

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1030

(Ano XIII)

(24/07/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelada em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Breve nota sobre a "apologia à homossexualidade"

Carlos Eduardo Rios do Amaral, 09.

ARTIGOS

As adversidades da Administração Pública Federal no exercício do controle externo dos atos de pessoal decorrentes do regime próprio de previdência social da união

Stênio Leão Guimarães, 12.

Incidência do ICMS nas operações interestaduais, Emenda Constitucional nº 87/2015 e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Sandro Wurlitzer, 34.

A injustiça legal extrema é direito? A filosofia de Gustav Radbruch e a valorização da dignidade humana.

Alexandre Carlos Budib, 45.

Guia essencial sobre o divórcio extrajudicial e "divórcio virtual", para advogados e partes. Entenda quais são os requisitos, a documentação necessária e os custos para a prática do ato. Confira os detalhes sobre o "divórcio virtual"

Heitor José Fidelis Almeida de Souza, 65.

A judicialização da saúde no que tange a obtenção de medicamentos de alto custo: uma revisão integrativa da literatura

Eduardo Buges Damasceno Mota, 70.

A aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no conflito entre a liberdade de informação e o direito à privacidade

Aline Hirt, 83.

Controvérsias a respeito da aplicação do acordo internacional em matéria previdenciária Brasil-França na totalização de períodos de seguro ao regime próprio de previdência social da União

Stênio Leão Guimarães, 109.

A apatia é o novo normal

Marcos Antonio Duarte Silva, 129.

Lavagem de dinheiro e a teoria da cegueira deliberada

Rafaela Cristine Teixeira de Oliveira, 139.

A Escola de Salamanca e a sua herança humanista

Benigno Núñez Novo, 155.

Benefícios da aplicabilidade das holdings nas sociedades familiares

Beatriz Ferreira De Jesus e Bruna Vieira dos Santos, 172.

Estratégias econômicas financeiras corporativas com ênfase na gestão de estoques em uma empresa privada do ramo químico em Camaçari no Estado da Bahia

Fernando Seixas Pereira, 189.

Julgamento de Siegfried Ellwanger Castan. Liberdade de Expressão Vs. Liberdade de Crença

Jhonata Bigas, 216.

Identificação do processo no sistema constitucional de direitos e garantias fundamentais: o processo constitucional como instrumento de interpretação de institutos jurídicos

Fabiano Fernandes Dias, 227.

O estupro enquanto crime de gênero: uma análise cronológica da legislação brasileira

Brenda Ferraz Lucas Leal, 246.

Abandono de crianças e adolescentes na internet

Danyella Dornelas Lacerda Santos, 266.

Guarda compartilhada e o melhor interesse da criança e do adolescente

Karine Santos Monteiro, 279.

Conexão entre jogos de azar e jogos online e a conduta abusiva por micro transações

José Augusto Maraia Junior, 292.

A (in) constitucionalidade da competência da Justiça Militar para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida

Breno Leonardo Oliveira Rodrigues, 310.

A inaplicabilidade dos efeitos da revelia na ação de alimentos

Jadson Nunes Santos, 359.

Da Aplicabilidade da Teoria do Domínio do Fato no Brasil e da Rejeição às suas Interpretações Distorcidas

Pablo Vinícius Gomes Nunes, 381.

Da inconstitucionalidade do art. 76 da Lei nº 9.099/1995 no que tange ao momento de oferecimento do benefício da transação penal

Marcos Taumaturgo de Oliveira e Gustavo Faria Silva, 431.

As multifacetárias causas de opressões contra as mulheres negras funcionárias do lar, racismo e interseccionalidades

Eliaidina Wagna Oliveira da Silva, 451.

(Des)necessidade de autorização legislativa específica para extinção de empresas estatais? Analisando com cautela o decidido na ADI nº 6241/DF

André dos Santos Luz, 477.

Estupro de vulnerável: contemplação como ato libidinoso para caracterização do delito de estupro de vulnerável

Thays Anniely Sousa da Silva e Carla Thamyres de Castro Vidal Silva, 480.

Direito penal mínimo como garantia da dignidade da pessoa humana.

Thiago Bento Ximendes, 504.

A Recuperação Extrajudicial como o Novo Turnaround no Brasil

Caio Freitas Peixoto, 544.

Os honorários de sucumbência: aspectos relevantes sobre a nova legislação no Processo do Trabalho

Cassiano Baptista Mattosinho, 555.

O STF e os cargos de natureza política: mais uma vez a súmula vinculante nº 13

André dos Santos Luz, 565.

O instituto da arbitragem como meio de solução extrajudicial de conflitos individuais à luz da reforma trabalhista com a inserção da figura do empregado hipersuficiente

Karla Victória Izu, 568

BREVE NOTA SOBRE A "APOLOGIA À HOMOSSEXUALIDADE"

CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL:

Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

Vivemos nos dias de hoje em um fantasioso mundo de notáveis experts que vindicam vasto conhecimento multidisciplinar. Muitas pessoas acreditam mesmo que sites de busca de internet e mensagens de aplicativo as transformaram em donas da verdade ou líderes tribais que devem ser seguidos por sua turba doutrinada sem quaisquer questionamentos.

Não raramente nos deparamos neste universo paralelo com a expressão "apologia à homossexualidade" como sinônimo de algo a ser enfrentado, geralmente acompanhada de brados e estados de exaltação. Infelizmente, casos de intolerância, linchamentos e até mesmo assassinatos marcam a questão da rejeição à homossexualidade no País.

Humildemente, de modo breve, vamos a uma rápida análise da expressão "apologia à homossexualidade".

Apologia é definida no dicionário Dicionário Priberam da Língua Portuguesa do seguinte modo: "1. Discurso encomiástico (elogioso). 2. [Figurado] Elogio. 3. Defesa laudatória".

Como se sabe, qualquer "apologia" ou discurso é severamente proibido e/ou punido quando se encontre em discordância com os valores e princípios insculpidos na Constituição da República, nas Leis e nos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil. Em Direito, a isolada opinião ou convicção pessoal não vale.

Nossa Constituição, por exemplo, condena o racismo (Art. 5º, XLII), a violência doméstica (Art. 226, §8º) e a discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (Art. 5º, XLI). Assim, toda a apologia a favor destes comportamentos cruéis expressamente vedados não é aceito pelo nosso ordenamento jurídico.

E a apologia à homossexualidade? O que diz nossa Constituição, Leis e Tratados a respeito da homossexualidade?

O Art. 3º da Constituição proclama que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O Art. 2º da Lei Maria da Penha assegura que toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Igualmente, o Estatuto da Juventude consagra que o jovem tem direito à diversidade e à igualdade de direitos e de oportunidades e não será discriminado por motivo de sexo e orientação sexual (Art. 17, I e II).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos reza que todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição (Art. 2º).

O Pacto de São José da Costa Rica enaltece que os Estados-Partes desta Convenção americana comprometem-se a respeitar os direitos e as liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social (Art. 1º).

Assim, a homossexualidade é traduzida no nosso ordenamento jurídico e global como o direito à livre orientação sexual, como direito à diversidade e à igualdade e, enfim, atributo ou escolha da pessoa humana merecedora de respeito, igualdade e não-discriminação de qualquer natureza.

Então, finalmente, o que seria a “apologia à homossexualidade” no mundo jurídico e sua repercussão normativa? Seria o exercício de um direito, de uma liberdade, nada mais. Como é a apologia, ou seja, o discurso sobre a liberdade da imprensa, o direito a um meio-ambiente ecologicamente equilibrado, o fim da violência doméstica e familiar contra a mulher e pela paz. Todos estes, sem nenhuma dúvida, valores também protegidos pela legislação em vigor.

Noutras palavras, o emprego da expressão “apologia” não muda as coisas. A “apologia” não é delito ou ato ilícito. É o seu conteúdo que determinará a sua penalização ou não. Nos acostumamos à temível expressão “apologia” do Código Penal de 1940 (Art.

287), no capítulo dos crimes contra a paz pública, como algo que nos traz por si só repulsa ou desconforto.

Talvez haja uma razão psicológica coletiva. Nosso Código Penal completará em Dezembro oitenta e um anos em vigor e, de lá para cá, muitas transformações aconteceram em nossa sociedade. Do Estado Novo até a Era Digital sociedades, culturas e pensamentos se modificaram, evoluíram, abandonaram velhas concepções, fizeram novas escolhas.

O Código Penal ao definir o delito de “Apologia de Crime” no Art. 287 como “fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime”, nos traz à mente oitenta e um anos de vigência desse Diploma. Condutas que antes eram consideradas como crime ou contravenções penais hoje foram completamente abolidas.

Certamente a intolerância à homossexualidade por alguns círculos em 1940 serviu de pretexto para detonação da imputação do crime de “Apologia” do Art. 287 do Código Penal à questão da orientação sexual, como uma discussão que deveria ser travada dentro e fora do campo da moral daquela época. Lembrando que o legislador de 1940 era aquele que trazia consigo seus ideais e costumes de uma sociedade de fins do Século XIX.

Somente em 2019 o Supremo Tribunal Federal encerrou cinco Séculos de silêncio legislativo brasileiro, criminalizando todos os atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT, entendendo que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional.

O Brasil, desse modo, necessita abandonar o irreal significado do termo “apologia”. Nem toda a “apologia” é aquela tratada no Art. 287 do Código Penal, qual seja, a “apologia de crime ou criminoso”. Aliás, geralmente, as apologias e discursos de determinadas camadas da sociedade em geral pregam o bem, o justo, o imprescindível, mesmo que utópica.

As obstinadas “apologias” ao direito a rede de esgoto e tratamento de água potável, à qualidade do transporte público municipal, à sadia qualidade da jornada de trabalho, à imprensa livre, à revisão de incongruências de determinado regime tributário, a uma melhor política de isenção e incentivos fiscais a industriais, ao incentivo ao pequeno empresário e tantas outras pautas devem, sim, contagiar a Nação. E todas, todas aquelas outras que não encontrem proibição na Constituição da República, nas Leis e nos Tratados Internacionais, como, por exemplo, a apologia ao respeito à diversidade sexual, igualdade de todos e à livre orientação sexual.

AS ADVERSIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL NO EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO DOS ATOS DE PESSOAL DECORRENTES DO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DA UNIÃO

STÊNIO LEÃO GUIMARÃES: Bacharel em Direito, graduado na Universidade Federal de Sergipe UFS, Especialista em Contabilidade Pública e Responsabilidade Fiscal no Centro Universitário UNINTER, Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Estácio de Sá UNESA. Especializando em Direito Processual Civil pelo Complexo Educacional Renato Saraiva e Tecnólogo em Gestão Pública, graduado no Centro Universitário UNINTER

Resumo: O Tribunal de Contas da União -TCU tem atribuições constitucionalmente definidas e destaca-se como um órgão independente no exercício do controle externo, com autonomia administrativa e financeira. Sua configuração tem os contornos de um órgão técnico administrativo com prerrogativas únicas na fiscalização das despesas públicas. A análise dos atos de aposentadoria e pensão civil por morte são fixadas na Magna Carta de 1988 e se constitui com uma das maiores demandas para o controlador externo. Diante dos julgamentos do Tribunal de Contas da União, na análise dos atos de concessão de benefícios do Regime Próprio de Previdência da União, se buscará no presente estudo entender a dinâmica do referido tribunal com a administração pública federal. Apontando avanços e problemas advindos dos julgamentos realizados pelo Tribunal de Contas da União, além dos seus efeitos aos beneficiários do Regime Próprio de Previdência Social da União.

Palavras-chave: Tribunal de Contas da União. Julgamento de registro de atos de pessoal. Princípio da segurança jurídica na administração pública.

Abstract: The Federal Court of Auditors - TCU has constitutionally defined attributions and stands out as an independent body in the exercise of external control, with administrative and financial autonomy. Its configuration has the contours of an administrative technical body with unique prerogatives in the inspection of public expenditures. The analysis of the acts of retirement and civil pension for death are fixed in the Magna Carta of 1988 and constitute one of the greatest demands for the external controller. In the face of the judgments of the Federal Court of Auditors, in the analysis of the acts of granting benefits of the Federal Social Security System, the present study will seek to understand the dynamics of the referred court with the federal public administration. Pointing out advances and problems resulting from the judgments made by the Federal Court of

Auditors, in addition to their effects on the beneficiaries of the Federal Social Security System.

Keywords: Federal Audit Court. Judgment of registration of personnel acts. Principle of legal security in public administration.

Sumário: 1. Introdução. 2. O Tribunal de Contas da União como órgão de controle externo. 3. A competência do Tribunal de Contas da União em julgar a concessão de benefícios do Regime Próprio da Previdência Social da União. 4. Controvérsias a respeito dos julgamentos do Tribunal de Contas da União. 5. O Tema 445 de repercussão geral e seu efeito no Tribunal de Contas da União. 6. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

No intuito de compreender a fiscalização dos atos de concessão de benefícios do Regime Próprio da União, apresenta-se neste estudo o papel do Tribunal de Contas da União - TCU no exercício do controle externo.

Com atribuição constitucionalmente definida, o TCU figura-se como um órgão independente, com liberdade de atuação e autonomia administrativa e financeira. Há que se destacar sua peculiar natureza jurídica, pois que, este não se submete a nenhum poder, apesar de sua íntima conexão com o Poder Legislativo Federal.

De igual modo, o TCU não é um órgão vinculado ao Poder Judiciário, o qual tem a competência de interpretar as normas existentes. Desta feita, o TCU se configura como um órgão técnico administrativo com prerrogativas únicas no exercício da fiscalização das despesas públicas.

Deve-se se mencionar que, desde 1946, o Tribunal de Contas da União analisa os atos de aposentadoria, reforma e pensão, sendo tal atribuição recepcionada pela Constituição Cidadã de 1988. Desta feita, cabe ao TCU a manifestação sobre os atos de concessão de benefícios do Regime Próprio de Previdência da União através do uso de sistemas internos de fiscalização.

Por meio de uma pesquisa normativa, jurisprudencial e doutrinária, o presente trabalho demonstrará os principais avanços na análise dos registros de atos de pessoal, bem como evidenciará os problemas decorrentes dos julgamentos realizados pelo Tribunal de Contas da União e os seus efeitos aos beneficiários do RPPS da União.

2 O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO COMO ÓRGÃO DE CONTROLE EXTERNO

O Tribunal de Contas da União - TCU é o órgão de controle externo do governo federal que dá suporte ao Poder Legislativo na fiscalização da execução orçamentária e financeira, bem como na promoção de melhorias na administração pública, de acordo com os princípios da legalidade, da legitimidade e da economicidade, conforme o Art. 70 da CRFB/88.

Idealizado pelo Ministro da Fazenda Ruy Barbosa e criado pelo Decreto 966-A, de 07/11/1890, o TCU tem a finalidade de examinar, revisar e julgar dos atos concernentes à receita e despesa da república brasileira.

Na exposição de motivos da criação do TCU, BARBOSA (1890, p. 257) assim atribuiu a missão da organização:

Convém levantar, entre o poder que autoriza periodicamente a despesa e o poder que quotidianamente a executa, um mediador independente, auxiliar de um e de outro, que, comunicando com a legislatura, e intervindo na administração, seja, não só o vigia, como a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetração das infrações orçamentarias por um veto oportuno aos atos do executivo, que direta ou indireta, próxima ou remotamente discrepem da linha rigorosa das leis de finanças.

Com o advento da CRFB/88, o Tribunal de Contas da União passa a ter competência de julgar as contas dos administradores públicos, analisando a correta aplicação dos recursos observando os princípios da economia, da eficiência e da eficácia, insculpidos no Art. 37 da CRFB/88.

É necessário destacar, porém, que as atribuições e características do TCU estão inseridas dentro do Capítulo que determina os contornos do Poder Legislativo brasileiro. Aponta-se, ainda, que a competência de exercer a fiscalização sobre as contas públicas é do Poder Legislativo, conforme os Arts. 51, 52 e 70 da CRFB/88. Outro ponto que merece consideração é que o orçamento do TCU está contido dentro dos limites orçamentários do Poder Legislativo Federal, conforme o Art. 20 da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101/2000.

Deste modo, o Tribunal de Contas da União tem natureza jurídica peculiar e promove a "*accountability* horizontal", conforme defende O'Donnell (1998, p.29), já que, apesar de sua proximidade com o Poder Legislativo, não se submete ao mesmo, figurando como um órgão auxiliar estabelecido constitucionalmente, com autonomia financeira e administrativa, na promoção independente de fiscalização das contas públicas.

Ainda que seja conceituado como um tribunal, a instituição não se vincula ao Poder Judiciário, nem tem a função jurisdicional, conforme defesa de JÚNIOR (1988, p. 186). Dentro de sua competência, o TCU possui função técnica administrativa realizando julgamentos que deverão ser observados pela administração pública devido a imposição constitucional, bem como regulação na Lei Federal nº 8.443/1992, que fixou a Lei Orgânica do Tribunal de Contas. Todavia, como se perceberá, os posicionamentos do TCU poderão ser revisados no Poder Judiciário quando se vislumbre abuso ou ilegalidade.

É válido destacar que apesar do Poder Judiciário e o TCU serem imiscíveis, os ministros do TCU possuem as mesmas prerrogativas e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, bem como o Auditor, substituindo um Ministro de Contas, tem as mesmas prerrogativas de um juiz de um Tribunal Regional Federal, conforme os §§3º e 4º do Art. 73 da CRFB/88.

3 A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO EM JULGAR A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DO REGIME PRÓPRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL DA UNIÃO

Através de sua liberdade, o Tribunal de Contas da União - TCU pode controlar de legalidade dos gastos públicos, avaliar o desempenho da gestão pública e, além disso, apreciar os registros dos atos de pessoal no âmbito da administração direta e indireta, conforme Inciso III do Art. 71 da CRFB/88.

Vale mencionar que desde a Constituição Democrática de 1946, o TCU tem a atribuição de apreciar a legalidade dos atos de concessão de aposentadoria, reforma e pensões, conforme o Inciso III do Art. 77 da CEUB/1946.

A Instrução Normativa nº 78/2018 fixa em seu Art. 2º que são considerados atos de pessoal: a concessão de aposentadoria, a concessão de pensão civil, a concessão de pensão especial a ex-combatente, a concessão de reforma, a concessão de pensão militar e a alteração de concessão das supracitadas hipóteses.

O registro de ato de pessoal anteriormente era realizado pelo Sistema de Apreciação e Registro dos Atos de Admissão e Concessões – SISAC, conforme Resolução TCU nº 152/2002. Atualmente, os atos de pessoal são registrados no sistema e-Pessoal, conforme a Instrução Normativa TCU nº 78/2018 e a Resolução TCU nº 206-2007.

A implantação do e-Pessoal teve a justificativa de atender a demanda de fiscalização dos atos de pessoal, já que essa atividade se demonstrava morosa e chegou a atingir um custo de 290 bilhões de reais no ano de 2016. A respeito das atividades desenvolvidas, o Tribunal de Contas da União (2020, p. 16), em seu Relatório Anual assim fixou:

“Em 2020, foram concluídas 281 fiscalizações, proferidos 32.092 acórdãos e apreciados conclusivamente 108.399 atos de pessoal. O benefício financeiro das ações de controle no ano representou valores da ordem de R\$ 43 bilhões para o erário.”

Trata-se, portanto, de uma ferramenta que reduz a possibilidade de o gestor de pessoal interpretar a lei, induzindo a correção dos atos de pessoal antes do registro ao TCU, além de coibir fraudes e evitar o preenchimento equivocado do operador.

Inicialmente, o ato de concessão da aposentadoria ou pensão civil por morte é registrado no sistema e-Pessoal pelo órgão instituidor do benefício, no prazo de 90 dias da data de concessão, nos termos do Art. 7º da Instrução Normativa TCU nº 78/2018.

Esse registro passará pelo crivo da Controladoria Geral da União – CGU, que proferirá parecer em até 120 dias da data do recebimento do registro do ato de pessoal, nos termos do §1º do Art. 11 da Instrução Normativa TCU nº 78/2018.

Destaca-se que o descumprimento do prazo de registro e encaminhamento enseja na sanção de multa ao gestor de pessoal e ao controle interno nos termos dos Art.s 57 e 58 da Lei Federal nº 8.443/1992.

Posteriormente, o registro de ato de pessoal é encaminhado para a Secretaria de Fiscalização de Pessoal – SEFIP, que é a Unidade Técnica (UT) competente. A UT analisará os dados constantes no sistema, realizando a instrução do processo de julgamento do ato de pessoal através de um relatório encaminhando parecer pela legalidade ou ilegalidade da concessão, nos termos da Resolução TCU nº 206/2007 alterada pela Resolução TCU nº 237/2010.

O relatório da SEFIP é remetido para uma das duas Câmaras do TCU (que é um órgão colegiado autônomo), através do Ministro Relator que, recepcionando o processo instruído, oferecerá oportunidade ao representante do Ministério Público de Contas-MPTCU para emitir parecer sobre o relatório elaborado pela Unidade Técnica, nos termos do Inciso I do Art. 69 e do Art. 156 do Regimento Interno do TCU.

É de atribuição da Câmara julgar a legalidade, com o objetivo de registro, da concessão de aposentadoria, reforma ou pensão a servidor público e a militar federal ou a seus beneficiários.

Após manifestação do membro do MPTCU, o Ministro-Relator proferirá seu voto de mérito que poderá ser seguido pelos demais ministros que compõe a Câmara ou não.

Chegando-se na maioria de votos, é emitido o Acórdão da Câmara considerando a legalidade ou ilegalidade do ato, nos termos do Arts. 68 e 134 do Regimento Interno do TCU.

Caso haja empate, o processo será julgado pelo Plenário, órgão colegiado com todos os Ministros do TCU, de acordo com o Art. 139 do Regimento Interno do TCU.

O Acórdão considerando a ilegalidade de um ato de pessoal é a negativa de registro no Tribunal de Contas da União. Quando um ato de pessoal for julgado ilegal, o TCU fará a remessa do Acórdão para providências ao órgão instituidor do benefício previdenciário, conforme o Art. 262 do Regimento Interno do TCU.

Recebido o Acórdão que considera o ato de pessoal ilegal, o órgão federal tem 15 dias da data de ciência do interessado para atender a decisão proferida. Em caso de omissão, a autoridade administrativa responde solidariamente.

A responsabilização do gestor se dará através do procedimento de Tomada de Contas Especial, que tem o objetivo de identificar os responsáveis e apurar os valores a título de danos ao erário público, nos termos do § 1º do Art. 262 do Regimento Interno do TCU.

Vale mencionar que o interessado (servidor aposentado ou pensionista) poderá entrar com recurso no próprio TCU de Pedido de Reexame, inclusive requerendo o efeito suspensivo da decisão. Esse recurso será analisado pelo órgão colegiado que proferiu o Acórdão, de acordo com o Art. 48 da Lei Federal nº 8.443/92 e Art. 286 do Regimento Interno do TCU.

Caberá ainda, Embargos de Declaração no TCU, quando o interessado solicitar a revisão do julgamento com base numa obscuridade, omissão ou contradição contida no Acórdão proferido, conforme o Art. 287 do Regimento Interno do TCU.

A construção jurisprudencial do TCU se baseia nos julgamentos dos registros de atos de pessoal, porém somente vincula o órgão instituído do benefício previdenciário. É bem comum que, na constatação de irregularidades de benefícios analisados, fomenta relatórios de auditoria que podem gerar decisões que vinculem o Ministério da Economia, como Órgão Central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal - SIPEC, atingindo todo o poder executivo federal, ou ainda, um grupo de órgãos em que se verifique, através de auditoria, o pagamento equivocado dos benefícios no entendimento do TCU.

É imperioso destacar que o TCU também constrói sua coletânea de julgamentos através das Consultas a respeito de dúvida no que tange a aplicação de dispositivos legais e regulamentares formuladas pelas seguintes autoridades: presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal, Procurador Geral da República, Advogado Geral da União, presidente de comissão do Congresso

Nacional ou de suas casas, presidentes de tribunais superiores, ministros de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente e, por fim, os comandantes das Forças Armadas, nos termos do Art. 264 do Regimento do TCU.

Um exemplo de consulta que impactou a possibilidade de conversão de tempo especial em comum, foi o Acórdão nº 2008/2006 - Plenário, citemos a ementa:

CONSULTA. PESSOAL. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESTATUTÁRIA COM O APROVEITAMENTO DE TEMPO ESPECIAL PRESTADO SOB CONDIÇÕES INSALUBRES, PERIGOSAS OU PENOSAS.

O servidor público que exerceu, como celetista, no serviço público, atividades insalubres, penosas ou perigosas, no período anterior à vigência da Lei 8.112/90 tem direito à contagem especial de tempo de serviço para efeito de aposentadoria; todavia, para o período posterior ao advento da Lei 8.112/90, é necessária a regulamentação do art. 40, § 4º, da Constituição Federal, que definirá os critérios e requisitos para a respectiva aposentadoria. Interessado: Senador Renan Calheiros, Presidente do Senado Federal.

De igual modo, o TCU cria jurisprudência por Representação nas situações em que se verifique irregularidades, podendo ser oferecida pelo Ministério Público da União, pelos órgãos de controle interno, pelos senadores da República, deputados federais, estaduais e distritais, juízes, servidores públicos e outras autoridades que comuniquem a ocorrência de irregularidades de que tenham conhecimento em virtude do cargo que ocupem, pelos tribunais de contas dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, as câmaras municipais e os ministérios públicos estaduais, pelas as equipes de inspeção ou de auditoria, pelas unidades técnicas do Tribunal e por outros órgãos, entidades ou pessoas que detenham essa prerrogativa por força de lei específica.

Cita-se um importante acórdão oriundo da Secretaria de Fiscalização de Pessoal - SEFIP, quando verificou o caso de professores federais que alteravam a carga horária para dedicação exclusiva no fim da vida laboral, com o objetivo obter proventos integrais:

REPRESENTAÇÃO. TEMPO MÍNIMO, NO REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA, ANTES DA APOSENTADORIA. NORMATIZAÇÃO, NO ÂMBITO DAS UNIVERSIDADES, DA ALTERAÇÃO DO REGIME DE TRABALHO DOS PROFISSIONAIS. RECOMENDAÇÃO AO MEC. Interessada: Secretaria de Fiscalização de Pessoal (SEFIP) Entidade: Ministério da Educação (vinculador).

É importante, o acompanhamento do órgão federal sobre as decisões do TCU a fim de evitar a concessão equivocada do benefício. Outrossim, a análise dos requerimentos de concessão de benefícios previdenciários aplicando a regulamentação de pessoal do poder executivo federal com as decisões do TCU mostra-se uma boa prática administrativa para o órgão instituidor do benefício.

4 CONTROVÉRSIAS A RESPEITO DOS JULGAMENTOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Informa-se que o Tribunal de Contas da União – TCU, em suas decisões sobre os registros de atos de pessoal, buscando a aplicação do princípio da legalidade e economicidade, por vezes gera decisões que aparentemente esbarram no princípio da segurança jurídica. Esse problema é acentuado pela razão que o TCU tem dificuldades em julgar os atos de pessoal, gerando uma demanda retida que ultrapassa décadas. Citemos como exemplo, o Acórdão 11468/2019 - Primeira Câmara:

PENSÃO CIVIL. INCLUSÃO NO BENEFÍCIO INICIAL, DE VANTAGEM REFERENTE À GRATIFICAÇÃO DE RAIOS-X INCORPORADA PELO INSTITUIDOR, EM PERCENTUAIS SUPERIORES A 10%. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO 763/2006-TCU-PLENÁRIO. ILEGALIDADE DE DOIS ATOS. LEGALIDADE DOS DEMAIS. DETERMINAÇÕES.

Nesse acórdão foi evidenciado uma irregularidade em ato de aposentadoria registrado considerado como legal pelo TCU há mais de cinco anos. No julgado foi apontado que, na análise do ato de registro de pensão civil derivada da aposentadoria, caberia revisão da base de cálculo, não aplicando o instituto da coisa julgada do TCU que considera cristalizada a decisão após o decurso de cinco anos do julgamento, previsto no §2º do Art. 260 do Regimento Interno do TCU.

Diante da alta demanda e morosidade em julgar os atos de pessoal, a CONJUR e a SEFIP apresentaram uma Representação ao TCU, gerando o Acórdão nº 587/2011 – Plenário:

REPRESENTAÇÃO FORMULADA PELA CONSULTORIA JURÍDICA DO TCU. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NECESSIDADE DE A CORTE DE CONTAS ASSEGURAR A OPORTUNIDADE DO USO DE TAIS DIREITOS POR PARTE DOS INTERESSADOS, DADO O TRANSCURSO DE LAPSO TEMPORAL SUPERIOR A CINCO ANOS, QUANDO DA APRECIÇÃO, PARA FINS DE REGISTRO, DA LEGALIDADE DE ATOS DE PESSOAL. ALTERAÇÃO

DA JURISPRUDÊNCIA DO STF ACERCA DA MATÉRIA. DEFINIÇÃO DE PROVIDÊNCIAS VISANDO À MODIFICAÇÃO DE ROTINAS PARA O EXERCÍCIO DESSA COMPETÊNCIA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA.

Através desse julgamento, o TCU adotou novo procedimento para os julgamentos em que há possibilidade de ilegalidade do ato de pessoal. Nessa situação, será observado os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, caso já tenha transcorrido o lapso de cinco anos do registro do ato de pessoal no sistema do TCU. O procedimento de oportunizar manifestação do servidor aposentado ou do pensionista é realizado pela Unidade Técnica.

Com o objetivo de evitar que outros processos ultrapassem o prazo quinquenal, a SEFIP deverá, uma vez vislumbrado a ilegalidade do ato de pessoal ainda durante do referido prazo, abrir o processo no sentido de instruí-lo na tramitação preferencial.

Outro ponto nevrálgico que merece destaque, é que o TCU por vezes atualiza a interpretação de uma lei antiga com base na realidade atual da sociedade. Isso pode ser evidenciado no Acórdão 591/2019 - Segunda Câmara:

PESSOAL. PENSÃO CIVIL. NÃO COMPROVAÇÃO DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. PROPOSTA DE CANCELAMENTO DOS PAGAMENTOS À BENEFICIÁRIA DA PENSÃO. INEXISTÊNCIA NOS AUTOS DO ATO INICIAL DE CONCESSÃO DE PENSÃO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE JULGAMENTO DE MÉRITO. NECESSIDADE DE EXPEDIR DETERMINAÇÃO AO ÓRGÃO VINCULADOR. MONITORAMENTO.

O caso em tela julgou como ilegal a concessão da pensão civil por morte para filha maior solteira, concedida em 1985, de acordo com a Lei Federal nº 3.373/1958 na alegação de que não ficou comprovado a dependência econômica entre a filha e o instituidor do benefício.

Esse entendimento inclusive já motivou uma série de ações judiciais que afastaram a interpretação do TCU, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR CIVIL. PENSÃO POR MORTE. LEI N. 3.373/1958. FILHA SOLTEIRA MAIOR DE 21 ANOS. CONDIÇÃO DE BENEFICIÁRIA. SÚMULA N. 83/STJ. PRECEDENTES DO STJ.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança contra ato atribuído ao Gerente de Gestão de Pessoas do Ministério da Fazenda praticado no processo administrativo que suspendeu a pensão

estatutária que ela recebia com base no art. 5º, parágrafo único, da Lei n. 3.373/58.

II - Após sentença que concedeu a segurança pleiteada, o Tribunal a quo deu provimento à remessa necessária e à apelação da União, ficando consignado que o parágrafo do art. 5º da Lei n. 3.373/1958 aplica-se somente aos casos em que a pensão temporária já fora concedida à filha quando ela ainda era menor, de modo a lhe assegurar a continuidade do benefício, após a maioridade, o que não teria ocorrido. Nesta Corte, o recurso especial foi provido para restabelecer os termos da sentença de fls. 268-272, de modo a manter o pagamento da pensão estatutária.

III - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que, com base em interpretação teleológica protetiva do parágrafo único do art. 5º da Lei n. 3.373/1958, é de rigor o reconhecimento à filha maior de 21 anos solteira não ocupante de cargo público permanente, no momento do óbito, da condição de beneficiária da pensão por morte temporária, independentemente do óbito do instituidor do benefício ser superveniente à maioridade.

Confira-se: AgInt no REsp n. 1.859.489/RJ, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 15/6/2020, DJe 22/6/2020; AgInt no REsp n. 1.869.178/RJ, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/6/2020, DJe 23/6/2020 e AgInt no AREsp n. 1.337.062/RJ, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 21/3/2019, DJe 28/3/2019.

IV - Desta forma, aplica-se, à espécie, o enunciado da Súmula 83/STJ: Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida. Ressalte-se que o teor do referido enunciado aplica-se, inclusive, aos recursos especiais interpostos com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional.

V - Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1872845/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/03/2021, DJe 26/03/2021)

Sobre a pensão civil por morte à filha maior solteira, a jurisprudência dos tribunais superiores é pacífica no entendimento de que a filha maior solteira somente perde sua qualidade como beneficiária quando se casa ou quando se torna ocupante de cargo público permanente.

Há que se pontuar, por outro lado, que as decisões do TCU podem ser revistas acompanhando o entendimento dos tribunais superiores, a exemplo do Acórdão nº 12356/2020 - Primeira Câmara que segue *in verbis*:

PESSOAL. APOSENTADORIA. CONTAGEM PONDERADA DE TEMPO DE SERVIÇO. RE 1.014.286/SP, COM REPERCUSSÃO GERAL. POSSIBILIDADE. LEGALIDADE DE UM DOS ATOS. ILEGALIDADE DO OUTRO ATO, EM RAZÃO DA NÃO ABSORÇÃO DE VANTAGEM TEMPORÁRIA PREVISTA NO ART. 15 DA LEI 11.091/2005. DISPENSA DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE RECEBIDOS DE BOA-FÉ. DETERMINAÇÕES.

No caso em tela, o TCU julgou como legal uma conversão de tempo especial por exposição a agente nocivo em tempo comum, relativo a período posterior à instituição do Regime Jurídico Único, com base no Tema 942 de repercussão geral, para aplicação na concessão de uma aposentadoria por incapacidade permanente.

A decisão se trata de mudança de entendimento já que, anteriormente, o Plenário, através dos Acórdãos nº 2.008/2006 e nº 911/2014, fixou o entendimento de que somente era possível converter o tempo especial em tempo comum do funcionário celetista anterior ao Regime Jurídico Único.

5 O TEMA 445 DE REPERCUSSÃO GERAL E SEU EFEITO NO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

É imperioso mencionar o julgamento do *leading case* RE 636553 em que foi discutido a aplicação do prazo de 5 anos previstos no Art. 54 da Lei Federal nº 9.784/1999 para a administração pública anular ato de concessão de aposentadoria, ponderando se o termo inicial do prazo começaria na data da concessão do benefício ou na data de registro do ato de pessoal no sistema do TCU. Reconhecendo a repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal assim editou o Tema 445:

“Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas.”

Um exemplo prático da aplicação do tema 445 gerando modulação de efeitos nos julgamentos do TCU é o Acórdão nº 565/2021 – Plenário que julgou ilegal o pagamento da vantagem “opção de função” fixada no Art. 193 da Lei Federal nº 8.112/90. Citemos o comando de adequação:

REPRESENTAÇÃO DE UNIDADE TÉCNICA. IRREGULARIDADE NO PAGAMENTO DA PARCELA “OPÇÃO” (ART. 193 DA LEI 8.112/1990), CONFORME ENTENDIMENTO FIRMADO NO ACÓRDÃO 1.599/2019-PLENÁRIO. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÕES E CIÊNCIA.

(...)

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, e com base no art. 45 da Lei 8.443/1992 e no art. 237, inciso VI, do Regimento Interno e na Súmula TCU 249, em:

9.1. conhecer da presente representação, por atender aos requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno do TCU, c/c o art. 103, § 1º, da Resolução-TCU 259/2014, e considerá-la procedente;

9.2. determinar aos órgãos da Administração Pública Federal direta, autárquica ou fundacional, com fundamento no art. 43, I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso II do Regimento Interno do TCU, que:

9.2.1. no prazo de 15 (quinze) dias, iniciem os procedimentos para identificação dos casos e promovam a oitiva de todos os aposentados e pensionistas que se encontrem na situação descrita neste processo, com vistas à regularização, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, do pagamento da vantagem denominada “opção”, prevista no art. 193 da Lei 8.112/1990, que deverá adotar os seguintes parâmetros:

9.2.1.1. **o pagamento da “opção” deverá ser suprimido**, no caso dos beneficiários **cujos atos de concessão foram emitidos há menos de cinco anos e se encontrem pendentes de julgamento pelo TCU**;

9.2.1.2. **o pagamento da “opção” deverá ser transformado em vantagem pessoal**, a ser absorvida por quaisquer reajustes futuros, no caso dos beneficiários cujos **atos de concessão foram expedidos há mais de cinco anos, desde que ainda não tenham sido julgados ou considerados tacitamente registrados pelo TCU;**

9.2.1.3. **o pagamento da “opção” deverá ser transformado em vantagem pessoal nominalmente identificada**, sujeita exclusivamente ao reajuste geral dos servidores públicos federais, no caso dos beneficiários cujos **atos de concessão tenham sido julgados legais ou considerados tacitamente registrados pelo TCU há mais de cinco anos;**

9.2.2. promovam levantamento e enviem, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, à apreciação desta Corte de Contas, os eventuais atos de aposentadoria e de pensão civil que contemplem o pagamento da parcela de “opção” nas circunstâncias tratadas neste processo, expedidos há mais de cinco anos, por meio do sistema e-Pessoal, caso ainda não o tenham providenciado;

9.2.3. se abstenham de emitir novos atos de concessão que contenham a irregularidade tratada nestes autos. (Grifos nossos)

A decisão do Supremo Tribunal Federal fortalece o TCU e retira a pressão no mesmo em julgar os atos de pessoal que tendem lotar a Unidade Técnica. O prazo decadencial de cinco anos, a partir do registro do ato no TCU, já era reconhecido pelo mesmo, conforme Acórdão nº 9572/2015 - Segunda Câmara, Acórdão nº 1428/2016 - Segunda Câmara, Acórdão nº 4837/2017 - Primeira Câmara, Acórdão nº 15075/2018 - Primeira Câmara e, finalmente, a Súmula nº 278 do TCU de 2012:

SÚMULA nº 278 - Os atos de aposentadoria, reforma e pensão têm natureza jurídica de atos complexos, razão pela qual os prazos decadenciais a que se referem o § 2º do art. 260 do Regimento Interno e o art. 54 da Lei nº 9.784/99 começam a fluir a partir do momento em que se aperfeiçoam com a decisão do TCU que os considera legais ou ilegais, respectivamente.

Por outro lado, o tema 445 exarado pelo STF aponta o caminho que o Tribunal de Contas da União deverá perseguir no sentido de atender a demanda, tendo como meta o julgamento de todos os atos que são registrados no prazo decadencial de cinco anos.

O próprio aperfeiçoamento do sistema e-Pessoal do TCU aparenta contribuir nesse sentido, já que a ferramenta possui parâmetros para evitar com que a grande maioria dos casos de flagrante ilegalidade sequer consiga ser registrados no sistema.

Registre-se que, no ano de 2020, foram apreciados conclusivamente 108.399 atos de pessoal, sendo 91.840 considerados legais, 3.395 julgados como ilegais e 13.164 considerados prejudicados por perda de objeto.

Um aspecto de atualização do sistema é a possibilidade de inclusão das remunerações de contribuição para que seja possível aos órgãos de controle verificar o cálculo do benefício com base na média aritmética simples.

Outro ponto que deveria ser aprofundado é a transferência automática de dados do Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos - SIAPE para o e-Pessoal. A medida evidenciaria os pontos em que o sistema de concessão de benefícios deve ser ajustado em sintonia com a interpretação do Tribunal de Contas da União.

