Segurança, destinado a causar morte ou lesão corporal grave a civis ou a não-combatentes, quando o propósito do dito ato, por sua natureza ou contexto, é a intimidação da população com o objetivo de obrigar um determinado governo ou uma organização internacional a realizar um ato ou a abster-se dele (GRIFOS NOSSOS).*

O vocábulo terrorismo tem sido empregado para tipificar ações de natureza ideológica, conforme se destaca na colocação extraída da obra de Zhebit *et. al.* (2009, p. 326), onde se lê que o terrorismo é entendido como: “uso sistemático de violência ilegítima, motivado social, política, religiosa ou ideologicamente, com recurso à intimidação, a fim de obrigar uma autoridade legítima a realizar um ato ou abster-se dele”.

Sob o ponto de vista histórico, conforme se extraí da leitura do trabalho de Silva (2009), o terrorismo pode ser dividido, de acordo com as características evidenciadas a partir do “*modus operandi*” dos grupos envolvidos, em quatro fases que se sucederam ao longo do tempo: a primeira, situada no período compreendido entre 1880 a 1914, tinha caráter anarquista e realizava ataques contra chefes de Estado e autoridades do regime em vigor. Isso permite observar que o terrorismo apresentava-se como uma arma para aquele que buscam obter o poder, a qualquer custo. Configurava-se pelo caráter libertário, anarquista e populista, tendo grande atuação em Portugal, Espanha, Sérvia, França, Itália e na Rússia czarista.

De acordo com o esse autor, entre os exemplos de grupos terroristas classificados como pertencentes a esta fase, estão os Norodínics, na Rússia, cujos atentados tinham como alvos personalidades notórias, em especial, chefes de Estado no poder, assumindo

também um caráter sistemático, em que o que estava em jogo eram as relações de força e de poder. Através de atos espetaculares, objetivavam chamar a atenção da opinião pública. Para manter a simpatia desta última, poucas vezes visou alvos coletivos e lugares de frequência de um público variado.

A segunda fase que compreende o período entre 1945 a 1974 tinha, segundo o citado autor, cunho anticolonialista, dado que os grupos se achavam incorporados aos processos de descolonização e agiam no interior das guerras de libertação nacional. Identifica-se maior grau de incidência dessa forma de ação em países como: Argélia, Indonésia, Malásia, Vietnã, Palestina (terrorismo judaico anti-britânico).

Cumprir destacar que, conforme assinala Salgado Neto (2009, p. 230), embora o terrorismo palestino fosse praticado antes mesmo da criação do Estado de Israel, foi na década de 20 que ele passou a se generalizar. E o primeiro atentado terrorista de grandes proporções nessa região foi:

*A explosão do Hotel King David, em Jerusalém, realizado pelo Irgum<sup>65</sup>, em 1946, como resposta à promulgação do chamado Livro Branco, um documento britânico que limitava a imigração judaica. O ataque provocou a morte de cerca de 90 pessoas, entre britânicos, árabes e judeus.*

Acrescenta-se a estes a aparição, sob a forma de terrorismo das formas nacionais de resistência, os grupos do Exército Republicano Irlandês - IRA (oriundo dos anos 20) e do Movimento Separatista Basco - ETA (criado em 1959). Saliente-se a pertinência da seguinte observação: após a derrota árabe frente a Israel, em 1967, surgem organizações de resistência palestina que, posteriormente, passaram a adotar ações de cunho terrorista. Armênios e curdos mantêm uma ação regular de atentados contra alvos turcos, visando manter um processo permanente de mobilização para evitar o esquecimento dos genocídios praticados durante a Primeira Guerra Mundial<sup>66</sup>.

Continuando seu relato, Silva (2009) destaca a terceira fase que compreende o período entre 1975 a 1985. Essa fase caracteriza-se por ações típicas do terrorismo político. Detinha inclinações extremistas de esquerda ou de direita, com destaque para os seguintes grupos: o Baader-Meinhof, na Alemanha Ocidental; as Brigadas Vermelhas, na Itália; os neofascistas também na Itália e na Alemanha; o Exército Vermelho, no Japão; Carlos, o

---

<sup>65</sup> Trata-se da Organização Militar Nacional, grupo armado radical, liderado pelo futuro primeiro-ministro Menachen Begin. Das fileiras desse grupo surgiu outro, ainda mais radical e violento, cujos métodos terroristas eram inspirados nas ideias do ativista judeu Avhram Stern: o Lohame Herut Israel (Lehi – Combatentes pela Libertação de Israel). Para maior aprofundamento a esse respeito, sugerimos consultar o trabalho de Scalercio, 2003.

<sup>66</sup> Exemplo disso foi o massacre da Vila Olímpica de Munique, episódio que ocorreu em 1972, ficou conhecido como Setembro Negro e visava principalmente assassinar políticos inimigos. Os grupos terroristas dessa fase, assim como os das fases anteriores, procuravam dar visibilidade a suas ações com a finalidade de obter propaganda e simpatia para a sua causa.

Chacal e o Grupo Abu Nidal. Todos esses grupos assumem notoriedade mundial após atentados contra aviões, transatlânticos e embaixadas.

Silva (2009) acrescenta, nesse contexto, a logística de apoio a esses grupos, ao considera que vários Estados participam ativamente da ação terrorista, oferecendo apoio logístico e financeiro, como os Estados da Coreia do Norte, Líbia, Iêmen, Sudão, Bulgária entre outros.