Há que se destacar que os Tribunais Regionais Federais estão modificando as revisões dos benefícios motivadas pelo TCU, influenciados pelo princípio da segurança jurídica, no argumento de que o tema 445 somente se aplica ao caso de cancelamento do benefício:

PROCESSO Nº: 0805503-12.2020.4.05.8400 - APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
APELADO: ANITA BARBOSA MACEDO ADVOGADO: Carlos Alberto Marques Junior RELATOR(A): Desembargador(a) Federal Cid Marconi Gurgel de Souza - 3ª Turma JUIZ PROLATOR DA SENTENÇA (1º GRAU): Juiz(a) Federal Janilson Bezerra De Siqueira EMENTA PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022 DO CPC. HORAS EXTRAS INCORPORADAS POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. VANTAGEM NÃO TRANSFORMADA EM VPNI. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DA UFRN E LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO FEDERAL. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. OMISSÃO SUPRIDA. PRELIMINAR AFASTADA. SUPRESSÃO DA RUBRICA. **DETERMINAÇÃO DO TCU**. ABSORÇÃO PELAS VANTAGENS REMUNERATÓRIAS. IMPOSSIBILIDADE. **SITUAÇÃO JURÍDICA CONSOLIDADA NO TEMPO**. EMBARGOS PARCIALMENTE PROVIDOS, SEM ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. 1. Embargos de Declaração opostos pela UFRN em face do acórdão que negou provimento à Apelação, mantendo incólume a sentença que julgou procedente o pedido inicial para

anular o ato administrativo que cessou o pagamento das horas extras incorporadas aos vencimentos da parte Autora, bem como para condenar a UFRN a restabelecer o pagamento da referida vantagem como vinha ocorrendo antes da edição do ato impugnado, e a pagar os atrasados acrescidos de juros e correção monetária, calculados nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal. 2. Alega a Embargante que o acórdão impugnado incorreu em omissão quanto: a) à preliminar de ilegitimidade da UFRN e de litisconsórcio passivo necessário da União Federal; b) à inocorrência da decadência ante a impossibilidade de aplicação ao caso do disposto no art. 54 da Lei nº 9.784/99 vez que não se trata de anulação de ato administrativo, mas sim de supressão de vantagem em face de comprovada absorção por novos padrões remuneratórios, configurando relação de trato sucessivo; c) à inexistência de violação à coisa julgada pelos acórdãos do TCU que determinaram a redução/exclusão das horas extras pelo reconhecimento da absorção da vantagem pelas sucessivas reestruturações da carreira do servidor, não havendo que se falar em direito adquirido à manutenção da verba, uma vez que não há prova de que a decisão judicial assegurou o pagamento de VPNI ad aeternum. 3. Quanto à preliminar de legitimidade passiva necessária da União Federal, de fato, houve omissão no julgado, pelo que, passa-se à análise da prejudicial citada para desde já afastá-la. É que a exclusão da vantagem foi decorrente de ato direto da UFRN embora seguindo determinação do TCU. Conforme entendimento do col. STJ "as Universidades Federais, pessoas jurídicas de direito público, autônomas, independentes e dotadas de personalidade jurídica própria, detêm legitimidade para a prática de atos processuais, sendo representadas por seus procuradores autárquicos, nos termos do disposto na LC 73/1993 (art. 17, I). Inexiste, portanto, obrigatoriedade de inclusão da União na figura de litisconsorte, já que é regular a demanda ajuizada exclusivamente em desfavor da Instituição de Ensino, a qual detém absoluta legitimidade para responder pelos atos veiculados na exordial" (STJ - REsp 1.796.396/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 07/05/2019, DJe 12/09/2019). Afastada, pois, a preliminar de ilegitimidade passiva da UFRN e de litisconsórcio necessário da União Federal. 4. Sobre as demais questões, inexistem as omissões apontadas. 5. **A teor dos fundamentos postos no decisum, esta colenda Tuma concluiu que como os autores recebem as horas extras incorporadas há pelo menos 15 (quinze) anos por força de decisão judicial transitada em julgado, a situação jurídica dos**

demandantes se encontra consolidada no tempo de forma que a sua alteração na forma pretendida pela autarquia ré violaria o princípio da segurança jurídica. 6. Foi perfilhado o entendimento de que "incide o prazo decadencial do art. 54 da Lei nº 9.784/99 a contar do primeiro pagamento uma vez que, segundo entendimento do STJ, 'a inclusão das horas extras incorporadas aos vencimentos dos servidores implantada em razão do cumprimento de decisão judicial transitada em julgado, constitui ato comissivo, único, de efeitos concretos' (STJ - AgRg no REsp 1.552.624/RN, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 22/05/2018, DJe 01/06/2018). A exemplo: (TRF5 - Processo 0803962-75.2019.4.05.8400, Apelação Cível, Rel. Desembargadora Federal Isabelle Marne Cavalcanti de Oliveira Lima (Convocada), 3ª Turma, julgamento: 01/10/2020)". 7. Restou consignado no voto recorrido que: "O pagamento das horas extras incorporadas por força de decisão judicial por prazo superior ao lustro prescricional do art. 54 da Lei nº 9.784/99, sem que a Administração tenha a transformado a rubrica em VPNI para a efetiva compensação a cada reestruturação da carreira até a consumação total do valor da vantagem pessoal, configura situação jurídica já consolidada no tempo e impassível de alteração por ato do Tribunal de Contas da União, ainda que pelas vias do exercício da competência prevista no art. 71, III, da CF, sob pena de ofensa à segurança jurídica, ao direito adquirido e à coisa julgada. 8. Foi dito, também, que: "Se a verba tinha origem em outro regime jurídico e, por essa razão, não mais poderia ser paga à requerente, caberia à Administração sua transformação em VPNI na época devida, para efetiva compensação a cada reestruturação da carreira até a consumação total do valor da vantagem pessoal. **Não cabe ao Tribunal de Contas da União, depois de tantos anos, e após já consolidada a situação, excluir a verba dos contracheques da parte autora, por ocasião da homologação de sua aposentadoria. Pensar dessa forma seria abrir a possibilidade de a Corte de Contas rever qualquer situação consolidada em face do tempo, contra decisão judicial baseada em lei expressa e sem declaração de inconstitucionalidade, violando a segurança jurídica, ora representada pelo instituto da decadência.** Penso, pois, que não há como admitir a determinação de exclusão da verba incorporada depois de tanto tempo sem ferir o princípio da segurança jurídica, postulado do Estado de Direito, e sem ofender o

direito adquirido do servidor e a coisa julgada (TRF5 - Processo 0803567-20.2018.4.05.8400, AC - Apelação Cível Rel. Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, 3ª Turma, julgamento: 21/03/2019)" 9. O inconformismo da parte recorrente não se amolda aos contornos da via dos Embargos de Declaração, porquanto o acórdão ora combatido não padece de vícios de omissão, contradição ou obscuridade, não se prestando o manejo de tal recurso para o fim de rediscutir os aspectos fático-jurídicos anteriormente debatidos. Embargos de Declaração providos, em parte, sem atribuição de efeitos infringentes. jes

(PROCESSO: 08055031220204058400, APELAÇÃO CÍVEL, DESEMBARGADOR FEDERAL CID MARCONI GURGEL DE SOUZA, 3ª TURMA, JULGAMENTO: 08/04/2021) (Grifos nossos)

Deste modo, apesar do tema 445 estabelecer o prazo decadencial para o TCU, o Poder Judiciário Federal não tende a perder de vista o respeito ao princípio da segurança jurídica fixado no Art. 2º e Art. 54, da Lei Federal nº 9.784/99.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Tribunal de Contas da União foi uma das primeiras instituições em que se materializou o espírito republicano do Estado brasileiro.

Dotado de uma independência e autonomia de atuação, o TCU figura como um órgão administrativo técnico com atribuição constitucional na promoção do controle dos gastos públicos.

Suas decisões devem ser observadas por toda administração pública, personificada pelo poder legislativo, judiciário e executivo. Diante de uma inobservância, o TCU tem ferramentas para punir os gestores públicos, inclusive com reposição ao erário.

Apesar do TCU observar o entendimento dos tribunais superiores, por vezes, inspirado tão somente no princípio da economicidade, fixado no Art. 70 da CRFB/88, gera decisões que posteriormente são revistas pelo Poder Judiciário por ferirem o princípio da segurança jurídica na administração pública.

O TCU, ainda que tenha criado ferramentas mais eficientes no que tange o controle dos atos de pessoal, mesmo que possua um sistema integrado em todos os órgãos da administração pública federal, se mostra ineficiente em julgar as demandas em um período razoável de tempo.

No atual cenário, os aposentados e pensionistas não têm segurança jurídica a respeito dos benefícios que foram conferidos à época, motivado pela demora do TCU em julgar o ato, ou ainda por causa das decisões que indiretamente revisam outros atos já julgados como legais pelo próprio TCU. A insegurança jurídica é ainda mais afetada nos casos de reinterpretação da legislação fora do contexto social e político em que foram criadas.

Com a devida vênia, as decisões do Tribunal de Contas da União devem possuir o devido calibre de acordo com os princípios inerentes à demanda, contendo-as nos restritos limites da legalidade, da segurança jurídica e da economicidade.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruy. **Exposição de Motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU**. 1890. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1113>. Acesso em 20 de abril de 2021.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 20 de abril de 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 20 de abril de 2021.

_____. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em 20 de abril de 2021.

_____. **Lei Federal nº 8.443, de 16 de julho de 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em 20 de abril de 2021.

_____. **Lei Federal nº 3.373, de 12 de março de 1958**. Dispõe sobre o Plano de Assistência ao Funcionário e sua Família, a que se referem os arts. 161 e 256 da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, na parte que diz respeito à Previdência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3373.htm. Acesso em 20 de abril de 2021.

_____. **Lei Federal nº 3.373, de 12 de março de 1958.** Dispõe sobre o Plano de Assistência ao Funcionário e sua Família, a que se referem os arts. 161 e 256 da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, na parte que diz respeito à Previdência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3373.htm. Acesso em 20 de abril de 2021.

_____. **Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em 20 de abril de 2021.

_____. **Decreto nº 966-a, de 7 de novembro de 1890.** Crêa um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos actos concernentes á receita e despesa da Republica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D00966-A.html. Acesso em 20 de abril de 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa nº 78, de 21 de março de 2018.** Dispõe sobre o envio, o processamento e a tramitação de informações alusivas a atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadoria, reforma e pensão, para fins de registro, no âmbito do Tribunal de Contas da União, nos termos do art. 71, inciso III, da Constituição Federal. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=27/03/2018&jornal=515&pagina=75>. Acesso em 20 de abril de 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa nº 78, de 21 de março de 2018.** Dispõe sobre o envio, o processamento e a tramitação de informações alusivas a atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadoria, reforma e pensão, para fins de registro, no âmbito do Tribunal de Contas da União, nos termos do art. 71, inciso III, da Constituição Federal. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=27/03/2018&jornal=515&pagina=75>. Acesso em 20 de abril de 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Resolução TCU nº 152, de 2 de outubro de 2002.** Estabelece procedimentos para exame, apreciação e registro dos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadoria, reforma e pensão pelo Tribunal de Contas da União. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/814>. Acesso em 20 de abril de 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Resolução TCU nº 206, de 2 de outubro de 2007.** Estabelece procedimentos para exame, apreciação e registro dos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadoria, reforma e pensão pelo Tribunal de Contas da União. Disponível em:

<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A14D056C05014D0611401D180C>. Acesso em 20 de abril de 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Resolução - TCU nº 237, de 20 de outubro de 2010**. Altera os arts. 5º, 6º e 7º da Resolução-TCU nº 206, de 24 de outubro de 2007, que estabelece procedimentos para exame, apreciação e registro dos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadoria, reforma e pensão pelo Tribunal de Contas da União. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F624F272201626CB998DC4AAA>. Acesso em 20 de abril de 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.008/2006 - Plenário**. Ministro Relator: Walton Alencar Rodrigues. Consulta Processual. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em 20 de abril de 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.008/2006 - Plenário**. Ministro Relator: Walton Alencar Rodrigues. Consulta Processual. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em 20 de abril de 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 587/2011 – Plenário**. Ministro Relator: Valmir Campelo. Consulta Processual. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em 20 de abril de 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 9572/2015 - Segunda Câmara**. Ministro Relator: Valmir Campelo. Consulta Processual. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em 20 de abril de 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1428/2016 - Segunda Câmara**. Ministro Relator: Augusto Nardes. Consulta Processual. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em 20 de abril de 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 4837/2017 - Primeira Câmara**. Ministro Relator: Vital do Rêgo. Consulta Processual. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em 20 de abril de 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 15075/2018 - Primeira Câmara.** Ministro Relator: Bruno Dantas. Consulta Processual. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em 20 de abril de 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 11468/2019 - Primeira Câmara.** Ministro Relator: Vital do Rêgo. Consulta Processual. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em 20 de abril de 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 591/2019 - Segunda Câmara.** Ministro Relator: Raimundo Carreiro. Consulta Processual. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em 20 de abril de 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 12356/2020 - Primeira Câmara.** Ministro Relator: Benjamin Zymler. Consulta Processual. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em 20 de abril de 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 565/2021 – Plenário.** Ministro Relator: Jorge Oliveira. Consulta Processual. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em 20 de abril de 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Súmula nº 278 do TCU de 2012.** Acórdão 1462/2012-Plenário Ministro Relator: Augusto Nardes. Consulta Processual. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/sumula>. Acesso em 20 de abril de 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Relatório anual de atividades do TCU: 2020 /** Tribunal de Contas da União. – Brasília: Secretaria-Geral da Presidência (Segepres), Secretaria-Geral Adjunta da Presidência (Adgepres), 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Evento: Conclusão da implantação do e-Pessoal na Administração Pública.** Youtube, 05 mar. 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NpomOiefpTc>. Acesso em 20 de abril de 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Processo: 08055031220204058400, Apelação Cível.** 3ª Turma. Desembargador Federal Cid Marconi Gurgel De Souza. Disponível em: <https://pje.trf5.jus.br/pje/ConsultaPublica/listView.seam>. Acesso em 20 de abril de 2021.

JÚNIOR, J. Cretella. **Natureza das Decisões do Tribunal de Contas.** Revista dos Tribunais. V. 613, nº 1988, p. 14/23, 1988. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181721/000426751.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em 20 de abril de 2021.

O 'DONNELL, Guillermo. **Accountability horizontal e novas poliarquias**. Lua Nova, São Paulo, n. 44, p. 27-54, 1998 Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451998000200003&lng=en&nrm=iso. Acesso em 20 de abril de 2021. <https://doi.org/10.1590/S0102-64451998000200003>.

INCIDÊNCIA DO ICMS NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS, EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 87/2015 E O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SANDRO WURLITZER: Graduado em Direito pela Universidade Cândido Mendes - UCAM/RJ e pós graduando em Direito Constitucional pelo COMPLEXO DE ENSINO RENATO SARAIVA / FACULDADE CERS. Analista de Mercado de Capitais da Comissão de Valores Mobiliários e Advogado.

RESUMO: O constituinte originário estabeleceu que nas operações interestaduais destinadas a consumidor final, a distribuição do produto da arrecadação do ICMS estaria atrelada à qualificação do destinatário da mercadoria como contribuinte ou não contribuinte do imposto. O art. 155, §2º VII e VIII da CF/88 afirmava que apenas nos casos em que o consumidor final era contribuinte, parte da arrecadação caberia ao Estado de destino. Com o desenvolvimento do comércio eletrônico, ocorreu substancial incremento da comercialização direta das mercadorias entre os fornecedores e consumidores finais não contribuintes em Estados distintos. A alteração acarretou grandes perdas de arrecadação aos Estados consumidores em relação aos mercados produtores. As soluções infraconstitucionais, tais como o Protocolo ICMS 21/2011 e as legislações estaduais foram declaradas inconstitucionais pelo STF pois violavam o sistema estabelecido pela CF/88. A EC nº 87/2015 suprimiu a diferenciação entre consumidor final contribuinte e não contribuinte, estabelecendo a divisão do valor arrecadado entre o Estado de origem e o Estado de destino da mercadoria ou serviço. Na ADI 5.469/DF, o STF decidiu que a cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar para veiculação de normas gerais.

Palavras-Chave: ICMS. Operações Interestaduais. Emenda Constitucional nº 87/2015. Diferencial de Alíquotas. Necessidade de Lei Complementar.

Sumário: 1. Introdução; 2. A incidência do ICMS sobre operações interestaduais conforme o constituinte originário; 3. Inconstitucionalidade das soluções normativas anteriores à Emenda Constitucional nº 87/2015; 4. A Emenda Constitucional nº 87/2015; 5. Necessidade de edição de lei complementar para cobrança do diferencial de alíquotas; 6. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma série de diretrizes, atividades e serviços a serem implementados pelo Poder Público e às distribuiu pela instituição de competências materiais a serem exercidas pelos Entes federados. Nessa linha, o próprio texto constitucional previu meios de auferimento de receitas que financiem a sua execução e a própria existência material do Estado. A principal fonte de arrecadação prevista é a tributação.

Nesse sentido, a principal finalidade do Direito Tributário é estabelecer os princípios e regras a serem observados pelo Estado na arrecadação dessas receitas tributárias destinadas à consecução das políticas públicas. Essa normatização é fundamental para que haja compatibilização entre o interesse arrecadatário do Estado e outros valores de status constitucional, como os direitos fundamentais dos contribuintes, o Pacto Federativo e a autonomia dos Entes federados União, Estados, Municípios e Distrito Federal (art.1º, caput e art. 18 da CF/88).

Sob essa perspectiva, a Constituição Federal de 1988 estruturou o Sistema Tributário Nacional e, dentre outros temas, tratou da competência dos entes federados para instituição de tributos e, especificamente aos Estados e ao Distrito Federal, a competência para instituição do Imposto sobre “operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior” (art. 155, II da CF/88).

Destaca-se que o ICMS é a principal fonte tributária de financiamento dos Estados, de modo que a sua arrecadação é essencial ao desenvolvimento de suas atividades.

Conforme se depreende do texto constitucional, dentre as hipóteses de incidência do imposto estão as operações relativas à circulação de mercadorias. Quando a circulação da mercadoria é interna, ou seja, alienante e adquirente estão dentro do mesmo Estado, não há maiores questionamentos. O imposto arrecadado caberá ao Estado do estabelecimento contribuinte que ficará com o todo valor decorrente da aplicação da alíquota interna.

Todavia, na hipótese de operações interestaduais em que há a circulação da mercadoria entre o alienante em determinado Estado e o adquirente em Estado diverso, surge o problema a respeito de qual Estado seria titular da arrecadação do tributo, bem como de qual seria a alíquota aplicável.

2. A INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE OPERAÇÕES INTERESTADUAIS CONFORME CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Uma primeira solução possível seria atribuir o produto da arrecadação do ICMS ao Estado de origem, ou seja, onde localizado o estabelecimento fornecedor. Essa solução beneficiaria os Estados mais desenvolvidos e industrializados, que produzem as mercadorias. De outro lado, prejudicaria os Estados menos desenvolvidos, com incremento das desigualdades, em contradição aos objetivos fundamentais estabelecidos na própria Constituição Federal.

Outra solução seria a atribuição da arrecadação aos Estados destinatários onde se localizam os consumidores, comumente menos industrializados, o que contribuiria para a diminuição das desigualdades regionais (art.3º, IV da CF/88). Todavia, tal solução seria contraditória ao próprio dever estatal de fomento ao desenvolvimento econômico, já que seria beneficiado apenas na condição de destinatário dessas relações, além de desestimular a circulação de riquezas entre os Estados.

Diante de tal embate, o constituinte originário lançou mão de critério intermediário ao estabelecer que nas operações interestaduais realizadas entre contribuintes, boa parte da arrecadação da cadeia produtiva beneficiaria o Estado de destino. Lembre-se que, ao tempo de elaboração da Constituição, a aquisição de bens pelos consumidores finais era realizada quase que exclusivamente no estabelecimento físico do fornecedor, de modo que operações interestaduais destinadas a consumidor não contribuinte eram excepcionais.

Assim, na redação originária, o art. 155, §2º, VII e VIII da CF/88 contava com a seguinte redação:

Art. 155 (...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II (ICMS) atenderá ao seguinte:

(...)

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

- a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;
- b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele.

VIII - na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

A partir desta previsão, são três as possíveis situações fáticas a serem consideradas nas operações interestaduais.

A primeira situação possível ocorre quando a aquisição é realizada por contribuinte com o objetivo de revenda da mercadoria. Não há, portanto, a retirada do bem da cadeia de circulação e o adquirente não se enquadra como consumidor final. É o caso das lojas que adquirem mercadorias para revenda aos seus clientes. Nessa hipótese, que não encontra solução nos dispositivos supracitados, o ICMS é cobrado uma única vez com a aplicação da alíquota interestadual no Estado de origem que fica com todo o valor obtido. Ao Estado de destino caberá o imposto referente às operações subsequentes realizadas a partir do seu território sob o regime da não cumulatividade previsto no art. 155, §2º, I da CF/88.

A segunda situação possível ocorre quando a aquisição é realizada por consumidor final contribuinte do ICMS. O adquirente, embora contribuinte do imposto, adquire a mercadoria como consumidor final, sem a finalidade de comercializá-la. É o caso de um supermercado, por exemplo, que adquire um computador utilizado nas suas atividades administrativas. Nesse caso, o ICMS seria cobrado duas vezes e o produto da arrecadação dividido entre os Estados de origem e de destino da mercadoria.

Quando a mercadoria sair do estabelecimento vendedor, aplica-se a alíquota interestadual de ICMS e o valor obtido ficará com o Estado de origem. Noutra giro, quando a mercadoria der entrada no estabelecimento que a comprou, aplica-se a diferença entre a alíquota interna do Estado de destino e a alíquota interestadual, e o valor obtido ficará com o Estado de destino, nos termos do art. 155, VIII da CF/88. Diferente da primeira situação, o destinatário, mesmo qualificado como contribuinte, não pretende comercializar a mercadoria e, portanto, não há que se falar em "valor de revenda" nem em abatimento de crédito adquirido em operações antecedentes.

A terceira situação possível ocorre quando a aquisição é realizada por consumidor final não contribuinte do ICMS. Trata-se do caso da pessoa física que compra uma mercadoria via internet ou telemarketing de comerciante domiciliado em outro Estado, por exemplo. Como visto, o texto original da Constituição (art. 155, §2º, VII, b) prevê que o ICMS é cobrado uma única vez com a aplicação da alíquota interna no Estado de origem que fica com todo o valor obtido. Assim, o Estado de destino não tinha qualquer proveito na arrecadação do ICMS.

Conforme consignado no início deste tópico, ao tempo da elaboração da Constituição, tais operações eram excepcionalíssimas e com base nesse pressuposto, foram estabelecidas as regras constitucionais sobre o tema. Como o volume dessas operações era baixo, não acarretava desequilíbrio em desfavor dos Estados "consumidores".

Todavia, com o desenvolvimento da internet, sobretudo a partir do início dos anos dois mil, houve uma alteração significativa na dinâmica do consumo. A expansão da possibilidade de realização de compras no ambiente virtual incrementou de forma substancial as aquisições diretas pelos consumidores finais não contribuintes de estabelecimentos localizados em outros Estados. Em contrapartida, esses mesmos consumidores deixaram de adquirir esses bens nos estabelecimentos físicos locais.

Assim, o aumento substancial nas compras virtuais em detrimento das compras realizadas presencialmente em estabelecimentos contribuintes do Estado de consumo resultou no incremento da arrecadação de ICMS nos Estados de origem, produtores e mais desenvolvidos e, inevitavelmente, em decréscimo na arrecadação de ICMS nos Estados de destino das mercadorias, menos desenvolvidos, contribuindo para o agravamento das desigualdades regionais (art.3º, IV da CF/88) e desequilibrando o modelo pretendido pelo Constituinte Originário.

3. INCONSTITUCIONALIDADE DAS SOLUÇÕES NORMATIVAS ANTERIORES À EMENDA CONSTITUCIONAL nº 87/2015

Diante da nova dinâmica e conseqüente queda de arrecadação, os Estados consumidores reunidos no CONFAZ – Conselho Nacional de Política Fazendária, tentaram minorar o problema através da edição do Protocolo ICMS 21/2011 que previu em sua cláusula primeira que seria possível a exigência da diferença entre a alíquota interna e a interestadual nos casos de "operação interestadual em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem de forma não presencial por meio de internet, telemarketing ou showroom".

Importante perceber que sob essa sistemática, diferente do tratamento dado à segunda situação descrita no tópico anterior, além da mercadoria ser onerada com a alíquota interna do Estado de origem, mais alta que a interestadual nos termos do art. 155, §2º, VI da CF/88, ainda sofreria a incidência do diferencial de alíquotas em favor do Estado de destino.

Foi proposta a ADI 4.628/DF contra o referido ato e o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a cobrança de ICMS fundada no Protocolo ICMS 21/2011 do CONFAZ. No entendimento da Corte, o protocolo ofende a Constituição por atribuir ao Estado de destino, sem autorização constitucional, a diferença entre a sua alíquota interna de ICMS do Estado de destino e a alíquota interestadual, frente à circulação de mercadorias não presencial e destinada a consumidor final não contribuinte desse imposto.

Segundo decidiu o STF, além de estipular regime tributário diverso do previsto na Constituição Federal, o protocolo acabava por configurar hipótese de bitributação, na medida em que, diferente do regime constitucionalmente previsto para as demais

hipóteses, levava à incidência das alíquotas internas de ambos os Estados, o que configurava verdadeiro confisco em violação ao art. 150, IV da CF/88.

Alguns dos Estados consumidores também tentaram corrigir a distorção econômica pela instituição da cobrança de ICMS por meio de lei estadual, para hipótese em que a mercadoria tivesse sido adquirida de forma não presencial, em outra unidade federativa, por consumidor final não contribuinte do imposto.

Mais uma vez o Supremo Tribunal Federal foi chamado a se manifestar sobre tais hipóteses e, com base em fundamentos muito semelhantes aos adotados na ADI 4.628/DF que tratou do Protocolo ICMS 21/2011 do CONFAZ, declarou inconstitucional a legislação estadual anterior à EC nº 87/2015 que estabeleceu a cobrança de ICMS pelo Estado de destino nas operações interestaduais de circulação de mercadorias realizadas de forma não presencial e destinadas a consumidor final não contribuinte desse imposto. Por todos, cabe a citação dos seguintes trechos da ementa do julgamento da ADI 4565/PI:

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. LEI DO ESTADO DO PIAUÍ Nº 6.041/2010. ANTERIOR À EC nº 87/2015. AQUISIÇÃO NÃO PRESENCIAL. CONSUMINDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE. COBRANÇA PELO ESTADO DE DESTINO. INCONSTITUCIONALIDADE.

(...)

5. O Constituinte optou por positivizar a repartição do poder de tributar entre os entes federados, introduzindo regras constitucionais, que, sobretudo no que toca aos impostos, predeterminaram as materialidades tributárias. O desenho constitucional, por conseguinte, encerra um modelo que visa a impedir que uma mesma materialidade tributária venha a concentrar mais de uma incidência de imposto(s) por um mesmo ente (vedação ao bis in idem) ou por entes diversos (vedação à bitributação). A Lei nº 6.041/2010, do Estado do Piauí, contudo, permitiu que tanto o Estado de destino quanto o Estado de origem pudessem tributar um mesmo evento: a circulação de mercadorias não presencial dirigida a não contribuinte do ICMS, independentemente de autorização constitucional e de manifestação adicional de capacidade contributiva.

6. A instituição de um imposto estadual despida de autorização constitucional, de maneira a dificultar a circulação de mercadorias provenientes de outros Estados da Federação, viola o princípio da liberdade de tráfego (art. 155, V, da Constituição), além de introduzir uma discriminação

entre as mercadorias em razão de sua origem, em ofensa ao art. 152 da Constituição.

7. A busca de maior equilíbrio econômico e social entre os Estados da Federação não pode ser alcançada pela violação das regras constitucionais de competência – normas inderrotáveis ou insuperáveis, diante do modelo rígido de repartição do poder de tributar entre os entes federados traçado pelo Constituinte originário.

(...)

10. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente com a fixação da seguinte tese: “É inconstitucional lei estadual anterior à EC nº 87/2015 que estabeleça a cobrança de ICMS pelo Estado de destino nas operações interestaduais de circulação de mercadorias realizadas de forma não presencial e destinadas a consumidor final não contribuinte desse imposto”.

Os precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre o tema permitem ao menos duas conclusões.

A primeira delas é que qualquer solução pretendida pelos Estados consumidores deveria incluir, necessariamente, a alteração do texto constitucional, sob pena de posterior declaração de sua inconstitucionalidade. Ademais, destaca-se que nem mesmo o alinhamento unânime de vontade de todos os Estados e o Distrito Federal permitiria a solução infraconstitucional, uma vez que, nas palavras do próprio Supremo Tribunal Federal, “as regras constitucionais de competência são normas inderrotáveis ou insuperáveis, diante do modelo rígido de repartição do poder de tributar entre os entes federados traçado pelo Constituinte originário”.

A segunda conclusão é que, mesmo que a alteração superveniente do texto constitucional adotasse modelo semelhante ao proposto nas referidas normas infraconstitucionais, não estaria afastada a sua invalidade. Conforme firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o parâmetro de controle de determinada norma é o texto constitucional sob o qual foi elaborada, não se admitindo o fenômeno da “constitucionalidade superveniente”.

4. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 87/2015

Finalmente, em 16/04/2015 foi promulgada a EC nº 87/2015, conhecida como “Emenda do Comércio Eletrônico”, que modificou a sistemática de cobrança do ICMS em todas as operações interestaduais destinadas a consumidor não contribuinte. Os incisos VII e VIII do §2º do art. 155 da CF/88 passaram a ter a seguinte redação:

Art. 155 (...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II (ICMS) atenderá ao seguinte:

(...)

VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;

VIII - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:

a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto;

b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto;

A EC nº 87/2015 termina com a distinção de tratamento entre o contribuinte consumidor e o consumidor não contribuinte nas operações interestaduais quanto à arrecadação do ICMS. Assim, pouco importa a qualificação do adquirente, desde que ocupe a posição de destinatário final haverá a divisão do valor arrecadado entre o Estado de origem e o Estado de destino da mercadoria ou serviço. Deixa de existir a possibilidade de operação ou prestação interestadual em que o recolhimento de ICMS beneficie exclusivamente o Estado de origem.

Todavia, considerando a necessidade de suavizar a mudança que acarretou perda significativa de arrecadação para os Estados produtores, o constituinte derivado estabeleceu regra de transição no art. 99 do ADCT para permitir a adequação progressiva dos Estados à nova realidade fiscal, nos seguintes termos:

Art. 99. Para efeito do disposto no inciso VII do § 2º do art. 155, no caso de operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte localizado em outro Estado, o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual será partilhado entre os Estados de origem e de destino, na seguinte proporção:

I - para o ano de 2015: 20% (vinte por cento) para o Estado de destino e 80% (oitenta por cento) para o Estado de origem;

II - para o ano de 2016: 40% (quarenta por cento) para o Estado de destino e 60% (sessenta por cento) para o Estado de origem;

III - para o ano de 2017: 60% (sessenta por cento) para o Estado de destino e 40% (quarenta por cento) para o Estado de origem;

IV - para o ano de 2018: 80% (oitenta por cento) para o Estado de destino e 20% (vinte por cento) para o Estado de origem;

V - a partir do ano de 2019: 100% (cem por cento) para o Estado de destino.

Assim, a Constituição Federal passou a prever que, após o ano de 2019, caberá ao Estado de origem apenas o valor da alíquota interestadual, enquanto ao Estado de destino caberá a diferença entre o valor de sua alíquota interna e a alíquota interestadual quando se tratar de operação destinada a consumidor final, pouco importando se tratar de contribuinte ou não do ICMS.

Diante da nova distribuição da arrecadação, há ainda um importante aspecto a ser tratado, qual seja, o problema relacionado à competência para o recolhimento do tributo. É cediço que os destinatários não contribuintes do ICMS não possuem, em regra, estrutura contábil ou mesmo conhecimentos mínimos a respeito da necessidade do recolhimento ou do modo de fazê-lo.

Nos termos da nova redação dada ao inciso VIII do art. 155, §2º da CF/88 pela EC nº 87/2015, o legislador constituinte trouxe prévia solução ao problema ao estabelecer que, nas hipóteses em que o destinatário for não contribuinte do ICMS, o recolhimento referente ao imposto devido ao Estado de destino caberá ao próprio alienante.

Estabelecida a nova sistemática constitucional par cobrança do ICMS em operações interestaduais destinadas ao consumidor final não contribuinte, há a necessidade do estabelecimento das normas infraconstitucionais que lhe darão cumprimento.

5. NECESSIDADE DE EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR PARA COBRANÇA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS

Mesmo após seis anos da promulgação da EC nº 87/2015 e encerrado o período de transição previsto no art. 99 do ADCT, até o momento as suas novidades não foram introduzidas na Lei Complementar 87/1996 (Lei Kandir).

Durante esse período, os Estados e o Distrito Federal têm observado as regras fixadas no Convênio ICMS 93/2015 do CONFAZ que dispõe sobre as regras procedimentais a serem observadas nas operações que destinam bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado.

Ocorre que, no julgamento da ADI 5.469/DF realizado em 24/02/2021, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de diversas cláusulas do referido Convênio, pois “Cabe a lei complementar dispor sobre conflitos de competência em matéria tributária e estabelecer normas gerais sobre os fatos geradores, as bases de cálculo, os contribuintes dos impostos discriminados na Constituição e a obrigação tributária (art. 146, I, e III, a e b)”.

Ainda acrescento a Suprema Corte “Especificamente no que diz respeito ao ICMS, o texto constitucional consigna caber a lei complementar, entre outras competências, definir os contribuintes do imposto, dispor sobre substituição tributária, disciplinar o regime de compensação do imposto, fixar o local das operações, para fins de cobrança do imposto e de definição do estabelecimento responsável e fixar a base de cálculo do imposto (art. 155, § 2º, XII, a, b, c, d e i).”.

Em apertada síntese, decidiu o Supremo Tribunal Federal que a cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais.

Nesse sentido, o supracitado convênio interestadual não pode suprir a ausência de lei complementar para a referida tributação pelo ICMS, ante a ausência de previsão no texto constitucional.

Na mesma ocasião, ocorreu o julgamento conjunto do RE 1287019/DF em que foi decidido pelo Plenário que são válidas as leis estaduais ou distritais editadas após a EC 87/2015, que preveem a cobrança do diferencial de alíquotas nas operações e prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do imposto. No entanto, não produzem efeitos enquanto não editada lei complementar dispondo sobre o assunto.

Todavia, para evitar insegurança jurídica, em razão da ausência de norma que poderia gerar prejuízos aos Estados/DF, o STF efetuou a modulação dos efeitos para que a referida decisão produza efeitos apenas a partir de 2022, exercício financeiro seguinte ao da data da decisão. Adicionalmente, o prazo fixado permitirá ao Congresso Nacional a edição da Lei Complementar necessária ao tratamento do tema.

6. CONCLUSÃO

Da análise de tudo que foi exposto, conclui-se que as alterações fáticas na dinâmica de consumo decorrente dos avanços do comércio eletrônico impuseram ao legislador a revisão do modelo constitucional de instituição e arrecadação do ICMS concernente às operações interestaduais, em especial quanto à sua incidência quando o destinatário consumidor final é não contribuinte do imposto.

Apesar da adoção de novo modelo a partir da Emenda Constitucional nº 87/2015, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela necessidade de edição de lei complementar veiculadora de normas gerais para que os estados-membros e o Distrito Federal, na qualidade de destinatários de bens ou serviços, possam cobrar Diferencial de Alíquota do ICMS (Difal) nas operações e prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do Imposto.

No entanto, o próprio Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos para que tal decisão de inconstitucionalidade das cláusulas Convênio ICMS 93/2015 do CONFAZ só produza efeitos a partir de 2022, com a finalidade de evitar a insegurança jurídica e possibilitar ao Congresso Nacional a aprovação de lei complementar sobre o tema.

Assim, a celeuma não está completamente resolvida, cabendo ao Congresso Nacional editar lei complementar que estabeleça normas gerais a respeito do tema.

REFERÊNCIAS

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Antes da EC 87/2015, o estado de destino não podia cobrar ICMS quando a mercadoria tivesse sido adquirida de forma não presencial, em outra unidade federativa, por consumidor final não contribuinte do imposto. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/2475c20d9e9a1aee80dcbc4e6316157>>. Acesso em: 20/07/2021

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Mesmo após a EC 87/2015, é necessária a edição de uma lei complementar federal para que se possa cobrar o Diferencial de Alíquota do ICMS (Difal). Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/6c90885b28e58d1f44856d787da2078f>>. Acesso em: 20/07/2021

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário, volume único – 12ª ed. rev. e atual: Editora JusPodivm, 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 4.628 – DF. Requerente: Confederação Nacional do Comércio de Bens Serviços e Turismo - CNC. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7310046>>. Acesso em: 20 de julho de 2021.

A INJUSTIÇA LEGAL EXTREMA É DIREITO? A FILOSOFIA DE GUSTAV RADBRUCH E A VALORIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA.

ALEXANDRE CARLOS BUDIB:

Doutorando em Filosofia pela UNISINOS/RS. Professor de Direito da UniProjeção/DF. Mestre em Direito (PUC/SP). Especialista em Relações Internacionais (PUC/MG). Procurador da Fazenda Nacional.

Resumo: O debate entre correntes jurídicas naturalistas e positivistas é recorrente na Filosofia do Direito. Todavia, é preciso reconhecer que esse embate foi profundamente marcado pelo pensamento do jusfilósofo Gustav Radbruch que, por sua vez, foi impactado pelos horrores da experiência nazista na Alemanha das décadas de 30 e 40 do século XX. O artigo pretende traçar as diferenças entre jusnaturalismo e juspositivismo, pontuar a controvérsia sobre o Direito no III Reich (1922-1945) e rememorar tanto a crítica de Radbruch à obediência cega a preceitos legais manifestamente injustos como a contribuição do autor alemão para um novo entendimento, no processo de reconstrução democrática germânica, que conciliasse os valores da justiça – mais próximos de concepções naturalistas – e da segurança – circunvizinhos das posturas positivistas.

Palavras-chave: Jusnaturalismo. Juspositivismo. Gustav Radbruch.

Abstract: The debate between naturalistic and positivist legal currents is recurrent in the Philosophy of Law. However, it is necessary to recognize that this clash was deeply marked by the thought of the jusfilósóf Gustav Radbruch, who, in turn, was impacted by the horrors of the Nazi experience in Germany of the 30s and 40s of the 20th century. The article aims to trace the differences between jusnaturalism and juspositivism, punctuate the controversy over Law in the III Reich (1922-1945) and recall both Radbruch's criticism of blind obedience to manifestly unjust legal precepts and the German author's contribution to a new understanding, in the process of Germanic democratic reconstruction, which reconciled the values of justice - closer to naturalist conceptions - and of security - surrounding positivist attitudes.

Keywords: Natural Law. Legal Positivism. Gustav Radbruch.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Básicas noções sobre o Jusnaturalismo e o Juspositivismo. 2. A ascensão do nazismo e suas consequências na área do Direito. 3. A crítica de Radbruch. 4. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre a contribuição dada pelo jurista e filósofo alemão Gustav Radbruch (1878-1949) ao debate sobre a (in)validade jurídica de normas injustas. Na realidade, a temática sempre esteve envolvida em polêmicas, com duas grandes escolas de opinião: o jusnaturalismo e o juspositivismo. Em breve síntese, enquanto os primeiros acreditam que existem princípios – derivados da natureza, da divindade ou da razão – acima das leis que governam a vida em sociedade, os últimos entendem que o Direito é um conjunto de leis, emanado do poder estatal, que rege a comunidade, não existindo nada fora de suas margens para lhe conferir validade.

O advento do nazismo, com seu terrível legado de guerra, destruição e desprezo ao ser humano, chocou a civilização e provocou reflexões sobre a extensão da barbárie e por qual razão ela não conseguiu ser detida sem funestos resultados. Nesse contexto, Radbruch escreveu textos em crítica ao legalismo cego que acredita que qualquer norma, só por ter sido introduzida no sistema jurídico pela autoridade pública e obedecido a determinados parâmetros formais, é juridicamente válida e deve ser acatada. O autor, tido até então como positivista, acaba por criar uma baliza (fórmula Radbruch) que, sem menoscar a legislação estatal e seus predicados de ordem e segurança, afasta-a diante de injustiça extrema que, sistematicamente, desrespeita a dignidade humana.

A estrutura do artigo tem a seguinte organização: a) no item 1, são trazidas as linhas gerais do positivismo e do naturalismo no campo do Direito; b) no item 2, contextualiza-se o nazismo e suas consequências político-jurídicas; e c) no item 3, discute-se o pensamento de Radbruch, no período imediatamente posterior ao fim da Segunda Guerra Mundial, e sua importância na área da filosofia jurídica contemporânea. Por fim, é feita uma breve conclusão.

1. BÁSICAS NOÇÕES SOBRE O JUSNATURALISMO E O JUSPOSITIVISMO

Na Atenas do século V a. C., Sófocles escreveu uma tragédia, desde então encenada em múltiplos lugares e em numerosos idiomas, que tem a desobediência às leis da pólis, em nome de princípios a elas superiores, como um dos seus temas principais: "Antígona". A peça traz à baila um decreto do rei Creonte que proíbe, por traição à pátria, o enterro do corpo de Polinices, que deve ser deixado para o consumo das feras e das aves de rapina. Antígona, sobrinha do rei e irmã de Polinices, com base no que acredita ser uma norma de divina inspiração que garantiria o rito fúnebre aos mortos, contesta a determinação real e dá sepultura ao irmão, acabando por ser vítima da sanção estatal ao descumprir regra

estatuída pela autoridade legítima. Pela beleza e força das palavras de Sófocles, vejamos alguns sucintos excertos da mencionada obra¹:

CREONTE

[...] Sabias que eu tinha proibido essa cerimônia?

ANTÍGONA

Sabia. Como poderia ignorá-lo? Falaste abertamente.

CREONTE

Mesmo assim ousaste transgredir minhas leis?

ANTÍGONA

Não foi certamente Zeus que as proclamou,
nem a Justiça [...] as estabeleceu para os homens.

Nem eu supunha que tuas ordens

tivessem o poder de superar

as leis não escritas, perenes, dos deuses, visto que és mortal.

Pois elas não são de ontem nem de hoje, mas
são sempre vivas, nem se sabe quando surgiram.

Por isso, não pretendo, por temor às decisões
de algum homem, expor-me à sentença divina.

Sei que vou morrer. Como poderia ignorá-lo?

[...] Tuas ameaças não me atormentam.

Se agora te pareço louca,

¹ “Antígona” foi constantemente citada ao longo da história da filosofia, inclusive por Aristóteles, na “Retórica”.

pode ser que seja louca aos olhos de um louco.

(SÓFOCLES, 2015, p. 33-34)

Dessa forma, parece ser Antígona uma espécie de emblema² cultural do jusnaturalismo. A mulher corajosa que recusa validade ao regramento estatal quando entende que ele não está em conformidade com a justiça, ou seja, quando tal regramento afasta-se de parâmetros superiores ao próprio poder público instituinte. Com o exemplo vívido de Antígona, podemos definir o jusnaturalismo, socorrendo-nos do verbete da Enciclopédia Britannica, como “[...] **um sistema de direito ou justiça considerado comum a todos os humanos e derivado da natureza e não das regras da sociedade ou lei positiva**”³. A herança jusnaturalista é antiga: remonta aos gregos, está presente na escolástica medieval e nos racionalistas da Idade Moderna, chegando aos contemporâneos (NUNES, 2018, p. 76-77). Todavia, embora as muitas correntes de direito natural possuam características semelhantes, guardam, igualmente, diversidade entre si. Nesse ponto, curial citar a prudente observação de Guido Fassó, *in verbis*:

Jusnaturalismo é uma expressão perigosamente equívoca, porque o seu significado, tanto filosófico como político, se revela assaz diverso consoante as várias concepções do direito natural. Na história da filosofia jurídico-política, aparecem pelo menos três versões fundamentais, também com suas variantes: a de uma lei estabelecida por vontade da divindade e por esta revelada aos homens; a de uma lei "natural" em sentido estrito, fisicamente co-natural a todos os seres animados à guisa de instinto; finalmente, a de uma lei ditada pela razão, específica portanto do homem que a encontra autonomamente dentro de si. São concepções heterogêneas [...]. Todas partilham, porém, da ideia comum de um sistema de normas logicamente anteriores e eticamente superiores às do Estado, a cujo poder fixam um limite intransponível: as normas jurídicas e a atividade política dos Estados, das sociedades e dos indivíduos que se oponham ao direito natural, qualquer que seja o modo como for concebido, são consideradas pelas doutrinas jusnaturalistas como ilegítimas, podendo ser desobedecidas pelos cidadãos (FASSÓ, in BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO (Orgs.), 1998, p. 656).

² “Impossível não falar em Antígona, não fazer surgir aqui o ícone cultural da revolta [...]” (GROSS, 2018, p. 78).

³ No original, em inglês: “**Natural law**, in philosophy, a system of right or justice held to be common to all humans and derived from nature rather than from the rules of society, or positive law”, em <https://www.britannica.com/topic/natural-law>, consultado no dia 30 de maio de 2021.

O jusnaturalismo, como corrente dominante no período do Iluminismo, serviu como padrão às codificações do início do século XIX⁴, já que a lei escrita, com sistematização coerente, deveria emular os grandes princípios de justiça e retidão advindos do direito natural e descortinados pela razão. Todavia, é paradoxalmente nesse quadrante histórico que o jusnaturalismo começa a perder relevância. Assim, quando os Estados europeus começaram a publicar códigos legais abrangentes, com notável organização lógica, surgem vozes, cada vez mais numerosas, contrárias às pretensões excessivamente abstratas do naturalismo, clamando pela objetividade e segurança das legislações nacionais. Estas passaram a ser vistas como modelo jurídico de razoável completude, daí ser criticável recorrer a normas não escritas e externas ao ordenamento legal. Então, o jusnaturalismo vai diminuindo sua influência e aflora, ao longo do século XIX, como doutrina dominante entre os juristas, o positivismo (FASSÓ, in BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO (Orgs.), 1998, p. 659).

BOBBIO (1995, p. 22-23), em clássica lição, estabelece alguns padrões de diferenciação entre direito positivo e direito natural, dentre os quais destacam-se: a) critério que opõe o universal ao particular, já que o direito natural pretende-se aplicável a todos, enquanto o direito positivo contenta-se em prescrever normas apenas para uma dada sociedade, geograficamente determinada; b) critério que rivaliza permanência e impermanência, sendo o direito natural o que resiste ao tempo e o direito positivo o que muda de acordo com as contingências históricas; c) critério que sublinha a fonte de onde derivam o direito natural e o direito positivo, sendo este da autoridade política e aquele da natureza; e d) critério que assinala a forma como são conhecidos por seus destinatários o direito natural e o direito positivo, sendo este tributário da publicação por um terceiro (autoridade) e aquele é apreensível pelo uso da razão. Ademais, o direito natural, que se preocupa com o que é bom, pontua que as ações humanas têm caráter benéfico ou maléfico por si mesmas, ao passo que o direito positivo, mais fincado na utilidade das leis, define os comportamentos como benignos ou malignos consoante sua permissão ou proibição pela norma jurídica estabelecida pelo Estado.

Complementando o raciocínio, o mestre italiano fixa alguns pontos cardeais do positivismo jurídico. Pelas lentes positivistas, o direito é enxergado como fato, não tendo carga valorativa, disso resultando um dado concreto: a validade jurídica deve ser avaliada de maneira absolutamente formal, sem considerações morais. Outros elementos significativos do direito positivo seriam: a) a coatividade de suas normas, ou seja, se elas não forem cumpridas, o Estado poderá aplicar sanção aos desviantes; b) imperatividade, ou seja, exprime uma noção de ordem; c) coerência e pretensão de completude, ou seja, em tese, o ordenamento jurídico não pode ser contraditório e deve ter respostas para a

⁴ O Código Napoleônico (1804) é visto como exemplo máximo das sistematizações legislativas dessa época.

regulamentação de amplos setores da vida social; d) sua fonte primordial é a legislação; e) seu método de trabalho é, preferencialmente, o interpretativo-declarativo, ou seja, o juiz sobretudo declara o que está na legislação, não tendo um campo muito vasto para a criação ou produção de normas. Isso tudo indica que, quanto à obediência, o positivismo jurídico não é, costumeiramente, adepto de teses que exonerem os seus destinatários de cumpri-las integralmente, tendo como lema “lei é lei”⁵ (BOBBIO, 1995, p. 131-133).

Enfim, para concluirmos essa primeira parte, fiquemos com a percuciente observação de Dimitri Dimoulis, no verbete sobre positivismo jurídico da Enciclopédia Jurídica da PUC-SP, em que ele aponta a marcante diferença entre as escolas jusnaturalista e juspositivista, afirmando que:

O positivismo jurídico no sentido estrito considera, primeiro, que o estudo e a compreensão do direito não incluem sua avaliação moral e, segundo, que o reconhecimento da validade de um sistema jurídico (ou de uma norma) não depende da sua conformidade a critérios sobre o justo e o correto. *Não interessa o valor e sim a validade do direito.* Não interessa a substância; interessa a forma⁶.

2. A ASCENSÃO DO NAZISMO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA ÁREA DO DIREITO

Sabe-se que nazismo decorreu de múltiplos aspectos que afligiram a sociedade alemã no período posterior à Primeira Guerra Mundial. É certo que o inventário de todos esses aspectos fugiria ao escopo deste artigo, todavia é possível nomear os mais citados pela historiografia. O conflito mundial deixou um legado de problemas sociais e econômicos, agravados pela humilhação da derrota, com perdas territoriais importantes e vultosas indenizações de guerra, que comprimiam ainda mais a economia da Alemanha, envolta em perturbador processo inflacionário⁷ que, por sua vez, reduzia o poder de compra das classes trabalhadoras e agravava as dificuldades da população mais vulnerável. A década de 20 do século XX foi dura com os alemães e o Crash da Bolsa de Nova York, em 1929, com efeitos em todo o mundo, piorou a situação já frágil. Em momentos de agudização de crises, surgem apelos por lideranças carismáticas e com propostas

⁵ Ainda que Bobbio faça uma advertência a esse respeito, evidenciada na seguinte passagem “[...] diz respeito à teoria da obediência. Sobre esse ponto não se podem fazer generalizações fáceis. Contudo, há um conjunto de posições no âmbito do positivismo jurídico que encabeça a teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal, teoria sintetizada no aforismo *Gesetz ist Gesetz* (lei é lei) (BOBBIO, 1995, p. 133).

⁶ <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbeta/84/edicao-1/positivismo-juridico:-significado-e-correntes>, consultado em 30 de maio de 2021.

⁷ “Os meses mais críticos da hiperinflação alemã foram durante o ano de 1923, mais precisamente no segundo semestre, no qual o índice de inflação chegou a apresentar, no mês de outubro, a incrível marca de 29.607,11% ao mês!” (SBROCCO, 2011, p.27)

dissonantes daquelas pautadas pelas ditas democracias liberais. Assim, podem nascer governos com tendências autoritárias e que, a depender das circunstâncias, ameacem a própria existência das liberdades públicas. Todavia, o Partido Nazista⁸, com uma ideologia marcadamente racista e belicista, foi mais que autoritário, construindo o que, posteriormente, ficou conhecido por totalitarismo⁹. Cornelsen, citando Eckhard Jesse, distingue entre governos totalitários e autoritários, pontuando que:

(a) Um sistema totalitário se diferencia por uma centralização rígida de poder, enquanto um sistema autoritário ainda assegura certo pluralismo, mesmo que limitado; (b) um sistema totalitário tem por base uma ideologia exclusiva, enquanto um sistema autoritário se fundamenta numa postura tradicional não-conformada rigidamente; (c) enquanto um sistema totalitário força a mobilização das massas através de mecanismos de integração e de persuasão, um sistema autoritário renuncia a uma participação dirigida das massas, satisfazendo-se com a apatia política geral (CORNELSEN, 2009, p. 130).

Dessa forma, ainda que os nazistas tenham chegado ao poder por mecanismos clássicos da democracia¹⁰, como eleições e parlamento¹¹, o fato é que rapidamente o regime foi se fechando e ganhando aspectos totalitários. Com o incêndio (*Reichstagsbrand*) no prédio que abrigava o legislativo alemão, em 28 de fevereiro de 1933, os nazistas foram hábeis em acusar os comunistas pelo ato criminoso e, incontinenti, pediram prerrogativas extraordinárias para lidar com a situação. O primeiro tijolo na centralização do poder veio com um Decreto (Decreto do Fogo), assinado pelo então Presidente da Alemanha (Paul von Hindenburg), que suspendia muitos direitos básicos, dentre os quais os de liberdade de expressão, imprensa, associação e reunião. O estado de exceção ganhou corpo e os nazistas cresceram mais um tijolo em sua escalada ditatorial com a "Lei para Sanar a Necessidade do Povo e da Nação", de março de 1933, pela qual Hitler recebeu amplos e incontestáveis poderes para administrar o Estado, o que perdurou até a sua morte em 1945 (SALGADO, 2017, p. 83-84).

8 Oficialmente, Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães (Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei).

9 Hannah Arendt escreveu obra clássica sobre o tema: "Origens do Totalitarismo".

10 "A ascensão de Hitler ao poder foi legal dentro do sistema majoritário, e ele não poderia ter mantido a liderança de tão grande população [...] se não tivesse contado com a confiança das massas" (ARENDDT, 1989, p. 356).

11 Hitler foi nomeado Chanceler pelo Presidente alemão, Hindenburg, em janeiro de 1933.

Com a autoridade enfeixada em suas mãos e, sendo o ordenamento jurídico fonte de formalização do poder, os nazistas publicaram leis e regulamentos consentâneos com seus ideais infames. Isso significa, por óbvio, uma transformação completa da anterior ordem jurídica de Weimar, considerada republicana e, dentro dos marcos conservadores, democrática¹². Um claro exemplo dessa sinistra metamorfose jurídica pode ser traçado pela publicação dos editos contra os judeus. Sem a pretensão de detalhar o cipoal de normas antisemitas publicadas na Alemanha nazista, citaremos como exemplos¹³: a) Lei para o Restabelecimento do Serviço Público Profissional, de abril de 1933, que proibia aos judeus o acesso a cargos públicos, demitindo aqueles que já eram servidores; b) Lei de Admissão na Profissão Legal, de abril de 1933, que estabelecia vedação de judeus como advogados perante os tribunais alemães; c) Lei contra Superlotação de Escolas e Universidades, também de abril de 1933, que limitava o número de estudantes judeus em escolas públicas; d) Lei Militar, de maio de 1935, que expulsava os oficiais judeus do exército alemão; e) a Lei de Cidadania do Reich¹⁴, de setembro de 1935, que definia quem eram os judeus e estabelecia que a nacionalidade alemã só poderia ser ostentada por pessoas de raiz germânica; f) a Lei de Proteção do Sangue Alemão e da Honra Alemã, também de setembro de 1935, que impedia o casamento entre germânicos e judeus; g) Decreto de Confisco de Propriedades Judaicas, de outubro de 1938, que determinava a transferência de bens de judeus para alemães; e h) Decreto de Exclusão dos Judeus da Vida Econômica Alemã, de novembro de 1938, que ordenava o fechamento de todas as empresas cujos sócios fossem judeus. O fato é que o direito alemão, sob o governo nazista, converteu-se, oficialmente, em instrumento de perseguição¹⁵ e opressão. As inúmeras restrições impostas a minorias étnicas, culturais ou políticas, em fases posteriores, terminaram em prisões e assassinatos em massa.

Um símbolo da ordem jurídica maculada pelo totalitarismo nazista foi o Tribunal do Povo (*Volksgerichtshof*), criado durante o III *Reich*, em 1934, com o objetivo de examinar questões atinentes à traição, assassinato ou tentativa de assassinato de autoridades do país, ataques ao chefe do *Reich* e crimes contra propriedades militares. Embora imitasse os ritos de cortes jurídicas tradicionais, funcionava, de fato, como um instrumento de controle ideológico da população, um *longa manus* do partido alojado no poder (GODOY; SARLET,

¹² Apesar disso, os nazistas “nunca se deram ao trabalho de revogar oficialmente a Constituição de Weimar” (ARENDE, 1989, p. 444).

¹³ A fonte de consulta para as legislações antisemitas da Alemanha foi o sítio eletrônico da Enciclopédia do Holocausto, <https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/examples-of-antisemitic-legislation-19331939?parent=pt-br%2F11475>, acessado em 1º de junho de 2021.

¹⁴ A Lei de Cidadania do Reich e a Lei de Proteção do Sangue Alemão e da Honra Alemã ficaram popularmente conhecidas como “Leis de Nuremberg”.

¹⁵ Outras minorias, como os ciganos, também sofreram no governo Hitler. Alemães, com posições políticas diferentes do nazismo, igualmente foram tratados como inimigos do Estado.

2021, p. 230-232). As garantias dos réus eram menoscabadas e a defesa técnico-processual era inviabilizada:

[...] assim como pontua *Rätsch* (1992, p. 17), os direitos dos réus não existiam nesses tribunais. Eles não eram notificados com a denúncia e tomavam conhecimento das acusações só na noite anterior à audiência, o que demonstra a estratégia para inviabilizar a preparação de uma defesa minimamente adequada. Ademais, paradoxalmente, os advogados de defesa só poderiam acessar o processo após uma petição da acusação, escrita somente no tribunal, o que na prática não tornava possível a leitura do processo. Depois de um processo de aprovação, os advogados recebiam autorização para exercerem seus mandatos no “Tribunal do Povo”, mas se mostrassem qualquer atitude a favor dos réus não poderiam mais atuar lá (*ibid*, p. 13). [...] *Müller* denuncia tratar-se, na verdade, de tribunais de fachada [...] (SALGADO, 2017, p. 93).

Pois, então, temos um cenário jurídico dantesco, com leis e decretos fundamentando restrições de direitos, perseguindo minorias étnico-religiosas, aniquilando a oposição política e concentrando demasiadamente poderes estatais. Ademais, os tribunais, sobretudo os de natureza penal, não mais serviam como locais de equilíbrio, em que argumentos são livremente apresentados pela defesa e pela acusação, com juízes imparciais, cujo principal objetivo é apenas punir os criminosos na medida de sua culpabilidade, segundo as provas legalmente colhidas e trazidas aos autos. A magistratura, ou parte significativa dela, durante o período nazista, comportou-se como sustentáculo do regime. Dessa forma, o direito alemão era duplamente atingido: de um lado, pela produção de normas jurídicas que se afastavam da liberdade, da igualdade e da democracia; e de outro, por intermédio de tribunais parciais, em nada semelhantes à virtude da moderação com que os órgãos da Justiça devem agir, tendo notório ânimo de condenação de dissidentes ideológicos e funcionando como meros bonifrates dos donos do poder político¹⁶. Por tudo isso, constata-se que:

“[...] no Direito nazista a irracionalidade passa a ser lei, a ideologia, carregada de preconceito, é legisladora. [...] Todo o sistema foi construído friamente como uma máquina de eliminação de

¹⁶ *Roland Freisler*, que foi presidente do “Tribunal do Povo”, é um dos símbolos do desvirtuamento do direito alemão da época nazista e “[...] representa um Judiciário absolutamente dependente do poder, durante um estado de exceção, no qual o julgador também é acusador. O processo penal tornou-se uma farsa. Todo o procedimento não passava de uma encenação. Todos os protagonistas desta pantomima sabiam onde tudo terminaria” (GODOY; SARLET, 2021, p. 242).

indesejados [...], que retira o direito e a dignidade humana das pessoas, instaurando o medo [...]" (ANDRIGHETTO; ADAMATTI, 2016, p. 74).

Uma triste história narra, com muita ênfase, o descalabro jurídico-político ao qual a Alemanha foi levada pelo nazismo. Os campos de concentração, por si, já eram a representação da brutalidade e da injustiça. Todavia, dentro da estupidez suprema, ainda cabia mais crueldade. Em 1941, em *Auschwitz*, quando um prisioneiro fugiu, a administração do campo "escolheu" outros 10 (dez) encarcerados que seriam punidos¹⁷ pela suposta ofensa praticada pelo fugitivo contra a ordem jurídica alemã. Os sorteados seriam destinados ao "bunker da fome", local onde ficariam sem luz, água e alimentos, definindo até chegar a morte. "Selecionados" aqueles que seriam submetidos à privação atroz, um deles se desespera, alegando que tinha esposas e filhos. O número do prisioneiro atordoado era 5.65918 e o seu nome *Franciszek Gajowniczek*, um sargento do Exército polaco, de origem judaica. Nesse ponto, um outro cativo, que não estava na infausta lista de escolhidos pelo comandante e para a surpresa do comando nazista local, pediu para substituir o mencionado detento de número 5.659. O insólito requerimento oral foi deferido e a troca foi realizada. Assim, o prisioneiro de número 16.670 seguiu, juntamente com outros 9 (nove) companheiros, para a angústia da morte vagarosa, sem pão ou qualquer líquido. O nome dele era *Maximilian Kolbe*¹⁹, um padre polonês (LORIT, 1975, p. 9-22). Hilda Hilst, dramaturga e poeta brasileira, escreveu uma peça²⁰ que tenta dar voz aos detentos que foram, desditosamente, barbarizados pela fome e pela sede naquela cela subterrânea de *Auschwitz*, sacrificados pela tirania sem medidas e sem resquício de pudor. Eis um comovente trecho da obra:

Poeta (debilmente): Nosso Deus dorme há tanto tempo.

Maximilian: Vigia.

Poeta (tom crescente): Dorme! Dorme! Dorme um sono tão profundo que as pálpebras enrijeceram. E nunca mais se abrirão.

[...]

17 A punição abjeta causava grande temor nos detentos, o que desestimularia novas fugas.

18 Para que a desumanização dos aprisionados fosse completa, eles eram conhecidos apenas por um número.

19 O padre Kolbe foi, posteriormente, canonizado pelo Papa João Paulo II, em 1982, com o nome de São Maximiliano Maria Kolbe.

20 O nome da peça é "As Aves da Noite".

Maximilian (lento): Luz infinitamente poderosa.

Poeta (interrompendo): Noite infinitamente escura. [...]

Maximilian (interrompendo com voz firme): Luz infinitamente poderosa, dai-nos a Tua força, a Tua Misericórdia, o Teu amor²¹ (HILST, 2018, p. 46-47).

Enfim, no final da Segunda Guerra Mundial, quando os aliados invadiram a Alemanha, para além da destruição física e econômica, era esse o quadro desolador que foi encontrado: um ordenamento jurídico em frangalhos, desacreditado, que embasou o poder e lhe deu livre curso para efetuar uma série incalculável de atrocidades. Portanto, nessas circunstâncias, nada mais natural do que a análise crítica sobre o direito e sua aplicação durante os anos em que os nazistas tiveram no controle do governo alemão. Nesse esforço crítico, o pensamento do jurista Gustav Radbruch, que será objeto do próximo item, tem bastante destaque.

3. A CRÍTICA DE RADBRUCH

Antes da ascensão do nazismo, Radbruch era professor universitário, jurista com sólida obra intelectual e havia tido participação política na República de *Weimar*: foi deputado pelo Partido Social-Democrata, de centro-esquerda, ocupando também o cargo de Ministro da Justiça, onde aplicou esforços na reforma penal. Todavia, por sua tendência política contrária a Hitler, foi afastado do cargo de professor e só retornou à cátedra com o fim da Segunda Guerra Mundial e a deposição dos nazis (RAMOS, 2020, p. 64). Entre o final do conflito bélico, em 1945, e o ano de sua própria morte, em 1949, escreveu textos e participou de conferências sobre a miséria jurídica e moral deixada de herança pela administração de Hitler. Nesse período, destacam-se dois pequenos textos, que serão aqui explorados. O primeiro deles, de setembro de 1945, ficou conhecido pelo nome de “Cinco Minutos de Filosofia do Direito”, destinado originalmente aos alunos de Direito da Universidade de Heidelberg. O segundo, é “Injustiça Legal e Direito Supralegal”, de 1946²².

²¹ O trecho se encaixa perfeitamente na citação que Hilst faz, antes do início da peça, de frase de Maria Vinowska, biógrafa do Padre Kolbe: “A tortura da fome faz descer o homem ao nível do animalesco, pois a resistência humana tem os seus limites – além dos quais só restam o desespero ou a santidade”.

²² As versões aqui usadas são as presentes na obra “O Homem no Direito – Seleção de Conferências e Artigos sobre Questões Fundamentais do Direito, de Gustav Radbruch, traduzidas para a língua portuguesa pelo professor Jacy de Souza Mendonça, disponível em <http://www.valorjustica.com.br/ohomemnodireito.pdf>, consultado entre maio e junho de 2021.

Muitos dos nazistas, no Tribunal de Nuremberg²³ ou perante a Justiça alemã, alegavam que apenas cumpriram o direito posto pelas autoridades da época, não podendo ser punidos por obedecerem ao ordenamento jurídico do país. Os mencionados textos de Radbruch, de forma direta, tentam dar resposta à alegação dos então réus. Em “Cinco Minutos de Filosofia do Direito”, são feitas pequenas reflexões acerca do fenômeno legal. A primeira delas diz que a máxima “lei é lei” dos positivistas jurídicos, ou seja, a legislação deve ser cumprida independentemente de seu conteúdo, associa perigosamente direito e força, deixando os juristas e o povo desarmados diante de normas degradantes advindas das autoridades constituídas. A segunda [reflexão] diz que é arriscada a afirmação de que é direito apenas o que for útil ao povo, pois isso poderá conduzir a arbitrariedades, principalmente quando a utilidade é filtrada pela ótica de um governante autoritário. Os nazistas, por exemplo, justificavam o expurgo de seus adversários e o confisco das propriedades dos judeus como úteis ao conjunto dos alemães, por supostamente trazer mais paz social e prosperidade material. A terceira [reflexão] une direito com a procura pela justiça, além de definir justiça como equilíbrio. Se a lei subtrair a condição humana a alguns de seus destinatários e servir como instrumento de arbítrio, deve ser reputada como inválida e não deve ser obedecida (RADBRUCH, p. 57). Nas palavras do autor:

Quando se festeja o assassinato de adversário político, quando se condena à morte alguém porque pertence a outra raça, quando um fato é punido com penas agravadas, mais cruéis e infamantes, somente por ter sido praticado contra correligionário, não temos nem Justiça nem Direito. Quando as leis denegam explicitamente a busca da Justiça, por exemplo, quando os direitos humanos são garantidos ou negados arbitrariamente, elas carecem de validade; ninguém lhes deve obediência e os juristas devem ter a coragem de acusá-las como carentes de natureza jurídica (RADBRUCH, p. 57-58).

A quarta reflexão proclama que o direito tenta conciliar três valores diversos: bem comum, segurança jurídica e justiça. Todavia, dadas as falhas humanas, em algumas leis esses valores não se harmonizam. Conquanto a segurança jurídica deva ser, no mais das vezes, preservada, pode acontecer que existam legislações em que o grau de injustiça seja tal que a elas os juristas podem negar validade. A quinta reflexão, por sua vez, estabelece a existência de princípios que estão acima das regras postas pelo Estado, chamados de Direito Natural ou Racional; e esse fato implica que a lei estatal que contrariar tais postulados carecerá de fundamento de validade. Ainda que o autor entenda que esses

²³ Tribunal instituído pelos países aliados para julgar lideranças do III *Reich*.

princípios estejam cobertos por certas brumas, as Declarações de Direitos²⁴ os resumiriam de maneira satisfatória e, assim, poderiam nos servir de bússola (RADBRUCH, p. 58).

Já em “Injustiça Legal e Direito Supralegal”, Radbruch começa por reiterar que a cultura jurídica positivista, majoritária na Alemanha, perante a qual “a lei é a lei”, vê como miserável incompatibilidade tanto a expressão “injustiça legal” quanto a dicção “direito supralegal”, uma vez que o que está na legislação precisa ser acatado, independentemente do juízo de valor que se tenha sobre aquilo que dispõe, além de só ser considerado direito o que está posto como tal, pelo Estado, no ordenamento jurídico. Todavia, relata que essas supostas contradições começavam a se avolumar no pós-guerra, citando alguns casos rumorosos de então. Um deles se referia ao Procurador-Geral do Estado da Saxônia que pretendia promover a responsabilidade criminal de juízes que, sob as leis do III *Reich*, prolataram sentenças desumanas ou, mais precisamente, que condenaram pessoas à morte por atividades de nenhuma gravidade ou de baixa periculosidade²⁵; outro, dizia respeito ao Tribunal de *Wiesbaden*, que entendeu que as leis nazistas que confiscaram propriedades dos judeus eram contrárias ao Direito Natural e, pois, inválidas desde o berço²⁶. Enfim, ficava patente que os órgãos do Judiciário alemão começavam a decidir sobre injustiça da lei e direito supralegal, daí a importância da discussão madura sobre tais temáticas (RADBRUCH, p. 61-62).

Radbruch entende que os operadores do direito não podem ficar inermes quando percebem a existência de legislação como as do regime nazista e que a validade de norma jurídica não pode ser pensada apenas do ponto de vista lógico-formal, mas também de acordo com aspectos essenciais da justiça. Assim, não é somente o fato de a norma ter nascido da autoridade competente e consoante os ritos burocráticos próprios que a faz juridicamente válida. A recusa sistemática do positivismo em perquirir sobre a relação entre validade jurídica e moralidade foi fator fundamental para o nazismo não ter encontrado maiores resistências no meio jurídico e o autor quer evitar repetições de eventos tão sinistros na história alemã ou mundial. É evidente que, como jurista experiente que era, Radbruch sabia que a lei traz importantes padrões de conduta e, de maneira geral, tem que ser obedecida, ou seja, a segurança jurídica trazida pela legislação não poderia ser diminuída, sob pena de ser criada confusão social. Todavia, a segurança não poderia ser

24 Como máximo exemplo, naqueles idos de 1945, pode ser citada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

25 Há relatos de condenação à morte ou à prisão perpétua por críticas a Hitler no âmbito das relações estritamente privadas ou por escutar rádios estrangeiras.

26 Radbruch cita outros casos. Os mencionados acima são apenas dois exemplos dos inúmeros referidos pelos autor.

valhacouto para perpetração de absurdos disfarçados com a roupagem do direito. Como, então, fazer a conexão entre os valores da segurança jurídica e da justiça?

A proposta do autor é que, rotineiramente, a lei deve ser respeitada, ainda que pareça não conduzir à justiça. Todavia, se a injustiça da lei posta for de tal forma afrontosa, sua validade deverá ser negada, no que ficou conhecida como **fórmula Radbruch**. Bem, aqui o problema parece continuar e a pergunta a fazer é: quando a lei será suficientemente contrária ao valor justiça para merecer a invalidade? Radbruch, então, sustenta que uma fronteira definitiva e insuscetível de crítica – entre a injustiça tolerável em nome da segurança jurídica e aquela inadmissível – dificilmente será erigida. Todavia, pontua que uma marca segura desenhar-se-ia quando a legislação de referência busca, deliberadamente, atacar a igualdade fundamental, que é a base da justiça. Portanto, lei que rebaixa o ser humano e nega a fruição dos direitos universais²⁷, não goza de validade jurídica, ainda que ostente os requisitos expressos para tal, como autoridade competente e a forma constitucionalmente prevista. Dessa forma, o núcleo que não admite assalto é o que sustenta a dignidade humana. Relevante perceber que o expediente naturalista ao qual Radbruch recorre – para funcionar como princípios externos ao direito posto e, eventualmente, invalidá-lo – não tem, todavia, características etéreas, mas marcos históricos definidos, baseando-se nas declarações de direitos, notavelmente a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão²⁸. As leis promulgadas pelo nazismo que previam a negativa de direitos básicos à população de origem judaica e que estabeleciam penas desproporcionais e degradantes não eram válidas e a recusa a seus mandamentos seria a expressão do direito e não ato antijurídico. Por fim, para a reconstrução do Estado de Direito na Alemanha, seria necessária a observação da segurança jurídica, ligada aos postulados do juspositivismo, sem descurar dos aspectos da justiça, que serviria para proteger a dignidade humana, cuja ênfase é mais sentida nas escolas jusnaturalistas. Sintetizando o debate, podemos registrar que:

[Radbruch] modificou o alcance do jusnaturalismo, anunciado com mais precisão, demonstrando o seu conteúdo, os direitos humanos e o efeito da sua ausência no direito positivo; como consequência dessa mudança tem-se a regra para dirimir os conflitos entre justiça e segurança jurídica; no caso do direito positivo, violar gravemente os direitos humanos, devendo a justiça prevalecer sobre a segurança jurídica, a fim de evitar a extrema injustiça; nos demais casos, deve prevalecer a segurança jurídica, portanto apresenta um critério mais

27 O artigo 2º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, por exemplo, estabelece que “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do Homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.

28 Os textos de Radbruch são anteriores à Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

preciso para resolver este conflito do que antes [...] (FRANÇA, 2018, p. 1031).

Existem duas controvérsias não resolvidas e que, neste artigo, serão meramente citadas. A primeira delas é se, com os textos de “Cinco Minutos de Filosofia do Direito” e “Injustiça Legal e Direito Supralegal”, Radbruch teria abandonado suas posturas anteriormente positivistas para abraçar o jusnaturalismo, o que configuraria uma ruptura de pensamento, ou, ao contrário, se os artigos publicados no final de sua vida apenas são uma evolução de seu pensamento pretérito, vez que o autor já havia manifestado, nos escritos de décadas anteriores, preocupação com a justiça. Enquanto Erik Wolf e Arthur Kaufmann se filiam ao segundo entendimento, a doutrina majoritária, liderada por Herbert Hart e Robert Alexy, esposam o primeiro entendimento (ROCHA JR, 2010, p. 54-56).

A segunda controvérsia, um tanto mais delicada, é se a aplicação do direito durante o III *Reich* realmente pode ser classificada como positivista ou, em outros termos, se essa corrente jurídico-filosófica teve, de fato, participação destacada no desastre nazista. Godoy e Sarlet, críticos em relação à identificação automática do nazismo com o juspositivismo, resumem a questão:

O positivismo jurídico estaria centrado na garantia da ordem, da segurança e da estabilidade. É nesse sentido que essa linha fora identificada com a experiência política alemã entre 1933 e 1945. [...] Quando havia antinomia entre a autoridade da lei antecedente e poder carismático do *Führer*, este último absorvia a primeira. O poder do Estado era a vontade do *Führer* [...]. A ordem normativa nacional-socialista não se informava, objetivamente, por uma recorrente adesão ao cumprimento fiel e exato da lei. O ponto referencial não era, assim, a norma posta ou efetivamente válida. [...] Como observado, não se pode confundir a estratégia de defesa nos tribunais de Nuremberg e Frankfurt, quando se pretendeu justificar a barbárie como resultado do estrito cumprimento do dever legal, com todo um modelo, o qual, objeto da repulsa de Hans Kelsen, foi marcado pela plasticidade interpretativa, que optou por soluções que reverberassem positivamente na agenda então dominante (GODOY; SARLET, 2021, p. 224-225).

Para os referidos autores, portanto, o respeito à lei não era exatamente um dogma nazista. O fundamento de validade do direito nazista era a vontade real ou suposta de Hitler, o chefe político do Estado e guia espiritual da nação. Assim, seria falsa a ideia de se atribuir uma obediência cega ao direito escrito como característica intrínseca do período

1933-1945 e como causa, ainda que indireta, das atrocidades cometidas. O positivismo e o cumprimento da lei foram mais produto da estratégia de defesa jurídica dos líderes alemães perante os tribunais no período pós-guerra do que uma preocupação real no período hitlerista.

Contudo, as controvérsias expostas nas linhas acima não importam para o deslinde do presente artigo. Se Radbruch, sob o impacto da tragédia humana arquitetada e executada pelo III *Reich*, fez ou não uma mudança radical no próprio pensamento jurídico, não é aqui relevante. Significativo é a noção de que a segurança jurídica e, conseqüentemente, o respeito à lei não podem ser os únicos objetivos perseguidos pelo direito, já que a justiça deve estar nas considerações de qualquer ordenamento legal. De igual modo, o fato de os nazistas darem mais atenção à ideologia supremacista de seu partido e aos desejos tresloucados do *Führer* que a detalhes da legislação efetivamente vigente na Alemanha, não apaga a realidade crua: várias leis aprovadas pelas autoridades alemãs foram escandalosamente arbitrárias e o *establishment* jurídico do país não reagiu à altura da descomunal injustiça ou da notável desumanidade dessas normas.

Caminhando para o final, pode-se afirmar que a fórmula Radbruch teve importância capital tanto nos julgamentos de líderes nazistas perante tribunais internacionais (Tribunal de Nuremberg), como de colaboradores hitleristas perante tribunais internos alemães no pós-guerra, configurando-se um importante passo na restauração do Estado de Direito da Alemanha. Ademais, recuperada pelo insigne filósofo do direito Robert Alexy (1945-), a fórmula Radbruch foi usada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht - BVerfG*), na década de 90, para confirmar a condenação de agentes de segurança da extinta Alemanha Oriental que atiraram em cidadãos desarmados que pretendiam atravessar o Muro de Berlim. Conforme Gubert “[...] Alexy utiliza-se de até quatro versões da fórmula, dependendo da extensão adotada. A forma mais breve e simplificada é a injustiça extrema não é direito” (2007, p. 59). Por ocasião do polêmico julgamento, Alexy serviu-se dos ensinamentos do mestre de Heidelberg para defender a condenação dos militares, concluindo que “seria necessário mostrar que o caráter jurídico é subtraído quando normas ou sistemas normativos passam de um limite de injustiça (*Unrecht*)” (ALEXY apud RAMOS, 2020, p. 67). Dessa forma, Gustav Radbruch continua atual em seu magistério de conciliação entre os valores da segurança jurídica e da justiça, tendo a dignidade humana como parâmetro de validade das normas, na tentativa de evitar situações concretas de aguda iniquidade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A velha disputa entre as escolas jusnaturalista e juspositivista no campo da Filosofia do Direito encontra-se calcada na questão da existência ou não de princípios que estão além do direito estatal e que, de alguma maneira, o condiciona a ponto de dizê-lo inválido em casos de discordâncias extremadas entre a norma posta e os princípios balizadores

externos. Os positivistas jurídicos, embora reconheçam que as questões morais são muitas vezes importantes para o nascimento das leis, acreditam que o direito é, na prática, um conjunto organizado e hierarquizado de normas estatuídas pelas autoridades competentes, de acordo com determinadas regras formais de elaboração. Assim, uma vez dentro do sistema consoante os padrões instituídos, a norma goza de validade jurídica independentemente de considerações axiológicas. Portanto, o direito posto pelo Estado não tem outros referenciais de validade além daqueles formalmente instituídos por ele mesmo, ou seja, é autorreferente. Já os jusnaturalistas, embora reconheçam a existência do direito positivado pelo Estado, creem que há um conjunto de princípios, de natureza moral e que são externos ao ordenamento jurídico, que não só orientam a produção do direito estatal como lhe servem de fundamento de validade.

O período nazista (1933-1945), baseado em ideologia racista e belaz, provocou um terremoto no direito alemão, pois erigiu várias leis de perseguição sistemática a minorias étnicas, culturais ou políticas, além de usar violência inaudita na busca de objetivos atroz, não consentâneos com a civilização. Além de legislação teratológica, o nazismo usou os tribunais como instrumento de controle ideológico e método de incutir medo na população. Quando findou a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), o mundo, perplexo, pôde observar a extensão dos horrores provocado pelos nazistas tanto na Alemanha quanto nos territórios antes ocupados por tropas alemães. Assim, ao rastro de destruição econômica e humana legado pelo hitlerismo foi acrescido um esfacelamento da ordem jurídica estatal que demandava reflexão e ação, pois também o Estado de Direito precisaria ser erguido de escombros.

Gustav Radbruch (1878-1949), jurista de escol, filósofo do direito e professor, perseguido pelo regime nazista que o havia destituído da cátedra universitária, foi um daqueles a se lançar na tarefa de refletir sobre os horrores dos 12 anos de hitlerismo no poder e suas nefastas consequências jurídicas. Em pequenos artigos e conferências entre 1945, ano em que o pesadelo da guerra findou, e 1949, ano em que faleceu, apontou que o apego cego à lei impediu a necessária crítica ao direito nazista por parte da comunidade jurídica. Para o autor, o direito positivo não deve ser absolutamente autorreferente e, pois, não convém que a validade jurídica seja aferida apenas por critérios lógico-formais. Logo, existem princípios, de cariz moral, que servem, também, de padrão para a validade de uma dada legislação ou mesmo do ordenamento jurídico. Evidentemente que Radbruch não menosprezava a segurança jurídica, atributo sempre colocado em relevo pelos juspositivistas, mas ponderava que o valor justiça não pode ser relegado ao oblívio. Surge, então, o que se convencionou chamar, posteriormente, de fórmula Radbruch: no conflito entre a segurança jurídica e a justiça, prevalecerá a segurança, a menos que a injustiça seja de tal monta que não possa ser tolerada. Muito embora a fórmula pareça, em um primeiro exame, algo vaga, ela tem servido – desde então – como guia em situações jurídicas difíceis.

Isso porque o autor alemão sustenta que um critério diferenciador razoável – entre a lei injusta suportável em nome da segurança jurídica e a lei injusta inaceitável – é o da igualdade fundamental justificadora da dignidade humana. Assim, nenhuma legislação que rebaixa o ser humano e lhe denega a fruição de direitos básicos universalmente reconhecidos, goza de validade jurídica, ainda que ostente os requisitos expressos para tal, como autoridade competente e a forma constitucionalmente prevista. Interessante notar que Radbruch, ainda que recorra ao expediente da validação do direito estatal por princípios universais a ele externos, afasta o naturalismo de posturas etéreas e o refunda com apelo a marcos históricos, como a Declaração Universal do Homem e do Cidadão.

A fórmula Radbruch serviu como espeque para a condenação de muitos líderes nazistas no Tribunal de Nuremberg, órgão criado no âmbito do Direito Internacional, e em tribunais internos da Alemanha, além de ajudar na reconstrução do Estado de Direito alemão do pós-guerra. É de se notar, igualmente, a utilidade da vetusta fórmula Radbruch em notável caso bem mais recente: o do julgamento dos soldados do Muro de Berlim da extinta República Democrática Alemã (Alemanha Oriental). Enfim, Gustav Radbruch segue atual em sua mensagem de conciliação entre os valores da segurança jurídica e da justiça.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHETTO, Aline; ADAMATTI, Bianka. A Lei Como Instrumento de Poder do Nazismo: uma análise a partir da crítica de Franz Neumann. *Revista Brasileira de História do Direito*, Curitiba, v. 2, nº 2, Jul/Dez. 2016.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

COLNELSEN, Elcio. Totalitarismo. *Revista Eletrônica Literatura e Autoritarismo*, Santa Maria, nº 14, Julho-Dezembro 2009.

DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: significado e correntes. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/84/edicao-1/positivismo-juridico:-significado-e-correntes>. Acesso em junho de 2021.

ENCICLOPÉDIA BRITANNICA. Verbetes sobre Natural Law, disponível em <https://www.britannica.com/topic/natural-law>. Acesso em junho de 2021.

ENCICLOPÉDIA DO HOLOCAUSTO. Verbetes sobre legislação antissemita, disponível em <https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/examples-of-antisemitic-legislation-19331939?parent=pt-br%2F11475>. Acesso em junho de 2021.

FASSÓ, Guido. Jusnaturalismo. *Dicionário de Política*. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino (Orgs.) – 11ª edição. Tradução de Carmem Varriale, Gaetano Lo Monaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. Brasília: Editora UnB, 1998.

FRANÇA, Mhardoqueu G. Lima. A busca do equilíbrio entre a positividade do direito e a realização da justiça: uma visão Radbruchiana. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, vol.11, nº. 02, 2018.

GROSS, Frédéric. *Desobedecer*. Tradução de Célia Euvaldo. São Paulo: Ubu Editora, 2018.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; SARLET, Ingo Wolfgang. *História Constitucional da Alemanha – da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental*. Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2021.

GUBERT, Roberta Magalhães. *Mauerschützen (O Caso dos Atiradores do Muro) e a pretensão de correção do Direito na teoria de Robert Alexy: aportes hermenêuticos ao debate acerca da relação entre Direito e Moral*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo: UNISINOS, 2007.

LORIT, Sérgio C. *Kolbe – Herói e Mártir do Campo de Extermínio de Auschwitz*. São Paulo: Editora Cidade Nova, 1975.

HILST, Hilda. *Teatro Completo – Volume 1: As Aves da Noite e O Visitante*. Porto Alegre: L&PM, 2018.

NUNES, Rizzatto. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito – 15ª edição*. São Paulo: Saraiva, 2018.

RADBRUCH, Gustav. O Homem no Direito: seleção de conferências e artigos sobre questões fundamentais do Direito. Tradução de Jacy de Souza Mendonça, disponível em <http://www.valorjustica.com.br/ohomemnodireito.pdf>. Acesso em junho de 2021.

RAMOS, André Luiz Arnt. O sentido da(s) fórmula(s) de Radbruch: notas sobre uma controvérsia ainda atual. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 8, n. 1, 2020.

ROCHA JR, José Jardim. Atravessando o "Umbral da Injustiça": direito e moral em Gustav Radbruch. *Revista dos Estudantes de Direito da UnB*, Brasília, 2010, recuperado de <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/20445>.

SALGADO, Janaina Lopes. *A Rosa Branca e a Correção da (In)justiça Nacional-Socialista no Pós-Guerra*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2017.

SBROCCO, Fernando Moreira. *A Alemanha no período entre guerras*. um estudo sobre a hiperinflação e a ascensão do Nazismo. Monografia apresentada ao Departamento de Economia da Faculdade de Ciências e Letras da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Araraquara: UNESP, 2011.

SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução de Donaldo Schüller. Porto Alegre: L&PM, 2015.

GUIA ESSENCIAL SOBRE O DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL E “DIVÓRCIO VIRTUAL”, PARA ADVOGADOS E PARTES. ENTENDA QUAIS SÃO OS REQUISITOS, A DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA E OS CUSTOS PARA A PRÁTICA DO ATO. CONFIRA OS DETALHES SOBRE O “DIVÓRCIO VIRTUAL”.

HEITOR JOSÉ FIDELIS ALMEIDA DE SOUZA:

é advogado (OAB/SP 407.499), sócio proprietário do Fidelis Sociedade Individual de Advocacia (<https://fidelisadvocacia.com/>), bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP), e especialista em Direito Empresarial pela FGV-SP (pós-graduação *lato sensu*).

Segundo dados do Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal (“CNB/CF”)²⁹, no segundo semestre de 2020 o número de divórcios registrados em cartório no Brasil foi 15% superior em comparação com o segundo semestre de 2019. Neste período (segundo semestre de 2020), foi registrada alta no número de divórcios em 22 estados brasileiros e no Distrito Federal.

Este aumento substancial está relacionado – ao menos parcialmente – aos efeitos da pandemia de COVID-19, que forçou milhões de brasileiros e brasileiras a praticar medidas de isolamento social para frear o avanço da doença em território nacional. Com efeito, a convivência doméstica prolongada e forçada, permeada por um cenário de crise econômica, medo e desinformação, pode ter sido a causa principal ou o estopim para incrementar o número de relações conjugais rompidas durante o período em questão.

Todavia, o acréscimo no número de divórcios não pode ser atribuído exclusivamente à pandemia de COVID-19. Segundo dados do CNB-SP³⁰, a quantidade de divórcios averbados em cartório registrou aumento constante desde 2007. O fenômeno certamente está ligado à promulgação da Lei n. 11.441 de 04 de janeiro de 2007, responsável pela desburocratização do divórcio. De fato, a referida lei instituiu a possibilidade do divórcio extrajudicial (via administrativa), procedimento que antes

²⁹ Dados extraídos da seguinte matéria: <https://www.cnbsp.org.br/?url_amigavel=1&url_source=noticias&id_noticia=20820&lj=2344> Acesso em 05.06.2021.

³⁰ Confira-se na íntegra: <https://www.cnbsp.org.br/?url_amigavel=1&url_source=noticias&id_noticia=20595&filtro=1&lj=2344> Acesso em 05.06.2021.

somente poderia ser formalizado perante o Poder Judiciário, o que implicava em elevados custos, considerável morosidade e desgaste psicológico.

O divórcio extrajudicial, tema deste artigo, pode ser realizado em qualquer Tabelionato de Notas em território nacional (independentemente do estado e cidade em que o casamento foi celebrado). No entanto, é preciso que os cônjuges preencham alguns requisitos essenciais:

- O casal não pode ter filhos menores de idade e/ou incapazes; e
- O casal deve estar em consenso quanto ao divórcio, eventual partilha de bens e fixação de alimentos.

Uma dúvida muito frequente que os casais têm é se poderão retomar seus nomes de solteiro caso o divórcio seja realizado pela via extrajudicial. A resposta é positiva. Caso haja convergência de interesses, os cônjuges poderão solicitar que na escritura pública de divórcio conste a retomada do nome de solteiro ou a manutenção do nome de casado. Havendo alteração do nome após a celebração do divórcio, o interessado deverá levar a escritura pública que materializou o ato perante os órgãos públicos competentes para alteração dos documentos (p. ex.: RG, CNH) e dos registros públicos.