O terrorismo decorrente da ação anti-colonial e nacionalista mantém-se extremamente ativo até hoje na Irlanda do Norte (IRA) e na Espanha (ETA), e com o surgimento de inúmeras organizações palestinas de resistência à ocupação da Palestina (Al-Fatah, Organização Para a Libertação da Palestina, Frente Popular de Libertação da Palestina, dentre outras.). Desde 1979, com a ocupação do Afeganistão pelos soviéticos, surge uma ampla rede montada pela CIA, Arábia Saudita, Jordânia e Paquistão de sustentação ao terrorismo mujahidin no Afeganistão.

Silva (2009, p.27) indica que a quarta fase inicia-se, a partir de 1993 e corresponde à atual fase do fenômeno estudado e, provavelmente, não será a última. Originou-se da reorganização dos diversos movimentos mujahidin, os chamados afegãos, e que, ficaria marcada, dentre outras características, pelo seu viés islâmico-suicida. Silva (2009) descreve esse período do seguinte modo:

[...] após uma relativa acalmia no setor do terrorismo internacional — exceto Irlanda do Norte, Espanha e Israel/Palestina, onde em alguns casos dá-se um acirramento das ações terroristas, com a introdução do terrorista suicida — surge uma nova categoria de terrorismo, oriundo da reorganização dos diversos movimentos mujahidin (os chamados afegãos), que desmobilizados da luta contra os russos no Afeganistão (1979-1989) voltam-se para os “cruzados, os pecadores e os sionistas” (a saber: americanos, os regimes árabes moderados e o Estado de Israel). O atentado contra o World Trade Center em 1993, organizado por uma rede terrorista terceirizada pela al-Qaeda, marca o início de uma nova etapa, compreendida aqui como uma Guerra Assimétrica contra os Estados Unidos, quiçá todo o Ocidente.

Na ação que desenvolvem esses grupos organizados em Estados-Rede utilizam tecnologia pirateada ou desenvolvida ilegalmente para produção de armas de destruição em massa. Adquirem, via contrabando ou outras formas de negociação, armas e munições, além da tecnologia da informação para traçar a estratégia dessa guerra assimétrica, cujo cenário delineado é o de “uma guerra constante pela hegemonia mundial, travada principalmente por meio de mecanismos e instrumentos econômicos, cibernéticos e midiáticos, escalando episodicamente para o enfrentamento militar convencional e não-convencional” (SILVA, 2009, p. 27).

Vale salientar que, nessa guerra, o inimigo é invisível e age sob a forma de uma rede contínua de fluxos diversos, lícitos e ilícitos, trocando materiais, formas de ação e ferramentas, de acordo com as pressões e necessidades. Ou seja, não há como prever o padrão de ação terrorista. Assim, execuções de forma cruel, realizadas em frente a câmeras de TV, são exemplos de disseminação do terrorismo, que gera nos indivíduos uma sensação de impotência, do pânico e do medo de ser atingido por esses atos criminosos<sup>67</sup>.

Complementando essas colocações, Braga (2009, p.212), ao traçar um panorama da evolução, estratégias e tendências das ações terroristas no mundo, cita o terrorismo contemporâneo, representado pela Al-Qaeda e seus aliados, para destacar as características predominantes:

*O uso de atentados terroristas suicidas, a instrumentalização do Islã com fins políticos, a desumanização do outro, a não-distinção entre civis e militares, a intenção de causar o máximo de mortes nos atentados, a transnacionalização do terrorismo, o uso permanente da internet como ferramenta indispensável na inspiração, doutrinação e radicalização, o extremismo, o uso da Takiya, a flexibilidade, a infiltração em setores vitais, o financiamento e a busca de armas de destruição em massa, sejam biológicas, químicas, radiológicas e nucleares.* (GRIFOS NOSSOS).

Assim, ante ao exposto, admite-se nesse estudo que o terrorismo é uma forma de violência premeditada, com motivação específica e com estratégia de ação bastante variada. A sua intenção não é, necessariamente, atingir exclusivamente alvos cuja finalidade seja de causar morte ou lesão física, mas ocasionar pânico, insegurança e medo, o que se revela ser importante descrever as fases de seu desenvolvimento, tendo em vista o objeto pretendido e o “*modus operandi*” adotado.

#### 4. ENTENDENDO A LÓGICA DO CIBERCRIME

Conforme apontado anteriormente, cibercrime é denominação dada a uma prática que envolve a agregação de paradigmas ligados à fraude e a segurança da informação transmitida através de sistemas mediáticos. Esses elementos não são recepcionados pelo Direito Penal pátrio em sua totalidade, e, em razão do bem jurídico protegido, torna-se difícil a persecução criminal, inclusive porque, em algumas situações, envolve questões atinentes ao direito internacional.

---

<sup>67</sup> Sugere-se para melhor entendimento desse processo fazer consulta ao trabalho citado pelos autores consultados para a realização dessa pesquisa, cuja referência é: LIANG, Quiao; XIANHSUI, Wang. **A guerra além dos limites**: conjecturas sobre a guerra e a tática na era da globalização. Beijing: PLA Literature and Arts Publishing House, 1999.