Outro ponto importante: estando o casal de comum acordo, poderá ser estipulado na escritura pública de divórcio a obrigação de pagar alimentos, tanto ao ex-cônjuge, quanto em relação a filhos maiores e capazes, desde que haja efetiva necessidade e possibilidade e consenso entre as partes quanto aos valores e à periodicidade das prestações.

Pondere-se também que o divórcio extrajudicial independe de qualquer tipo de homologação judicial para produzir efeitos jurídicos. Entretanto, as partes deverão ser assistidas por advogado no momento da celebração do ato, devendo a assinatura e qualificação do causídico constar expressamente na escritura pública de divórcio. Os cônjuges poderão ser assistidos pelo mesmo advogado ou por patronos individuais, conforme suas conveniências.

É importante destacar que as regras explanadas acima encontram expressa previsão legal no art. 3º da Lei n. 11.441/2007:

"Art. 3º A Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 1.124-A:

"Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à

descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.”

Embora a Lei n. 11.441/2007 seja omissa quanto à questão dos filhos nascituros, o Código de Processo Civil de 2015 (“CPC15”) preencheu tal lacuna legislativa ao estabelecer em seu art. 733 que o divórcio extrajudicial não poderá ser realizado quando houver filhos nascituros:

“Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731.”

Portanto, as mulheres que estiverem grávidas somente poderão prosseguir com o divórcio extrajudicial mediante autorização judicial, a fim de que os direitos e interesses do nascituro sejam preservados.

Em relação aos documentos necessários à celebração do divórcio extrajudicial, é mandatório que o casal apresente perante o Tabelionato de Notas:

- Certidão de casamento, expedida, preferencialmente, nos últimos 30 dias que antecedem o divórcio;
- Pacto antenupcial, se houver;
- Documento de identificação com foto e dentro do prazo de validade (p. ex.: RG, CNH, passaporte);
- Certidão de nascimento e documento de identificação com foto dos filhos capazes havidos na constância do casamento, se houver;

- Caso os filhos capazes sejam casados, também será necessária a apresentação das respectivas certidões de casamento;
- Em caso de filhos menores e/ou incapazes, o casal deverá apresentar decisão judicial que autoriza a realização do divórcio extrajudicial e regula as questões da guarda e dos alimentos, além de apresentar as respectivas certidões de nascimento e documentos de identificação com foto;
- Certidão de propriedade (p. ex.: matrícula) dos bens imóveis e direitos a eles relativos, se houver;
- Documentos comprobatórios de propriedade/titularidade de bens móveis e direitos (p. ex.: registro de veículo no DETRAN e extratos bancários que comprovem aplicações financeiras do casal), se houver.

Por fim, mas nem por isso menos importante, destacamos que o Provimento nº 100/2020 do CNJ31 instituiu a possibilidade da prática de atos notariais de forma eletrônica em todos os tabelionatos de notas do Brasil, criando-se o “e-Notariado” (<https://www.e-notariado.org.br/>). Portanto, atualmente, o divórcio extrajudicial pode ser realizado de forma 100% eletrônica.

Os requisitos para celebração do ato eletrônico são os mesmos, permanecendo indispensável a contratação de advogado para acompanhar e validar o procedimento. A documentação necessária também permanece inalterada, devendo ser apresentada de forma digital (em arquivo PDF com boa resolução, p. ex.). Audiência de celebração do divórcio é realizada por meio de videoconferência previamente agendada, de modo que as partes não precisam realizar qualquer deslocamento físico. A assinatura da escritura pública de divórcio será feita por meio de certificado digital e, para aqueles que não o possuem, o Tabelionato fornecerá, gratuitamente³² e por tempo limitado, um certificado digital notariado que viabilizará a assinatura eletrônica da certidão.

Quanto aos custos do divórcio extrajudicial, por um lado existem as custas notariais, tabeladas pelo Colégio Notarial do Brasil. Via de regra, não havendo partilha de bens e/ou fixação de pensão alimentícia, as custas notariais ficam em R\$ 465,88 (valor de referência para 2021). Havendo bens a serem partilhados e/ou sendo estipulada pensão alimentícia, o valor da escritura do divórcio dependerá do valor econômico total envolvido

31 Confira-se o Provimento na íntegra pelo *link*: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3334>> Acesso em 05.06.2021.

32 Nos termos do art. 9º, § 4º, do Provimento nº 100/2020 do CNJ.

no ato, devendo ser consultada a Tabela³³ do Colégio Notarial do Brasil para maiores detalhes. Por outro lado, há os honorários do advogado, que deverão ser ajustados particularmente e observar os valores previstos na Tabela de Honorários da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

³³ Acesse a tabela do CNB pelo *link*: <https://www.cnbsp.org.br/?url_amigavel=1&url_source=modulos&id_modulo=802&lj=2344> Acesso em 05.06.2021.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO QUE TANGE A OBTENÇÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO: UMA REVISÃO INTEGRATIVA DA LITERATURA

EDUARDO BUGES DAMASCENO MOTA:
Bacharelado em Direito pela Universidade de Gurupi

ANDRÉ HENRIQUE OLIVEIRA LEITE

(orientador)

RESUMO: O fenômeno da judicialização da saúde é um acontecimento de ordem contemporânea, e tem grande valor em ser discutido frente a tal comportamento. A saúde é um direito fundamental e que deve ser resguardado, uma vez que traz a obrigatoriedade do estado para com a nação. Entretanto só existe um aumento da judicialização da saúde devido ao desrespeito a esse direito, que, por conseguinte o cidadão não vê outra alternativa senão recorrer ao judiciário para satisfazer necessidade. O presente trabalho teve como objetivo identificar e analisar as implicações na obtenção de medicamentos de alto custo, perspectivas da judicialização da saúde no âmbito da obtenção dos medicamentos de alto custo, bem como os impactos para a administração pública. Trata-se de uma revisão integrativa da literatura, a busca aos artigos ocorreu na base de dados da Biblioteca Virtual em Saúde anos de 2016 e 2020. Os resultados encontrados foram de que o fenômeno da judicialização muito se deve a exacerbada e indiscriminada litigância da saúde, deixando as esferas administrativas de lado, deixando claro que os desafios de se judicializar na verdade são absorvidos pelo crescente número da judicialização da saúde. Conclui-se que, políticas públicas descentralizadas que tenham objetivo de filtrar as demandas podem trazer bons resultados.

Palavras-chave: Judicialização da saúde. Direito à saúde. Medicamentos de alto custo.

ABSTRACT: O fenômeno da judicialização da saúde é um acontecimento de ordem contemporânea, e tem grande valor em ser discutido frente a tal comportamento. A saúde é um direito fundamental e que deve ser resguardado, uma vez que traz a obrigatoriedade do estado para com a nação. Entretanto só existe um aumento da judicialização da saúde devido ao desrespeito a esse direito, que, por consequência o cidadão não vê outra alternativa senão recorrer ao judiciário para exigir necessidade. O presente trabalho teve como objetivo identificar e analisar como consequência da obtenção de medicamentos de alto custo, perspectiva da judicialização da saúde no âmbito da solicitação de medicamentos alto custo, bem como os impactos para a administração de medicamentos. Trata-se de uma revisão integrativa da literatura, a busca aos artigos ocorridos na base de dados da Biblioteca Virtual em Saúde anos de 2016 e 2020. Os resultados encontrados foram de que o fenômeno da judicialização muito se deve a exacerbada e indiscriminada

litigância da saúde, deixando as esferas administrativas de lado, deixando claro que os desafios de se judicializar na verdade são absorvidos pelo crescente numerário da judicialização da saúde. Conclui-se que, políticas públicas descentralizadas que tenham objetivo de filtrar, pois as demandas podem trazer bons resultados.

Keywords: Judicialization of health. Right to health. High-cost drugs.

1. INTRODUÇÃO

O texto da presente Carta Magna datada do ano de 1988 em seu artigo 196 é flamejante ao tratar da saúde como direito de todos, e um claro dever do Estado, desse modo, devendo ser “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações de serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988).

Ressalta-se que por problemas, ora de ordem econômica, política ou de má gestão dos serviços de saúde, o Sistema Único de Saúde (SUS) ainda não obteve sucesso diante do preceito do atendimento integral previsto na Constituição Federal (CF). Aos usuários então não restou alternativa que não fosse o poder judiciário como recurso para obter acesso a diagnósticos, internações, procedimentos, medicamentos de alto custo, dentro outros. Esse comportamento de se procurar outros meios para garantir acesso à saúde de maneira litigiosa é chamado de judicialização da saúde (CHAGAS E SANTOS, 2018).

O advento da judicialização no Brasil, sem sombra de dúvidas, é uma das temáticas que merece destaque ímpar, frente às garantias que a CF trás para seus cidadãos. Tal aval vem sendo observado e ganhando espaço no judiciário brasileiro devido à necessidade de que o referido poder seja acionado como meio a garantir a efetividade do direito a saúde (OLIVEIRA, 2013).

Em meados dos anos 90 surgem os primeiros casos de processos judiciais referidos a garantia dos direitos à saúde no Brasil. O que se deu principalmente depois da criação do SUS, que trouxe consigo uma concepção de saúde mais robusta, baseada nos princípios da universalidade, equidade e principalmente no da integralidade. O presente fenômeno tem crescido tanto em cidades metropolitanas, quanto no interior, e se dá como principal fator gerador a falta de investimento econômico e de políticas públicas eficazes (CHAGAS E SANTOS, 2018).

O fato é que isso não ocorre somente no Brasil, mas também em diversos países. Diante disso é necessário um olhar mais atento ao preâmbulo Constitucional ao direito à saúde, sendo necessária para a efetivação de tais direitos. Vale ressaltar que estudos sobre a temática podem trazer consigo profissionais e diversos atores envolvidos na

concretização do direito a saúde ao trilhar da reflexão de novas práticas desse comportamento no eficaz alcance do Direito ao qual sé é resguardada ao cidadão brasileiro.

Diante da situação apresentada, é necessária uma melhor compreensão de que, apesar de ser um direito fundamental, consagrado pela CF, o direito a saúde ainda é carente de medidas públicas eficazes para sua aplicação, o que se faz mais evidente quando diz respeito a casos que envolvam medicamentos de alto custo e a sua disponibilização, seja por meio judicial ou administrativo e seu impacto muitas vezes vultoso para com a própria administração pública (LOPES e FREITAS, 2020).

Sendo assim, diante o reconhecimento e a necessidade do respeito ao mandamento constitucional à saúde, e que o mesmo seja efetivado de modo ímpar a toda a população, bem como não venha trazer prejuízos orçamentários à gestão pública, se faz com grande importância, a análise integrativa do presente tema, face a concessão de medicamentos de alto custo aos cidadãos brasileiros (LOPES e FREITAS, 2020).

Desse modo, fica claro e evidente a problemática de que deve ser analisado a literatura recente para chegar-se a um denominador comum que traga consigo os prováveis problemas enfrentados quanto as demandas dos medicamentos de alto custo, suas prováveis consequências, além de pontuar prováveis causas e efeitos dessa demasiada judicialização aos entes da Administração Pública.

Considerando a singularidade do tema, o crescimento expansivo das demandas judiciais relativas a saúde e em específico aos medicamentos de alto custo, o objetivo dessa pesquisa foi identificar e analisar as implicações, desafios na obtenção de medicamentos de alto custo, perspectivas da judicialização da saúde no âmbito da obtenção dos medicamentos de alto custo, bem como os impactos para a Administração Pública.

2. METODOLOGIA

Este estudo trata-se de uma revisão integrativa da literatura:

“A revisão integrativa permite a inclusão de estudos experimentais e não experimentais para uma compreensão completa do fenômeno analisado. Combina também dados da literatura teórica e empírica, além de incorporar um vasto leque de propósitos: definição de conceitos, revisão de teorias e evidências, e análise de problemas metodológicos de um tópico particular.” (WHITTEMORE, KNAFL, 2005)

A revisão integrativa será realizada em cinco etapas: 1) formulação da questão de pesquisa; 2) estabelecimento dos critérios de inclusão e exclusão e base de dados a ser utilizada; 3) categorização (organização e sumarização da informações; 4) avaliação dos estudos incluídos através de análise crítica e detalhada; 5) interpretação dos resultados; 6) síntese do conhecimento.

Para nortear o estudo, a seguinte questão norteadora foi formulada: “Quais desafios são encontrados nas publicações científicas nacionais para obtenção de medicamentos de alto custo?”

A Biblioteca Virtual de Saúde (BVS) foi a base de dados selecionada e utilizou-se, os termos; judicialização da saúde *AND* medicamentos de alto custo; judicialização da saúde *OR* medicamentos de alto custo. E ainda foram utilizados os filtros ano de publicação e idioma.

Foram incluídos artigos disponíveis na íntegra e gratuitos publicados entre os anos de 2016 e 2020, que tratasse sobre os desafios para aquisição de medicamentos de alto custo, nos idiomas inglês, português e espanhol.

Foram excluídos da revisão, trabalhos de conclusão de curso, dissertações, teses, editoriais e cartas, além de artigos duplicados, assim como foram excluídos também os que apareceram na busca, porém não tenham relação com o tema.

A pesquisa dos artigos foi realizada entre os meses de abril e maio de 2021. Inicialmente, a identificação dos artigos foi realizada pelo título das publicações encontradas nas bases de dados, conforme a estratégia de busca estabelecida. Em caso de dúvida foi realizada leitura do resumo e metodologia do estudo. Após esta fase de refinamento, foi realizada a leitura dos resumos ou dos artigos na íntegra, para identificação dos estudos que fizeram parte da revisão. No caso de artigos duplicados nas bases de dados, estes foram considerados apenas uma vez, bem como foi utilizada busca reversa. Ao fim para melhor ilustrar a busca e os motivos de exclusão dos estudos, foi elaborado um fluxograma (Figura 1).

Os dados dos estudos foram organizados em um quadro contendo: os autores, anos de publicação, local, tipo de estudo e resultados (Quadro 1).

Seguiu-se pela caracterização da amostra, identificação e agrupamento de pontos em comum e síntese dos resultados, que foram expostos em quadro e discutidos de forma descritiva.

3. RESULTADOS

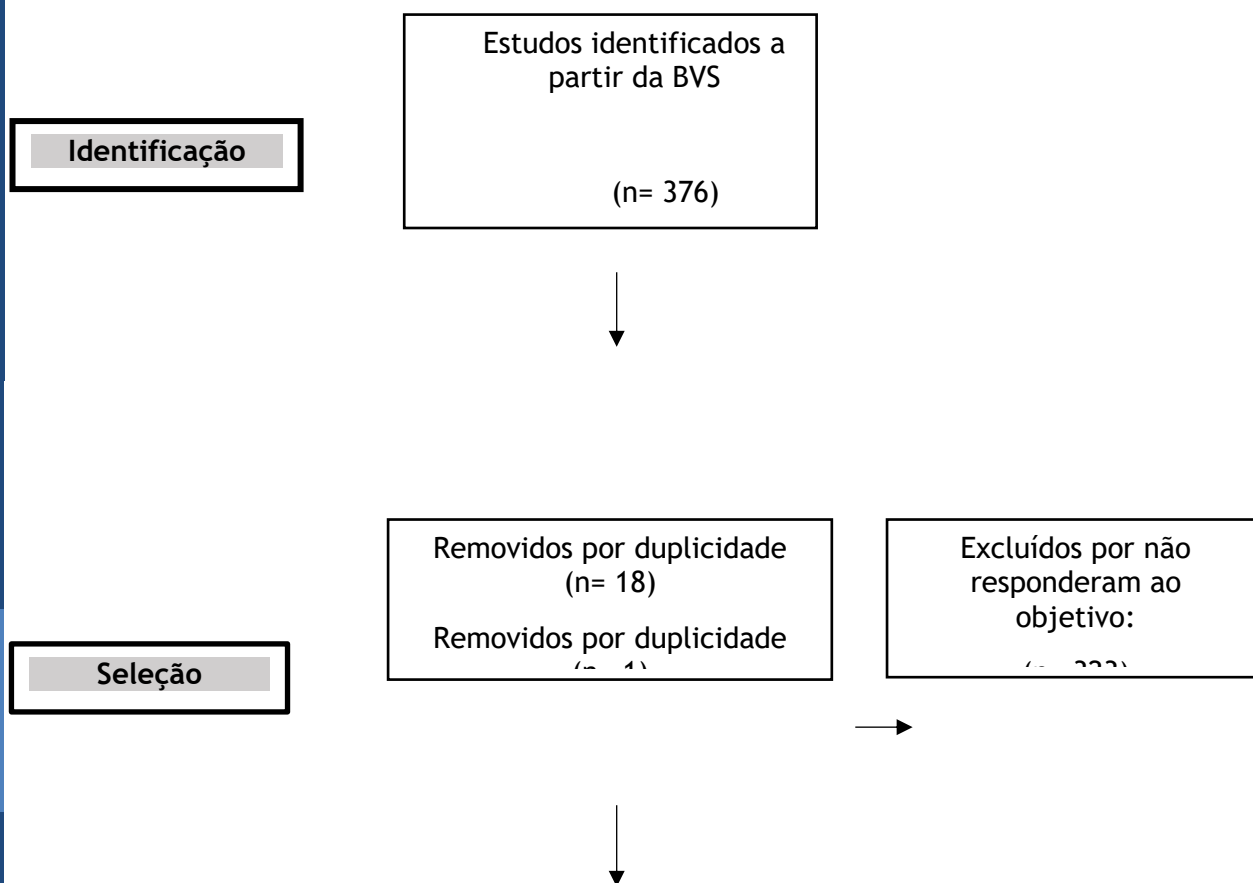
Foi identificado um total de 376 publicações na BVS. Destas uma (01) foi excluída por se tratar de dissertação e 18 artigos duplicados, restando 357 estudos. A partir da leitura dos resumos, foram selecionados 34 artigos que se aproximavam do objetivo proposto. Após leitura do texto na íntegra, permaneceram 06 publicações, responsáveis por compor a amostra final deste estudo.

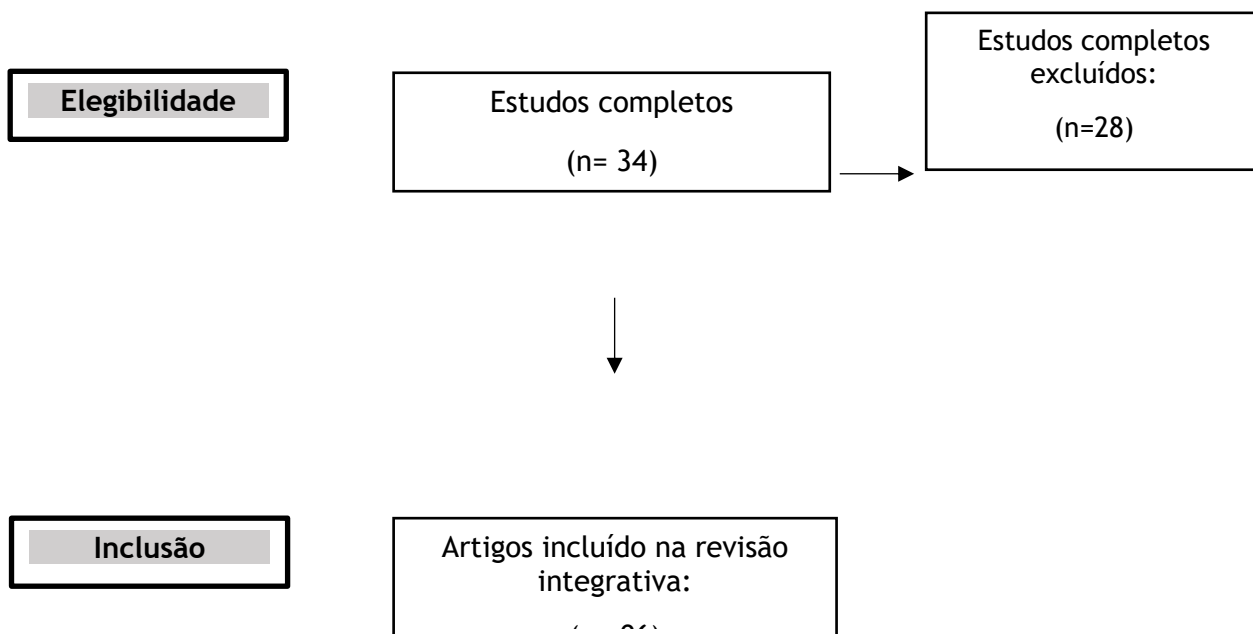
Considerando o recorte temporal dos últimos cinco anos (2016-2020), adotado para realização da busca na base de dados, destaca-se que houveram publicações nos anos de 2016 (n=2; 33,3%), 2019 (n=2; 33,3%), e 2020 n=2; 33,3%) e não houve publicações incluídas na pesquisa nos anos de 2017 e 2018.

Quanto a natureza da pesquisa 3 (50%) foram do tipo quantitativa e 3 publicações revisões literárias (50%). Todas as publicações foram realizadas no Brasil, quanto a idioma apenas 2 (33,3%) dos trabalhos foram encontrados no idioma inglês, o restante em português (66,7%).

4. Quadros e figuras

Figura 1 – Fluxograma do processo de identificação e seleção dos artigos para a revisão integrativa sobre a judicialização de medicamentos de alto custo, Brasil, 2021.





Fonte: Fluxograma Prisma (2009).

Quadro 1. Perfil das publicações segundo artigo, local, tipo de estudo e resultado.

Artigo	Local	Tipo de Estudo	Resultados
Biehl, Socal, Amon, 2016.	Estado do Rio Grande do Sul.	Abordagem quantitativa, descritiva.	Nossos resultados demonstram que os argumentos condenando a judicialização como um fenômeno que é impulsionado pelos ricos, advogados particulares e farmacêuticas empresas para acessar o nome da marca e remédios de alto custo ficam, pelo menos no Rio Grande do Sul,

			em grande parte falso. Nossa pesquisa descobriu que certo para-litígios de saúde neste estado é um processo generalizado prática que é utilizada por demandantes de baixa renda incluindo os muito pobres. Em vez de expandir iniquidades e fragilização da saúde universal sistema, a judicialização pode servir como base instrumento para os pobres manterem o governo responsável pelo planejamento e entrega de cobertura universal de saúde de alta qualidade.
Oliveira, Nascimento, Lima, 2019	Brasil, Austrália, Canadá e Reino Unido.	Revisão integrativa da literatura.	Este estudo proporcionou uma síntese da produção sobre o acesso a medicamentos nos sistemas universais de saúde da Austrália, do Brasil, do Canadá e do Reino Unido, sinalizando os principais desafios e perspectivas desses sistemas na tarefa de proporcionar acesso racional e equitativo aos seus cidadãos. Apesar dos quatro sistemas de saúde estudados serem considerados universais, existem grandes diferenças entre eles, principalmente em relação à sua estrutura, gestão, organização, maturidade, financiamento, porte e distribuição das morbidades nas populações.
Caetano, Rodrigues, Corrêa, Villardi, Castro,	Brasil	Abordagem quantitativa, exploratória, descritiva.	O mapeamento das compras do medicamento junto ao Siasg mostrou que as primeiras aquisições do eculizumabe ocorreram em fevereiro de 2009, dois anos após o primeiro registro internacional. No período examinado, todas as compras federais do eculizumabe foram realizadas pelo Ministério da Saúde, por meio do

2020.			Departamento de Logística em Saúde, todas por dispensa de licitação e sempre com a justificativa de atendimento de demandas judiciais.
Chagas, Provin, Mota, Guimarães, Amaral, 2020.	Uma Capital da Região Centro- Oeste do Brasil	Estudo longitudinal	As estratégias institucionais implantadas foram ferramentas importantes para reduzir os altos custos dos medicamentos. Nas ações judiciais. Além disso, representaram um avanço para o Estado, trouxeram um benefício para a sociedade e indicou um caminho potencial para os sistemas de saúde e justiça de outros países que também enfrentam problemas causados pela judicialização da saúde.
Catanheide, Lisboa, Souza, 2016.	Brasil	Revisão Sistemática	Os 53 estudos revisados apresentam achados que ajudam a compreender o fenômeno: as liminares são concedidas na quase totalidade dos casos; parcela considerável das ações poderia ter sido evitada caso fossem observadas as alternativas terapêuticas do SUS. Os estudos revisados não permitem afirmar nem negar que os valores gastos com a compra de medicamentos demandados judicialmente comprometam o orçamento do SUS. Enfim, as pesquisas realizadas permitem que se compreenda melhor o fenômeno da judicialização, embora seja recomendável a realização de outros estudos que descrevam características ainda pouco definidas da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil.

Alves, Silva, 2019.	Secretaria Estadual da Saúde do Nordeste brasileiro	Pesquisa bibliográfica, exploratória e não sistemática	Dos 419 atendimentos realizados e registrados em 2016, foram identificadas 113 demandas referentes à solicitação de medicamentos pleiteadas por meio de ação judicial. Destas, foram identificados um total de 78 medicamentos solicitados, considerando também aqueles que apareceram em mais de uma apresentação.
---------------------------	--	--	---

5. DISCUSSÃO

Um dos meios para se garantir o direito constitucional à saúde tem sido judicializá-la, a saúde portanto tem sido alvo de inúmeros litígios, tornando-se desse modo pauta constante na agenda de saúde dos gestores públicos. A presente temática emerge, muitas das vezes, da não satisfação do SUS em sanar ou em assegurar que os usuários tenham suas necessidades de saúde asseguradas, não afirmando o status de “cidadania” garantida pela Constituição Federal (COSTA et. al., 2020).

Uma das afirmativas encontradas no presente trabalho acerca da judicialização dos medicamentos de alto custo e sua obtenção foi retratada no Estado do Rio Grande do Sul, explicitada pelo referido trabalho e diz respeito a afirmativa de que a sua obtenção seria condicionada e entendida como “elitista” e que é entendida como um fenômeno impulsionado pela classe de poder aquisitivo mais privilegiada, financiada por escritórios de advocacia, grandes farmacêuticas, enfim, a obtenção dos medicamentos de alto custo fazia parte de uma “manobra” elitista (BIEHL, et. al., 2016).

Entretanto, o referido artigo explicitado no quadro expõe quantitativamente que a afirmativa se faz como falsa e que a pesquisa expõe o contrário, uma vez que foi possível identificar que os demandantes em sua grande maioria são de baixa renda incluindo nesses os muito vulneráveis na acepção da lei. Tal exemplo pode ser visto como um caso emblemático em que a população que mais necessita, através de um instrumento legal, mantém o governo responsável pelo planejamento e oferta de saúde de alta qualidade. (BIEHL, et. al, 2016).

Os medicamentos de altíssimo custo são sem sombra de dúvidas o centro da discussão ainda mais quando diz respeito a manutenção do direito à vida, certa vez que existe uma grave iniquidade no acesso: apenas 10% da população mundial consomem boa parte da produção de medicamentos (CATANHEIDE, et al., 2016).

Apesar do assustador dado apresentado acima é importante salientar que atitudes planejadas podem trazer resultados mais interessantes diante de tal situação. Tal afirmação é bem exemplificada no caso das ações descentralizadas em que são criados departamentos específicos para triagem das demandas referentes aos medicamentos de alto custo, e reduzem os custos com medicamentos frutos de ações judiciais (CHAGAS et al., 2020).

O que se pôde observar por vezes na literatura são relatos de dificuldade no acesso aos medicamentos que envolvem na maioria casos medicamentos que não estão inclusos em algum programa de assistência farmacêutica, ou que não estão contemplados na lista de medicamentos ofertados pelo SUS. No entanto, foi possível analisar que a maioria dos medicamentos pertencentes ao COMPONENTE ESPECIALIZADO DE ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA de um Estado do nordeste brasileiro contemplavam boa parte das demandas judiciais por medicamentos, ou seja, as solicitações dos usuários litigantes encontrava-se atendidas desde que os mesmos utilizassem a via administrativa como meio de admissibilidade (ALVES e SILVA, 2019).

O acesso ao medicamento é um elemento extremamente importante, bem como sua disponibilidade pelo setor público em diversos países, tem peculiaridades e problemáticas e soluções diversas de país para país. No Brasil esse índice entre os anos de 2003 e 2015 foi mensurado a média de 50% de demanda judicial referente a medicamentos, ou seja, a judicialização da saúde (OLIVEIRA et al., 2019).

Consubstancialmente ao surgimento de demandas coletivas é facilmente notório que a crescente judicialização é recorrente também pelo poder garantidor constitucional que se têm, por conseguinte a obrigatoriedade da lei em seu poder garantidor do bem maior que é a vida humana. É fácil observar também que tal lacuna poderia ser sanada por políticas públicas bem aplicadas, porém, também se faz como um enorme desafio frente ao aumento estratosférico das demandas judiciais nesse sentido.

Um fato a ser considerado é que apesar de todo o contexto apresentado não existe uma solução emblemática ou algo que seja satisfatório e fácil de ser sanado tão rapidamente, na verdade, trata-se aqui de algo a ser “saneado” de forma gradual, equilibrada e contínua. Apesar da judicialização ser cada vez mais normal e frequente, o que deve ser feito é repensar sobre o real papel constitucional do Estado na atuação judicial, pensando também como gestor de políticas públicas (ALVES e SILVA, 2019).

6. CONCLUSÃO

A judicialização da saúde, apesar de ser um meio de garantir o direito à saúde previsto na Constituição brasileira, vem crescendo significativamente, refletindo em efeitos

desastrosos ao Sistema Único de Saúde. Isso se deve ao fato de gerar despesas adicionais e de alto valor e que geram gastos desordenados.

Os gastos decorrentes com as medidas judiciais decorrentes das decisões favoráveis aos litigantes, ainda mais quando envolvem aquisições que contemplem dispensa de licitação que por conseguinte tenham caráter emergencial, e que nesse caso pode representar um gasto certamente mais elevado do que o de uma compra programada, pode-se levar em consideração que são grandes os impactos causados ao orçamento público que em suma em sua maioria já padece de desordem orçamentária ou por si só já se encontra deficitário.

Alem do fator orçamentário não se pode deixar de considerar as dificuldades encontradas pelo usuário do SUS, ao demandar do sistema para um medicamento, principalmente quando diz respeito aos de alto custo, tal desafio se faz mais evidente em suma na sua grande maioria nos casos em que o fármaco não é contemplado pela lista de medicação amparada pelo próprio SUS.

Entretanto, no presente estudo foi possível observar que, apesar das altas demandas relativas a judicialização da saúde, também foi possível observar demandas judiciais que se em dado momento estivessem seguido o rito administrativo de solicitação de tal fármaco e não somente a via judicial o solicitante teria sua solicitação atendida de maneira talvez até mais célere do que por via judicial.

Desse modo se faz cada vez mais evidente que uma das ferramentas mais efetivas poderá ser como no exemplo apresentado a seguir em que através do estudo apresentado por ALVES e SILVA, 2019 no qual tais gastos certamente poderiam ser reduzidos com políticas de descentralização em que o simples fato de filtrar demandas decorrentes da judicialização da saúde podem vir a render bons frutos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Priscila da Silva. A tutela judicial do direito à saúde: análise do processo decisório das ações de saúde e de seus impactos para a Administração Pública a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 2015.

ALVES, Alba da Cunha; SILVA, Thalita Oliveira da. Judicialização da saúde no acesso a medicamentos no sus em uma secretaria estadual da saúde. **Rev. baiana saúde pública**, p. 45-56, 2019.

AQUINO, Simone; NOVARETTI, Marcia Cristina Zago. Medicamentos de alto custo: compreendendo o gerenciamento e falhas de dispensação em cinco estados brasileiros. **Administração Pública e Gestão Social**, p. 138-147, 2015.

ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni. Judicialização da saúde e diálogo institucional: a experiência de Lages (SC). **Revista de Direito Sanitário**, v. 17, n. 2, p. 48-65, 2016.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.**

BASTOS, Soraya Pina; FERREIRA, Aldo Pacheco. A judicialização da saúde: uma atuação da magistratura na sinalização da necessidade de desenvolvimento e de implementação de políticas públicas na área da saúde. **Saúde em Debate**, v. 43, p.48-60, 2020.

BIEHL, João; SOCAL, Mariana P.; AMON, Joseph J. The judicialization of health and the quest for state accountability: evidence from 1,262 lawsuits for access to medicines in southern Brazil. **Health and human rights**, v. 18, n. 1, p. 209, 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. **Portaria nº 199, de 30 de janeiro de 2014.** Brasília, 2014. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/prt0199_30_01_2014.html>. Acesso em: 20 Out. 2020.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição** da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html> Acesso em: 10 Out. 2020.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição** da República Federativa do Brasil. EC N° 96, 2017 Art. 196. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_06.06.2017/art_196.asp>. Acesso em: 11 Out. 2020.

CAETANO, Rosângela et al. O caso do eculizumabe: judicialização e compras pelo Ministério da Saúde. **Revista de Saúde Pública**, v. 54, p. 22, 2020.

CATANHEIDE, Izamara Damasceno; LISBOA, Erick Soares; SOUZA, Luis Eugenio Portela Fernandes de. Características da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, v. 26, p. 1335-1356, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos. Brasil, 18 de Março de 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>>. Acesso em: 15 Out. 2020.

DAS CHAGAS, Cassia Pereira; DOS SANTOS, Fausto Pereira. Efeitos do gasto com a judicialização da saúde no orçamento da Secretaria Estadual de Saúde do Distrito Federal entre 2013 e 2017. **CADERNOS IBERO-AMERICANOS DE DIREITO SANITÁRIO**, v. 7, n. 2, p. 147-172, 2018.

CHAGAS, Virginia Oliveira et al. Institutional strategies as a mechanism to rationalize the negative effects of the judicialization of access to medicine in Brazil. **BMC health services research**, v. 20, n. 1, p. 1-14, 2020.

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E O DIREITO À PRIVACIDADE

ALINE HIRT: Bacharel em Direito, Especialista em Direito Público, Advogada e atual Servidora Pública Federal.

RESUMO: O presente trabalho trata da aplicação da Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais no conflito entre a liberdade de informação e o direito à privacidade. Primeiramente, observa-se a evolução dos direitos fundamentais positivados na ordem constitucional interna. Na sequência, afirma-se que os direitos fundamentais individuais se enquadram ao conceito de princípios constitucionais. Entretanto, a violação dos direitos fundamentais não ocorre somente nas relações entre o Estado e os indivíduos, mas também nas relações jurídicas entre os particulares. Essa teoria é chamada de Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. Por fim, discute-se como e até que ponto os direitos fundamentais podem interferir em relações jurídicas eminentemente privadas.

Palavras-chave: Eficácia horizontal. Liberdade de informação. Direito à privacidade.

ABSTRACT: This work deals of the application of the Theory of Horizontal Effectiveness of Fundamental Rights in conflict between freedom of information and the right to privacy. First, we observe the evolution of fundamental rights in the internal constitutional order positivized. Following, the individual fundamental rights, holders of high load evaluative, fit into the concept of constitutional principles. However, the violation of fundamental rights doesnt only occur in relations between the State and individuals, but also on legal relationships between individuals. This theory is called Horizontal Effectiveness of Fundamental Rights. Finally, discusses how and to what extent fundamental rights may interfere with eminently private legal relations.

Key-words: Horizontal efficacy. Freedom of information. Right to privacy.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 TRAJETÓRIA HISTÓRICA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS. 3 DIREITOS INDIVIDUAIS. 3.1 LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. 3.2 DIREITO À PRIVACIDADE. 4 A TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS. 4.1 PONDERAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS. 4.2 TEORIA DA EFICÁCIA VERTICAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 4.3 TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 4.3.1 Teoria da Ineficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. 4.3.2 Teoria da Eficácia Indireta ou Mediata dos Direitos Fundamentais. 4.3.3 Teoria da Eficácia Direta ou Imediata dos Direitos Fundamentais. 5 A APLICAÇÃO DA TEORIA HORIZONTAL NO CONFLITO

ENTRE A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E O DIREITO À PRIVACIDADE. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 7 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo destina-se a analisar a evolução histórica dos direitos fundamentais bem como a sua importância dentro do ordenamento jurídico, destacando a divisão doutrinária das dimensões de direitos. Ademais, o tema baseia-se no conflito entre a liberdade de informação e o direito à privacidade, razão pela qual se fez necessária a diferenciação entre regras e princípios e os meios de solucioná-los quando em colisão. Para isto, conjugou-se a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e precedentes jurisprudenciais a fim de buscar o esclarecimento do tema.

Dentro desse contexto procura-se traçar as linhas norteadoras para a solução dos conflitos, bem como fomentar a aplicação da Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais no que tange à liberdade de informação em contraponto a outros direitos da personalidade.

2 TRAJETÓRIA HISTÓRICA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS

Direito Constitucional é o ramo do direito público interno dedicado à análise e interpretação das normas constitucionais. Tais normas são compreendidas como o ápice da pirâmide normativa de um ordenamento jurídico, consideradas Leis Supremas de um Estado soberano, e tem por função regulamentar e delimitar o poder estatal, definir a forma de Estado e a forma de governo, além de prever e garantir os direitos considerados fundamentais. É destacado por ter fundamento na organização e no funcionamento do Estado e possui como objeto de estudo a constituição política deste³⁴.

A origem formal do constitucionalismo está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, datada do ano de 1787, realizada após a Independência das Treze Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, apresentando dois traços marcantes: a organização do Estado e limitação do poder estatal para evitar abusos dos soberanos, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais³⁵.

Partindo, então, da ideia de que todo Estado deva possuir uma Constituição, avança-se no sentido de que os textos constitucionais contêm regras de limitação ao poder

³⁴PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 25-27.

³⁵MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.1.

autoritário e de prevalência dos direitos fundamentais, afastando-se da visão autoritária do antigo regime.

Por constituição moderna, José Joaquim Gomes Canotilho entende ser: “[...] a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”³⁶.

Os primeiros antecedentes de limitação de poderes do Estado e daqueles que exercem poder surgiram na Inglaterra, com a celebração de pactos que limitavam o exercício do monarca, como a famosa Magna Carta, firmada, em 1215, entre o Rei João Sem Terra e os barões, e a *Petition of Rights*, imposta, em 1628, ao Rei Carlos I. Desta forma, em troca da conservação do poder, os reis reconheciam direitos de seus súditos³⁷.

A primeira Constituição escrita foi a do Estado da Virgínia, em 1776, elaborada meses antes da declaração da independência americana. Em seguida foram proclamadas a Constituição dos Estados Unidos da América, em 1787, e a francesa, em 1791³⁸.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada em 1789, após a Revolução Francesa, declarava que o país que não estabelecesse uma separação de poderes, nem uma declaração de direitos individuais, não possuiria uma plena Constituição³⁹.

Nos escólios de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

A Constituição assume a missão de organizar racionalmente a sociedade, especialmente na sua feição política. É o estatuto do poder e o instrumento jurídico com que a sociedade se presume contra a tendência imemorial de abuso dos governantes. É também o lugar em que se expressam as reivindicações últimas da vida em coletividade e se retratam os princípios que devem servir de guia normativo para a descoberta e a construção do bem comum⁴⁰.

³⁶CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2002. p. 52.

³⁷PINHO, 2010. p. 25-26.

³⁸PINHO, 2010. p. 26.

³⁹PINHO, 2010. p. 26.

⁴⁰MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 43.

O Brasil teve, ao todo, oito constituições escritas, incluída a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, considerada também uma Constituição tendo em vista ser considerada um novo poder constituinte originário quando de sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro. Todas as Constituições brasileiras contiveram enunciados de direitos individuais.

A Constituição de 1988 inova ao dispor sobre os direitos fundamentais antes de tratar da organização do próprio Estado, bem como ao incorporar junto à proteção dos direitos individuais e sociais a tutela dos direitos difusos e coletivos⁴¹. Os princípios democráticos e a defesa dos direitos individuais e coletivo dos cidadãos estão consolidados no texto, consagrando direitos fundamentais de maneira inédita⁴².

3 DIREITOS INDIVIDUAIS

A Constituição da República Federativa de 1988, em seu Título II, classifica o gênero direitos e garantias fundamentais em importantes capítulos, a saber: I – “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”; II – “Dos Direitos Sociais”; III – “Dos Direitos da Nacionalidade”; IV – “Dos Direitos Políticos”; e V – “Dos Partidos Políticos”.

Para George Marmelstein, em sua obra Curso de Direitos Fundamentais:

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico⁴³.

Os direitos fundamentais apresentam as seguintes características: historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, universalidade e limitabilidade⁴⁴. Pedro Lenza traz, ainda, a concorrência, como uma característica aos direitos fundamentais⁴⁵.

Modernamente, a doutrina apresenta a classificação de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos⁴⁶.

⁴¹PINHO, 2010. p. 101.

⁴²LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 125.

⁴³ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 20.

⁴⁴PINHO, 2010. p. 97.

⁴⁵LENZA, 2011. p. 864.

⁴⁶MORAES, 2008. p. 31.

Como destaca Celso de Mello:

Enquanto os *direitos de primeira geração* (civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os *direitos de segunda geração* (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os *direitos de terceira geração*, que materializam poderes de titularidade coletiva, atribuídos genericamente a todas as informações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade⁴⁷.

Paulo Bonavides acrescenta ainda uma quarta geração de direitos fundamentais. Observa que, ao lado do processo de globalização econômica, com o conseqüente afrouxamento da soberania do Estado Nacional, decorrente da ideologia neoliberal em voga nos tempos atuais em todo o mundo, existe uma tendência de globalização dos direitos fundamentais, a única que realmente interessaria aos povos da periferia. O renomado autor aponta os seguintes direitos de quarta geração: direito à democracia, à informação e ao pluralismo⁴⁸.

Em que pese doutrinadores enquadrarem os direitos humanos de quinta geração como sendo os que envolvem a cibernética e a informática, Paulo Bonavides vê na quinta geração o espaço para o direito à paz⁴⁹.

A afirmação dos direitos fundamentais do homem na Constituição de um Estado reveste-se de magna importância, mas não basta que um direito seja reconhecido e positivado, é necessário garanti-lo, porque haverá momentos em que eles serão discutidos e até mesmo violados.

Ruy Barbosa, citado por José Afonso da Silva, já dizia que:

Uma coisa são os direitos, outras as garantias, pois devemos separar, no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias,

⁴⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF Pleno. MS nº 22.164/SP. Rel. Min. Celso de Mello. **Diário da Justiça**, Seção I, 17 nov. 1995. p. 39.206. [Grifo no original].

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 571.

⁴⁹ BONAVIDES, 2010. p. 584.

que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito⁵⁰.

Assim, os direitos são bens e vantagens definidos na norma constitucional, ao passo que as garantias são instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos referidos direitos ou prontamente se os repara, caso sejam violados.

Direitos fundamentais, como visto anteriormente, são direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma constituição cuja eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu próprio enunciado, uma vez que a Constituição Federal faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados entre os fundamentais⁵¹.

Como acontece com a maioria dos grandes temas do direito constitucional, foram a jurisprudência e a doutrina constitucional norte-americana que conceberam e elaboraram a classificação das normas constitucionais, do ponto de vista de sua aplicabilidade, em *self-executing provisions* e *not self-executing provisions*, que os autores divulgaram, pela tradução, respectivamente, de *disposições auto-aplicáveis* ou *auto-executáveis*, ou *aplicáveis por si mesmas*, ou, ainda, *bastantes em si*, e *disposições não auto-aplicáveis*, ou *não auto-executáveis*, ou *não auto-executáveis por si mesmas*, ou, ainda, *não-bastantes em si*⁵².

José Afonso da Silva, portanto, divide as normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, achando mais adequado considerá-las sob a tríplice característica, em três categorias: normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. Esta classificação é definida pelo autor da seguinte forma:

Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou,

50 BARBOSA, Ruy. **República: teoria e prática** (textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República). Brasília: Câmara dos Deputados, 1978. p.121-124. *apud* SILVA, 2010. p. 186.

51 MORAES, 2008. p. 32.

52 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 73.

desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhe constitui o objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos requeridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade bastante para isso, deixando essa tarefa a legislador ordinário ou a outro órgão do Estado⁵³.

Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. É o que prevê a Carta Magna, em seu artigo 5º, parágrafo 1º.

Significa dizer, portanto, que a norma é de aplicabilidade imediata quando a condição de seu mandamento não possui lacuna, e quando esse mandamento é claro e determinado. Do contrário ela é não-executável pela natureza das coisas⁵⁴.

3.1 LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

A Constituição de 1988 traz diversas normas sobre o tema das liberdades de informação, de expressão e de imprensa. Sobre as duas primeiras, de forma geral, podem ser destacados os seguintes dispositivos:

Art. 5º. [...]

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral, ou à imagem;

[...]

⁵³ SILVA, 2007. p. 82-83.

⁵⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 100.

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”

Para tratar dos meios de comunicação social e da liberdade de imprensa, a Constituição empregou artigo próprio, que confere àqueles tratamento privilegiado, nos seguintes termos:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística⁵⁵.

Depreende-se que a liberdade de expressão é direito genérico que finda por abarcar um sem-número de formas e direitos conexos e que não pode ser restringido a um singelo externar sensações ou intuições, com a ausência da elementar atividade intelectual, na medida em que a compreende. Dentre os direitos conexos presentes no gênero liberdade de expressão podem ser mencionados, aqui, os seguintes: liberdade de manifestação de pensamento; de comunicação; de informação; de acesso à informação, de opinião, de imprensa, de mídia, de divulgação e de radiodifusão⁵⁶.

Pedro Lenza, ao tratar da liberdade de informação, afirma que:

É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Trata-se do direito de informar e ser informado. Completando tal direito fundamental, o art. 5.º, XXXIII, estabelece que todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de

⁵⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁵⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 48. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 620-621.

responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado⁵⁷.

A liberdade de informar só existe diante de fatos cujo conhecimento seja importante para que o indivíduo possa participar do mundo em que vive, não se incluindo, portanto, os fatos sem importância, geralmente relacionados à vida íntima de uma pessoa⁵⁸.

3.2 DIREITO À PRIVACIDADE

A Constituição da República Federativa do Brasil declara invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, em seu artigo 5º, inciso X. Portanto, erigiu, expressamente, esses valores humanos à condição de direito individual, mas não o fez constar do *caput* do artigo. Por isso, considera-se um direito conexo ao da vida. Assim, ele figura no *caput* como reflexo ou manifestação deste⁵⁹.

A intimidade se caracteriza como a esfera secreta da vida do indivíduo no qual este tem o poder legal de evitar os demais. É definida como o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento de outrem de quanto se refira à pessoa mesma. Abrange, nesse sentido mais restrito, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência, o segredo profissional⁶⁰.

É, também, inviolável a vida privada. Não é fácil distinguir vida privada de intimidade. Segundo José Afonso da Silva:

Aquela, em última análise, integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo. Mas a Constituição não considerou assim. Deu destaque ao conceito, para que seja mais abrangente, como conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver sua própria vida.

Parte da constatação de que a vida das pessoas compreende dois aspectos: um voltado para o exterior e outro para o interior. A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública. A vida interior, que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre

57 LENZA, 2011. p. 893.

58 CHIMENTI et al., 2007. p. 85.

59 Silva, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 205-206.

60 SILVA, 2010. p. 206-207.

os membros de sua família, sobre seus amigos, é a que integra o conceito de vida privada, inviolável nos termos da Constituição⁶¹.

O mesmo dispositivo em análise declara invioláveis a honra e a imagem das pessoas. A honra é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa humana, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação. É direito fundamental da pessoa resguardar essas qualidades. A inviolabilidade da imagem da pessoa consiste na tutela do aspecto físico, como é perceptível visivelmente⁶².

Por outro lado, essa proteção constitucional em relação àqueles que exercem atividade política ou artística em geral deve ser interpretada de forma mais restrita.

4 A TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada com 315 artigos, sendo 245 na parte permanente e 70 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, superando em extensão normativa todas as demais Constituições anteriores.⁶³

Os estudos de Direito Público, especialmente de Direito Constitucional, lograram avanços significativos no que se refere à interpretação e à aplicação das normas constitucionais. Hoje, mais do que ontem, importa construir o sentido e delimitar a função daquelas normas que, sobre prescreverem fins a serem atingidos, servem de fundamento para a aplicação do ordenamento constitucional: os princípios jurídicos. É até mesmo plausível afirmar que a doutrina constitucional vive, atualmente, a euforia do que se convencionou chamar de "Estado Principlológico". Importa ressaltar, no entanto, que notáveis exceções confirmam a regra de que a euforia do novo terminou por acarretar alguns exageros e problemas teóricos que têm inibido a própria efetividade do ordenamento jurídico. Trata-se, em especial e paradoxalmente, da efetividade de elementos chamados fundamentais: os princípios jurídicos. Diante deste contexto, algumas questões devem ser observadas⁶⁴.

A primeira delas é a própria distinção entre princípios e regras. De um lado, as distinções que separam os princípios das regras em virtude da estrutura e dos modos de aplicação e de colisão entendem como necessárias qualidades que são meramente contingentes nas referidas espécies normativas. Ainda mais, essas distinções exaltam a

61 SILVA, 2010. p. 208.

62 SILVA, 2010. p. 209.

63 CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 215-218.

64 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 27.

importância dos princípios – o que termina por apequenar a função das regras. De outro lado, tais distinções têm atribuído aos princípios a condição de normas que, por serem relacionadas a valores que demandam apreciações subjetivas do aplicador, não são capazes de investigação intersubjetivamente controlável. Como resultado disso, a imprescindível descoberta dos comportamentos a serem adotados para a concretização dos princípios cede lugar a uma investigação circunscrita à mera proclamação, por vezes desesperada e inconsequente, de sua importância. Os princípios são reverenciados como bases ou pilares do ordenamento jurídico sem que a essa veneração sejam agregados elementos que permitam melhor compreendê-los e aplicá-los⁶⁵.

A segunda questão que provoca a tonicidade é a falta da desejável clareza conceitual na manipulação das espécies normativas. Isso ocorre não apenas porque várias categorias, a rigor diferentes, são utilizadas como sinônimas – como é o caso da referência indiscriminada a princípios, aqui e acolá baralhados com regras, axiomas, postulados, ideias, medidas, máximas e critérios –, senão também porque vários postulados, distintos, são manipulados como se exigissem do intérprete o mesmo exame, como é o caso da alusão acrítica à proporcionalidade, não poucas vezes confundida com justa proporção, com dever de razoabilidade, com proibição de excesso, com relação de equivalência, com exigência de ponderação, com dever de concordância prática ou, mesmo, com a própria proporcionalidade em sentido estrito⁶⁶.

Embora seja uma lei, e como tal deve ser interpretada, a Constituição Federal merece uma apreciação destacada dentro do sistema, à luz do conjunto de peculiaridades que singularizam suas normas⁶⁷.

Segundo os ensinamentos de Humberto Ávila:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto de interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte⁶⁸.

65 ÁVILA, 2012. p. 28.

66 ÁVILA, 2012. p. 28.

67 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 107.

68 ÁVILA, 2012. p. 33.

Ao estudar uma teoria material dos direitos fundamentais em bases normativas – a teoria normativa-material (*normative-materiale Theorie*) – Alexy instituiu a distinção entre regras e princípios, que, na essência, é a mesma de Dworkin. Conjugou as duas modalidades – princípios e regras – sob o conceito de normas⁶⁹.

As regras são espécies normativas sancionadoras e coercitivas. Tal afirmativa, no entanto, não autoriza confundir, por si só, as regras com a lei. Como sustenta Humberto Ávila, entre texto e norma não há uma correspondência biunívoca, visto que de um dispositivo podemos retirar várias normas ou de vários textos podemos eventualmente extrair apenas uma única norma, bem como pode haver norma sem dispositivo ou dispositivo sem norma⁷⁰.

A respeito dos princípios, em passagem que já se tornou clássica, escreveu Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico⁷¹.

Dissertando sobre princípios e regras, Tércio Sampaio Ferraz Júnior propõe alguns critérios distintivos:

1. Os princípios não exigem um comportamento específico, isto é, estabelecem ou pontos de partida ou metas genéricas; as regras, ao contrário, são específicas ou em pautas;
2. Os princípios não são aplicáveis à maneira de um ‘tudo ou nada’, pois enunciam uma ou algumas razões para decidir em determinado sentido, sem obrigar a uma decisão particular; já as regras enunciam pautas dicotômicas, isto é, estabelecem condições que tornam necessária sua aplicação e consequências que se seguem necessariamente;

69 BONAVIDES, 2010. p. 278.

70 ÁVILA, 2012. p. 33.

71 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: R. dos Tribunais, 1986. p. 230.

3. Os princípios têm um peso ou importância relativa, ao passo que as regras têm uma impositividade mais estrita; assim, os princípios comportam avaliação, sem que a substituição de um por outro de maior peso signifique a exclusão do primeiro; já as regras, embora admitam exceções, quando contraditadas provocam a exclusão do dispositivo colidente;
4. O conceito de validade cabe bem para as regras (que ou são válidas ou não o são), mas não para os princípios, que, por serem submetidos à avaliação de importância, mais bem se encaixam no conceito de legitimidade⁷².

Humberto Ávila, citando Ronald Dworkin, afirma que:

Para ele – Dworkin – as regras são aplicadas ao modo ‘tudo ou nada’, no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos proveniente de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso, demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade⁷³.

Há diversos critérios para se diferenciar regras de princípios. Aquele que é mais comumente utilizado é o da generalidade. Segundo este critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto que as regras possuem grau de generalidade relativamente baixo. Segundo o critério de generalidade, seria possível pensar em classificar a primeira norma como princípio e a segunda como regra⁷⁴.

⁷²FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Interpretação e estudos da Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990. p. 88.

⁷³ DWORKIN *apud* ÁVILA, 2008. p. 39-40. [Grifo no original].

⁷⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87-88.

Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio⁷⁵.

Os Direitos Fundamentais estão, por fim, inseridos dentro daquilo que o *Constitucionalismo* denomina de princípios constitucionais fundamentais, que são os princípios que guardam os valores fundamentais da Ordem Jurídica. Sem eles a Constituição nada mais seria do que um aglomerado de normas que somente teriam em comum o fato de estarem inseridas num mesmo texto legal, de modo que, onde não existir Constituição não haverá direitos fundamentais⁷⁶.

4.1 PONDERAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS

É possível que em um mesmo sistema jurídico constitucional existam princípios que se encontrem em rota de colisão com outros. Esse entendimento de que o conflito entre princípios, por se situar na esfera do seu peso ou valor (e não no plano da sua validade, como ocorre com as normas) deve ser solucionado sem que se tenha de alijar um ou outro dos princípios em choque, mas, simplesmente, pelo reconhecimento de que diante daquele caso concreto um deles merece ser mais considerado (não significando que em outra situação não se possa entender de modo diverso) é dominante, na atualidade⁷⁷.

Para Robert Alexy, a diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. Quanto ao conflito de regras, para que melhor se compreenda a colisão entre princípios, o doutrinador leciona:

Um conflito de regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. [...] Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si seja válidos. Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida.

A constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras nada diz sobre

75 ALEXY, 2008. p. 91.

76 GSCHWENDTNER, Loacir. Direitos Fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2075>>. Acesso em: 03 jul. 2021.

77ALENCAR, Martsung Formiga Cavalcante Rodovalho de. O sistema jurídico: normas, regras e princípios. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1110, 16 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8628>>. Acesso em: 01 jul. 2021.

qual das regras deverá ser tratada dessa forma. Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como 'lex posterior derogat legi priori' e 'lex specialis derogat legi generali', mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito⁷⁸.

Robert Alexy afirma que as colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa da utilizada para resolver o conflito entre regras:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência⁷⁹.

Portanto, conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios ocorrem, para além dessa dimensão da validade, na dimensão do peso.

É, por assim dizer, uma faculdade do julgador formular, ele próprio, a solução mais adequada ao caso concreto, com a observância das normas específicas, aqui incluídos, logicamente e conforme já explicitado anteriormente, regras e princípios. Deve, sobretudo, procurar manter a integridade dos direitos fundamentais conflitantes.

George Marmelstein também afirma que para verificar se a lei que limita determinado direito fundamental é válida ou não, deve-se fazer o uso do princípio da proporcionalidade, e para isso afirma que tal princípio é "o instrumento necessário para aferir a legitimidade de leis e atos administrativos que restringem direitos fundamentais. Por isso, esse princípio é chamado de "limite dos limites"⁸⁰.

78 ALEXY, 2008. p. 92-93. [Grifo no original].

79 ALEXY, 2008. p. 93-94.

80 MARMELESTEIN, 2011. p. 408.

Segundo Robert Alexy, o fundamento ao princípio da ponderação reside nos princípios de direito fundamental, sem que se exclua, contudo, outras fundamentações como os princípios do Estado de Direito, a prática jurisprudencial e o conceito de justiça⁸¹.

4.2 TEORIA DA EFICÁCIA VERTICAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Teoria da Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais diz respeito à aplicabilidade desses direitos como limites à atuação dos governantes em favor dos governados, em uma relação vertical entre Estado e indivíduo, como uma forma de proteção das liberdades individuais, aqueles denominados de direitos fundamentais de primeira geração, e de impedir interferência estatal na vida privada. Desta forma, os direitos fundamentais eram vistos como liberdades e garantias, ou seja, direitos de defesa do indivíduo perante o Estado. Nesta teoria, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre o particular e o poder público não se discute⁸².

4.3 TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais propõe a incidência destes direitos nas relações entre particulares também de maneira direta. Surge, então, uma exceção àquela primeira teoria.

Conforme ressaltado por Daniel Sarmento:

O Estado e o Direito assumem novas funções promocionais e se consolida o entendimento de que os direitos fundamentais não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família⁸³.

Com isso estaria satisfeita a necessidade de racionalização e de justificação das decisões que ponderassem direitos. Ou seja, direitos fundamentais, os quais se expressam por meio de princípios, são tratados como bens passíveis de uma mensuração e qualificação.

81 ALEXY, 2008. p. 120.

82 SANTOS, Carla Maia dos. Qual a distinção entre eficácia vertical e eficácia horizontal dos direitos fundamentais? In: REDE DE ENSINO LUIZ FLÁVIO GOMES, 16 nov. 2008. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081112110914373&mode=print>. Acesso em: 08 out. 2012.

83 SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 323.

4.3.1 Teoria da Ineficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais

A teoria da ineficácia horizontal dos direitos fundamentais surge tão logo surge a teoria da eficácia desses mesmos direitos. Trata-se de uma das mais originais construções teóricas a respeito da aplicação dos direitos fundamentais em relações privadas, também chamada doutrina da “state action”, desenvolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos⁸⁴.

A finalidade desta doutrina é tentar afastar a impossibilidade de aplicação dos direitos fundamentais aos particulares e definir, ainda que de forma casuística e assistemática, em que situações uma conduta privada está vinculada a esses direitos. Cuida-se de uma negação meramente aparente, pois consiste na equiparação dos atos privados aos atos estatais⁸⁵.

4.3.2 Teoria da Eficácia Indireta ou Mediata dos Direitos Fundamentais

Segundo a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais, sustentada inicialmente por Dürig, na doutrina alemã, em 1956, os direitos fundamentais só alcançariam os particulares após serem “efetivados” pelo legislador. Significa dizer que os direitos fundamentais, nas relações exclusivamente particulares, não se mostrariam como direitos subjetivos intocáveis. Ao revés. Com base na própria ideia de autonomia privada, e na ampla liberdade do indivíduo, ter-se-ia de admitir, consoante essa teoria, a possibilidade de renúncia desses direitos nessas relações⁸⁶.

Para os adeptos desta teoria, os valores constitucionais, incorporados nas normas consagradoras de direitos fundamentais, aplicam-se ao direito privado por meio das cláusulas gerais oferecidas pela legislação civil, que devem ser interpretadas conforme seus ditames⁸⁷.

4.3.3 Teoria da Eficácia Direta ou Imediata dos Direitos Fundamentais

Defendida a partir da década de 50, mais precisamente em 1954, a concepção que sustenta a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais teve Hans Carl Nipperdey como um de seus defensores pioneiros. Apesar de não ter obtido grande

⁸⁴LIMA, Luciana. **Eficácia privada dos direitos fundamentais**, 29 mar. 2010. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3833>. Acesso em: 01 jun. 2021.

⁸⁵SILVA, Vírgilio Afonso da. “Direitos Fundamentais e Relações entre Particulares”. **Revista DireitoGV**, São Paulo, v. 1, n. 1. maio de 2005.

⁸⁶TAVARES, 2010. p. 525.

⁸⁷LIMA, 2010.

aceitação na Alemanha, é atualmente a teoria majoritária na Espanha, na Itália e em Portugal⁸⁸.

Segundo Marcelo Novelino:

Nos termos desta concepção, a incidência dos direitos fundamentais deve ser estendida às relações entre particulares, independentemente de qualquer intermediação legislativa, ainda que não se negue a existência de certas especificidades nesta aplicação, bem como a necessidade de ponderação dos direitos fundamentais com a autonomia da vontade. Os efeitos inerentes aos direitos fundamentais dispensam recursos interpretativos para sua aplicação nas relações privadas, apesar de esta não ocorrer da mesma forma e com a mesma intensidade que se dá em relação aos poderes públicos, pois enquanto estes são responsáveis por gerir o bem da coletividade, aqueles desfrutam de proteção constitucional à autonomia da vontade, fundamento da dignidade da pessoa humana⁸⁹.

O grau elevado de desigualdade entre os particulares autoriza e firma o entendimento da incidência imediata dos direitos fundamentais nas relações extra-estatais, já que quanto mais o direito a ser tutelado for essencial à vida da pessoa humana, possuindo alta carga valorativa, maior deverá ser a subsunção das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares⁹⁰.

5 A APLICAÇÃO DA TEORIA HORIZONTAL NO CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E O DIREITO À PRIVACIDADE

Observe-se que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais, e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, devem ser aplicados relativamente a toda ordem jurídica, inclusive privada, sem desconsiderar que, em face de sua eficácia irradiante, todo o ordenamento jurídico está sob seu manto.

Em verdade, deve ser avaliado, no caso concreto, qual dos princípios em colisão tem maior peso, segundo as circunstâncias e condições da situação, qual dos direitos deve

88 LIMA, 2010.

89 NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Método, 2008. p. 234-235.

90 SILVA JÚNIOR, Nilson Nunes da. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **Revista Âmbito Jurídico**, a. 15, n. 105, out. 2012. Disponível em:
<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5942>.
Acesso em: 09 out. 2012.

ser efetivado, em uma relação de precedência condicionada. Fica conferido ao Judiciário o dever de examinar a situação concreta e decidir se o direito efetivado não afrontou um direito que deveria prevalecer naquele caso, precedendo ao direito respaldado. É dever do juiz, analisando as circunstâncias, ponderar acerca da proporcionalidade da restrição ao direito dos cidadãos, contrastando os resultados obtidos com a restrição efetuada, se razoáveis ou desproporcionados⁹¹.

A ponderação de bens é o método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito; o método que determinará qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão. Para a aplicação da ponderação são necessários alguns pressupostos: a colisão de direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos; e a inexistência de uma hierarquia entre os direitos em colisão⁹².

É o que se observa em um conflito entre o direito à liberdade de informação e o direito à privacidade. Há colisão de direitos fundamentais e ambos são expressamente previstos como direitos individuais pela Constituição. Ademais, não há que falar em hierarquia, razão pela qual há a referida colisão dos princípios citados, uma vez que os direitos fundamentais se expressam por meio de princípios.

Assim, para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, preconiza-se o recurso a um "princípio dos princípios", ou seja, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma solução de compromisso, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo possível os outros princípios e seu núcleo essencial, onde se acha insculpida a dignidade da pessoa humana⁹³.

Diante de todo o exposto a respeito de direitos fundamentais individuais e princípios constitucionais, é evidente que a liberdade de informação não é direito absoluto, encontrando limites na própria Constituição. É possível lembrar dos próprios direitos da

91 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A resolução das colisões entre princípios constitucionais. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 62, 1 fev. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3682>>. Acesso em: 01 jul. 2021.

92 STEINMETZ, Wilson Antônio. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 141-142.

93 RITT, Leila Eliana Hoffmann. **O princípio da proporcionalidade como instrumento de solução de conflitos entre princípios constitucionais e efetivação dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/principio.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2012.

personalidade já referidos, como a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem (artigo 5º, X).

Luís Roberto Barroso fala, ainda, de um limite genérico à liberdade de informação que consistiria no interesse público:

É preciso, no entanto, certo cuidado com essa espécie de cláusula genérica que, historicamente, tem sido empregada, com grande dissimulação, para a prática de variadas formas de arbítrio no cerceamento das liberdades individuais, na imposição de censura e de discursos oficiais de matizes variados. Mesmo porque, vale lembrar que o pleno exercício das liberdades de informação e de expressão constitui um interesse público em si mesmo, a despeito dos eventuais conteúdos que veiculem.

Quando se faz referência à necessidade de se atender ao requisito do *interesse público* no exercício da liberdade de informação e de expressão, na verdade se está cuidando do *conteúdo* veiculado pelo agente. Isto é: procura-se fazer um juízo de valor sobre o interesse na divulgação de determinada informação ou de determinada opinião. Ocorre, porém, que há um interesse público da maior relevância no próprio instrumento em si, isto é, na própria liberdade, independentemente de qualquer conteúdo. Não custa lembrar que é sobre essa liberdade que repousa o conhecimento dos cidadãos acerca do que ocorre à sua volta; é sobre essa liberdade, ao menos em Estados plurais, que se deve construir a confiança nas instituições e na democracia. O Estado que censura o programa televisivo de má qualidade pode, com o mesmo instrumental, censurar matérias jornalísticas 'inconvenientes', sem que o público exerça qualquer controle sobre o filtro que lhe é imposto⁹⁴.

A conclusão a que se chega, portanto, é a de que o interesse público na divulgação de informações – reiterando-se a ressalva sobre o conceito já pressupor a satisfação do requisito da verdade subjetiva – é presumido. A superação dessa presunção, por algum outro interesse, público ou privado, somente poderá ocorrer, legitimamente, nas situações-limite, excepcionalíssimas, de quase ruptura do sistema. Como regra geral, não se admitirá a limitação de liberdade de expressão e de informação, tendo-se em conta a já mencionada posição de preferência de que essas garantias gozam⁹⁵.

Ademais, a jurisprudência ainda é escassa em todo o país, no tocante a aplicação expressa da teoria da eficácia dos direitos fundamentais no conflito entre a liberdade de

94 BARROSO, 2012. [Grifo no original].

95 BARROSO, 2012.

informação e o direito à privacidade. Há, todavia, algumas decisões que trazem, timidamente, em seu corpo, a teoria direta envolvendo tais direitos individuais. Veja-se:

EMENTA: DIREITO CIVIL. ASSOCIAÇÃO DE MAÇONS. EDIÇÃO DE ATO PUNITIVO EM INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA ANTERIORIDADE, DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INVALIDADE DO ATO. **DIVULGAÇÃO DE PUNIÇÃO PERANTE A COMUNIDADE MAÇÔNICA. DANO MORAL CONFIGURADO.**

I. Os direitos fundamentais têm eficácia horizontal, ou seja, impõem-se, também, aos particulares, os quais, no trato da vida civil, devem observar regras mínimas de respeito à dignidade da pessoa humana.

II. Verificado que o recorrente foi punido com fundamento em regra criada posteriormente à suposta infração cometida, imperioso reconhecer-se a invalidade do ato que formalizou a sua punição, mormente quando sua aplicação se deu sem observância ao devido processo legal, subtraindo-se o direito de ampla defesa e contraditório do recorrente.

III. Configura dano moral a aplicação e divulgação da penalidade aplicada ao recorrente, considerado injustamente como "pessoa indesejável" perante a comunidade maçônica⁹⁶.

Destaca-se, sobretudo, que quanto à veiculação de notícias, matérias jornalísticas, informações em geral, quando se tratar de figuras públicas, ocupantes de cargos públicos ou ex-ocupantes, não se pode exigir do informante ou da imprensa o mesmo rigor ou cuidado que se exige quando se trata da vida particular das pessoas em geral.

No Supremo Tribunal Federal, a expressa menção à teoria da eficácia direta ainda é mínima conforme se observa:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA

⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. **Apelação Cível no Juizado Especial n. 20060710239707**. Relator: Des. Hector Valverde Santana, Julgado em: 14 ago. 2007, Publicado em: 05 set. 2007. [Grifo nosso].

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.
RECURSO DESPROVIDO.

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. [...]97.

Verifica-se que apenas um precedente jurisprudencial traz em seu texto a expressa aplicação direta dos direitos fundamentais em um caso concreto, embora em outros se possa notar a presença de tal teoria. Ao solucionar conflitos entre o direito à privacidade e a liberdade de informação, o Supremo Tribunal se manifesta adepto a referida teoria, sem excluir princípios, apenas aplicando o princípio da proporcionalidade a fim de sopesar direitos.

Nesta seara, pode-se concluir que a autonomia privada, cujas limitações encontram-se na ordem jurídica, não pode ser exercida com prejuízo aos direitos e garantias de outros entes, mormente aqueles positivados em sede constitucional, vez que a autonomia de vontade não adjudica aos indivíduos, no âmbito de seu encontro e desempenho, a faculdade de violar ou ignorar as restrições impostas pela Carta Política, cuja eficácia e força normativa igualmente se impõem, aos entes privados, no domínio de suas relações particulares, em sede de liberdades fundamentais⁹⁸.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos da personalidade, aqui considerado o direito à privacidade como gênero das espécies intimidade, vida privada, honra e imagem, qualificam-se como direitos extrapatrimoniais, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa privacidade, direito esse resguardado constitucionalmente.

97 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 201819**, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgado em: 11 out. 2005, Publicado em: 27 out. 2006. [Grifo nosso].

98 FIGUEIREDO, Fernanda Mendonça dos Santos. **Direitos fundamentais aplicam-se a relações privadas**, 05 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-fev-05/stf-reconhece-aplicacao-direta-direitos-fundamentais-relacoes-privadas>>. Acesso em: 12 jul. 2021.

De igual amparo constitucional, está o direito à informação, que tem o seu alicerce na liberdade de expressão, que se subdivide em direito de informar, se informar e ser informado.

Ocorre o abuso do exercício do direito quando, dentre as prerrogativas concedidas pelo ordenamento jurídico, o agente atua sem preocupar-se ou sem considerar as verdadeiras finalidades para as quais foram criados, ou seja, o bem estar social. E quando isso ocorre causa danos a terceiro, seja material e/ou moral. Praticado o excesso, resta o dever de indenizar e o consequente direito a ser indenizado pelo agente infrator.

Diante disto, infere-se que há a necessidade de se fazer vigorar nas relações privadas os princípios e normas constitucionais no que tange aos direitos fundamentais, não podendo prevalecer a excessiva autonomia dos particulares, posto que tais direitos são muito abrangentes e possuem uma eficácia irradiante que atinge todas as direções, e não apenas ao Estado.

Quando da colisão entre dois ou mais princípios constitucionais reconhecidamente válidos em nosso sistema normativo, deve-se dar prevalência ao princípio de maior peso, levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto, em detrimento dos demais, mas jamais excluindo-os. A dificuldade reside em fixar critérios capazes de nortear a decisão pela precedência do princípio constitucional que deve ser aplicado.

Abordando o tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais como um meio de solução do conflito entre direitos fundamentais individuais que, em última análise, são princípios, verificou-se que não há uma regra básica e absoluta para a solução do mesmo, o que há são diretrizes norteadoras que ajudam na pacificação da colisão de princípios no caso concreto, no sentido de que se deve analisar os direitos envolvidos e ponderá-los a fim de se encontrar a máxima da proporcionalidade e a preservação do núcleo essencial dos direitos em questão.

7 REFERÊNCIAS

ALENCAR, Martsung Formiga Cavalcante Rodovalho de. O sistema jurídico: normas, regras e princípios. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1110, 16 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8628>>.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. critérios de ponderação**: interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Disponível em:
<http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm>.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

_____. _____. **RE 201819**, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p. Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgado em: 11 out. 2005, Publicado em: 27 out. 2006.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. **Apelação Cível no Juizado Especial n. 20060710239707**. Relator: Des. Hector Valverde Santana, Julgado em: 14 ago. 2007, Publicado em: 05 set. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2002.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A resolução das colisões entre princípios constitucionais. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 62, 1 fev. 2003. Disponível em:
<<http://jus.com.br/revista/texto/3682>>.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Interpretação e estudos da Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FIGUEIREDO, Fernanda Mendonça dos Santos. **Direitos fundamentais aplicam-se a relações privadas**, 05 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-fev-05/stf-reconhece-aplicacao-direta-direitos-fundamentais-relacoes-privadas>>.

GSCHWENDTNER, Loacir. Direitos Fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2075>>.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Luciana. **Eficácia privada dos direitos fundamentais**, 29 mar. 2010. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3833>.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: R. dos Tribunais, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Método, 2008.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RITT, Leila Eliana Hoffmann. **O princípio da proporcionalidade como instrumento de solução de conflitos entre princípios constitucionais e efetivação dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/principio.pdf>>.

SANTOS, Carla Maia dos. Qual a distinção entre eficácia vertical e eficácia horizontal dos direitos fundamentais? In: REDE DE ENSINO LUIZ FLÁVIO GOMES, 16 nov. 2008. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081112110914373&mode=print>.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA JÚNIOR, Nilson Nunes da. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **Revista Âmbito Jurídico**, a. 15, n. 105, out. 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5942>. Acesso em: 09 out. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Vírgilio Afonso da. "Direitos Fundamentais e Relações entre Particulares". **Revista DireitoGV**, São Paulo, v. 1, n. 1. maio de 2005.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 48. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONTROVÉRSIAS A RESPEITO DA APLICAÇÃO DO ACORDO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA BRASIL-FRANÇA NA TOTALIZAÇÃO DE PERÍODOS DE SEGURO AO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DA UNIÃO

STÊNIO LEÃO GUIMARÃES: Bacharel em Direito, graduado na Universidade Federal de Sergipe UFS, Especialista em Contabilidade Pública e Responsabilidade Fiscal no Centro Universitário UNINTER, Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Estácio de Sá UNESA. Especializando em Direito Processual Civil pelo Complexo Educacional Renato Saraiva e Tecnólogo em Gestão Pública, graduado no Centro Universitário UNINTER.

Resumo: Com a maturidade do sistema previdenciário brasileiro, iniciou-se um movimento de integração entre diversos regimes de previdência do exterior com o objetivo de conceder benefícios. O Brasil celebrou vários acordos internacionais de matéria previdenciária e uma convenção no sentido de amparar os brasileiros que residem naqueles países, bem como, promover acesso aos benefícios previdenciários brasileiros aos imigrantes. Apesar de ser um instituto avançado, essa via de assistência encontra diversas dificuldades de operacionalização, seja devido ao rito especial para cada acordo, amparando diferentes direitos, inclusive com diferentes efeitos de aplicação aos Regimes de Previdência do Brasil. Nesse estudo, será abordado, a origem e a operacionalização do acordo internacional previdenciário do Brasil com a França, no sentido de apurar o rito específico a ser seguido, bem como evidenciar os principais desafios para concessão desse importante direito social.

Palavras-chave: Reconhecimento de períodos de seguro. Diplomacia no Direito Previdenciário. Acordos internacionais em matéria previdenciária.

Abstract: With the maturity of the Brazilian social security system, a movement of integration among different social security systems from abroad began with the objective of granting benefits. Brazil has entered into several international social security agreements and a compromise to support resident Brazilians in those countries, as well as promoting access to Brazilian social security benefits for immigrants. Despite being an advanced institute, this path of assistance encounters several operational difficulties, whether due to the special rite for each agreement, supporting different rights, including with different effects of application to the Brazilian Welfare System. In this study, the origin and operationalization of Brazil's international social security agreement with France will be

addressed, in order to determine the specific rite to be followed, as well as to highlight the main challenges for granting this important social right.

Keywords: Recognition of insurance periods. Diplomacy in Social Security Law. International social security agreements.

Sumário: 1. Introdução. 2. Do procedimento de averbação de tempo de serviço francês junto ao regime próprio de previdência social da união. 3. Considerações finais. 4. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Um dos grandes avanços no direito previdenciário é a possibilidade de integração dos sistemas previdenciários de outros países no intuito de conceder benefícios. Atualmente temos, além da Convenção Multilateral Ibero-americana, 17 acordos internacionais em matéria previdenciária, sendo o mais antigo vigente desde 1977, com a Itália, e o mais recente de 2019, com a Suíça.

A principal motivação dessa integração é amparar o trabalhador que inicia sua vida laboral em um país e termina em outro, tendo em cada um, uma parcela relevante de tempo de serviço. Vislumbrado que há muitos imigrantes de determinado país no Brasil e vice-versa, esses países podem se reunir no sentido de dar algum amparo previdenciário para os imigrantes.

Apesar da pluralidade de acordos internacionais, somente aqueles que possuem cláusula de aplicação a legislação dos RPPS poderão ter os períodos de seguro reconhecidos para fins de concessão de benefícios previdenciários no RPPS da União. AMADO (2020, p. 1650) assevera que a referida cláusula consta nos seguintes acordos: Alemanha, Bélgica, Cabo Verde, Canadá, Coreia do Sul, EUA, França, Grécia, Japão, Luxemburgo, Portugal, Quebec, Suíça, além do acordo multilateral do Mercosul em que a cláusula convencional se refere genericamente à Seguridade Social.

Para execução dos acordos internacionais é necessário um rito que pode ter variações entre os diversos acordos internacionais. Nesse sentido, o presente trabalho trará um estudo de caso da execução do acordo internacional em matéria previdenciária do Brasil com a França para aplicação no Regime Próprio da Previdência Social da União. A primeira dificuldade evidenciada, como se perceberá, é o diálogo entre os organismos de ligação dos Estados-Partes. Outro ponto que merece consideração é a ausência de parâmetros no sistema do poder executivo federal para reconhecimento e execução do cálculo do benefício a ser concedido.

Tais dificuldades ilustram como, apesar de avançado e progressista, um acordo internacional é frágil e exige, por vezes, a interferência do corpo diplomático para retirar

os obstáculos da execução até a entrega do formulário específico para reconhecimento de períodos de seguro.

O presente trabalho busca, através de uma pesquisa normativa, demonstrar a origem desse direito, abordando os procedimentos administrativos. Será citado ainda, fatos que interferem no processo de concessão desse direito aos servidores federais.

2. DO PROCEDIMENTO DE AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO FRANCÊS JUNTO AO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DA UNIÃO

Os Acordos Internacionais em matéria de previdência social têm o escopo de integrar os sistemas previdenciários dos Estados-partes, sem influenciar ou alterar a legislação interna. Deste modo, a cada solicitação, deverão os órgãos competentes analisar o pleito, observando o direito e os requisitos através de sua legislação nacional aplicável e o Acordo Internacional firmado.

Destaca-se que a Lei Federal nº 8.212/91, que institui o Plano de Custeio do Regime Geral de Previdência Social, no que tange os acordos internacionais, assim fixa:

Art. 85-A. Os tratados, convenções e outros acordos internacionais de que Estado estrangeiro ou organismo internacional e o Brasil sejam partes, e que versem sobre matéria previdenciária, serão interpretados como lei especial. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 1999).

A Instrução Normativa INSS/PRES nº 77/2015 possui um capítulo específico sobre os Acordos Internacionais em matéria de Previdência Social. Segundo a Instrução Normativa, os Acordos Internacionais sobre Previdência Social são caracterizados como norma de caráter internacional para coordenar as legislações nacionais em matéria de previdência, conforme o *Caput* do Art. 630.

Uma vez assinado, o acordo internacional é autorizado pelo Congresso Nacional e promulgado pelo Presidente da República. Para operacionalização do acordo, há o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS como instituição competente e os organismos de ligação que são Agências da Previdência Social Atendimento de Acordos Internacionais – APSAI.

Destaca-se que o primeiro passo para executar o acordo internacional é a obtenção da Declaração de Tempo de Contribuição para Aplicação de Acordo Internacional emitido pelo órgão de origem do servidor. Tal documento será entregue na APSAI, conforme Art. 21-C combinado com o Anexo IV da Portaria MPS nº 154/08.

O Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República Francesa em matéria de Previdência Social fora assinado em 15 de dezembro de 2011, promulgado através do Decreto nº 8.300/2014. A retromencionada norma, em seu Art. 25, prevê:

Artigo 25

Atribuições das autoridades competentes

As autoridades competentes das duas Partes contratantes:

- a) por meio de Acordo de Aplicação Geral, complementado por todos os outros acordos entre autoridades administrativas competentes, adotarão as medidas exigidas para a aplicação do presente Acordo, inclusive as medidas relativas à validação dos períodos de seguro, e designarão as Instituições Competentes e os Organismos de Ligação;
- b) por meio do referido Acordo de Aplicação Geral, definirão os procedimentos de assistência administrativa recíproca, inclusive, se for o caso, o pagamento das despesas relativas à obtenção de provas médicas, administrativas ou outras exigidas para a aplicação do presente Acordo;
- c) transmitirão umas às outras diretamente as informações referentes às medidas tomadas para a aplicação do presente Acordo;
- d) informarão umas às outras diretamente, assim que possível, mudanças ocorridas nas respectivas legislações que possam ter incidência na aplicação do presente Acordo.

Do destacado é possível compreender que fora editado um acordo de aplicação do Acordo Internacional e que caberá às autoridades estabelecerem os procedimentos de validação de períodos de seguro, aqui entendido como validação de período de contribuição. Tal documento estabelece ainda o Organismo de Ligação, ou seja, a autoridade competente que servirá de representante e canal de comunicação entre os Estados-Partes do acordo internacional.

O Acordo de aplicação do Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República Francesa em matéria de Previdência Social fora assinado em 15 de dezembro de 2011 e assim prevê em seu Art. 2º:

Artigo 2º

Organismo de ligação

Para efeitos de aplicação do Acordo, são designados como organismos de ligação:

a) Na França: o "Centre des liaisons européennes et internationales de sécurité sociale (CLEISS);

b) No Brasil: a unidade designada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS);

Desta feita, as principais entidades responsáveis, conforme o acordo internacional, pela execução e regulação do acordo são: o "CLEISS" 99, na França e o INSS no Brasil.

O INSS, através da Resolução INSS/PRES nº 295/2013, delegou competências de execução de Organismo de Ligação a determinadas Agências da Previdência Social para atuar em cada acordo internacional previdenciário. Segundo a supracitada resolução, são atribuições dos Organismos de Ligação:

Art. 3º As APS a que se refere o artigo anterior serão responsáveis por:

I - autorizar dispensa de contribuição à Previdência Social brasileira de estrangeiros em regime de deslocamento temporário no Brasil;

II - solicitar dispensa de contribuição à Previdência Social relativa aos países acordantes, para brasileiro que temporariamente preste serviço naqueles países;

III - emitir os Formulários de Ligação, Certificados de Deslocamento Temporário e respectivas prorrogações;

IV - informar aos países acordantes sobre as decisões proferidas, resultantes da análise das solicitações referentes aos processos de benefícios no âmbito dos acordos internacionais; e

V - encaminhar aos países acordantes as informações sobre a situação do segurado perante a Previdência Social brasileira, quando

99 O *Centre des Liaisons Européennes et Internationales de Sécurité Sociale* (CLEISS) anteriormente fora denominado como *Centre de Sécurité Sociale des Travailleurs Migrants* (CSSTM), através do Decreto nº59-482 de 27/03/1959.

requeridas, bem como prestar atendimento às demais solicitações apresentadas pelos países signatários dos acordos internacionais.

Todavia, na época da edição da regulação supracitada, o acordo internacional previdenciário entre o Brasil e a França ainda não havia sido promulgado pela Presidência da República, fato que somente ocorreu em 01/09/2014.

Desta feita, o INSS elaborou a Resolução INSS/PRES nº 422/2014 que atribuiu como organismo de ligação no Brasil com a competência de executar o acordo entre a República Federativa do Brasil e a República Francesa em matéria de Previdência Social, a "Agência da Previdência Social Atendimento Acordos Internacionais Rio de Janeiro - APSAIRJ (Código: 17.001.220)".

Outrossim, é de competência da Agência da Previdência Social Atendimento de Acordos Internacionais Rio de Janeiro - APSAIRJ verificar junto ao órgão competente francês a validade do documento emitido por este último e encaminhar o Formulário de Ligação que ateste os "períodos de seguro" do servidor federal.

Ainda que o acordo de aplicação do acordo entre a República Federativa do Brasil e a República Francesa em matéria de Previdência Social fixe o *Centre des Liaisons Européennes et Internationales de Sécurité Sociale* (CLEISS) como organismo de ligação, o referido órgão funciona como suporte e auxílio aos inúmeros fundos nacionais de previdência existentes da França¹⁰⁰, sendo de competência de cada um elaborar e prestar informações previdenciárias.

É imperioso afirmar que a *Caisse Nationale d'Assurance Vieillesse* (CNAV) cobre 78% dos segurados e paga 66% das pensões nos regimes básicos de segurança social da França.¹⁰¹ Desta feita, na grande maioria dos casos recebidos na Agência da Previdência Social Atendimento Acordos Internacionais Rio de Janeiro – APSAIRJ a demanda será encaminhada para a *Caisse Nationale d'Assurance Vieillesse* (CNAV).

100 A *Caisse Nationale d'Assurance Vieillesse* – CNAV é o Fundo previdenciário que concede benefícios previdenciários devido a idade, neste caso aposentadoria, por vínculo comum, no Regime Geral de Previdência Social Francês. Porém, para exemplificar, cita-se os principais fundos de previdência existentes: *Caisse Nationale des Allocations Familiales* (CNAF), *Caisse Nationale D'assurance Maladie* (CNAM), *Caisse Nationale des Allocations Familiales* (CNAF), *Caisse Centrale de la Mutualité Sociale Agricole* (CCMSA), *Agence Centrale des Organismes de Sécurité Sociale* (ACOSS), *Caisse Nationale du Régime Social des Indépendants* (RSI), *Union Nationale Pour L'emploi Dans L'industrie et Le Commerce* (UNEDIC), *Association pour le Régime de Retraite Complémentaire des Salariés* (ARRCO), *Association Générale des Institutions de Retraite des Cadres* (AGIRC), *Caisse Générale de Sécurité Sociale* (CGSS) de *Guyane*, *Etablissement National des Invalides de la Marine* (ENIM), os fundos de regime especial, entre outras.