O conceito de cibercrime engloba aspectos como: a imaterialidade do fato delituoso, o uso da tecnologia da informação, a sua natureza difusa e o conflito de jurisdição. Ferreira (*apud* GOUVEIA, 2007, p. 57) conceitua esse tipo de crime como:

***Ação típica, antijurídica e culpável contra ou pela utilização de processamento automático de dados ou sua transmissão. [...] O conceito abrange qualquer comportamento humano, positivo ou negativo, desde que seja típico, ou seja, corresponda ao modelo previsto na lei como crime, com a penalidade respectiva, atendendo-se ao princípio nullum crimen nulla poena signa lege, que é básico em nosso país (GRIFOS NOSSOS).***

Complementando essa conceituação, Araújo Júnior (*apud* GOUVEIA, 2007, p. 57) descreve essa forma de ação como sendo: “uma conduta lesiva, dolosa, a qual não precisa, necessariamente, corresponder à obtenção de uma vantagem ilícita, porém praticada, sempre, com a utilização de dispositivos habitualmente empregados na informática”. Cumpre destacar que, na atualidade, isso inclui o uso de aparelhos celulares - são cerca de 253 milhões de aparelhos em uso no Brasil, os quais, quando ligados à rede sem fio, a *internet wi-fi*, podem ser acessados a qualquer hora e de qualquer lugar, dependendo da extensão da rede do provedor, que é o responsável por viabilizar a transmissão dos dados e de imagens, pois esses aparelhos podem gravar vozes, fotografar e transmitir imagens *on-line*.

Segundo se deduz das colocações feitas por Cardoso (2009), são várias as formas de promoção desse tipo de crime: disseminação de vírus, através do envio de e-mails com o intuito de danificar o sistema do endereçado, fazendo com que este não mais possa acessar as informações armazenadas; distribuição de material pornográfico, principalmente infantil; fraudes bancárias, geralmente, com subtração de valores de determinadas contas que são transferidas para outras, mediante captura de senhas; violação de propriedade intelectual e direitos conexos, ou pirataria, dado o uso indevido e a forma de aquisição, estando, portanto, em desacordo com o que determinam as Leis nº 9.609/98 - que trata da propriedade intelectual de programas de computador, e a de nº 9.610/98 - que trata dos direitos autorais, respectivamente; e, ainda, várias formas de ação que violam o direito à privacidade, a exemplo do que ocorre com a difamação, calúnia e outras formas de insultos que causam impacto significativo sobre a vida da pessoa vitimada.

O Direito Penal tradicional trata da proteção dos bens tangíveis, ao passo que o Direito Penal da Informática trata dos bens jurídicos intangíveis. Exemplificando essa diferença Araújo Júnior (*apud* GOUVEIA, 2007) cita o caso de um crime de invasão de um estabelecimento comercial ou industrial, o qual pressupõe que o agente entre, fisicamente, no recinto. No cibercrime, o agente obtém acesso, ou seja, entra, no sistema, porém essa

conduta é intangível, não podendo, portanto, serem aplicadas as normas de Direito Penal tradicional.

Cumprido, entretanto, destacar que no Direito Pátrio as condutas delituosas dirigidas à integridade física dos equipamentos de informática devem ser estudadas sob o Título II, da Parte Especial – Dos Crimes contra o Patrimônio, do Código Penal, ao passo que os crimes contra a propriedade intelectual e direitos conexos deve ser estudada sob o Título III, também da Parte Especial – Dos Crimes contra a Propriedade Imaterial, que trata da violação de direito autoral e de usurpação de pseudônimo.

Rohrmann (2005), assim como Gouveia (1997) ao apontarem as condutas que atentam contra os sistemas de informação, destacam as seguintes formas de ação:

- Inserção: uma instituição financeira mantém informações sobre créditos de seus clientes em sistemas. Um *hacker* viola o sistema de segurança e insere na conta de determinado cliente, um valor que corresponde a um falso depósito em dinheiro.

- Alteração: um *hacker* viola o sistema de segurança para alterar o resultado relativo à contagem de voto de eleição em determinado município, a fim de eleger um determinado candidato, imputando a este os votos que seriam de outro candidato.

- Supressão: informações relativas aos antecedentes criminais das pessoas são arquivadas em banco de dados. Um *hacker* pode violar o sistema de segurança e apagar as informações relativas à determinada pessoa condenada, fazendo com que tais registros deixem de existir.

- Furto: situação em que o bem não deixa de pertencer ao legítimo proprietário, pois a ação consiste em copiar e repassar as informações para outra pessoa sem autorização do proprietário. O furto também pode ser de tempo, situação em que o sistema é invadido por um determinado período de tempo por um *hacker*.

Todas essas ações violam o direito à privacidade. O acesso não autorizado aos sistemas de informações implica a possibilidade de destruição dolosa ou culposa de dados. O agente ativo se vale da falta ou de falhas nas medidas preventivas de segurança para atingir o sujeito passivo, isto é, os *hackers* se fazem passar por legítimos usuários do sistema, mesmo que este seja acessado por meio de senhas: o programa “Cavalo de Tróia”, por exemplo, tem sido utilizado para capturar senhas dos legítimos usuários<sup>68</sup> e, estes, só se dão conta de que foram vítimas de cibercrime, quando o dano já se efetivou.

---

<sup>68</sup> Segundo pesquisa da Microsoft, cada usuário da Rede possui em média 6,5 senhas e 25 contas que exigem algum código. Outra pesquisa realizada pela empresa americana de segurança tecnológica RSA indica que 36% dos funcionários da empresa têm de administrar entre seis e quinze senhas. No call-center do provedor da Uol, por exemplo, das 500 mil ligações mensais recebidas, de 35 mil a 50 mil são de usuários que perderam suas senhas. No Terra, as ligações para troca de senhas somam 62 mil por mês, 12% do total de atendimentos. Nos portais iG, iBest e Br Turbo, em um mês são registradas, em média de 5 a 6 mil reclamações referentes a senhas. Esses exemplos, extraídos de Vasconcelos (2009), mostram a dificuldade dos internautas em lidar com esse

Há ainda outros tipos de crimes que são planejados no mundo virtual e executados no mundo real, a exemplo de homicídios; sedução; tráfico de entorpecentes; de pessoas, de animais; contrabando de armas e de mercadorias diversas, dentre outros, e, por isso, não são tipificados como cibercrime e, por isso não serão tratados nesse estudo.