101 Fonte disponível em: <https://www.lassuranceretraite.fr/portail-info/hors-menu/footer/nous-connaître.html> no dia 17/04/2021.

Como as instruções a respeito da operacionalização do acordo das instituições brasileiras são escassas e rasas, serão abordadas as instruções divulgadas pelas instituições francesas.

A Circular N°DSS/DACI/2015/28 de 12/01/2015, emanada pela *Division des Affaires Communautaires et Internationales* vinculada ao então Ministério das Finanças e Contas Públicas e o Ministério dos Assuntos Sociais, Saúde e Direitos da Mulher estabeleceu as condições de implantação do Acordo Internacional, fixou com detalhes de que forma os fundos nacionais de previdência, que compõem a Seguridade Social da França, executarão o Acordo Internacional. Destaca-se ainda que dentre as instruções do documento é fixado que os períodos de seguro serão atestados através do Formulário SE 416-05 – BRA/FR 05.

No que tange aos formulários, o Acordo de aplicação do Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República Francesa, em matéria de Previdência Social, assim fixa:

Artigo 18

Formulários

1. A forma e o conteúdo dos certificados ou formulários necessários para a implementação do Acordo e do presente Acordo de aplicação serão determinados e, se necessário, revisados, conjuntamente pelos Organismos de Ligação e validados, em comum acordo, entre as Autoridades Competentes das duas Partes contratantes.

2. O conteúdo desses certificados ou formulários apresentará as seguintes informações:

a) A legislação aplicável, ou seja, as informações previstas no Título II do presente Acordo de aplicação, bem como aquelas necessárias para aplicação das condições transitórias definidas no artigo 19 do presente Acordo;

b) Todas as informações necessárias às instituições competentes para o exame do direito e o pagamento das prestações em aplicação do Título III do Acordo, conforme o caso: estado civil, situação familiar, extrato dos períodos de seguro e outras informações sobre a carreira profissional do requerente, como no artigo 8º, parágrafo 8, do presente Acordo de aplicação, relatório médico para exame dos requerimentos de prestações de invalidez. etc.

3. Conforme as disposições do artigo 28 do Acordo, relativo à comunicação de dados de caráter pessoal, e dentro do limite das capacidades técnicas respectivas das duas Partes contratantes, a transmissão dos certificados e formulários será realizada por via eletrônica.

Do dispositivo legal, desprende-se o entendimento de que os formulários de ligação serão elaborados pelos organismos de ligação e validados pelas autoridades competentes.

O parágrafo 8 do Artigo 8º do Acordo de aplicação do Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República Francesa em matéria de Previdência Social assim assevera quanto aos dados a serem informados:

Artigo 8º

Instrução dos requerimentos de prestações e notificação das decisões

Instrução dos requerimentos de prestações

(...)

8. Para qualquer pedido de prestação que requeira a aplicação dos artigos 15 a 19 ou 23 do Acordo, os documentos que acompanham o formulário de requerimento de prestação compreendem:

a) Informações sobre o período e a duração da atividade, a natureza da atividade, o local do exercício e, se for o caso, a identificação do empregador;

b) Um formulário no qual serão indicados os períodos de seguro cumpridos pelo requerente sob a legislação aplicada pela instituição competente à qual o requerimento foi apresentado.

9. Após a recepção do formulário referido no parágrafo 8 deste artigo, a instituição competente ou o organismo de ligação da outra parte contratante completará as informações relativas aos períodos de seguro cumpridos sob a própria legislação e, em seguida, devolvê-lo-á imediatamente à instituição competente ou ao organismo de ligação da primeira Parte.

Desta feita, percebe-se que o documento a ser emitido/encaminhado pela Agência da Previdência Social Atendimento Acordos Internacionais Rio de Janeiro - APSAIRJ

(Código: 17.001.220) deve possuir, no mínimo, os seguintes dados: estado civil, o período e a duração da atividade, a natureza da atividade, o local do exercício e, se for o caso, a identificação do empregador.

A Circular N°DSS/DACI/2015/28 de 12/01/2015 emanada pela *Division des affaires communautaires et internationales* (DACI) da *Direction de la Securite Sociale* vinculada ao então Ministério das Finanças e Contas Públicas e o Ministério dos Assuntos Sociais, Saúde e Direitos da Mulher da França estabelece os procedimentos nos Fundos Nacionais de Seguridade em seu Capítulo "B. Totalização dos períodos de seguro (Artigo 16 do Acordo e Artigo 9 do Acordo de Aplicação)", no Item "1. Totalização dos períodos cumpridos na outra Parte Contratante" 102 estabelecendo que "O formulário SE 416-05 - BRA / FR 05 é usado para a demonstração dos períodos de seguro"103.

Como os formulários são de utilização comum aos Estados-partes, cita-se o procedimento descrito na Circular nº 2019 - 24/CNAV de 03/10/2019 emanada pela *Direction des Relations Internationales et de la Coordination* vinculado à *Caisse Nationale d'Assurance Vieillesse* (CNAV):

3. Introdução e instrução dos requerimentos

(...)

3.1 O segurado reside no Brasil

O segurado que deseja que seu benefício francês seja pago deve preencher:

- para o pedido de pensão de velhice, formulário SE 416-19 "Pedido de pensão de velhice a processar pelas instituições francesas"

- ou para o pedido de pensão de sobrevivência, formulário SE 416-20 "Pedido de pensão de sobrevivência a ser investigado por instituições francesas"

e encaminhá-lo à instituição brasileira à qual fez seu pedido de benefício.

102 Tradução livre do francês: B. La totalisation des périodes d'assurance (article 16 de l'accord et article 9 de l'accord d'application) 1. Totalisation des périodes accomplies dans l'autre partie contractante

103 Tradução livre do francês: Le formulaire SE 416-05 – BRA/FR 05 est utilisé pour le relevé des périodes d'assurances.

O guia para o preenchimento do pedido de pensão de velhice ou o guia para o pedido de pensão de sobrevivência podem ser entregues ao segurado.

A instituição brasileira encaminha a solicitação à instituição francesa por meio do formulário de contato SE 416-04 - BRA / FR 04, atestando a data de apresentação da solicitação e acompanhada de:

- a declaração de períodos de seguro no Brasil: formulário SE 416-05 - BRA / FR 05;
- informações sobre a carreira do segurado: formulário SE 416-17;
- e o laudo médico SE 416-08 - BRA / FR 08 se o pedido de pensão de velhice for feito por incapacidade para o trabalho.

Após recepção do pedido, a instituição francesa competente comunica imediatamente à instituição brasileira os dados relativos aos períodos de seguro cumpridos ao abrigo da sua legislação através do formulário SE 416-05 - BRA / FR 05 e do formulário de ligação SE 416-04 - BRA / FR04.104

Do exposto, é possível inferir que o INSS deverá recepcionar da CNAV, o Formulário de Ligação SE 416-05 - BRA / FR 05 devidamente preenchido e encaminhar ao RPPS da União.

É conveniente que se afirme que os formulários do Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República Francesa em matéria de Previdência Social estão

104 Tradução livre do francês: 3. Introduction et instruction des demandes (...) 3.1 L'assuré réside au Brésil. L'assuré qui souhaite la liquidation de sa prestation française doit compléter : - pour la demande de pension de vieillesse, le formulaire SE 416-19 « Demande de pension de vieillesse à instruire par les institutions françaises » - ou pour la demande de pension de survivants, le formulaire SE 416-20 « Demande de pension de survivants à instruire par les institutions françaises » et l'adresser à l'institution brésilienne auprès de laquelle il a formulé sa demande de prestation. Le guide pour remplir la demande de pension de vieillesse ou celui concernant la demande de pension de survivants peut être remis à l'assuré. L'institution brésilienne transmet la demande à l'institution française au moyen du formulaire de liaison SE 416-04 - BRA/FR 04 attestant de la date de dépôt de la demande et accompagnée : - du relevé des périodes d'assurance au Brésil : formulaire SE 416-05 - BRA/FR 05 ; - des renseignements concernant la carrière de l'assuré : formulaire SE 416-17 ; - et du rapport médical SE 416-08 - BRA/FR 08 si la demande de pension de vieillesse est faite au titre de l'inaptitude au travail. Après réception de la demande, l'institution compétente française communique sans délai à l'institution brésilienne les informations relatives aux périodes d'assurance accomplies sous sa législation au moyen du formulaire SE 416-05 - BRA/FR 05 et du formulaire de liaison SE 416-04 - BRA/FR04.

disponíveis no sítio do *Centre des Liaisons Européennes et Internationales de Sécurité Sociale* (CLEISS), no seguinte link: <https://www.cleiss.fr/formulaires/bresil/index.php>.

A Circular nº 2019 - 24/CNAV de 03/10/2019 emanada pela *Direction des relations internationales et de la coordination* vinculado à *Caisse Nationale d'Assurance Vieillesse* (CNAV) trata da execução e observância do Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República Francesa em matéria de Previdência Social naquele Fundo de Previdência, estabelecendo, no item 3.6, a competência para o *Direction des Assurés de l'Étrange* (DAE)/CNAV em receber os formulários de ligação dos franceses residentes no Brasil que declarem ter laborado de forma assalariada na França.

Menciona-se que o Consulado-Geral do Brasil em Paris¹⁰⁵, indica o *Centre de Liaisons Européennes et Internationales de Sécurité Sociale* (CLEISS) como o órgão para obter as informações, na França, sobre os benefícios advindos do acordo internacional. Tal informação tem base legal na disposição expressa do Acordo de aplicação do Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República Francesa em matéria de Previdência Social. Todavia, não leva em consideração a peculiaridade da estrutura da Seguridade Social da França.

Há que se mencionar que no artigo "Instruções para solicitação de aposentadoria por idade e de pensão por morte no âmbito do Acordo da Previdência Social entre França e Brasil de 15/12/2011"¹⁰⁶ elaborado pelo *Centre de Liaisons Européennes et Internationales de Sécurité Sociale* (CLEISS), assim prevê:

3) Você não concluiu períodos de seguro no Brasil:

Você pode enviar sua solicitação de benefícios à agência do INSS do seu local residência que transmitirá ao INSS do Rio, a APSAIRJ. Este último fará você preencher um formulário específico que será enviado ao fundo de pensão francês competente. Se desejar, você pode enviar sua solicitação diretamente para o fundo de aposentadoria francês competente.

Se você reside em um país terceiro e solicita o estudo de seus direitos a pensão Regime de aposentadoria francês. Você deve enviar sua solicitação à instituição competente da França para a legislação de

¹⁰⁵Fonte disponível em: http://cgparis.itamaraty.gov.br/pt-br/previdencia_social.xml, acesso em 17/04/2021.

¹⁰⁶ Tradução livre do francês: Formalités de dépôt des demandes de prestations de vieillesse et de survivants dans le cadre de l'accord franco-brésilien de sécurité sociale du 15/12/2011

que você enviou por último (exemplos: CARSAT para funcionários, APSAIRJ para o regime brasileiro).¹⁰⁷

Outrossim, se percebe que o franco organismo de ligação se coloca como um ente coordenador, facilitador e consultivo¹⁰⁸ junto aos fundos de previdência franceses nos procedimentos de cumprimento do acordo internacional. O Formulário SE 416-05 – BRA/FR 05 será de fato preenchido pelo fundo de previdência francês conforme o caso se apresentar.

Cita-se que a Instrução Normativa MF/SPPS Nº 1/2016, que estabelece instruções para a aplicação dos acordos internacionais de previdência social que contenham cláusula convencional que alcance a legislação dos Regimes Próprios de Previdência Social – RPPS, reconhece que o documento hábil para contagem de tempo de seguro internacional é o formulário de ligação conforme o Art. 11, *in verbis*:

Art. 11. O formulário de ligação que o INSS encaminhar ao RPPS, cujo período de seguro tenha sido validado pelo organismo de ligação do Estado Parte, será considerado documento hábil para fins de registro no RPPS, cálculo da prestação teórica e da prestação proporcional do benefício a ser concedido por totalização.

Cita-se que o francês residente no Brasil pode optar por pedir o reconhecimento de períodos de seguro diretamente ao fundo de previdência francês competente, ou através do Organismo de Ligação brasileiro.

O *Centre de Liaisons Européennes et Internationales de Sécurité Sociale* (CLEISS) poderá em algum momento colaborar neste processo de certificação, no intuito de facilitar/opinar e recomendar sobre a concessão do direito pretendido com observância do acordo internacional celebrado.

¹⁰⁷ Tradução livre do francês: 3) Vous n'avez pas accompli de périodes d'assurance au Brésil : Vous pouvez présenter votre demande de prestation auprès de l'agence INSS de votre lieu de résidence qui transmettra à l'INSS de Rio, l'APSAIRJ. Cette dernière vous fera remplir un formulaire spécifique qu'elle adressera ensuite à la caisse de vieillesse française compétente. Vous pouvez si vous le souhaitez, adresser directement votre demande à la caisse de vieillesse française compétente. Vous résidez dans un Etat tiers et vous sollicitez l'étude de vos droits à pension du régime de vieillesse français. Vous devez adresser votre demande à l'institution compétente en France à la législation de laquelle vous avez été soumis en dernier lieu (exemples : CARSAT pour le régime des salariés, APSAIRJ pour le régime brésilien).

¹⁰⁸ Fonte: https://www.cleiss.fr/presentation/index_en.html Disponível em: 17/04/2021.

Quanto à recepção do tempo contributivo, homologado pelo organismo de ligação pelo órgão gestor de Regime Próprio de Previdência Social, o Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República Francesa, assim fixa:

Artigo 17

Disposições especiais relativas à legislação brasileira

1. Os tempos de contribuição do trabalhador para outros regimes de previdência social existentes no Brasil, excetuados os de previdência complementar e os de previdência privada, serão assumidos pela Instituição Competente do Brasil como tempo de contribuição do regime previdenciário de que trata este Acordo, sendo de sua responsabilidade a compensação entre os diferentes regimes.
2. O tempo de contribuição validado pela outra Parte contratante será certificado pela Instituição Competente do Brasil, quando for o caso, para outro regime de previdência existente no Brasil como tempo de contribuição válido para aplicação do presente Acordo.
3. O valor do montante teórico mencionado na alínea (a) do parágrafo 2 do Artigo 19 do presente Acordo não poderá, sob nenhuma circunstância, ser inferior ao valor do benefício mínimo garantido pela legislação brasileira.

Outrossim, competirá ao INSS, através da Agência da Previdência Social Atendimento Acordos Internacionais Rio de Janeiro - APSAIRJ (Código: 17.001.220), a remessa do documento que ateste os períodos de seguro do servidor para fins de contabilização de tempo de serviço em outro regime de previdência.

A Portaria MTPS nº 527/2016 estabelece a dinâmica de recepção de períodos de seguro internacionais entre o INSS e o RPPS instituidor do benefício:

Art. 3º O RPPS será considerado regime instituidor apenas quando, no momento da aplicação do acordo internacional de previdência social, a pessoa interessada mantiver vínculo atual com o RPPS, na condição de servidor público titular de cargo efetivo.

§ 1º O INSS manterá a condição de organismo de ligação na hipótese de que trata o caput, para fins de aplicação do acordo internacional de previdência social.

§ 2º O formulário de ligação encaminhado pelo INSS ao RPPS, cujo período de seguro tenha sido validado pelo organismo de ligação do Estado Acordante, será considerado documento hábil para fins de registro no RPPS, cálculo da prestação teórica e da prestação proporcional do benefício a ser concedido por totalização.

§ 3º Se o servidor vinculado a RPPS requerer, para fins de aplicação de acordo internacional, além do cômputo do período de seguro cumprido no Estado Acordante, a contagem recíproca de tempo de contribuição para o RGPS ou outro RPPS, como regimes de origem, esse tempo nacional, mediante a expedição de CTC, será passível de compensação previdenciária nos termos da Lei nº 9.796, de 1999.

Uma vez recebido do servidor o Formulário SE 416-05 – BRA/FR 05, o Regime Próprio de Previdência da União realizará a averbação dos períodos de seguro nos termos da Portaria MTPS nº 527/2016.

Destaca-se que segundo o Art. 232 da IN PRES/INSS nº 77/2015 o tempo de contribuição ou os períodos de seguro internacionais são considerados tempo de serviço. Isso se dá, pois não há compensação financeira entre os regimes de previdência de países distintos.

É conveniente que se diga que a Instrução Normativa MF/SPPS Nº 1/2016 regulamenta a totalização de períodos de seguro (regra *pro rata*), para a situação em que o interessado necessitar do período de ambos países para obter um benefício previdenciário do governo brasileiro.

A Subsecretaria dos Regimes Próprios de Previdência Social – SRPPS editou a Nota SEI nº 6/2020/DIVON/COINT/CGNAL/SRPPS/SPREV/SEPRT-ME fixando a operacionalização da totalização de períodos de seguro aos RPPS.

Inicialmente, será necessário calcular a prestação/valor teórico do benefício, com base nas contribuições vertidas à previdência brasileira, contabilizando todo o tempo laboral como se fosse prestado no Brasil, ou seja, contabilizando os períodos de seguro francês como tempo de serviço.

Posteriormente, será calculado a prestação/valor *pro rata* (valor proporcional) que é o resultado do valor teórico multiplicado pela razão do tempo de contribuição vertido no Brasil e dividido pelo tempo de contribuição total para a modalidade de aposentadoria. Em outra abordagem, o valor *pro rata* tem a seguinte fórmula:

$$\text{Prestação/Valor } pro\ rata = \frac{\text{Períodos de seguro cumprido no Brasil} \times \text{Valor teórico}}{\text{Tempo de contribuição total}}$$

Tempo de contribuição necessário

Observa-se que para o RPPS da União fora editado a Nota Técnica SEI nº 14415/2020/ME pela Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal vinculada ao Ministro da Economia nos mesmos termos da Nota SEI da SRPPS já abordada.

Deste modo, o servidor terá uma aposentadoria proporcionalizada da previdência brasileira, podendo ainda, utilizar os períodos de seguro no Brasil para serem reconhecidos na concessão de um benefício previdenciário francês, igualmente proporcionalizado, quando satisfeitos os requisitos que gerem tal direito. Outrossim, fica superada a impossibilidade de compensação financeira entre os regimes de países distintos.

Necessário mencionar que a obtenção do formulário de ligação contendo os períodos de seguro, por vezes, encontra obstáculos entre os organismos de ligação. Nessa situação, normalmente o servidor procura o serviço diplomático dos respectivos países na tentativa de desembaraçar o procedimento e efetivar o acordo internacional.

Apesar da regulamentação possibilitando a averbação de períodos de seguro internacional nos Regimes Próprios de Previdência, o Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos – SIAPE do poder executivo federal não está preparado para incluir os períodos de seguro internacional no RPPS da União, conforme tabela contida na transação TBCOINCNAT. Bem como, o sistema não está parametrizado para calcular a prestação do benefício *pro rata* de forma automática.

Tal fato gera problemas sérios ao servidor federal, que terá o benefício concedido de forma equivocada, podendo, de certo, ter o benefício revisado pelos órgãos de controle (Controladoria Geral da União e Tribunal de Contas da União).

Outro ponto que merece destaque, é que RPPS da União estaria pagando a título de benefício proventos como se todo o tempo laboral fosse desempenhado no Brasil, o que gerará um déficit ao regime previdenciário.

Destaca-se ainda a possibilidade de judicialização desse tema nos Tribunais Federais. Ocorre que, por vezes, o procedimento de solicitação dos períodos de seguro internacionais é demorado, impedindo o interessado de solicitar abono de permanência, ou ainda se aposentar. Nessa situação há casos de judicialização contra o INSS, tão somente.

Nessas demandas, normalmente se requer Certidão de Tempo de Contribuição do INSS relativo ao tempo internacional, o que é uma medida pouco técnica para a resolução

da questão. Por outro lado, o processo judicial contra o regime de previdência do exterior pode ser demorado e ter um custo elevado.

A Certidão de Tempo de Contribuição, conforme Instrução Normativa INSS/PRES nº 77/2015, concede ao trabalhador dois bens jurídicos: i) o tempo de serviço laborado e ii) o valor das contribuições vertidas ao regime de previdência a partir de julho/1994, ou de quando começar contribuir ao regime previdenciário.

Em nosso ordenamento jurídico, atualmente, as contribuições constituem base de cálculo para a concessão de diversas modalidades de aposentadoria, conforme Art. 26 da EC nº 103/19.

No caso concreto, o período reconhecido laborado na França somente é contabilizado para fins de tempo de serviço, desconsiderando as contribuições vertidas, conforme Art. 18 da Instrução Normativa MF/SPPS Nº 1/2016. Ou seja, a averbação contém outra fonte de direito e gera efeitos distintos de um tempo nacional averbado devidamente através de uma Certidão de Tempo de Contribuição.

A certificação dos períodos laborados na França deve ser realizada em documento específico emitido pelo órgão competente, na grande maioria dos casos, através do Formulário de Ligação SE 416-05 - BRA / FR 05 emanado pela *Direction des Assurés de l'Étrange* (DAE)/CNAV e encaminhado pelo Instituto Nacional de Seguridade Social.

A cobrança da execução de um acordo internacional é deveras tormentosa. Isso pelo fato de que se pressupõe que quando dois países soberanos negociam um acordo internacional, ambos os Estados-Partes têm boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais, conforme Art. 2.2 da Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), promulgada através do Decreto Federal nº 19.841/1945. As questões ligadas à economia e à segurança nacional possuem medidas coercitivas para execução dos acordos e convenções internacionais. Porém, quando se trata de matéria do campo social, as medidas se mostram pouco eficazes, deixando o público estrangeiro prejudicado. Estima AMADO (2021, p. 1629) que 30 mil franceses vivam no Brasil.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há de se reconhecer a excelente intenção dos Estados-Partes na formalização de um acordo internacional em matéria previdenciária. A execução do acordo encontra regras sofisticadas e necessita uma comunicação estreita entre os organismos de ligação dos Estados-Partes. Desse modo, o rito administrativo para emissão e homologação do formulário de ligação de períodos de seguro pode encontrar obstáculos que impedirão a satisfação do direito do imigrante.

Em apertada síntese, o reconhecimento dos períodos de seguro da França no Brasil se inicia com o pedido da Declaração de Tempo de Contribuição para Aplicação de Acordo Internacional no órgão de origem do servidor federal.

O requerente, entregando a Declaração de Tempo de Contribuição emitida, solicitará a uma Agência de Previdência Social local o reconhecimento dos períodos de seguro franceses, cujo pedido será remetido a Agência da Previdência Social Atendimento Acordos Internacionais Rio de Janeiro – APSAIRJ.

A APSAIRJ, conforme informações detalhadas na Circular N°DSS/DACI/2015/28 de 12/01/2015109, preencherá o Formulário de Ligação SE 416-04 - BRA/FR 04 endereçado à *Direction des Assurés de l'Étrange* (DAE)/CNAV requerendo a relação de períodos de seguro laborado na França.

Será a *Direction des Assurés de l'Étrange* (DAE)/CNAV que fará o levantamento dos dados e remeterá junto com o Formulário de Ligação SE 416-04 - BRA/FR 04, o Formulário SE 416-05 – BRA/FR 05 que contém “a relação de relevantes períodos de seguro” à APSAIRJ.

A Agência da Previdência Social Atendimento de Acordos Internacionais Rio de Janeiro – APSAIRJ verificará a observância do Formulário de Ligação SE 416-04 - BRA/FR 04 e do Formulário SE 416-05 – BRA/FR 05 quanto ao Acordo Internacional e, estando de acordo, enviará para o requerente para averbar no Regime Próprio de Previdência Social em processo administrativo específico.

Todavia a efetiva averbação dos períodos de seguro no RPPS da União, encontra uma série de obstáculos seja pela ausência de parametrização no Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos – SIAPE, ou ainda pela ausência de implantação do modo de cálculo da prestação/valor *pro rata* do benefício pretendido. No serviço público federal, essa demanda só tende aumentar, já que a contratação de professores estrangeiros é comum nas Instituições Federais de Ensino Superior, conforme §1º do Art. 207 da CRFB/88.

REFERÊNCIAS

ACORDO entre República Federativa do Brasil e a República Francesa em matéria de previdência social = Accords entre la République Française et la République Fédérative du Brésil en matière de sécurité sociale. 15 de dezembro de 2011 Disponível em:

109 Os formulários de ligação são modelos utilizados por ambas as partes do Acordo Internacional.

https://www.gov.br/previdencia/pt-br/images/arquivos/office/1a_130121-102034-747.pdf. Acesso em 20 de maio de 2020.

ACORDO para aplicação do Acordo de Previdência Social entre a República Federativa do Brasil e a República Francesa em matéria de previdência social, assinado em 15 de dezembro de 2011 = Accord portant application de l'accord de sécurité sociale entre la République Française et la République Fédérative du Brésil, signé le 15 décembre 2011. 22 de abril de 2013 Disponível em: https://www.gov.br/previdencia/pt-br/images/2013/05/2013.04.22a_Ajuste-Brasila_Francaa_portugues.pdf. Acesso em 18 de abril de 2021.

AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. Salvador: Juspodvim, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 18 de abril de 2021.

_____. **Emenda Constitucional Nº 103, de 12 de Novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em 18 de abril de 2021.

_____. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em 18 de abril de 2021.

_____. **Decreto Federal nº 8.300, de 29 de agosto de 2014**. Promulga o Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República Francesa em Matéria de Previdência Social, firmado em Brasília, em 15 de dezembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em 18 de abril de 2021.

_____. **Decreto Federal nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em 18 de abril de 2021.

_____. Instituto Nacional do Seguro Social. **Instrução Normativa nº 77, de 21 de janeiro de 2015**. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios

estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em 18 de abril de 2021.

_____. Secretaria de Políticas de Previdência Social. **Instrução Normativa nº 1, de 25 de novembro de 2016**. Estabelece instruções para a aplicação, no plano jurídico interno, de acordos internacionais de previdência social que contenham cláusula convencional que alcance a legislação dos Regimes Próprios de Previdência Social - RPPS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em 18 de abril de 2021.

_____. Instituto Nacional do Seguro Social. **Resolução Nº 295, de 8 de maio de 2013**. Atribui competências aos Organismos de Ligação para atuarem no âmbito dos acordos internacionais e dá outras providências. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=09/05/2013&jornal=1&pagina=56&totalArquivos=56>. Acesso em 18 de abril de 2021.

_____. Instituto Nacional do Seguro Social. **Resolução Nº 295, de 8 de maio de 2013**. Atribui competências aos Organismos de Ligação para atuarem no âmbito dos acordos internacionais e dá outras providências. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=09/05/2013&jornal=1&pagina=56&totalArquivos=56>. Acesso em 18 de abril de 2021.

_____. Instituto Nacional do Seguro Social. **Resolução nº 422, de 1º de julho de 2014**. Altera o anexo da Resolução nº 295/PRES/INSS, de 8 de maio de 2013. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=02/07/2014&jornal=1&pagina=95&totalArquivos=95>. Acesso em 18 de abril de 2021.

_____. Ministério do Trabalho e Previdência Social. **Portaria nº 527, de 5 de maio de 2016**. Dispõe sobre a condição de regime instituidor para a aplicação, no plano jurídico interno, de acordos internacionais de previdência social que contenham cláusula convencional que alcance a legislação dos Regimes Próprios de Previdência Social - RPPS. Disponível em: <https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-no-servico-publico/acordos-internacionais/arquivos/2016/PORTARIAMTPSn527de05mai2016.pdf>. Acesso em 18 de abril de 2021.

_____. Ministério da Previdência Social. **Portaria nº 154, de 15 de maio de 2008**. Disciplina procedimentos sobre a emissão de certidão de tempo de contribuição pelos regimes próprios de previdência social. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/09/PORTARIA-MPS-no-154-de-15mai2008-atualizada-ate-04set2018.pdf>. Acesso em 18 de abril de 2021.

_____. Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. **Nota SEI nº 6/2020/DIVON/COINT/CGNAL/SRPPS/SPREV/SEPRT-ME.** Proporcionalização do cálculo das aposentadorias e pensões em caso Averbação de Tempo de Serviço Prestado no Exterior. Disponível em: https://sei.economia.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verificador=7194617&codigo_crc=0DEA12EC&hash_download=d5f01c7577d13be08d8e0fa0b40417a2ede96f3c6e7dcf23ad70e609632a7293a4b73de85ed855f5e176a51d85674cae5314e76112e778bf0b550d19fed93206&visualizacao=1&id_orgao_acesso_externo=0. Acesso em 18 de abril de 2021.

_____. Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital. **Nota Técnica SEI nº 14415/2020/ME.** Averbação de Tempo de Serviço no Exterior - Proporcionalização do cálculo das aposentadorias e pensões nos casos em que o servidor averbar o tempo de serviço prestado em países com os quais o Brasil mantenha acordos internacionais de previdência social. Disponível em: <https://legis.sigepe.planejamento.gov.br/legis/pesquisa>. Acesso em 18 de abril de 2021.

FRANÇA. Direction de la Securite Sociale. **Circulaire N°DSS/DACI/2015/28 du 12 janvier 2015.** CIRCULAIRE N°DSS/DACI/2015/28 du 12 janvier 2015 re lative à l'entrée en vigueur de l'accord entre la République française et la République fédérative du Brésil en matière de sécurité sociale du 15 décembre 2011 et de l'accord d'application du 22 avril 2013. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/circ?id=39303>. Acesso em 18 de abril de 2021.

_____. Caisse nationale d'assurance vieillesse. **Circulaire nº 2019 - 24/CNAV de 03/10/2019.** Accord de sécurité sociale entre la France et le Brésil. Disponível em: https://www.legislation.cnnav.fr/Documents/circulaire_cnnav_2019_24_03102019.pdf. Acesso em 18 de abril de 2021.

A APATIA É O NOVO NORMAL

MARCOS ANTÔNIO DUARTE SILVA:

Doutorando em Ciência Criminal, Mestre em Filosofia do Direito e do Estado (PUC/SP), Especialista em Direito Penal e Processo Penal (Mackenzie/SP), Bacharel em teologia e direito, professor de Direito e pesquisador da CNPq.

Resumo: Em meio a maior tragédia humanitária de proporções globais, começando em 2020 (oficialmente anunciada), e percorrendo todo o ano e se arrastando pelo ano seguinte, trata-se muito do chamado “novo normal”, se é que houve algum dia um “momento normal”, se busca através da divulgação de pensadores, músicos, artistas em geral, políticos e toda sorte de pessoas e setores da sociedade entender como será o “pós Covid19”, se é possível nos tempos atuais, acreditar na rápida e segura ideia de vencer tal doença, procura-se neste meio tempo, compreender como será a vida sem o distanciamento, sem o uso de máscaras, sem enfim, todos os cuidados, que nunca houveram, para se evitar o colapso vivido, visualizar mesmo como um caleidoscópio, como o ser humano, as pessoas serão, ou se comportarão, ou como se pode imaginar, como elas “mudarão”, após a volta “ao normal”, o “novo normal”, além de ser uma frase de efeito pouco convencional, esta mensagem precisa ser refletida, sem o romantismo invocado, sem a imagem apocalíptica, sem um abstracionismo para impressionar, e sem a frieza que gelifica a todos.

Palavra-chave: Normal. Novo. Apatia. Empatia. Mudança.

Abstract: In the midst of the greatest humanitarian tragedy of global proportions, starting in 2020 (officially announced), and going through the whole year and dragging on for the next year, it is very much the so-called “new normal”, if there was ever a “Normal moment”, is sought through the dissemination of thinkers, musicians, artists in general, politicians and all sorts of people and sectors of society to understand what the “post Covid19” will be like, if it is possible nowadays, to believe in the fast and safe the idea of overcoming such a disease, we try in the meantime to understand what life will be like without distance, without wearing masks, kaleidoscope, like the human being, people will be, or behave, or as you can imagine, how they will “change”, after the return to “normal”, the “new normal”, in addition to being an unconventional slogan, this message needs to be reflected, without the romanticism invokes do, without the apocalyptic image, without an abstractionism to impress, and without the coldness that gels everyone.

Keyword: Normal. New. Apathy. Empathy. Change.

Sumário: Introdução; 1. O normal; 2.A igualdade na doença Covid 19?; 3. O novo normal; Conclusão.

Introdução

Sutilmente, durante a pandemia do século XXI, foi lenta, contudo, com uma impressionante força surgindo entre a população, as cidades, os estados e países, uma onda do “novo normal”, diante de um quadro de tantas mudanças sociais, de tantas reinvenções do modo de vida; normas que foram adentrando nas casas, comércios, nas ruas, enfim, em todos os lugares que existissem pessoas, numa adequação difícil, depois pelo medo das mortes que se multiplicaram, se fez tudo com receio de ser mais um fazendo parte dos óbitos que cresciam.

O que na mente de muitas pessoas, seriam meses, foi se transformando em muitos meses, até chegar ao final do ano e ver as festas tradicionais de natal, ano novo se resumir a poucas pessoas, e terminar o ano de 2020, com a sensação de o suplício ainda não ter acabado.

E antes de recuperar o fôlego, antes de observar quantas pessoas tinham deixado o convívio, surge uma nova onda (a tal segunda onda), previstas pelos pesquisadores, com um poder letal, maior e com um impacto muito maior que a primeira onda.

Para perceber esta situação em alguns meses de 2021, o número computados de óbitos, já tinha e muito passado de todo ano de 2020.

Os países começaram a tomar medidas fortes e necessárias para tentar conter esta nova cepa, porém, os cuidados não foram suficientes para impedir que mais vidas fossem ceifadas, agora atingindo a cada morte, pessoas mais próximas, atores, atrizes, cantores, pessoas da TV e do cinema, pessoas com muitos recursos financeiros para estarem nos melhores hospitais, contudo, nada disso ajudou a estancar as mortes.

O teatro de operações, ao menos aqui no Brasil, se resume a apenas anunciar as mortes e os governadores e prefeitos, se esforçando ao máximo para diminuir, este problema, que não tem fim.

Surge mais uma cepa, ainda mais mortal, mais rápida e de difícil estudo e análise para os pesquisadores brasileiros e do mundo, pois, chega com mais vigor e seu cunho fatal é desesperador.

Num quadro deste imaginara-se uma busca frenética e alucinada para descoberta de meios de conter o mais rápido possível, esse quadro.

Mas, por incrível o que parece a grande questão é saber como será o novo normal? O que irá oferecer? E principalmente, muitos creem que o ser humano sairá muito melhor?

1. O normal

A palavra “normal” não é deve ser com frequência e também em qualquer contexto, afinal, o que é normal para um grupo de pessoas, pode ser totalmente anormal para outro grupo de pessoas.

Se numa análise etimológica desta palavra poderemos nos surpreender.

Significado de Normal

Adjetivo masculino e feminino

1. Diz-se do que se encontra em conformidade com a norma; regular: um horário normal, o valor está normal para a idade
2. Que é frequente ou regular; comum; banal: seguiu o trajeto normal
3. Que pode ser usado como exemplo; modelo; padrão: aquilo não era um comportamento normal. (<https://www.lexico.pt/normal/>).

Aceitar que “normal” é “conformidade com a norma”, “regular”, “comum”, “modelo”, “padrão”, “modelo”; fuge um pouco, para não dizer muito do que no consciente coletivo se classifica como normal.

Para uma análise mais profunda cumpre citar;

O processo de organização da normalidade conquista a cada tempo uma definição diferente. Os dispositivos de normalização funcionam como práticas descontínuas que podem tanto se cruzar como eventualmente se ignorar ou se excluir. Quando escolho os autores que pulem minhas lentes, procuro a invenção de redes discursivas, que na trama, vão contribuindo com alguns fios para constituir as referências do trabalho. Para tratar de “normalidade”, busco os conceitos de normal e anormal como sendo fios de conexão teórica, tendo em Foucault e Canguilhem [...]

(http://www.ucs.br/etc/conferencias/index.php/anpedsul/9anpedsul/pape_r/viewFile/903/647)

Ao se tratar filosoficamente ou pela psicologia de “normal”, não se pode de forma alguma, se basear em conceitos separados, ou etimológicos, ao contrário, há de se buscar

um espectro mais amplo até para visão não se limitar num único foco, o que atrapalharia e, muito, a possibilidade de uma conclusão, mesmo que não absoluta.

E neste pensamento, o filósofo francês deslinda sua perspicácia, de forma refletiva;

“(...) uma sociedade nos parece definir-se menos por suas contradições que por suas linhas de fuga, ela foge por todos os lados, e é muito interessante tentar acompanhar em tal ou qual momento as linhas de fuga que se delineiam. Seja o exemplo da Europa hoje: os políticos ocidentais tiveram muito trabalho para construí-la, os tecnocratas para uniformizar regimes e regulamentos. Mas a surpresa pode vir por parte das explosões entre os jovens, as mulheres, em função da simples ampliação dos limites (isto não é “tecnocratizável”); por outro lado, é engraçado pensar que esta Europa já está completamente ultrapassada antes mesmo de ter começado, ultrapassada pelos movimentos que vêm do leste. São linhas de fuga sérias” (Deleuze, 1998. p, 212).

Destarte muito distante da pandemia e seus efeitos, Deleuze se aproxima das contradições existentes, muito antes de surgir um vírus que poderia transformar toda a política, economia, tecnocracia, barreiras comerciais, entre migrações e imigrações em uma situação intolerável, e tudo que se havia feito, como o próprio autor diz “São linhas de fuga séria”. E como foi e ainda, com menos vigor, tem sido.

Se assim se pode dizer, o mundo que conhecemos entrou no que se pode dizer, um caos, primeiro, porque não havia ideia de como tratar, ficou em suspense toda a tentativa, segundo, por demorar para achar o ponto de partida e enfim, terceiro, quando foi descoberto houve diversas reações que não contribuíram em nada a descoberta. Pode-se dizer, que fosse como encontrasse uma mina de ouro, e quem se aproximasse de uma mínima “vacina”, para conter o avanço ganharia um mercado enorme.

Esse foi o normal: Ambição, poder, dominar, economia; sem buscar a ideia de que todos os pesquisadores agiram assim, seria um erro brutal, mais que as empresas que estavam financiando suas pesquisas e descobertas imaginaram tudo isso, fica difícil de não aceitar.

É inevitável olvidar o que se diz; É em relação a uma medida considerada válida e desejável – e, portanto, em relação a uma norma – que há excesso ou falta. Definir o anormal por meio do que é de mais ou de menos é reconhecer o caráter normativo do estado dito normal. Esse estado **normal** ou fisiológico deixa de ser apenas uma disposição detectável e explicável como um fato, para ser a manifestação de apego a algum valor (CANGUILHEM, 2000, p. 36). (Destaque nosso).

Acreditar que foi tudo por amor a humanidade é esquecer tudo que a história moderna conta, e a história em seu lastro universal trouxe para quem quisesse saber. A bondade, costuma ser acompanhada de muitos beneficiários, que não é o povo.

Como podemos observar há vários conceitos de normalidade, e conseqüentemente vários de psicopatologia. Se pensar, é claro, que o que não é normal é patológico. Esta é uma questão com várias respostas. O limite entre o normal e o patológico é impreciso. O normal não é rígido, ele se adapta e se transforma de acordo com as condições individuais. Dois corpos podem estar submetidos as mesmas influências e reagirem a estas de maneira distinta. Segundo Canguilhem é para além do corpo que se deve olhar para se julgar o normal e o patológico para este mesmo corpo (Canguilhem, 2010). O que adoecer não são apenas partes do corpo ou a sua totalidade. Há um adoecimento, um mal-estar, que se estende para além dos limites do corpo, que está na sociedade. (https://www.ufrgs.br/psicopatologia/wiki/index.php?title=O_Normal_e_o_Patol%C3%B3gico).

Os conceitos da normalidade pode e deve ser observado por uma lente muito maior do que se está usando, afinal, uma sociedade, nunca viveu de caridade, toda vez que acontecia algo que mudasse o rumo de tudo, alguém sempre ganhava ainda mais, e outros sempre perdia muito. Isso não é nem de perto sociologia, isso aqui se chama, leitura e revisão da história que demonstre isso, sem mascaras e sem defesa deste ou daquele, apenas relata de forma natural o que veio a acontecer.

2. A igualdade na doença Covid 19?

Engana-se quem acredita de forma cega, que o vírus aproximou as pessoas, ricas e pobres, famintas e abastadas, condições diferenciadas; não aconteceu neste período, nem no passado, porque a sociedade tem uma forma muito mais dinâmica de agir e pensar do que só diminuir o fosso econômico.

Há sem dúvida alguma um interesse que haja vacinas para todos, para haver uma retomada da economia.

As normas são relativas umas às outras em um **sistema**, ao menos potencialmente [...]. As regras devem ser representadas, aprendidas, rememoradas, aplicadas. (CANGUILHEM, 2000, p. 222). (Destaque nosso).

E de qual sistema o autor está falando? Do sistema de assistência social, ou está falando que sustenta todo sistema coronário financeira?

A economia sempre esteve à frente se igualando ao poder político, sem deixar que este poder que comanda possa ser maior que o centro do universo. Para dar um exemplo sútil, se pode falar da crise de 2008, houve uma ruptura no sistema de hipotecas nos EUA. Muitos apostaram que era passageira, mais a medida que os dias foram passando, a situação ficou insustentável, e quando o Banco Lehman Brothers, uma instituição fundada em 1850, há afirmações que dizem que este banco foi responsável por próximo a 50% de toda balbúrdia que aconteceu. E no final, os bancos que sobraram receberam da receita federal americana, um valor altíssimo para que não houvesse mais quebra com alguns anos para pagar, pelo que se sabe nenhum pagou e se reergueram mais fortes, enquanto, pessoas perderam casas, e carros e dormiam em barracas de acampar e nos poucos carros que sobrou. (Há um filme excelente chamado “Grande demais para quebrar”, esclarecedor).

O exemplo embora fuja um pouco da temática, tem como objetivo, demonstrar que em qualquer situação que houver, haverá alguém ganhando muito e muitos, mais muitos outros perdendo muito.

No caso em questão, a Covid 19, trouxe muitas mortes, e sem parecer sínico, mais muitos países estão se beneficiando desta questão, para não pagar pensões, aposentadorias, para gerar empregos, para oferecer novas formas de emprego.

É absolutamente terrível numa pesquisa chegar a esta conclusão, contudo, veja isto de forma bifocal. O que estava se tratando no Congresso Nacional brasileiro e de vários países? Sobre a aposentadoria, auxílios que a previdência oferece, entre muitas coisas nesta área. Não há aqui uma acusação sobre a China (primeiro país a apresentar o vírus), nem aos demais que tiveram mortes significativas.

Porém, ao olhar para o país Brasil, parece que tudo contribuiu para racionalizar de forma indelével a situação a chegar e ultrapassar o número de mortos que caminha a passos largos a 500 mil mortos.

O povo mais simples comprou a ideia de ajudar, de combater a fome, pois, não é só de Covid 19, exerceram, junto a ONGs, Fundações, e vizinhos socorrendo outros vizinhos, uma campanha de encher os olhos.