São ações típicas de cibercrime, bastante disseminadas no Brasil: pornografia infantil, resultando em crime de pedofilia. Esse crime consiste no uso de imagens de criança e adolescentes em situações descritas nos arts. 241 – A, B, e C, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o qual prevê a aplicação de pena privativa de liberdade para quem dissemina esse material. O Estatuto estabelece no seu regramento o seguinte<sup>69</sup>:

*Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:*

*Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.*

*§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:*

*I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo;*

*II – assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo.*

*§ 2º As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1º deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o caput deste artigo.*

A criminalização dessa prática atinge também a pessoa que adquire esse material, conforme prevê o art. 241-B do ECA:

*Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:*

*Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.*

*§ 1º A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o caput deste artigo.*

Há de se fazer a ressalva para situações previstas nos § 2º e 3º do artigo 241-B do ECA que não podem ser tipificada como conduta criminosa, isto é:

*§ 2º Não há crime se a posse ou o armazenamento tem a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência das condutas descritas*

---

código de acesso, responsável pelo sigilo das informações disponíveis para acesso na web, possibilitando assim ações dos *hackers* e a prática de crimes de natureza diversa.

<sup>69</sup> Esse regramento foi introduzido pela Lei nº 11.829, de 25 de novembro de 2008 que alterou os arts. 240 e 241 da Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet, mostrando que o direito pátrio está buscando meios adequados de se adequar a essa realidade que se torna cada vez mais presente no cotidiano de nosso país.

*nos arts. 240, 241, 241-A e 241-C desta Lei, quando a comunicação for feita por:*

*I – agente público no exercício de suas funções;*

*II – membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes referidos neste parágrafo;*

*III – representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário.*

*§ 3º As pessoas referidas no § 2º deste artigo deverão manter sob sigilo o material ilícito referido.*

É importante acrescentar o teor do art. 241-C do ECA, o qual penaliza quem insere ou adultera imagens, prática bastante comum nas redes de pedofilia. Diz o referido artigo:

*Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual:*

*Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.*

*Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo.*

Cumpra destacar que esse material, geralmente, é disseminado através de comunidade fechada, que opera clandestinamente, sem qualquer relação com empresas que cobram pelo serviço. Outro tipo de cibercrime bastante comum atualmente refere-se à interceptação de dados de cartão de crédito para clonagem, ou para uso ilegal: pessoas fazem compra via *web* ou via *telemarketing* e fornecem tais dados para o fornecedor, autorizando o débito; o suposto fornecedor, inescrupulosamente, poderá debitar várias vezes, não remeter o produto e ainda fazer outros usos desse cartão, desaparecendo após tais práticas.

Todos esses crimes são praticados por *hackers*, pessoas que, tanto podem trabalhar para a disseminação de cibercrime, quanto pode tornar-se um auxiliar da justiça, examinando materiais na busca de provas de crimes escondidos no disco rígido de um computador, tais como violação de senhas e detecção de vírus ou do envio de mensagens que se transformam em provas para instruir o processo criminal.

A experiência tem demonstrado que os hackers nem sempre são peritos ou possuem formação sobre sistemas ou engenharia de software, mas possuem bom conhecimento em sistemas operacionais como o Windows NT, Linux e Solaris. Esse conhecimento lhes permite adentrar aos sistemas e praticar atos criminosos, inclusive o ciberterrorismo.

## 5. SOBRE O CIBERTERRORISMO

Conforme exposto anteriormente, conceitualmente o ciberterrorismo é entendido como sendo “ação criminosa que visa o computador como alvo ou como um instrumento de uma ação terrorista, realizada com um objetivo político, no ciberespaço, chamado infoesfera, ou espaço de fluxos de informação, realizados no âmbito da *Internet*, rádio, telefonia ou pulsos eletromagnéticos” (CARDOSO, 2009.p.304).

O ciberterrorismo, em geral, é patrocinado por grupos criminosos que não conhecem limites para atingir seus fins, e impõem verdadeiro flagelo à população civil que se torna refém do medo. Em razão disso, representa uma ameaça ao Estado Democrático de Direito.

Sabe-se que o crime organizado, incluindo o ciberterrorismo, se globalizou e se transformou em uma ameaça à segurança de todos os países, independente da motivação, seja ela política, econômica, social ou de outra natureza<sup>70</sup>.

Há evidências empíricas de que o marco que propiciou o surto de ações características do ciberterrorismo decorreu de evolução dos primeiros vírus criados para atacar computadores e redes, isto é, desde os ataques de *hackers* com a finalidade roubar informações e espionar segredos comerciais ao *Worm Stuxnet*, aparentemente criado para atacar o programa nuclear iraniano. A guerra informatizada está se alastrando por todo o globo terrestre<sup>71</sup>.

A intenção de quebrar códigos é própria da seara da espionagem, tanto em países ocidentais, quanto nos emergentes. Essa ação é vista como estratégia adotada por grupos criminosos interessados em guerra cibernética. Esses criminosos ao praticar suas ações criminosas se utilizam inclusive de amadores e de pessoas consideradas incapacitadas para responder criminalmente pelos seus atos por serem menores.

Em face dessa situação, os governos estudem a possibilidade de manter *cibersoldados* que, na verdade, seriam *hackers* com a missão de rastrear informações de interesse dos países tendo em vista a definição de estratégias contra o ciberterrorismo.

Houglund (2006) diz que essas ações decorrem de vulnerabilidades da segurança da rede de informação, resultado da aplicação de técnicas de exploração de *software* para criar e introduzir códigos subversivos. Esses códigos focam sua ação nas questões

---

<sup>70</sup> A questão mais complexa envolvendo esse tipo de crime é o seu componente virtual, pois em uma guerra física é mais fácil identificar as causas de um ataque, as armas empregadas e os seus autores – mandantes e executantes -, bem como quantificar a extensão do dano, total de vítimas e danos materiais. No ciberterrorismo, as informações circulam em redes que são acessadas com facilidade, atingindo o alvo, exatamente pela falta de segurança e proteção de sistemas que favorecem a ação de *hackers*, causando prejuízo, medo, insegurança, podendo detonar até uma guerra física, dependendo do alcance do ilícito e de sua finalidade.

<sup>71</sup> Essa afirmação encontra ressonância em vários trabalhos sobre essa temática mostrando que o ciberterrorismo deixou de ser ficção e passou a ser uma realidade, haja vista a preocupação dos Governos em criar sistemas de proteção de suas informações e investir no aprimoramento de seus serviços de inteligência para evitar riscos na implementação de estratégias de segurança nacional e das relações internacionais (DANTAS, 2009).

envolvendo a segurança da rede, ou seja, máquinas conectadas à *Internet* podem ser exploradas remotamente, inclusive as que têm versões e aplicativos mais atualizados.

Essa vulnerabilidade da rede de informações, conforme destaca Houglund (2006), permite que o *hacker* possa invadir o sistema, seja de forma direta, seja de forma indireta. O ataque direto consiste na utilização de ferramentas de invasão (cavalo de tróia, *i love you* e *sites* de conteúdo malicioso, por exemplo), de impositura (cartas, *e-mails*, *sites* falsos com aparência de verdadeiros) para obter informações pessoais, enquanto vetores para extração de informações de uma entidade maior, seja a empresa, seja a organização, seja o governo.

Quanto ao ataque indireto, ainda segundo Houglund (2006), exige contato pessoal e, geralmente, são feitos via *fax* ou telefone, exigindo planejamento mais detalhado. Essa fonte de informação pode induzir os internautas a fazer cadastro em determinados *sites* visando promoções, premiações e brindes, que são estratégias utilizadas para obter números de cartão de crédito e dados como Cadastro de Pessoa Física (CPF) e Registro de identidade (RG), para uso indevido, caracterizando, dessa forma, um ato criminoso.

Sabe-se que o combate ao ciberterrorismo começou a tomar consistência após os atentados ao Pentágono e ao *World Trade Center* ocorridos nos Estados Unidos no dia 11 de setembro de 2001. Outro marco importante a considerar, neste contexto de referência, diz respeito ao ataque terrorista de 11 de março de 2004, que atingiu a estação de Atocha em Madrid, cujo impacto teve reflexos nas eleições legislativas espanholas (NUNES, 2011).

Tratando dos fundamentos jurídicos do ciberterrorismo, Ulbrich e Delas Vale (2004, p. 112) esclarecem que, para a sociedade, a imagem dos *hackers* está intimamente ligada ao crime, ou seja, “eles são vistos como destruidores e ladrões de dados, que se utiliza de meios ilícitos para roubo, vandalismo e lavagem de dinheiro”. Nesse sentido, os conceitos de cibercrime e a legislação pertinente ao Direito da Informática e aos crimes digitais são aplicáveis a esses tipos de delitos.

Observa-se, portanto, que, do ponto de vista jurídico, a ação dos *hackers* indica invasão de privacidade e violação das garantias individuais, direitos cuja garantia se faz presente nas Constituições de quase todos os países. Relembramos que a Declaração Universal dos Direitos Humanos também prevê a proteção à vida pessoal e privada das pessoas em seus primeiros parágrafos, ou seja, essas legislações devem proteger os interesses dos cidadãos.

É importante salientar que, no tocante à apuração da responsabilidade civil e criminal decorrente de crimes cuja arma empregada é a *Internet*, há o óbice representado pela dificuldade em identificar seus autores, pois, conforme destaca Gouveia (1997), a *Internet* é multijurisdicional e virtualmente ajurisdicional, tendo em vista que a localização física e geográfica são aspectos irrelevantes para ambientes em rede. Acrescentamos no rol dessas dificuldades, a observação de que muita gente é vítima desse tipo de crime, mas, poucos

sabem reconhecer que foram vitimados por essa prática criminosa, ou até mesmo, poucos sabem que providências tomar quando a informação se torna de domínio público no ambiente de rede e os danos e suas consequências começam a aparecer.

Importante arrematar que a falta de informação por parte das vítimas, e de postulados legais eficazes, por parte do Estado, para coibir esse tipo de crime são consideradas as maiores causas para que isso volte a acontecer, pois, conforme se observa, a partir das colocações feitas por Guedes (1997), referendadas por Vasconcelos (2003) e por Silva (2009) na abordagem sobre o *modus operandi* desses criminosos, ao mostrarem que uma mesma conduta criminosa pode lesar o ordenamento jurídico de mais de um País, tornando-se matéria de competência jurisdicional.

Essa observação decorre da constatação de que o usuário da rede se relaciona com pessoas de diversas nacionalidades, sem, necessariamente, saber onde estas se encontram e, tampouco, sob qual jurisdição estão subordinadas; exatamente porque a criação de comunidades cibernéticas surge independente das barreiras geográficas, o que implica em consulta quanto à jurisdição sob a qual os crimes praticados serão julgados.

A lei americana de combate ao terrorismo funciona como modelo para definir um padrão mundial de segurança. Mediante rastreamento é possível identificar e punir, de acordo com as leis internacionais, quem promover algum tipo de vandalismo eletrônico. O rastreamento é medida adotada também pela maioria dos países europeus, adotando o padrão americano, nas suas estratégias de combate ao ciberterrorismo<sup>72</sup>.