Evidentemente, não houve como ajudar a todos, porém, a iniciativa sempre é válida de forma a demonstrar como o coração do povo é maravilhoso.

Para não perder os fios que levam este artigo, a preocupação do que está acontecendo e o que irá acontecer, vale a leitura;

[...] basta que um indivíduo questione as necessidades e as normas dessa sociedade e as conteste - sinal de que essas necessidades e essas normas não são as de toda a sociedade – para que se perceba até que ponto a

necessidade social não é imanente, até que ponto a norma social não é interna, até que ponto, afinal de contas, a sociedade, sede de dissidência contida ou de antagonismos latentes, está de se colocar como um todo (CANGUILHEM, 2000, p. 229).

Questionar, indagar, se posicionar de forma a não concordar como estão sendo conduzidas tudo, desde dos insumos, desde qual vacina, desde da logística, desde o órgão responsável em distribuir.

Não há mudança nos interesses, ao contrário, a cada notícia se vê que o “normal”, realmente está sendo aplicado, que não há mudanças os mesmos fazendo as mesmas bizarrices.

Não há em nenhum espaço no país para por exemplo os índios que estavam recebendo, o “kit da morte”, vacinas destinadas a eles, foram respondidas com fogo na casa da índia que estava denunciando, fora a quantidade de índios mortos por garimpeiros, liberados, porque não há um único ente governamental em protege-los.

3. O novo normal

Depois de ouvir tanto e de tantos lugares que haveria de surgir “o novo normal” é de se pensar como seria este conceito?

Ao observar que não está havendo nenhuma alteração, ao contrário o sempre “normal”, está aí anunciado, publicado, falado, e principalmente praticado, como se pode surgir depois de tantas mortes, de tantos exemplos dignos de prisão, um “novo normal”.

Outrossim, é se observando o que está acontecendo, ou deixando de acontecer, que se percebe sim “um novo normal”.

O texto a seguir se refere ao século XVIII, todavia, parece que está falando dos dias atuais;

Por meio dessa atuação normatizadora da vida, dessa concepção biologizada do viver, a medicina assume, na nova ordem social que surge, um antigo papel. O controle social dos questionamentos, até então exercido pela religião. [...] Com o estabelecimento do estatuto de ciência das ciências biológicas e, mais especificamente, da medicina, os critérios religiosos passaram a ser substituídos por critérios oriundos da área médica. No início, foi no campo da psiquiatria, logo secundada pela neurologia, que surgiram os diagnósticos, que legitimavam e até mesmo prescreviam a segregação. (MOYSÉS, 2008, p. 5).

O pior é presenciar uma simbiose estranha e catética entre religião versus ciência (medicina), campos que não há afinidade, que não tem amabilidade, e principalmente como serem harmoniosos.

Para ainda complicar, se percebe uma ligeira, para não dizer domínio do religioso, afinal, se transformaram num nicho de grande interesse para os políticos. E ainda neste tópico, não estão se saindo bem, discursos recheados de ódio, de preconceito, de brutalidade, de ufanismo; debelando o que se prega nas igrejas.

E neste liame Foucault, aponta de forma lúcida o que tem acontecia e se mantém acontecendo;

A divisão constante do **normal e do anormal**, a que todo indivíduo é submetido, leva até nós, e aplicando-os a objetos totalmente diversos, a marcação binária [...]; a existência de todo um conjunto de técnicas e de instituições que assumem como tarefa **medir, controlar e corrigir os anormais faz funcionar os dispositivos disciplinares** que o medo da peste chamava. **Todos os mecanismos de poder** que, ainda em nossos dias, **são dispostos em torno do anormal**, para marcá-lo como para modifica-lo, compõem essas duas formas que longinquamente derivam (FOUCAULT, 1991, p. 165). (Destaques nossos)

O normal ou aquilo que chamamos de anormal, segundo o filósofo é submetido, trazendo grande confusão pelo conceito de ambas as palavras não apararem o que se entende. Há de forma translúcida o que realmente pode-se chamar de "controlar", "medir", os chamados anormais. E continua, "todos os mecanismos de poder", numa linha tênue, o que seria mecanismos de poder? Por exemplo, exigir que as operadoras de aparelhos celular, franqueie ao poder o GPS, podendo localizar "aglomerações"?

E neste meandro, são dispostos sobre os chamados "anormal".

Há uma pergunta que não pode deixar de ser feita: quem são os anormais e quem são os normais?

Os anormais são aqueles que estão indo contra ordens que nem deveria ser exigida, por conta da Lei.

E os normais são os apáticos.

Não se importam com o número de mortos, não usam máscara, não se previne de forma alguma, aglomeram e ainda defendem o "kit morte".

A indiferença é o novo normal!

Considerações Finais

A base de um artigo é buscar trazer a lume aquilo que não é perceptível.

Muitos ainda creem que haverá uma bondade acalentando o coração de todos, que haverá paz, e até consideração para dividir melhor as riquezas dos ricos com os pobres.

Contudo, quando aconteceu esses atos, na história? Seja antiga, seja moderna, ou até contemporânea?

A resposta todos sabem, então esta ilusão apregoada por otimistas ou por aqueles que têm segundas intenções cai por terra diante de fatos incontestáveis a história.

Numa citação em um dos seus muitos livros, Leo Buscaglia já afirmava;

Tenho uma forte sensação de que o oposto do amor não é o ódio. É a apatia. Com ela não se sente nada. Se alguém me odeia deve sentir algo a meu respeito, ou não poderia me odiar. Então, existe alguma maneira pela qual posso chegar a ela.

Em pleno século XXI chegar um novo normal, que seja a apatia, demonstra que como estamos longe de expor a humanidade de forma mais pessoal, clara, honesta e sensível.

Por isso, fica o desafio, sejamos anormais, usemos a empatia!

Referências

CANGUILHEM, Georges. O Normal e o Patológico. 6ª.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

CANGUILHEM, Georges. O Normal e o Patológico. Tradução de BARROCAS, Maria Thereza de Carvalho; LEITE, Luiz Octavio Ferreira Barreto. – 5ª ed.- Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

DELEUZE, G. Conversações. Trad: Peter Pál Pelbart, São Paulo: Editora 34, 1998.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. Petrópolis, Ed. Vozes, 8ª ed.1991.

_____. Os Anormais. Curso no Collège de France (1974-1975). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MOYSÉS, Maria Aparecida Affonso. A medicalização na educação infantil e no ensino fundamental e as políticas de formação docente. A medicalização do não-aprender-na-escola e a invenção da infância anormal. – UNICAMP – trabalho apresentado na Anped 2008.

<https://citacoes.in/citacoes/103595-leo-buscaglia-tenho-uma-forte-sensacao-de-que-o-oposto-do-amor-n/>

<https://www.lexico.pt/normal/>

<http://www.ucs.br/etc/conferencias/index.php/anpedsul/9anpedsul/paper/viewFile/903/647>

https://www.ufrgs.br/psicopatologia/wiki/index.php?title=O_Normal_e_o_Patol%C3%B3gico

LAVAGEM DE DINHEIRO E A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

RAFAELA CRISTINE TEIXEIRA DE OLIVEIRA:

Bacharelada em Direito pela Universidade Brasil
- Campus Fernandópolis/SP.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(orientador)

RESUMO: O Crime de “Lavagem de Dinheiro” consiste em transformar um recurso obtido de forma ilícita, em um recurso obtido de forma lícita. Este crime está sempre acompanhado de outro delito, como o Tráfico de Drogas por exemplo, que movimenta milhões no país, devido ao grande número de usuários de entorpecentes, gerando lucros altos para seus praticantes e associados. Dividido em três fases, o crime de lavagem consiste em, ocultação, escurecimento e integração. Resumidamente, os criminosos recebem os recursos oriundos da prática ilícita, “lavam” estes recursos para retirar todos os indícios de ilicitude, e por fim, inserem novamente estes recursos para futuras movimentações no mercado financeiro. O crime de lavagem movimenta além de recursos e organizações criminosas, Governos e Estatais, que lutam para combater esta prática, principalmente com a chegada da Internet, que se tornou uma grande aliada do Crime de Lavagem de Dinheiro. Com a chegada do crime de lavagem no Brasil, várias teorias surgiram, a mais conhecida é a Teoria da Cegueira Deliberada, que andou muitas vezes de mãos dadas com crimes de repercussão nacional, como Assalto ao Banco Central e o Caso Mensalão.

Palavras-Chave: Lavagem; Cegueira; Organizações; Tráfico; Mensalão

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 ORIGEM DA LAVAGEM DE DINHEIRO. 2 CARACTERÍSTICAS DA LAVAGEM DE DINHEIRO. 3 FASES DA LAVAGEM DE DINHEIRO. 3.1 Fase de ocultação ou colocação. 3.1.1 Instituições financeiras tradicionais. 3.1.2 Instituições financeiras não tradicionais. 3.1.3 Evasão de fronteira/ contrabando de dinheiro. 3.2 Fase de estratificação ou escurecimento. 3.3 Fase de integração ou reinserção. 4 TIPOLOGIAS DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. 4.1 Empresa fachada e empresa fictícia. 4.2 “Laranjas”. 4.3 “Vacas-de-papel”. 5 TRÁFICO DE DROGAS X LAVAGEM DE DINHEIRO. 6 OPERAÇÃO LAVA JATO. 7 TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA. 7.1 Teoria da cegueira deliberada no Direito Penal Brasileiro. 8 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

A expressão Lavagem de Dinheiro é aplicada nos casos onde, a partir de um ato ilícito se obtém uma verba, sendo ela aplicada e "limpa", passando pela por fases que aparentemente lhe torna licito. É considerado crime acessório, onde se necessita de outro delito para fazer com que a prática de lavagem de dinheiro seja aplicada, conforme citado no Artigo 1º e artigo 2º, §1º da Lei 9.613/ 1998, alterada pela Lei 9.613/2012.

Tal pratica chegou ao Brasil por meio do crime de Tráfico de Drogas, sendo discutida pela primeira vez na Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e substâncias Psicotrópicas, ocorrida em Viena, em 20 de dezembro de 1988, internalizada pelo Decreto 154 de 26 de junho de 1991, já em 15 de novembro de 2000, o assunto foi pauta novamente, na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, ocorrida em Nova York, sendo promulgada pelo Decreto 5.015 de 12 de março de 2004.

Nosso país hoje é sede de um dos casos mais conhecidos atualmente, a Operação Lava Jato, iniciada em março de 2014, com investigação perante a Justiça Federal de Curitiba, visando quatro organizações criminosas comandadas por doleiros, apontando irregularidades na Petrobras, a maior estatal do Brasil.

Uma das teorias que ganhou mais força em nosso país, é a Teoria da Cegueira Deliberada, sendo imposta em decorrência de casos ocorridos com agentes que, fingem não enxergar a ilicitude da procedência dos bens, direito e valores, com o intuito de auferir vantagens mediante esta prática, sendo comparados com um avestruz, escondendo sua cabeça e fechando seus olhos para que o mesmo não tome conhecimento de tal prática ilícita.

Sendo assim, a teoria é aplicada para punir os agentes que se colocam intencionalmente em estado de desconhecimento ou ignorância, mediante os fatos, para não conhecer detalhadamente as circunstâncias de uma situação suspeita.

1. ORIGEM DA LAVAGEM DE DINHEIRO

A humanidade conhece o sistema de trocas há muitos anos atrás, desde a Segunda Guerra Mundial, a pessoas usavam comidas como chocolates, chicletes ou até mesmo cigarros como uma forma de moeda para troca, suprimindo assim a necessidade de produtos essenciais para o sustento. (CALLEGARI, 2014.p. 5)

Com o passar dos anos, e com a evolução das pessoas e sociedade, foi necessário a criação do então dinheiro, trazendo a solução dos problemas trazidos com o sistema de trocas, e a compatibilidade com a evolução mercantil. (CALLEGARI, 2014. p. 5)

Atualmente, o mercado financeiro encontra-se totalmente modificado. Com a chegada da internet, as organizações criminosas encontraram um aliado para fraudes e operações de

lavagem de dinheiro, pois várias moedas operam simultaneamente em vários locais do país, o que dificulta a fiscalização de organizações contra o crime de lavagem. (CALLEGARI, 2014. p. 6)

Contudo, a expressão “lavagem de dinheiro” surgiu por volta de 1920 nos Estados Unidos, onde o primeiro registro da prática foi ligado a um grupo de gangster norte americano, liderado pelo grande mafioso Al Capone. O grupo possuía uma grande rede de lavanderias espalhadas pelo país, utilizando as mesmas para esconder os recursos oriundos dos crimes relacionados ao tráfico de drogas, e principalmente a venda ilícita de bebidas alcoólicas, principalmente pelo fato de que, na época, vigorava nos Estados Unidos, a Lei Seca, abrindo assim as portas para um grande faturamento dos criminosos. Como o dinheiro arrecadado de forma ilícita precisava ser escondido das autoridades, a justificativa foi a emissão de notas em nome das lavanderias, como compras que já tinham sido feitas, porém, nunca tinham ocorrido, fazendo assim parecer que todos os lucros obtidos eram de forma regular, oriundo das vendas das lavanderias. (CALLEGARI, 2014. p. 6)

No ano de 1970, o jornal The Guardian publicou uma matéria que envolvia o atual presidente Richard Nixon em um esquema de lavagem, relacionado ao dinheiro de sua campanha política. Os recursos eram enviados para o México, e posteriormente, enviado de volta para os Estados Unidos para a aplicação na campanha em Miami. O caso foi relatado no filme “Todos os Homens do Presidente”.

No Brasil, a lavagem foi citada pela primeira vez na Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, no final do ano de 1988, em decorrência a alta do tráfico no país. (BARROS, 2007. p. 40)

2. CARACTERÍSTICAS DA LAVAGEM DE DINHEIRO

A globalização desempenhou um papel muito importante para o crime de lavagem de dinheiro. Organizações criminosas buscam os lugares mais remotos para cometer os crimes, onde o controle e a segurança são escassos, podendo firmar alianças ilegais que facilitam o crime. (CALLEGARI, 2014.p. 9)

O fato de alguns países não colaborarem com a prevenção do delito, os criminosos encontram esta facilidade para agir no sistema financeiro. O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), até o ano de 2006, publicava uma lista dos países que não estavam colaborando com a prevenção do delito, contudo, a divulgação desta lista era uma informação privilegiada para os criminosos, passando então a GAFI divulgar apenas a lista dos territórios nacionais com altos riscos por não terem implementado as recomendações necessárias do órgão, para o combate ao crime de lavagem de dinheiro. (CALLEGARI, 2014.p.9)

Como se não bastasse o fato de alguns países facilitarem o crime de lavagem, com a chegada da tecnologia, os criminosos acabaram se especializando na prática de lavagem. As organizações criminosas agem como um grande maquinário, onde cada membro realiza um papel específico dentro do crime. O mais interessante é que, na maioria das vezes, as organizações iniciam o delito em um país, tendo uma segunda parte desenvolvida em outro país, e sendo finalizada em um terceiro país, sempre visando a lavagem, onde os criminosos que iniciam a prática, não são os que finalizam. (CORDERO,2002. p.33)

A prática deste esquema faz com que, o início da lavagem seja mais efetivo em sua descoberta, mas se torna mais improvável que as autoridades possam rastrear as operações até o fim. As organizações utilizam de operações internacionais, a fim de apagar o laço entre o antecedente do dinheiro arrecadado, e o delito. A finalidade deste processo é poder integrar e garantir que, esses bens já lavados, possam ser utilizados na economia legal, sendo considerado a última fase da lavagem. É incontestável que o crime de lavagem movimenta um volume financeiro extraordinário, onde a máquina de lavagem de dinheiro é uma das mais lucrativas do mundo. Os especialistas nesta área, podem cobrar até 20% sobre o valor lavado, a título de comissão. (LILLEY,2001. p.46)

3. FASES DA LAVAGEM DE DINHEIRO

O crime de lavagem passa por três fases antes de, ser classificado como “limpo” pelos criminosos. Segundo os principais órgãos reguladores do tema, se destacam as fases de: colocação ou ocultação ou escurecimento e integração ou lavagem propriamente dita. As fases não necessariamente devem ocorrer simultaneamente ou sucessivamente. O estudo em separado garante que as autoridades investiguem a fase mais vulnerável, podendo assim facilitar no combate ao crime de Lavagem de Dinheiro. (CALLEGARI,2014. p.12)

3.1 Fase de Ocultação ou Colocação

A primeira fase consiste em desaparecer com os valores que os criminosos arrecadaram mediante a prática dos crimes. Como citado anteriormente, existe uma fase que deixa os criminosos mais vulneráveis, facilitando as investigações, que é justamente a primeira fase, justamente quando uma grande quantia é convertida. Nesta primeira fase, os principais canais de vazão aos capitais são: instituições financeiras tradicionais, instituições financeiras não tradicionais, inserção nos movimentos financeiros diários e outras atividades que transferirão o dinheiro, além das fronteiras nacionais. (CALLEGARI, 2014. p. 12)

3.1.1 Instituições Financeiras Tradicionais

São instituições financeiras tradicionais: bancos, empresas de crédito, que representam o caminho para a transferência de dinheiro, e por este motivo, são os mais fiscalizados. As próprias instituições temem em ser alvos dos criminosos, sendo instrumento para os lavadores, onde passam a adotar as medidas cabíveis a fim de prevenir administrativamente ocorrências como estas. (CALLEGARI, 2014. p. 12)

Como um bom exemplo de combate ao crime de lavagem, um grupo do setor financeiro foi composto com 12 principais bancos multinacionais, denominados Grupo Wolfsberg. Tendo o objetivo de desenvolver padrões e produtos para a indústria financeira, principalmente a política de "Conheça seu Cliente". Em 2006, o grupo desenvolveu um manual de análise e avaliação de risco para auxiliar na prevenção de lavagem de dinheiro e do financiamento ao terrorismo. Em 2009, o grupo publicou um Manual para a observância quando das expedições de cartões magnéticos. (CALLEGARI, 2014. p. 13)

Apesar das intenções do grupo, seus projetos são apenas instruções para as instituições financeiras, e não possui nenhum poder coercitivo, além de não possuir literalmente todas as instituições financeiras, Raul Cervini ao tratar do tema, refere-se:

Quase todas as instituições financeiras e de crédito que prezam pelo exercício profissional responsável possuem Livros de Política de Prevenção de Risco onde enumeram essas situações, ao menos aquelas identificadas. Indubitavelmente, à medida que os bancos adotam métodos preventivos mais estritos e detalhados contra o uso ilegal de seus serviços com o fim de lavar dinheiro, os delinquentes se veem forçados a renovar suas medidas continuamente. Para tanto, é essencial os estados de alerta continuo, tanto pelas instituições como por seus empregados, a fim de prevenir essas operações ilegais. (CERVINI, 1998. p. 86)

Estas instituições financeiras não deixam de correr riscos relacionados aos clientes que os procuram. Ocorre que, na maioria dos casos, as instituições financeiras possuem como clientes, pessoas que trabalham com atividades ilegais, depositando então grandes quantidades de dinheiro em forma fracionada, em pequenas quantidades por depósito. (CALLEGARI, 2014. p. 13)

Outro risco eminente que as instituições financeiras estão expostas, é o dos serviços prestados por correspondentes bancários. Os correspondentes bancários regulam-se por contato de direito privado, e não guardam qualquer relação com o SFN. Embora sejam

uma forma de facilitar o acesso financeiro em lugares remotos, os correspondentes não são fiscalizados de uma forma tão complexa como os outros bancos, abrindo assim um sistema fácil para as atividades ilícitas. (CALLEGARI, 2014. p. 14)

3.1.2 Instituições Financeiras Não Tradicionais

As instituições financeiras não tradicionais são uma forma dos criminosos escaparem da fiscalização dos bancos, justamente pelo fato destas instituições não serão fiscalizadas tão complexamente quanto os bancos, sendo então um escape para os criminosos, na prática de lavagem. Peter Lilley faz uma análise não tão promissora quando afirma que, devemos nos habituar à ideia de que todo e qualquer negócio, em qualquer momento, lava o dinheiro sujo proveniente do crime organizado, uma vez que no sistema capitalista toda a empresa que receber um grande pedido, não buscará investigar a origem do dinheiro recebido, eis que sua função é obter lucros, e não apurar a licitude dos valores a ela pagos. (LILLEY, 2001. p. 86)

Os métodos utilizados pelos criminosos variam não só em dinheiro, mais também em ouro, diamante e outros. As chamadas "mulas" também são instrumentos do crime organizado para a lavagem de dinheiro, passando pelos negócios imobiliários, até as empresas que movimentam altos valores financeiros, servindo para a mistura do dinheiro lavado nas atividades diárias. Estes negócios que aparentemente constituíram a normal movimentação do mercado, passam a transformar o dinheiro sujo em um bem legítimo para ser movimentado, sem o estigma de sua origem. Alguns negócios mais comuns utilizados para a prática são cassinos, bares, restaurantes, casas noturnas, caça-níqueis, entre outros. (CALLEGARI, 2014. p. 19)

3.1.3 Evasão de Fronteira/ Contrabando de Dinheiro

Este método é considerado o mais simples pelos criminosos na prática de lavagem, a fim de levar o dinheiro para fora do país, os mesmos utilizam mais ferroviários, marítimo, aéreo, e ferroviário, ou por meio dos correios internacionais. (CALLEGARI, 2014. p. 20)

Na maioria dos casos, os criminosos acabam comprando as empresas para transporte do dinheiro, e até mesmo os objetos obtidos ilegalmente. Como as fronteiras do país se preocupam muito com o que chega, para fins de fiscalizações de tributos, esta prática fica ainda mais fácil para os criminosos. (CALLEGARI, 2014. p. 20)

Não necessariamente, os criminosos precisam comprar as empresas de transporte para poder movimentar os dinheiros para outros países, apesar de ser algo muito comum. Os criminosos podem utilizar também as chamadas "mulas", que são contratadas para burlar as fiscalizações nas fronteiras com as quantias em dinheiro escondidas em malas, e até mesmo em suas roupas íntimas. No Brasil, o caso mais famoso de "mula" foi de

Monsenhor Abílio, que tentou embarcar em um voo para Portugal em setembro de 2010, com a quantia de € 52.000,00, escondido em suas roupas íntimas. Outro caso que ganhou ainda mais destaque, foi o do assessor do Deputado Estadual José Nobre Guimarães, que foi preso no aeroporto de São Paulo com a quantia de R\$ 209 mil em uma mala preta, e US\$ 100 mil e um saco plástico preto, escondido em suas roupas íntimas. (CALLEGARI, 2014.p. 20)

3.2 Fase de Estratificação ou Escurecimento

A segunda fase pode ser chamada de escurecimento ou mascaramento, pelo fato de que, qualquer marca de ilicitude deve ser perdida após o capital ser inserido no mercado. É importante agora dar uma cara de licitude para o capital, dificultando o rastreamento da trilha feita pelo dinheiro. (CALLEGARI, 2014. p. 23)

Outras duas técnicas são próprias da segunda fase. A primeira consiste na realização de empréstimos, cujo custeio será realizado com o capital ilícito. A segunda corresponde as conhecidas off shore companies, em que o agente cria diversas empresas satélites fictícias, a fim de promover sucessivas transferências e aquisições de valores, concessões de empréstimos. Tais empresas não apresentam uma atividade econômica e sequer uma sede física, mas não deixam de declarar o seu faturamento próprio. (CAPARRÓS, 1998.p.144)

3.3 Fase de Integração ou Reinserção

Após a finalização da segunda fase, chega a hora da terceira e última fase, a de integração do capital. Sem quase nenhum indicio de relação com o crime, o capital passa a ser inserido no sistema financeiro, onde o criminoso pode utilizar de vários meios para justificar a quantia, como por exemplo, a venda em lojas fachadas, que são abertas apenas para utilização na última fase. Parte do dinheiro pode ser sacado, para assim ser aplicado em transações "legais". Após inserido no mercado, seu rastreamento se torna mais difícil, pois a terceira fase passa por várias transições, justificativas, quando a organização chega a terceira fase, não resta mais nenhuma requisição e ligação do dinheiro, com o crime. (CALLEGARI, 2014.p.24)

4 TIPOLOGIAS DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Cada vez mais especializados na prática de lavagem, os criminosos utilizam de várias práticas para esconder o dinheiro oriundo da prática ilícita. Estas práticas são chamadas de tipologias, e são elas:

4.1 Empresa Fachada e Empresa Fictícia

A empresa fachada consiste basicamente no fato de que, o criminoso possui uma empresa regularizada, seguindo todas as normas importadas para se ter um comércio ativo em determinada cidade ou região, porém, é apenas utilizada para esconder os ganhos oriundo do crime, sendo mais útil para os mesmos na terceira fase da lavagem, onde os criminosos podem justificar os ganhos de capital mediante vendas das lojas que possuem, imitando notas em valores que nunca saíram de sua loja. (BARROS, 2007. p. 450)

Já a empresa fictícia não existe fisicamente, apenas no papel, possuindo também todos os documentos necessários para abertura da empresa, porém, nunca saiu e provavelmente nunca sairá do papel. Pode ser utilizada também na terceira fase, assim como a empresa fachada. (BARROS, 2007. p.450)

Podemos citar um exemplo clássico de empresa fachada, mesmo que o caso não possua ligação direta com a lavagem de dinheiro, que foi floricultura utilizada pela organização criminosa que roubou o Banco Central Do Brasil, em 2008. Pensado justamente pelo fato de que, haveria a necessidade da escavação até o banco, os criminosos utilizaram a floricultura como forma de justificar os montantes de terras que saíam da propriedade, sem levantar qualquer suspeita sobre o que realmente ocorria dentro da floricultura. (BARROS, 2017.p.450)

4.2 “Laranjas”

Os “laranjas” são agentes intermediários, que utilizam de seu nome ou documento para movimentar contas bancárias, transições comerciais, sempre em nome de terceiros, que estão por trás da organização criminosa. (BARROS, 2007.p.446)

Podendo ser classificados não apenas como criminosos ou facilitadores, mais também, podemos achar em meio a essas pessoas, aquelas que não possuem estudo, ou renda suficiente para se manter, e acabam colaborando com o crime de lavagem sem mesmo tomar conhecimento do que acontece, sendo ludibriados por criminosos, com promessa que os fazem acreditar que aquela prática é lícita, e está ajudando uma pessoa de bem. (BARROS, 2007.p.446)

Por outro lado, existem as pessoas que tomam conhecimento dos fatos, sabendo que o que está cometendo é um crime, e que mesmo assim concordam com a prática. Criminosos podem utilizar de documentos perdidos para praticar a lavagem e transações bancárias, como se fossem outra pessoa. (BARROS, 2007. p.446)

4.3 “Vaca-de-papel”

“Vaca de papel” é o nome dado ao esquema de lavagem de dinheiro, que se baseia na compra fictícia de gado. Odilon de Oliveira, Juiz Federal de Campo Grande – MS, afirmou em uma entrevista publicada pela imprensa, que este processo de lavagem se tornou

conhecido e foi utilizado por lavadores na fronteira com o Paraguai, de onde se espalhou pelo país. (BARROS,2007. p.453)

A pessoa faz a inscrição de produtor rural na Secretaria do Estado da Fazenda, sendo ou não proprietário de uma gleba rural. No ato, ele registra a compra de gado, mas na realidade, ele não tem o gado. Nem as secretarias de Fazenda estaduais e nem a Receita Federal farão a fiscalização *in loco* para confirmar se realmente existem as reses declaradas. Com a inscrição, a pessoa pode comprar vacina de gado, reforçando a aparente comprovação da existência do suposto rebanho. Feito isso, o agente responsável pela lavagem recebe o dinheiro proveniente da corrupção ou do tráfico de drogas, e declara que obteve a quantia a partir da venda do gado, que só existia no papel. Com o dinheiro ilícito, o agente realmente compra o gado e pode revende-lo ou não, mas como já possui a inscrição estadual, na qual se declarou ser proprietário de mil cabeças de gado, não precisa explicar a origem dos animais. (BARROS,2007. p.453)

5 TRAFICO DE DROGAS X LAVAGEM DE DINHEIRO

Não é novidade para ninguém que, o crime que mais movimenta recursos hoje no Brasil e no mundo, é o Tráfico de substâncias entorpecentes e afins. Criminosos na área do tráfico poder chegar a arrecadar um capital altíssimo, passando o capital faturado pelo Comercio Mundial de Petróleo e Gás, o faturamento do Turismo, e o dobro do que fatura a Industria Mundial de Produtos Químicos. (BARROS,2007. p.85)

Segundo o relatório emitido pela UNODC, estima-se que no planeta, existam duzentos milhões de usuários de drogas (equivalente a 4,8%da população mundial). Juntamente com o narcotráfico, podemos encontrar outros tipos de crimes, como o Tráfico Internacional de Armas, e a corrupção. (BARROS, 2007. p.85)

O narcotráfico está cada vez mais especializado no assunto, com a evolução da internet e a evolução da sociedade, algumas associações criminosas que possuíam mais recursos contratavam seus próprios hackers, para que assim, as conversas relacionadas ao tráfico fossem protegidas das autoridades, podendo ir além, os hackers eram contratados também para invadir os computadores das organizações que combatem o tráfico de entorpecentes. (BARROS,2007. p.86)

Para os traficantes menores, a internet também pode os beneficiar. Em alguns lugares públicos como *lan houses*, eram utilizadas para acessar os usuários, através de aplicativos de mensagens ou redes sociais, pelo fato de que, os computadores públicos fossem mais difíceis de serem rastreados, ou podendo ser utilizados de forma anônima. (BARROS,2007. p.86)

Os valores relacionados ao narcotráfico são uma verdadeira explosão financeira, podendo um carregamento de maconha de boa qualidade (aproximadamente 450 kg), pode chegar a quase US\$ 1 Milhão no varejo, podendo caber perfeitamente nos compartimentos falsos dos 4,5 milhões de caminhões que atravessam anualmente a fronteira do México/EUA. É necessário apenas 1kg de cocaína para se obter de 12 a 35 mil dólares. (BARROS,2007. p.87)

6 OPERAÇÃO LAVA JATO

A Operação Lava jato é a maior operação realizada pela Polícia Federal em combate a corrupção e a Lavagem de Dinheiro da história do Brasil. Iniciada no dia 17 de março de 2014, unificando quatro investigações que apuravam a prática de crimes financeiros e desvio de recursos públicos. O nome escolhido como "Lava Jato" faz referência a uma rede de lavanderias e um posto de combustíveis de Brasília, que era utilizado por uma organização criminosa investigada por movimentar recursos ilícitos. (POLICIA FEDERAL, s/d)

Durante a investigação, foi constatado que os recursos obtidos pelos criminosos eram oriundos também do tráfico internacional de drogas, corrupção de agentes públicos, sonegação fiscal, evasão de dívidas, contrabando de pedras preciosas, desvio de recursos públicos, entre outros. (POLICIA FEDERAL, s/d)

O Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF/MF) registrou que o grupo realizou operações financeiras que superavam R\$ 10 bilhões. Com o avanço das investigações, foi descoberto que os doleiros facilitavam o repasse de propinas em desfavor da Administração Pública Federal e decorrentes de contratos públicos celebrados mediante fraude em processos licitatórios. Ainda há equipes da operação atuando nos Tribunais Regionais Federais das 2ª (RJ/ES) e 4ª (RS/SC/PR) Regiões. (POLICIA FEDERAL, s/d)

7 TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

A primeira vez que se teve conhecimento sobre a Teoria da Cegueira Deliberada, foi em meados anos 1861 na Inglaterra, durante o julgamento do caso Regina vs Sleep, que em tese, trata-se do caso em que, foi embarcado um barril em seu navio com símbolo real da propriedade do Estado, alegando desconhecimento do fato. (ROBBINS, 1990. p. 191)

Trata-se de uma doutrina originária dos Estados Unidos, que chegou ao Brasil em decorrência de investigações relacionadas ao crime de lavagem de dinheiro, principalmente com a correlação ao Tráfico de Drogas. Consiste basicamente em punir o agente que se coloca na posição de ignorância para não conhecer os fatos que decorrem

da prática ilícita. Podendo ser comparado com um avestruz, o agente que pratica este ato “esconde” sua cabeça justamente para não ver o que acontece em sua volta, após compactuar com o crime, a fins de receber algum benefício decorrido da prática de lavagem. (MONTEIRO, 2009)

No que tange a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada, André Ricardo Neto Nascimento, sustenta que:

Para a teoria da cegueira deliberada o dolo aceito é o eventual. Como o agente procura evitar o conhecimento da origem ilícita dos valores que estão envolvidos na transação comercial, estaria ele incorrendo no dolo eventual, onde prevê o resultado lesivo de sua conduta, mas não se importa com este resultado. Não existe a possibilidade de se aplicar a teoria da cegueira deliberada nos delitos ditos culposos, pois a teoria tem como escopo o dolo eventual, onde o agente finge não enxergar a origem ilícita dos bens, direitos e valores com a intenção de levar vantagens. Tanto o é que, para ser supostamente aplicada a referida teoria aos delitos de lavagem de dinheiro exige-se a prova de que o agente tenha conhecimento da elevada probabilidade de que os valores eram objeto de crime e que isso lhe seja indiferente (NASCIMENTO, 2010. p. 41)

7.1 Teoria da Cegueira Deliberada no Direito Penal Brasileiro

Apesar do nosso Sistema Penal Brasileiro se diferenciar totalmente do Sistema Judiciário Norte-Americano, a Teoria da Cegueira Deliberada uniu os dois sistemas em um fato em comum, constatar a referida ação do agente relativa ao dolo, indireta ou eventualmente.

Houve-se então a necessidade de adequação da Cegueira Deliberada ao Direito Penal Brasileiro, devido ao conceito doutrinário quanto ao elemento volitivo do dolo eventual, na ocasião abordado por César Roberto Bitencourt:

Haverá dolo eventual quando o agente não quiser diretamente a realização do tipo, mas aceitá-la como possível ou até provável, assumindo o risco da produção do resultado (art. 18, I, in fine, do CP). No dolo eventual o agente prevê o resultado como provável ou, ao

menos, como possível, mas, apesar de prevê-lo, age aceitando o risco de produzi -lo. (BITENCOURT, 2012. p. 254).

Seguindo o mesmo caminho, é possível contatar que a Teoria da Cegueira Deliberada afasta totalmente o volitivo da culpa, tendo o visto que o agente não é negligente, imprudente ou imperito, pelo contrário, o mesmo tem o conhecimento do crime, sendo deliberadamente omissivo, podendo até criar obstáculos para que não seja responsabilizado pelo feito. (MORAES,2019).

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), em seu boletim informativo de nº 204, de novembro de 2018, abordou a forma entre ambos os conceitos:

O problema da cegueira deliberada é, em verdade, um problema de dolo eventual: cabe perquirir se, segundo o ordenamento pátrio, atua com dolo aquele que, diante de situações suspeitas, age de modo a possivelmente praticar o tipo objetivo sem se importar em conhecer mais a fundo as circunstâncias de fato. Desde já, cabe assentar uma premissa: quando se trata de ignorância deliberada, fala-se sempre em "certo grau de suspeita a respeito das circunstâncias de fato". O sujeito tem alguma noção daquilo que o rodeia, chegando a suspeitar da existência de alguma ilegalidade. A ignorância intencional se dá a respeito apenas de eventuais conhecimentos adicionais que poderiam vir a ser conhecidos caso o agente empreendesse uma investigação, ainda que sucinta. Sabe-se que o dolo eventual é conceituado legalmente a partir da assunção do risco de produzir o resultado da ação típica (artigo 18, inciso I, CP). Mas é claro que essa modalidade dolosa também exige o elemento cognitivo. Em primeiro lugar, porque é impossível, logicamente, assumir o risco de produzir o resultado daquilo que não se conhece, ao menos minimamente. Em segundo, porque o próprio artigo 20 do CP prevê que o erro sobre elemento constitutivo do tipo exclui o dolo. (IBCCRIM, 20088).

Tal conduta pode ser classificada no volitivo do Dolo Eventual, devido ao fato de que, o agente tenta de todas as formas se tornar omisso ao fato potencialmente ilícito,

tornando-se propositalmente cego para aquilo que pode lhe acarretar na esfera penal. (MORAES, 2019)

Apesar da doutrina ser originária do Direito Estrangeiro, a teoria já apareceu no Brasil em um caso de repercussão nacional, O Roubo ao Banco Central, que ocorreu na cidade de Fortaleza/CE, onde foi julgado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, levando em conta, a Teoria da Cegueira Deliberada:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO À CAIXA-FORTE DO BANCO CENTRAL EM FORTALEZA. IMPUTAÇÃO DE CRIMES CONEXOS DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA, FALSA IDENTIDADE, USO DE DOCUMENTO FALSO, LAVAGEM DE DINHEIRO E DE POSSE DE ARMA DE USO PROIBIDO OU RESTRITO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. (...) 2.4- Imputação do crime de lavagem em face da venda, por loja estabelecida em Fortaleza, de 11 veículos, mediante o pagamento em espécie: a transposição da doutrina americana da cegueira deliberada (willful blindness), nos moldes da sentença recorrida, beira, efetivamente, a responsabilidade penal objetiva; não há elementos concretos na sentença recorrida que demonstrem que esses acusados tinham ciência de que os valores por ele recebidos eram de origem ilícita, vinculada ou não a um dos delitos descritos na Lei n.º 9.613/98. O inciso II do PARÁGRAFO 2.º do art. 1.º dessa lei exige a ciência expressa e não, apenas, o dolo eventual. Ausência de indicação ou sequer referência a qualquer atividade enquadrável no inciso II do PARÁGRAFO 2.º. – Não há elementos suficientes, em face do tipo de negociação usualmente realizada com veículos usados, a indicar que houvesse dolo eventual quanto à conduta do art. 1.º, PARÁGRAFO 1.º, inciso II, da mesma lei.(...) (TRF-5 – ACR: 5520 CE 0014586-40.2005.4.05.8100, Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, Data de Julgamento: 09/09/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça – Data: 22/10/2008 – Página: 207 – Nº: 205 – Ano: 2008)

O acórdão citado acima trata-se do julgamento relacionado ao Assalto ao Banco Central, mais especificamente aos vendedores da concessionária onde dias após o crime, os assaltantes foram até a mesma e retiraram 11 veículos, pagando assim com dinheiro em espécie. Inicialmente em primeiro grau, os autores foram condenados pelo crime de Lavagem de Dinheiro e, ao entendimento do magistrado, assumiram o risco de negociação e não desconfiaram em tese, de onde vinha este dinheiro em espécie, apesar de como já dito, o crime tivesse sido ocorrido há poucos dias atrás, e o pagamento anormal da compra. Já em segunda instância, o Tribunal Regional Federal entendeu por afastar a decisão dos autores. (MORAES, 2019)

Outro caso com grande repercussão no Brasil, onde foi citado e julgado como Cegueira Deliberada, foi o caso do Mensalão, onde o Ministro Celso de Melo admitiu a teoria, sintetizada no informativo nº 684 do Supremo Tribunal Federal:

***AP 470/MG – 142.** Ato contínuo, o decano da Corte, Min. Celso de Mello admitiu a possibilidade de configuração do crime de lavagem de valores mediante dolo eventual, com apoio na teoria da cegueira deliberada, em que o agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem pretendida. (STF, 2012).*

É notável que a Teoria da Cegueira Deliberada anda juntamente com o ordenamento Jurídico Brasileiro, se tornando aplicável dentro da estrutura de um crime aceito pelo Código Penal, apoiando-se no elemento vontade do agente, no qual seja o dolo eventual. Vale a ressalva que, apesar de pouco aplicada nos crimes relacionados com a Lavagem de Dinheiro, a teoria da Cegueira Deliberada pode ser facilmente aplicada em outras condutas, bastando assim apenas o dolo eventual do agente sobre o fato ocorrido. (MORAES, 2019)

8 CONCLUSÃO

A prática de Lavagem de Dinheiro, apesar de ter sido concebida há décadas atrás, apenas nos últimos anos que tem recebido a atenção devida e necessária por parte dos governos e organizações para o combate de outros crimes, que acabaram andando lado a lado da prática de Lavagem. Tendo uma forte relação com organizações criminosas, o crime de lavagem possui um grande aparato e tecnologia a seu favor, principalmente com a chegada da internet, dificultando ainda mais investigações relacionadas ao combate do crime, representando um grande problema na atualidade.

Combater o crime de lavagem no Brasil pode ser algo muito complicado em certas regiões do país, pelo fato de que, alguns lugares não possuem a segurança adequada para

fiscalizar tal prática, principalmente no Tráfico de Drogas, que abre a porta para o crime de lavagem.

Juntamente com a prática de lavagem de dinheiro, temos uma teoria que se destaca por casos com grande repercussão nacional, o Teoria da Cegueira Deliberada. Basicamente, esta teoria busca punir os agentes que de alguma forma, facilitam a pratica de lavagem, porém, fecham os olhos e se negam a saber sobre os detalhes, para que não sejam envolvidos diretamente no delito, podendo até ser comparado com um avestruz, que enterra a cabeça na terra para não ver o que acontece em sua volta.

O primeiro caso de Teoria da Cegueira Deliberada em nosso ordenamento jurídico foi no julgamento dos vendedores de carros que, dias após o Assalto ao Banco Central, criminosos foram até esta concessionaria para a compra de 11 veículos, pagando o valor altíssimo em dinheiro. Este tipo de pratica pode ser aplicada a Teoria da Cegueira Deliberada, pelo fato de que os vendedores fecharam os olhos para os fatos em sua volta, tanto pelo pagamento incomum dos veículos, quanto o fato de que o assalto teria ocorrida há poucos dias.

Esta teoria pode ser vista novamente em outro caso de lavagem de dinheiro, o caso do Mensalão, onde o Ministro Celso melo admitiu que fingia não ter conhecimento de tal pratica, para obter vantagens sobre os recursos obtidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de capitais e Obrigações Civis Correlatadas**. 2. ed. São Paulo, Revista dos tribunais: 2007.p.60 e 453

BANCO Do Brasil. **Banco do Brasil**, [s.d]. BB Segurança. Disponível em: <[https://www.bb.com.br/pbb/pagina-inicial/bb-seguranca/prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo-e-a-corrupcao/conheca-as-tipologias-do-crime-lavagem-de-dinheiro#/>. Acesso em: 18 de nov. de 2020.](https://www.bb.com.br/pbb/pagina-inicial/bb-seguranca/prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo-e-a-corrupcao/conheca-as-tipologias-do-crime-lavagem-de-dinheiro#/)

CALLEGARI, André Luís. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Atlas S.A, 2014. p. 5 e 7

CALLEGARI, André Luís. O que é Teoria da Cegueira Deliberada? Equipara-se ao Dolo Eventual. **Conjur**. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-28/callegari-scarlot-teoria-cegueira-deliberada>>. Acesso em: 18 de nov. de 2020

CERVINI, Raul. **Lei de lavagem de capitais**: comentários à Lei 9.613/98. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998.

LILLEY, Peter. **Lavagem de Dinheiro**: negócios ilícitos transformados em atividades legais. São Paulo: Futura, 2001.p. 86

MORAES, Guilherme Lozano de. Teoria da cegueira deliberada e o crime de violação de Direito Autoral. **Âmbito Jurídico**, 2019. Disponível em:
<<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-teoria-da-cegueira-deliberada-e-o-crime-de-violacao-de-direito-autoral/>>. Acesso em: 18 de nov. de 2020.