O Brasil, embora não esteja imune a esse tipo de ataque, não possui uma legislação específica para tratar da questão da segurança da informação, embora se saiba que existem indícios desses ataques contra o próprio Governo Federal, conforme se extrai dos dados que seguem:

*Sob constante ataque de criminosos, as cerca de 320 redes de computadores do governo federal – entre elas sistemas do porte do Banco do Brasil e o Serviço de Processamento (Serpro), que cuida do coração da economia e do mercado financeiro – geraram uma nova demanda para os órgãos segurança e de inteligência. Um inquérito que corre em segredo na Polícia Federal, em Brasília, investiga a atuação de uma quadrilha internacional que penetrou no servidor de uma estatal, destruiu os controles, trocou a senha e, depois de paralisar todas as atividades da empresa, exigiu um resgate de US\$ 350 mil (QUADROS, 2010).*

Os indícios encontrados sobre a vulnerabilidade dos sistemas revelam a ação de invasores que conseguem quebrar códigos e realizar a transferência de dados para fora do

---

<sup>72</sup> Países como a Suécia, Reino Unido e Grécia possuem legislações severas para coibir e punir ações características de ciberterrorismo, ou seja, tais regramentos consideram ser a informação um bem jurídico que deve ser protegido, englobando a aplicação de penas privativas de liberdade e multa pecuniária. A esse respeito, veja-se o trabalho de Gouveia (2007).

sistema, numa forma de comunicação dissimulada, cujos registros indicam a dimensão do problema que envolve essa prática criminosa:

*[...] no ano passado apenas uma das grandes redes do governo – do porte do Banco Central – sofreu 3,8 milhões ataques, o que representa, na média, 2 mil tentativas de invasão por hora. Multiplicado por 320 sistemas em 37 ministérios, as ações contra a rede do governo obrigam os órgãos de inteligência a aperfeiçoar permanentemente a vigilância e controle. As estatísticas apontam que 70% dos ataques se dirigem ao sistema bancário, mas o que mais preocupa são as tentativas de invasão contra os sistemas de segurança do próprio governo: 10% das ocorrências são contra o INFOSEG, a rede de computadores que a Polícia Federal e os demais órgãos de repressão utilizam para combater o próprio crime. Os demais registros apontam que 15% são invasões em busca de informações pessoais e 5% invasões de outra natureza (QUADROS, 2010).*

Sobre o crescimento deste tipo de crime no Brasil, as estatísticas indicam que foram 700 prisões no período compreendido entre 2006- 2010. Isso levou a Polícia Federal a criar a Coordenação de Repressão a Crimes Cibernéticos, que instalará, paulatinamente, unidades em todos os estados do país. Inicialmente, cerca de 200 policiais foram treinados para atuar no setor (QUADROS, 2010). Dado relevante a considerar é que a alta incidência desses ataques significa também que o Brasil está entre os mais avançados em tecnologia da informação, cujos sistemas desenvolvidos lhe renderam um espaço junto à Organização dos Estados Americanos (OEA) para gerenciar programas de segurança e dar respostas às ações de terrorismo cibernético.

Vale salientar ainda que, que nos últimos quatro anos, o Brasil treinou e instalou centros de resposta aos ataques em 25 países da América Latina. Paradoxalmente, esse avanço não veio acompanhado de legislação que alterasse o Código Penal vigente para tratar de ciberterrorismo,

Assim, ainda que não haja ataques ao sistema de controles de voos das aeronaves que cortam nosso espaço aéreo, ou que não haja explosões de metrô nas regiões metropolitanas do país, ou homens bomba ameaçando os três poderes na capital federal, ou outras práticas que ceifam vidas e exibem seus feitos medievais como a degola de jornalistas ou políticos sequestrados. Há, entretanto, necessidade de punir criminosos que cotidianamente invadem contas bancárias e *e-mails* e que lucram com roubo de informações e clonagem de cartões. "São cerca de R\$ 1 bilhão por ano roubados com práticas cibernéticas" (PIOVESAN, 2012, p. 2). Isso significa dizer que o Projeto de Lei 2793/11, que tipifica crimes cibernéticos no Código Penal (Decreto-Lei [2.848/40](#)), aprovado pela Câmara dos Deputados em 15 de maio de 2012, embora ainda careça de aprovação Senado, atende a essa necessidade.



Para o crime de “devassar dispositivo informático alheio” com o objetivo de mudar ou destruir dados ou informações, instalar vulnerabilidades ou obter vantagem ilícita, o texto do referido Projeto atribui pena de três meses a um ano de detenção e multa. Será enquadrado no mesmo crime aquele que produzir, oferecer, distribuir, vender ou difundir programa de computador destinado a permitir o crime de invasão de computadores ou de dispositivos como *smartphone* e *tablet*.

O Projeto também atualiza artigos do Código Penal que tratam do crime de interromper serviços telegráficos para prever pena igual, de um a três anos de detenção, no caso dos serviços de *Internet*. Será tipificado nesse artigo o ato de tirar um *site* do ar, por exemplo. A falsificação de cartão de crédito também é tipificada pelo projeto como crime de falsificação de documento, já previsto no Código Penal, com pena de reclusão de um a cinco anos e multa. Cumpre destacar que essa tipificação preenche omissão hoje existente na lei.

O texto prevê, por exemplo, pena de reclusão de seis meses a dois anos e multa para quem obtiver segredos comerciais e industriais ou conteúdos privados por meio da violação de mecanismo de segurança de equipamentos de informática. A pena também vale para o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido. Essa pena poderá ser aumentada de 1/3 a 2/3 se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro dos dados obtidos.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O direito é elaborado com vistas ao bem comum e para benefício de todos, uma vez que o seu objetivo é a promoção da justiça. A forma como direito é utilizado tem como substrato as questões que são conceituadas e tipificadas à luz do ordenamento jurídico existente em cada país, ou seja, sua aplicação varia conforme o sistema jurídico, porém, o objetivo final do direito há de ser sempre o de alcançar a justiça para o benefício público. Assim sendo, as normas e regras que não gozam da prerrogativa de poderem ser aplicadas e garantidas pelo poder público do Estado, não estão dentro do escopo do direito e, conseqüentemente, não são objeto do direito.

O entendimento da natureza do espaço virtual, local onde ocorrem ações de ciberterrorismo é de suma importância para os operadores do direito, pois o torna permeável à regulamentação e, conseqüentemente, dificulta a aplicação de penalidades aos que infringem suas normas. A sua desterritorialização, proporcionada pela comunicação em rede, pela interação *on-line* em tempo real, em pontos distantes do globo terrestre, evidencia

o conflito de jurisdição para o Direito Penal, conflito este que se tenta sanar tendo como fonte de direito os Tratados Internacionais que buscam combater os ilícitos que ocorrem nesse espaço.

Além disso, a elevada incidência de anonimato dos usuários da rede que navegam nesse espaço, aliado à sua natureza descentralizada e à existência de usuários tecnicamente sofisticados, aparelhados para driblar determinadas regulamentações, conforme forma de atuação dos *hackers*, bem como a rapidez com que a tecnologia se aperfeiçoa – elemento determinante na natureza da rede - são aspectos a ser considerados no estudo do Direito Penal Virtual, direito emergente, que está sendo estruturado para coibir e penalizar os crimes que são praticados nesse espaço em vários países, os quais estão seguindo o modelo de prevenção adotado pelos Estados Unidos, constituindo um desafio para as Agências de Inteligência.

O ciberterrorismo é um dos tipos de crimes cujas armas estão representadas por ameaças que instauram o medo, o pânico, o terror e que são praticados com o uso da *Internet* e de outros elementos de suporte tecnológico. Esse tipo de ação representa ameaça aos direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna em vigência, a exemplo do direito à privacidade, que é desrespeitado quando alguém, agindo de forma dolosa, invade o sistema de uma empresa responsável por manter as conexões de *Internet*, tirando-o e mantendo-o fora do ar por um determinado tempo. Essa fragilidade revela que não há segurança para garantir a inviolabilidade e o direito de sigilo das informações que navegam *na web*.

Essas práticas estão fazendo com que o ordenamento jurídico de diversos países, incluindo o Brasil, esteja em processo de aperfeiçoamento para atender a essa demanda típica que enseja atuação do Direito Penal. Ataques ciberterroristas estão sendo praticados no Brasil através da atuação de *hackers* que invadem sistemas de órgãos do Governo, incluindo os órgãos de segurança, bem como as contas bancárias de pessoas comuns. Além disso, utilizam as ferramentas mediáticas para realizar espionagem em arquivos de empresas, se apropriam de dados e disseminam vírus e outras pragas virtuais com o intuito de atemorizar o usuário do sistema.

Enfim, a atuação de indivíduos que se utilizam do ciberterrorismo busca essencialmente instaurar o caos, explorar a vulnerabilidade dos sistemas informáticos com a finalidade de prejudicar a população, as empresas e o governo, além de outras formas de ação que comprometem a liberdade do cidadão.

## 7. REFERÊNCIAS

ABIN. Revista Brasileira de Inteligência / Agência Brasileira de Inteligência. – n. 5(out. 2009) – Brasília : Abin, 2006.

AMARAL, Arthur Bernardes do *et. al.* **Pensando o “neoterrorismo”**. Disponível em: <[http://www.tempopresente.org/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=355](http://www.tempopresente.org/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=355)>. Acesso em 12 abr. 2012.

AMARAL, Arthur Bernardes do. Para além da guerra do terror? Balanço atual e perspectivas sobre a tríplice fronteira. In: **Neoterrorismo: reflexões e glossário**. Rio de Janeiro: Gramma, 2009.

BITTAR, Eduardo Carlos. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática da monografia para os cursos de direito. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRAGA, Ada Vianna. Terrorismo ontem, terrorismo hoje: a evolução das ideologias e estratégias. In: **Neoterrorismo: reflexões e glossário**. Rio de Janeiro: Gramma, 2009.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: < <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 10 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei 11.829, de 25 de novembro de 2008**. Altera o art. 240 e 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: < <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 10 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. **Decreto –lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Disponível em: < <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 10 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei 7.209, de 11 de julho de 1984**. Código Penal Brasileiro. Disponível em: < <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 10 abr. 2012.

CARDOSO, Carlos Leonardo Loureiro. Cyberterrorismo. In: SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. **Neoterrorismo: reflexões e glossário**. Rio de Janeiro: Gramma, 2009.

DAFT, Richard L. Tecnologia da informação e administração do conhecimento. In: Organizações: teoria e projetos. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2003

DANTAS, Romulo Rodrigues. Decorrências da utilização da internet por organizações terroristas: o recurso da comunicação tecnológica como proposta de mudança não-democrática de poder. In: **Revista Brasileira de Inteligência**. n. 5, Brasília, DF: ABIN, out. 2009

DEMO, Pedro. **Metodologia do conhecimento científico**. São Paulo: Atlas, 2000.

GOUVEIA, Sandra. **O direito na era digital**: crimes praticados por meio da informática. Rio de Janeiro: Mauad, 1997.

HOGLUND, Greg. **Como quebrar códigos: a arte de explorar (e proteger) software**. São Paulo: Pearson Makron Books, 2006.

LIANG, Quiao; XIANHSUI, Wang. **A guerra além dos limites: conjecturas sobre a guerra e a tática na era da globalização**. Beijing: PLA Literature and Arts Publishing House, 1999.

MENEZES, Aryadne Thaís da Silva. Inscrição on-line: instrumento estratégico de organização do vestibular no Unipê. **Monografia**. Centro Universitário de João Pessoa. Curso de Bacharelado em Ciências da Computação. João Pessoa, 2006.

NUNES, Paulo Fernandes Viegas. **Ciberterrorismo: aspectos de segurança**. DISPONÍVEL em: <<http://www.revistamilitar.pt/modules/articles/print.php?id=428>>. Acesso em 12 abr. 2011.

PAULA FILHO, W. P. **Engenharia de software: fundamentos, métodos e padrões**. Rio de Janeiro: LTC, 2001

PIOVESAN, Eduardo. Câmara aprova punição para crimes cibernéticos. **Agência Câmara de Notícias**: Brasília, DF, maio de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/>>. Acesso em 20 maio 2012.

QUADROS, Vasconcelos. Governo é vítima de terrorismo virtual. **Jornal do Brasil**, outubro de 2010.

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de direito virtual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SALGADO NETO, Luiz. Tendências do neoterrorismo em Israel. In: **Neoterrorismo: reflexões e glossário**. Rio de Janeiro: Gramma, 2009.

SANTOS, Jorge Calvário dos. Terrorismo islâmico: um esforço para superar a modernidade. In: **Neoterrorismo: reflexões e glossário**. Rio de Janeiro: Gramma, 2009.

SCALERCIO, Márcio. **Oriente Médio**. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. Os Estados Unidos e a guerra contra o terrorismo, 2001-2008. In: **Neoterrorismo: reflexões e glossário**. Rio de Janeiro: Gramma, 2009.

SLACK, N.; CHAMBERS, S.; JOHNSTON, R. Tecnologia de processamento de informação. In: \_\_\_\_\_. **Administração da produção**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ULBRICH, Henrique; DELLA VALLE, James. **Universidade hacker**. 4. ed. São Paulo: Digerati Books, 2004.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. Responsabilidade contratual e extracontratual na internet. In: **Revista do Unipê**. v. 5, n. 2, João Pessoa, 2001.

\_\_\_\_\_. **Internet: responsabilidade do provedor pelos danos praticados.** Curitiba: Juruá, 2003.

\_\_\_\_\_. **Estórias do mundo virtual.** João Pessoa: A União, 2009.

ZHEBIT, Alexander *et. al.* Glossário de neoterrorismo. In: **Neoterrorismo: reflexões e glossário.** Rio de Janeiro: Gramma, 2009.

## NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS

Os trabalhos submetidos devem ser enviados por email, digitados em espaço 1,5, tipo 12, letra Arial, alinhamento justificado, em programa Microsoft Office Word 97-2003 (inclusive recente), conforme normas da ABNT e em duas vias impressas. Uma das duas vias impressas deve vir sem informação que identifique a autoria. As versões impressas não serão devolvidas ao autor, que manterá seu texto em arquivo para as eventuais modificações sugeridas pelos pareceristas. Em folha à parte devem vir o título, endereço completo, filiação a instituições de ensino ou pesquisa, cargo, titulação, telefone, fax e e-mail do autor.

As "Notas" devem ser digitadas ao fim de cada página, numeradas a partir de 1. Se houver nota referente ao título, esta recebe asterisco e não numeração. As notas não devem ser utilizadas para referência bibliográfica. Citações com menos de quatro linhas devem ser destacadas com aspas. Citações com quatro linhas ou mais devem ter recuo de 4cm, fonte 10 e espaço simples. As referências devem ser feitas no corpo trabalho segundo o exemplo:...como diz Preti (1991: 43)...; referências após citação: (Preti 1991:43); no caso de paráfrase (cf.: Preti 1991:43). Nunca usar idem, ou idem, ibidem. Para ênfase usar itálico e não sublinhar.

"Tabelas", "gráficos", "desenhos", "quadros" e "árvores" devem ser encaminhados, também separadamente, em versão impressa, pronta para ser fotografada, em laser/ink jet ou tinta nanquim. Devem ser numerados e ter título. Apenas as iniciais do título devem estar em maiúsculas.

Referências: digitar a expressão REFERÊNCIAS. Os autores devem estar em ordem alfabética, sem numeração das entradas e sem espaço entre as referências. O principal sobrenome de cada autor é seguido de vírgula e do nome e sobrenomes. O nome de outros autores, quando houver, ou dos organizadores da obra de onde for retirado o artigo, precedem o sobrenome. Os títulos de livro, coletânea ou revista devem vir em itálico. Na segunda entrada de um mesmo autor, seu nome é substituído por um traço de 5 toques. A data identificadora da obra deve vir entre pontos, após o nome do autor (outras datas relevantes no final da entrada). Mais de uma obra de um autor no mesmo ano devem ser identificadas por letras a, b, c, etc. após a data.

Tamanho do artigo: **12 a 15 páginas.**

**Endereço:**

Av. Flávio Ribeiro Coutinho, 805, 3º

Piso; Manaíra Shopping;

Bairro: Manaíra;

Cidade: João Pessoa – PB

CEP: 58037-000

**Fone:** (0xx83) 2106 6175