MONTEIRO, Taiane Alves. **Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Brasil**. <<https://www.conjur.com.br/2009-set-28/necessario-dolo-especifico-caracterizacao-corrupcao-eleitoral>>

PINHO, Ângela. Uso da maconha e cocaína cresce no Brasil, afirma ONU. Folha de São Paulo. São Paulo. 27 de jun. de 2007. p. C10. Disponível em:
<<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2706200732.htm>>. Acesso em: 20 de nov. de 2020.

POLICIA Federal. **Polícia Federal**, [s.d]. Imprensa. Disponível em:
<<http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato>>. Acesso em: 20 de nov. de 2020.

VELLOSO, Ricardo Ribeiro. Origem histórica do crime de lavagem de dinheiro no Brasil e no Mundo. **Migalhas**. 2006. Disponível em:<<https://migalhas.uol.com.br/depeso/21245/origem-historica-do-crime-de-lavagem-de-dinheiro---no-brasil-e-no-mundo>>. Acesso em: 4 de out. de 2020

KLEIN, Ana Luiza. A Doutrina da Cegueira Deliberada Aplicada ao Delito de Lavagem de Capitais no Direito Penal Brasileiro. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/4.pdf>>



A Escola de Salamanca e a sua herança humanista

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutorando em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

RESUMO: A Escola de Salamanca centro dos estudos universitários da Espanha e referência para toda a Europa, por estar em destaque como a nação mais próspera naquele tempo, encontra importância em sua produção teórica, tanto nas questões eclesásticas, no que concerne à igreja Católica, quanto com relação aos assuntos propriamente políticos, relacionados a administração monárquica de devotos dos governantes reais. É na Espanha seiscentista especificamente na Escola de Salamanca que podemos perceber uma recepção particular dos ideais humanistas, que influenciam diretamente na caracterização e produção epocal do espaço salmantino iniciado por Francisco de Vitória e projetado por seus discípulos para diversos centros de ensino da Europa e América. Uma pesquisa bibliográfica e histórica que estuda a produção teórica da Escola de Salamanca na recepção das ideias humanistas no mundo contemporâneo.

Palavras-chave: Escola. Salamanca. Humanismo.

ABSTRACT: The School of Salamanca, the center of university studies in Spain and a reference throughout Europe, being highlighted as the most prosperous nation at that time, found importance in its theoretical production, both in ecclesiastical issues, concerning the Catholic Church, and with relation to properly political matters, related to the monarchical administration of devotees of the royal rulers. It is in 17th-century Spain, specifically in the School of Salamanca, that we can see a particular reception of humanist ideals, which directly influence the characterization and epochal production of the Salmantino space started by Francisco de Vitória and designed by his disciples for various educational centers in Europe and America. A bibliographical research that studies the theoretical production of the School of Salamanca in the reception of humanist ideas in the contemporary world.

Keywords: School. Salamanca. Humanism.

RESUMEN: La Escuela de Salamanca, centro de estudios universitarios en España y referente en toda Europa, destacándose como la nación más próspera en ese momento, encontró importancia en su producción teórica, tanto en temas eclesiásticos, concernientes a la Iglesia Católica, como en relación con la propia asuntos políticos, relacionados con la administración monárquica de los devotos de los gobernantes reales. Es en la España del siglo XVII, concretamente en la Escuela de Salamanca, donde se aprecia una particular acogida de los ideales humanistas, que influyen directamente en la caracterización y producción trascendental del espacio Salmantino iniciado por Francisco de Vitória y diseñado por sus discípulos para diversos centros educativos en Europa y América. Una investigación bibliográfica que estudia la producción teórica de la Escuela de Salamanca en la recepción de las ideas humanistas en el mundo contemporáneo.

Palabras clave: Colegio. Salamanca. Humanismo.

1 INTRODUÇÃO

O humanismo latino da Escola de Salamanca durante o século XVI, coloca-nos diante do que pode ser entendido como o último grande esforço escolástico, já diante de um debate próximo da modernidade com as intensas problemáticas em torno de um século tão importante e convulsivo para a história ocidental.

A Escola de Salamanca centro dos estudos universitários da Espanha e referência para toda a Europa, por estar em destaque como a nação mais próspera naquele tempo, encontra importância em sua produção teórica, tanto nas questões eclesiásticas, no que

concerne à igreja Católica, quanto com relação aos assuntos propriamente políticos, relacionados a administração monárquica de devotos dos governantes reais.

A conquista da América no século XVI pelos espanhóis resultou em um debate sobre direitos humanos na Espanha. Isto marcou a primeira vez que se discutiu o assunto na Europa. Muitos filósofos e historiadores do direito consideram que não se pode falar de direitos humanos até a modernidade no Ocidente.

Esta pesquisa é bibliográfica e histórica justifica-se pelo valor da Escola de Salamanca na produção teórica para a Europa e América na recepção das ideias humanistas no mundo contemporâneo.

2 DESENVOLVIMENTO

A Escolástica Tardia (o período dos pós-escolásticos) começou no séc. XIV e se caracterizou pela separação definitiva entre a Filosofia e a Teologia. A Teologia manteve-se em vigor na escola franciscana, representada por Escoto e Occam e a Filosofia concentrou-se no empírico, no particular e no sensível. A Escolástica conheceu então um notável florescimento na Espanha e em Portugal, comandado pelas ordens dominicana e jesuíta, orientadas para a nova interpretação que se fez da teoria de São Tomás na Itália, especialmente por Santo Antonino de Florença e São Bernardino de Siena. O dominicano Francisco de Vitoria fundou uma escola em Salamanca, em que se formaram notáveis teólogos tomistas que, juntamente com os jesuítas de Coimbra e Francisco Suárez, em polêmica com o escotismo e o nominalismo, defenderam uma síntese escolástica tradicional, porém de acordo com as novas tendências de pensamento da época.

O século XVI foi um período extremamente turbulento na história da civilização ocidental. Turbulento por agitações nos mais diversos campos da cultura humana, tais como na religião, com os movimentos das reformas protestantes, contrarreforma ou reforma católica, que proporcionaram intenso debate nas bases religiosas, fundantes da então cristandade europeia; conflitos entre a vontade papal e dos reis, que se refletiu em agitações políticas das mais diversas, a exemplo dos embates envolvendo a dinastia Tudor, na Inglaterra; a descoberta de um novo mundo, a saber, as terras ameríndias no atlântico, que proporcionaram o desafio da expansão de uma visão de mundo e das relações sociais e econômicas; o renascimento das culturas clássicas, juntamente com o final da gestação do que teríamos por cultura moderna; dentre outras coisas mais.

Os Direitos Humanos surgiram na idade média, do casamento entre a Filosofia Cristã Católica com o Direito Natural (Jus Naturale). Tal afirmação pode ser comprovada de forma simples uma vez que ao surgir o Cristianismo todos os homens

(nobres e plebeus) passaram a ser fruta do mesmo saco sendo colocados ao mesmo nível como criaturas e filhos de Deus. Até mesmo os Reis, que eram em muitos lugares da antiguidade, considerados como naturais representantes de Deus na terra passaram a necessitar da benção da igreja, pois do contrário nada mais seriam do que déspotas excomungados.

Na Espanha, a disseminação do humanismo coube, especialmente, à figura de Antonio de Nebrija (1444-1522). Educado em Bolonha, dominava com perfeição o latim clássico e o grego. Foi professor nas Universidades de Salamanca, Alcalá e Sevilha. Publicou, em 1481, a Gramática Latina, seguida pela Arte de La Gramática Castellana (1492); ambos se constituem, nos mais importantes livros didáticos daquela época e foram considerados como inovadores da linguagem europeia.

O filósofo valenciano Juan Luis Vives (1492-1540), de formação aristotélica, amigo de Erasmo e de Thomas More, é considerado o pensador mais importante do humanismo espanhol na sua primeira fase. Combateu a discórdia e a guerra e considerou a justiça como uma virtude social por excelência, derivou todos os direitos do Direito Natural e foi fiel a Aristóteles, quando fez a afirmação: é mais feliz um Estado governado por um valor excelente, que por uma excelente lei.

A influência de Vives é assimilada pelos pensadores pertencentes às ordens: dominicana, franciscana, agostiniana e jesuítica. São seus principais componentes: Francisco de Vitoria (1492-1546), Domingo de Soto (1496-1560), Juan Ginés de Sepúlveda (1490-1573), Martín de Azpilcueta (1492-1586), Francisco Suárez (1548-1617), Luis de Molina (1535-1600), Diego de Cavarrubias Leyva (1512-1577), entre outros.

A Escola de Salamanca, Escola espanhola de Paz, ou a Escola espanhola de direito internacional, como também Escola espanhola de moral econômica, ou de Renascimento teológico salamanquense do século XVI, etc. Qualquer uma destas denominações é correta, na medida em que corresponde à verdade histórica contemplada como história dos efeitos, ou seja, ao conjunto das diversas soluções que o numeroso e heterogêneo grupo de pensadores, adscritos às diversas cátedras de Salamanca, ou antes, educados nesses bancos do Estudo Geral por mestre e discípulos, apresentaram aos problemas que lhes foi demandando sua época. É um eixo que podemos estabelecer desde o começo da docência vitoriana até meados do século XVII, dois séculos que coincidem historicamente com o predomínio da instituição monárquica espanhola, no primeiro século, e do papado agasalhado pela Companhia de Jesus, no século seguinte. Desta maneira, a Escola de Salamanca abandona sua forma circular perfeita para converter-se numa semente comum da qual brota o pensamento moderno hispano-americano.

Segundo Plans (2000, p. 157) a melhor definição para a Escola de Salamanca dentro de uma perspectiva histórica seria:

[É] un movimiento estrictamente teológico del siglo XVI, que se propone como objetivo promordial la renovación y modernización de la Teología, integrado por un grupo amplio de três generaciones de teólogos, catedráticos y profesores de la Facultad de Teología de Salamanca, todos los cuales consideran a Francisco de Vitoria como el artífice principal del movimiento y siguen los cauces de renovación teológica abiertos por él, hasta principios del siglo XVII.

A Escola de Salamanca contribuiu para as áreas do direito, filosofia, economia, estudos culturais, dentre outros campos, a definição da mesma está ligada ao estudo da teologia, como ponto de partida para todas as outras questões. O interesse principal dos autores que podem ser considerados seus membros estava no ensino da teologia, diante de um cenário de crise e decadência da metodologia escolástica tradicional, dotados espírito reformista, de afirmação da teologia como aspecto prático capaz de lidar com as importantes questões presentes no século XVI.

Salamanca, no século XVI, marca um ciclo de cultura definitivo para o desenvolvimento da cultura e do pensamento político espanhol, propriamente dito. Quatro professores definem este período: Francisco de Vitoria, Diego de Cavarrubias, Domingo de Soto e Martin de Azpilcueta.

A Escola de Salamanca pode ser dividida em dois grandes períodos, que são, Primeira e Segunda Escolas de Salamanca. A Primeira Escola tem seu início com a chegada de Francisco de Vitória, em 1526, na primeira cátedra de teologia da Universidade. Os autores mais destacados desse período, além do próprio Vitória, são: Melchor Cano, Domingos de Soto, Juan Gil de Nava, Pedro Sotomayor, Juan de Peña e Mancio de Corpus Christi, compreendendo o período histórico que vai de 1526, com a chegada de Vitória, até 1575, com o fim do magistério de Mancio na primeira cátedra de teologia. A Segunda Escola, se estende pelos magistérios de Juan de Guevara, Bartolomé de Medina e Domingo Báñez, no período histórico de 1565 a 1604 (PLANS, 2000, p. 170-83).

Essa distinção é pertinente em vista dos desenvolvimentos apresentados em cada momento. Na Primeira Escola, como explica Plans (2000, p. 170-83), temos uma fidelidade maior à liberdade de pesquisa e interessada na renovação da teologia, com a figura central de Vitória e seus discípulos; enquanto na Segunda Escola, fazem-se presentes dissenções teóricas com a clara divisão entre uma linha que permanece fiel aos métodos e ensinamentos de Vitória e uma outra linha, que chega a se tornar bastante evidente no magistério de Báñez, com menor atenção aos estudos humanistas, apresentação de visão mais estrita do tomismo e maior inclinação especulativa.

É na Espanha seiscentista especificamente na Escola de Salamanca que podemos perceber uma recepção particular dos ideais humanistas, que influenciam diretamente na caracterização e produção epocal do espaço salmantino. Valenzuela-Vermeiren (2013, p. 107-11), fornece as informações principais para a caracterização da Escola salmantina e sua apropriação do humanismo.

A apropriação da obra de Aquino marca também uma série de mudanças estilísticas. Francisco de Vitória, realiza o questionamento do princípio da ancestor autoritas, sob o argumento de que todas as fontes humanas são falíveis, o que o leva a citar em suas obras, juntamente com os textos de autoridade, obras de autores contemporâneos a ele (VALENZUELA-VERMEHREN, 2013, p. 103-6).

A ideia de que a humanidade pertence a um único gênero, o qual, para Vitória, estaria ligado ao direito natural e abaixo deste ao jus gentium, que por vontade do criador está disponível a todos os indivíduos, podendo por todos ser compreendido e posicionado acima de qualquer direito positivo dos povos. O pensamento do mestre salmantino com a tradição política católica, que não se furta todavia a uma ousadia metodológica de pensar a renovação desta tradição para responder aos problemas do mundo conturbado do século XVI, que se representa de maneira clara com a apropriação do humanismo e o destaque dado para a obra de Tomás de Aquino.

Vitória tem destaque no seu posicionamento enérgico e corajoso contra muitos dos abusos cometidos pelos colonizadores. Entretanto, não podemos esquecer que seu direcionamento ético-normativo para a conduta dos europeus, serve aos interesses evangelizadores da religião cristã católica, que por si só já representa uma força poderosa de colonização, que não passa ilesa da violência necessariamente envolvida nesse processo.

O frade dominicano Francisco de Vitória (1486-1546) é considerado o fundador do direito internacional moderno, da Escola de Salamanca e sua maior referência. Foi, além de filósofo, teólogo e jurista. O teólogo espanhol dedicou-se à defesa dos direitos dos índios do Novo Mundo e à limitação das causas que justificam a guerra.

Francisco de Vitória parece ter nascido em Vitória, província basca de Álava, por volta de 1486. ingressou no convento de São Pablo, no ano de 1505, aos 14 anos de idade, onde realizou seus estudos de Humanidades e começou os de Artes ou filosofia. Permaneceu estudando no convento de São Pablo até o ano de 1508, quando vai continuar seus estudos em Paris. No período que passou em São Pablo, entretanto, precisa-se destacar seu contato com as línguas grega e latina, nos estudos de Gramática, visto ser este convento, de maneira profunda, comprometido com a excelência da educação e com a renovação das condições de ensino. É importante tomar nota que no ano de 1504, houveram grandes mudanças nas orientações de ensino, para garantir maior excelência,

ao que Vitória, desde a mocidade, já se encontrava exposto a um ambiente de renovação e transformações, com consideráveis elementos para sua formação e futura atuação teológica. Basta citar, por exemplo, que Vitória, era conhecedor da língua grega, com registros, já em Salamanca, de opiniões e observações suas sobre tradições, bem como consultas aos originais em grego para preparação de suas aulas e palestras. Ordenou-se dominicano e estudou teologia na Universidade de Paris, onde lecionou.

Em 1523 voltou à Espanha, ensinou em Valladolid e três anos depois assumiu a cátedra de teologia da Universidade de Salamanca, que ocupou até morrer. Vitória tentou conciliar as ideias humanistas com a doutrina escolástica de santo Tomás de Aquino. Nenhuma de suas aulas se conservou a não ser em anotações de alunos, mas há um número expressivo de recapitulações e resumos do curso do ano.

No verão de 1526 com o início do processo de sucessão da principal cátedra de teologia da Universidade de Salamanca, maior posto teológico de toda a Espanha, em função da morte do seu até então ocupante, Pedro de León. Essa cadeira era ocupada por dominicanos há mais de um século e a Ordem, interessada em manter a mesma, deveria indicar seu melhor nome para a sucessão. O primeiro e principal nome era o de Diego de Astudillo, mas a Ordem indicou Francisco de Vitória, que entrou numa disputa difícil para contra o principal candidato, Pedro Margallo, catedrático de filosofia moral em Salamanca. Difícil, pois, a eleição se fazia por meio de votação entre os membros da Universidade, na qual Vitória não era ainda tão conhecido como o professor residente. Entretanto, tal foi a impressão que causou durante os exercícios de sucessão, com sua habilidade e conhecimentos, que venceu com vantagem confortável a eleição e se tornou catedrático de Prima, da Faculdade de Teologia de Salamanca, realizando o juramento dos estatutos em 21 de setembro de 1526.

As ideias basilares de Vitória são, em sua essência, três: a) a configuração da ordem mundial como sociedade natural de Estados soberanos; b) a teorização de uma série de direitos naturais dos povos e dos Estados; c) a reformulação da doutrina cristã da “guerra justa”, redefinida como sanção jurídica às iniuriae (ofensas) sofridas.

A atividade de Vitória em Salamanca proporcionou uma série de mudanças que trataram de colocar ambos no mapa do pensamento europeu. Dentre elas, temos a introdução, já corrente em Paris e em boa parte das Universidades europeias, da Summa, como livro base para os estudos teológicos, em adição às Sentenças, em um processo de substituição do texto base, iniciado por Vitória, mas que só seria institucionalizado definitivamente em 1561, por conta de formalidades decorrentes das constituições da Universidade. Sua atividade, assim, se estende por vinte anos, explicando seguidamente a Summa, de Tomás de Aquino, na formação de um vultuoso grupo de discípulos que viriam

a assumir, nos anos seguintes, as cadeiras da Universidade e ocupar cargos importantes na estrutura eclesiástica.

As famosas Relecciones, proferidas anualmente por Vitória, segundo determinação das constituições da Universidade para todos os catedráticos. Vitória, ao longo de seu magistério, proferiu quinze Relecciones, conferindo grandeza até então inédita ao evento universitário. Suas demais contribuições para a Universidade estão na renovação da biblioteca, da qual Vitória foi encarregado da seleção e compra de obras para a Faculdade; participação no comitê encarregado de montar uma imprensa para a Universidade; dentre outros trabalhos.

Na discussão dos temas mais candentes da época, Vitória questionou a legitimidade da conquista espanhola da América, que não se justificava pelo paganismo dos nativos. Mesmo que a conquista protegesse inocentes de práticas como o canibalismo ou sacrifícios humanos, o rei da Espanha, ou qualquer outro soberano, deveria garantir tratamento justo e igualitário a indígenas e colonos, pois todos eram seus súditos, com direitos iguais. O papa não tinha o direito de dar a monarcas europeus domínio sobre povos primitivos; o máximo que podia fazer era designar esferas para o trabalho missionário. Os pagãos tinham o direito à propriedade e a ter dirigentes próprios, já que não eram irracionais.

Nos estudos sobre o direito de guerra, concluiu que ela só é admissível em legítima defesa e para corrigir um erro muito grave. Em qualquer caso, deve sempre ser precedida por esforços de conciliação e arbitragem. Sua obra constituiu uma reelaboração do jus gentium, ou "direito das nações", pela afirmação de princípios éticos universais e de igualdade entre os povos. Francisco de Vitória morreu em Salamanca em 12 de agosto de 1546.

Diego de Cavarrubias y Leyva (1512 - 1557) é considerado o primeiro teórico da política imperial da Espanha. Nasceu em Toledo, estudou cultura clássica em Salamanca com o helenista Fernando Nuñez de Toledo y Guzmán, também conhecido como El Pinciano, cujas obras sobre Sêneca, Plínio e Columela levaram seu nome por toda a Europa. Diego Cavarrubias estuda legislação canônica com Martin de Azpilcueta. Frequentou as classes de Francisco de Vitoria. Foi catedrático de Cânones na Universidade de Salamanca. Felipe II o nomeia visitador da Universidade salmantina. Participa do Concílio de Trento e chega à suprema magistratura de Castilha. A obra de Cavarrubias, vista na sua totalidade, tem um alto sentido humanista - concebe o direito como uma suprema manifestação da atividade humana. A característica fundamental de seu espírito renascentista é a nacionalização de sua ciência: a criação de um sistema jurídico sobre uma estrutura ibérica, sem perder, contudo, o sentido de universalidade. Cultiva as ideias de soberania de Vitoria, e, desde 1550, é considerado a autoridade máxima em direito de toda a Espanha e um dos

melhores intérpretes do Século de Ouro Espanhol. Sua obra mais conhecida é *Variarum resolutiorum*, que reúne o conjunto de Cátedra enriquecido com a experiência judicial.

Fernando Vazques de Menchaca (1512-1569) deixa um legado inestimável de doutrina jurídica, especialmente no âmbito do direito das gentes. Nascido em Valladolid, em 1512, onde inicia seus estudos de direito civil e canônico, transfere-se mais tarde para Salamanca e obtém ali o título de Doutor, em 1548. Menchaca é enviado, por Felipe II, ao Concílio de Trento, justamente quando este entrava na sua terceira fase de conferências e sessões. A doutrina internacional de Vazques de Menchaca está exposta em sua obra *Controversiarum illustrium libre tres*. Nas “Controvérsias” se estudam as mais variadas questões concernentes a matérias de direito político, internacional, civil e romano. Menchaca pertence à escola internacional espanhola do século XVI, naquilo que ela tem de específico e inconfundível, como, por exemplo, seu amor à verdade e a sua preocupação com a justiça objetiva.

Martín de Azpilcueta (1492 – 1586) também conhecido como Doctor Navarro, estuda filosofia, teologia e direito na Universidade de Alcalá. Dá continuidade aos seus estudos jurídicos na Universidade de Tolosa, que era o centro de estudos jurídicos mais célebre que existia na França. Considerou-se sempre um discípulo de Vitoria. Vê em Felipe II a realização mais exata do pensamento espanhol. Em seu *Enquiridión*, publicado em 1550 – que obteve mais de cinquenta edições - deixa em fórmulas concisas os princípios de sua teoria política e as conseqüências de sua análise histórica.

Domingo de Soto (1507-1519) foi quem expôs de forma mais sistemática a filosofia da escola neoclássica espanhola do século XVI. Nasceu em Segovia e cursou humanidades em Paris, onde foi discípulo de Vitoria. Volta à Espanha, é promovido à Cátedra de teologia em Salamanca e publica: *Sumulas* (1523); *Dialectica* (1543); *Comentário sobre os físicos* (1545). É enviado pelo Imperador Carlos V, ao Concílio de Trento (1545), em substituição a Vitoria. Para Domingo de Soto, a ordem jurídica se assenta sobre três pontos, a saber: a pessoa humana, o poder político e a sociedade universal. Entretanto o fundamento desta ordem está na primeira relação transcendental de superior a súdito, do homem a Deus – a justiça absoluta. Assim, a ordem jurídica atribui unidade e consistência à ordem humana e realiza a sua função histórica.

Sobre este esquema jurídico, um dos mais brilhantes entre os professores de Salamanca, durante o Século de Ouro, traça as linhas do pensamento espanhol. Toda a sua teoria de guerra é mais concretamente a teorização da conquista da América pela Espanha, descobre a função universal do poder político e dos direitos da comunidade internacional. É com Domingo de Soto que o pensamento de Salamanca entra em uma fase de

sistematização lógica, promovendo um equilíbrio entre Renascimento e Escolasticismo que já vinha sendo realizado simultaneamente nas obras de Vitoria, Cavarrubias e Azpilcueta.

Melchior Cano (1509-1560) discípulo predileto de Francisco de Vitoria, esteve em Salamanca entre 1527 e 1531. Em 1543, ganha a Cátedra de Prima de Teologia na Universidade Complutense, que abandona mais tarde, para suceder seu mestre em Salamanca. Foi a Trento a mando de Carlos V que, para premiar seus serviços, o envia como bispo para as Ilhas Canárias. Quando consultado, por Felipe II, sobre os direitos do Rei Católico à coroa de Portugal, Cano se mostra favorável e aponta meios a serem postos em execução para possuí-la e conservá-la.

Exorta às armas em defesa da honra e da justiça; defende claramente o conceito de uma guerra preventiva; propõe os meios lícitos de luta; ensaia um bloqueio econômico e desenha um modelo de reformas eclesásticas transcendentais; como a indenização de guerra e a garantia de paz. Nisso não se reconhece a mínima intenção de proposta de separação entre a Igreja e Estado – significa o triunfo da paz e da justiça sobre todos os demais ideais. Implica em dizer-se que os poderes soberanos e autônomos podem impor a paz por si mesmos. É o primeiro sintoma da soberania do poder político contra a universalidade do papado e do império. Toda a atividade política de Melchior Cano corresponde a um sistema de princípios. Suas Relecciones e suas leituras sobre a Suma de Santo Tomás, em Valladolid, Alcalá e Salamanca, constituem um dos primeiros monumentos sobre a justiça e o direito, comparável às Relecciones de Vitoria e aos Tratados de Domingo de Soto. Encerram, segundo Heredia, o sistema mais perfeito sobre direito internacional e ciência do Estado.

Ao teorizar sobre a política da Espanha na América e expor a teoria da guerra justa, Cano define o conceito de Comunidade Internacional, sua garantia no direito das gentes, que concebe essencialmente positivo, como a expressão fiel da vontade dos povos a serviço da paz e da civilização. Esboça uma carta de direitos humanos sobre a igualdade de todos os homens e a liberdade de todos os povos. Frente à tese escravista levanta outra, a da liberdade.

Francisco Suárez (1548–1617) é o intelectual mais importante da Companhia de Jesus. Um filósofo, teólogo e jurista espanhol, conhecido por revitalizar a filosofia dos séculos XVI e XVII, e provocar uma ruptura nos modelos teóricos vigentes adequando-os aos novos tempos. Suárez, junto a nomes como os de Luís de Molina, Domingo de Soto, Francisco de Vitoria, Juan de Mariana, Martin de Azpilcueta, José de Aguilar, Diego de Avendaño, José de Acosta, entre outros, é a grande referência da chamada Segunda Escolástica, isto é, aquela investigação filosófica e teológica desenvolvida em torno das universidades ibéricas da época, como Salamanca, Évora, Coimbra, e ibero-americanas, como San Marcos (Lima) e San Antonio Abad del Cusco, que, nos séculos XVI e XVII,

revitalizam os saberes que até então eram conduzidos dentro da tradição moldada por Tomás de Aquino, Duns Scotus e outros escolásticos medievais.

Enquanto Suárez é comumente elogiado por sua exposição abrangente, exaustiva e sistemática de mais ou menos todo o conhecimento filosófico até seu tempo, esta abrangência não compromete a profundidade, o poder e a originalidade de suas próprias ideias. Trabalhou em uma grande variedade de campos que vão desde a metafísica, a teoria do conhecimento e a teologia até a filosofia mais prática, incluindo a filosofia política e do direito. Em todas essas áreas, ele fez contribuições cuja influência é tão presente que dificilmente as identificamos. Vale destacar que figuras tão diferentes entre si, histórica e filosoficamente, como Leibniz, Grotius, Pufendorf, Schopenhauer e Heidegger, encontraram motivo para citá-lo como fonte de inspiração e influência.

Suárez enfrenta os problemas concretos da transição entre uma ordem medieval e a moderna, uma ordem política e religiosa particularmente perturbada por debates, conflitos, guerras, tréguas e renovadas hostilidades entre povos europeus, entre confissões cristãs, e em guerras civis marcadas por perseguições dos Tribunais da Inquisição, dos Parlamentos e das Coroas, sem falar dos desafios teóricos decorrentes do contato com o 'Novo Mundo', com todas as diferenças culturais e ideológicas que significou para dentro e para fora da península ibérica. O século XVII encontra instalada na Europa uma desordem política e uma confusão intelectual, porque nem as confissões religiosas, nem as ideologias nacionais conseguiam dar conta desta nova realidade de descobrimentos. Se faz necessária uma nova fundamentação filosófica, teológica e política que só a erudição deste jesuíta foi capaz de fazer. A obra de Suárez será a elaboração mais completa e sistemática do seu tempo, e a sua influência foi tal que ainda hoje resulta controversa.

As principais obras de Francisco Suárez: A primeira publicação foi impressa em 1590 em Alcalá, *Commentariorum ac Disputationum in Tertiam Partem Divi Thomae Tomus Primus*, mais conhecido pelo título *De Verbo Incarnato*. Suárez tenta superar a oposição existente entre escotistas e tomistas em relação à questão da encarnação. Ele concorda com Santo Tomás de Aquino ao revelar que a maioria das passagens das Escrituras atribuem a causa da encarnação de Cristo à vontade de redimir o homem do pecado, mas também acrescenta que a Bíblia considera a encarnação como a manifestação plena da glória divina; sua realização histórica não pode, portanto, depender do pecado do homem.

A Inovação de Suarez é o abandono do comentário por um tratamento científico e pedagógico, que supôs uma verdadeira renovação no trabalho de ensino e pesquisa escolar, e de eco universal até os dias atuais.

De mysteriis vitae Christi (1592) é uma continuação dos comentários de *De Incarnatione* sobre a terceira parte da *Summa Theologiae* de Santo Tomás de Aquino, expondo as questões 27 a 59. A intenção de Suárez nesta publicação era dupla: uma acadêmica e outra pastoral, planejada para o benefício dos estudiosos e como um auxílio para aqueles que eram responsáveis pela pregação da palavra de Deus. Dividido em 58 disputas, nas quais as primeiras 33 tratam de questões sistemáticas relacionadas à santidade da Virgem Maria: sua santificação, virgindade, casamento, purificação, mérito, graça, morte e a gloriosa assunção. Como resultado deste trabalho, Suárez foi considerado o fundador de uma mariologia sistemática. Embora Suárez mostre grande respeito por São Tomás, ele não hesita em se opor a algumas questões, como, por exemplo, a preservação de Maria do pecado original através da Imaculada Conceição.

Disputas metafísicas (1595) foram as deficiências encontradas no ensino de teologia que o motivaram a se dedicar à filosofia (prólogo ad lectorem). Ele precisava de uma base metafísica básica em sua visão teológica, o que o fez parar na *Tertia pars* de la *Summa Teológica* de Santo Tomás para iniciar um grande projeto. Trabalho de 2.000 páginas, escrito em um ano, em dois volumes. O primeiro deles cobre as disputas 1-37, e o segundo de 38 a 54. Ele trata de: ser, suas propriedades, suas causas, divisão da entidade em infinito e finito, estudo da entidade de Deus infinito, relação de essência e existência em Deus e na criatura, divisão da entidade finita criada, substância e acidentes, entidade da razão ... Quase todos os escritores gregos, árabes, patrísticos e escolásticos são citados. Entre os mais citados estão Aristóteles, Tomás de Aquino, Duns Soto e Cajeta. Eles refletem o gênero literário medieval por excelência, chamado *quaestio disputata*. O esforço de Suárez resultou em uma obra-prima arquitetônica que cobriu todos os campos da metafísica.

Opuscula (1599) A polêmica teológico-filosófica, conhecida por *De auxiliis* há muito tempo, enfrentou jesuítas e dominicanos, tratou do papel da liberdade humana em relação à graça divina. Para os jesuítas, a doutrina dos dominicanos deixava pouco espaço para a liberdade humana; para os dominicanos, a doutrina jesuíta não fazia justiça à graça divina. Esta polêmica se intensificou de tal forma que o Papa Clemente VIII teve que intervir criando uma comissão, a *Congregatio de Auxiliis* em 1597 para resolver esta disputa; as conversas foram tão violentas que o próprio Clemente teve que dirigir os debates sem poder concluí-los em a hora de sua morte. O Papa Paulo V teve que resolver a controvérsia (1607), permitindo que os dominicanos e os jesuítas defendessem suas respectivas posições: que a defesa de cada uma das posições não fosse rotulada de herética.

Francisco Suárez conhecia muito bem essas posições, e especialmente do jesuíta Molina e do dominicano Bañez, de como conciliar predestinação e graça com liberdade. Ele mesmo havia escrito e ensinado sobre esses tópicos. Em 1599, ele publicou 6 tratados de teologia, ou *Opuscula*. A obra já era conhecida antes de sua publicação pelo

general jesuíta Cláudio Aquaviva, Clemente VIII a consultou quando foi publicada em Roma. Ele defende uma modificação da posição de Molina.

Por legibus (1612) obra *Tractatus de legibus ac Deo legislatore* foi publicada em 1612. De legibus é um tratado abrangente e sistemático sobre a lei e todos os seus derivados: divinos ou eternos, naturais, internacionais e positivos ou humanos. Dividido em 10 livros Suárez explica, em um sentido amplo, que a lei é a norma e a medida dos bons procedimentos que se voltam para o melhor e para longe dos menos bons. Afasta-se de Tomás de Aquino, no qual a lei (divina, natural ou humana) é sempre uma característica das ideias divinas.

Parte da razão divina e associa a lei à liberdade. A lei eterna pertence aos decretos do livre arbítrio, e toda lei é um efeito da lei eterna, que dirige todas as partes do universo para um bem comum.

O Jus gentium ou lei das nações está a meio caminho entre a lei natural e a lei humana positiva. Distinguir entre direito natural e direito internacional baseado no costume. Os seres humanos têm um caráter social natural, dado por Deus, que inclui a habilidade de fazer leis. Ele refuta a teoria patriarcal de governo e o direito divino dos reis. A autoridade do Estado não é de origem divina, mas humana, portanto, sua natureza é escolhida pelas pessoas envolvidas e seu poder legislativo natural é dado ao governante.

Defensio fidei (1613) foi uma obra encomendada diretamente pelo Papa Paulo V em que Suarez defendia a teoria do poder indireto do pontífice nos assuntos temporais (ao mesmo tempo contrário à ideia de que os reis recebiam sua soberania diretamente de Deus) e considerada legítima a proteção dos cidadãos contra um príncipe que se tornou tirano. O texto foi queimado publicamente em Londres por ordem de Jacobo I, e também em Paris pelo zelo dos monarquistas galicanos. Dois anos depois de escrever este artigo, aposentou-se como professor em Coimbra. Durante o século XVII, algumas de suas obras apareceram postumamente, entre as quais estão os escritos que tratam da liberdade do homem. O alcance extraordinário de seu pensamento foi mantido vivo por quase dois séculos na maioria das universidades europeias, bem como nos sistemas filosóficos de muitos pensadores importantes.

Luis de Molina (1535-1600) há controvérsias quanto ao início do trabalho acadêmico de Luis de Molina, porém, segundo Copleston, o jesuíta leciona teologia, por vários anos, na Universidade de Évora, em Portugal – seu trabalho *Concordia liberi arbitrii cum gracie donis, divina praescientia, providencia, praedestinatione et reprobatione*, é publicado em Lisboa, em 1589. Molina, também conhecido como o “bom jesuíta”, assim como Suárez, vive a Espanha do final do século XVI.

Iribarne refere-se à figura de uma “Espanha cansada”, à época de Molina, que perde lentamente a sua hegemonia e cede espaço a um sistema de equilíbrio. É o tempo da dispersão política da Europa em Estados soberanos.

Luis Vives (1493-1509) nasceu em Valência, estudou na Universidad del Sena, a princípio, a lógica escolástica, mas, gradualmente, foi se inclinando em favor do humanismo. Seu diálogo, *Sapiens*, reflete uma certa decepção pelos saberes transmitidos nas Universidades. O humanista valenciano estudou na França, Bélgica e Inglaterra, entre 1523 e 1525, chegou até a ter aulas com Erasmo. Com a morte de Nebrija, em 1522, a Universidade de Alcalá de Henares propôs a Vives a Cátedra de Latinidad, que ficara vaga. Não se sabe bem o motivo, mas o convite foi recusado.

Vives foi um severo crítico das instituições de ensino por onde passou, expressou este descontentamento, principalmente, em *De disciplinis* (1531); *De ratione dicendi* (1534) e *De anima de vita* (1538). Ao longo de sua obra foi apresentando propostas para uma forma alternativa de saber, o qual pudesse trazer maior proveito à humanidade e permitisse o avanço do conhecimento humano, anestesiado pelo escolasticismo.

Em *De concordia et discordia* (1529), Vives tenta convencer seus contemporâneos inclusive o Imperador de que a concórdia congregou o gênero humano, fundou as cidades e lhes permitiu crescer e conservar-se; descobriu as artes úteis para a vida, para a obtenção de riquezas e o cultivo dos talentos.

Francisco de Vitória, um dos mestres da Escola de Salamanca, forneceu grandes contribuições para o advento do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Francisco Suárez também apresentou contribuições neste sentido, pois, para ele, a formação do conceito de comunidade universal “era um postulado objetivo, traduzia uma ordem natural pensada fora do quadro da concepção individualista dos estados, [...] indivíduos tomados isoladamente, desligados de uma ordem mais vasta sem consideração da função que nela deveriam desempenhar” (CALAFATE, 2017, p. 51).

As Escolas de Coimbra, Lisboa, Évora, Salamanca, dentre outras, tiveram uma profunda relevância para o que hoje, em conjunto, denomina-se de “Escola Ibérica da Paz”. É possível afirmar que as contribuições feitas pelos pensadores egressos dessas escolas possuem em comum a retomada dos estudos de Tomás de Aquino (VICENTE, 1952, p. 12) e Aristóteles.

O Direito Natural funciona como a razão sob a qual o Direito das Gentes é construído, ou seja, o “sistema de lei natural universal do *ius gentium* cujas regras podem ser determinadas pelo uso da razão” (ANGHIE, 1996, p. 325). Desse modo, são auto evidentes e comuns a todas as sociedades humanas.

Assim, aduz que “o Direito das Gentes como forma do Direito Positivo tem seu fundamento na vontade humana” (VICENTE, 1952, p. 617), no consenso universal entre os sujeitos. Além disso, tem como fim específico o bem de todos que estão conectados através o gênero humano. Suárez nasce dois anos depois da morte de Vitoria. Por ter vivido um contexto de formação da Europa e nascimento do Estado Moderno, suas teorias são amplamente criticadas por alguns filósofos de matriz tomista. Para eles, o que de fato existe são duas linhas extremas que colocam Vitoria e Suárez em pontos distintos da linha internacionalista espanhola.

Nesse esforço intelectual, os estudos de Tomás de Aquino tiveram profunda relevância na sustentação de uma razão do Estado e da Razão da Humanidade, de forma que estas não se confundissem entre si. Em outras palavras, tal como aduz Suárez, é possível afirmar que não se trataria de uma “lei” das gentes, mas de um “direito” das gentes, não necessariamente positivado.

Para o mestre da Escola de Salamanca, as regras morais são superiores à soberania dos Estados. Em outras palavras: “Se a lei positiva contradiz o direito natural, perdeu sua razão de justiça. É um princípio universal na filosofia política de Francisco de Vitoria” (VICENTE, 1952, p. 626). Por isso, afirmava o bem comum universal e a igualdade natural das soberanias, estando elas sob a égide do Direito Natural e do Direito das Gentes. Contudo, cabe ressaltar o fato de que “dizer que a soberania dos estados é relativa e não absoluta significa que o soberano só tem poder para o que é justo e que para o que é injusto nenhum poder tem” (CALAFATE, 2017, p. 52).

Quanto à Espanha, Suárez está convicto de que se constitui em um Império a serviço da Religião, da justiça e da civilização. Sua teoria, consoante Pereña, que realiza um primoroso estudo preliminar em sua obra sobre o direito de guerra, historicamente está vinculada aos momentos mais importantes do Império espanhol.

As teses de Francisco Suárez se alimentam, em grande parte, nos pensamentos de Vitoria, Domingo de Soto e Domingo Báñez - o Papa pode repartir as províncias dos infiéis entre os príncipes católicos e enviar predicadores a essas províncias. Justifica-se a afirmativa, portanto, de que existe uma investidura papal em relação aos reis da Espanha quanto à defesa da fé. A guerra, por conseguinte, tem uma função imperial. Suárez não se afasta de princípios racionais eternos, de valor absoluto para toda e qualquer conduta, senão afirma que estes princípios têm um caráter de diretrizes generalíssimas, que, por si mesmas, não constituem normas diretamente aplicáveis à regulamentação de uma sociedade. Há, entretanto, matérias sobre as quais o direito natural impõe uma única solução – são aquelas que afetam diretamente a dignidade da pessoa humana e a liberdade, a segunda condicionada à primeira.

Francisco de Vitória, seguido por Suárez, igualmente a antiga ideia de *communitas* medieval é substituída por outra sociedade internacional de Estados nacionais, concebidos, como sujeitos de direito internacional público (*jus gentium*). Outra ideia antecipadora do Estado moderno constitui a obrigação de submissão às leis por parte dos reis e legisladores. Portanto, Vitória derrota a concepção de *legibus soluti* (livres de obediência às leis), adotada, inclusive, por pensadores posteriores a ele, nos séculos XVII e XVIII.

Os Direitos Humanos, hoje, são garantidos por documento oficial, emitido pela Assembleia Geral da ONU e chamado de Declaração Universal dos Direitos Humanos. Porém, a história desses direitos remonta à Revolução Americana e à Revolução Francesa. Os Direitos Humanos dizem respeito ao seu caráter universal, tais direitos passaram a ser garantidos a toda e qualquer pessoa, independentemente de sua nacionalidade. Com isso, o princípio da dignidade humana (direito de possuir condições mínimas para ter uma vida plena e digna) se torna inerente a todo indivíduo, trazendo consigo os fundamentos da igualdade de direitos inalienáveis, como o direito à vida, à liberdade e à justiça sem distinção de raça, sexo, língua, religião, origem social ou nacional (ONU, Brasil, Declaração Universal dos Direitos Humanos).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando falamos de Segunda Escolástica, escolástica tardia ou escolástica de prata geralmente formada por dominicanos ou jesuítas nos referimos ao pensamento desenvolvido segundo a metodologia escolástica durante os séculos XVI e começos do XVII quando a Espanha vive o período das grandes navegações, durante os quais esta forma de pensamento alcança um grande nível intelectual. Seu principal foco de desenvolvimento, ainda que não o único, é a chamada escola de Salamanca, movimento intelectual iniciado por Francisco de Vitória e projetado por seus discípulos para diversos centros de ensino da Europa e América. Apesar de ser uma escola ibérica e no período colonial, essa escola não vingou no Brasil.

A Escola de Salamanca foi uma escola de pensamento econômico em várias áreas que teve lugar no Renascimento do século XVI, através de um grupo de teólogos e juristas, eles são bem conhecidos por seu pensamento econômico liberal e por seus estudos sobre os problemas econômicos gerados na Espanha após o descobrimento da América. As obras centrais de Francisco de Vitória e demais pensadores de Salamanca são de suma importância para fundamentação filosófica dos direitos humanos no mundo contemporâneo.

REFERÊNCIAS

ANGHIE, Antony. **Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law.** *Social & Legal Studies*, [s.l.], vol. 5, no. 3, p. 321-336, Sept. 1996.

CALAFATE, Pedro. **A idea de comunidade universal em Francisco Suárez**. IHS – Antiguos Jesuitas en Iberoamérica, v. 5, n. 2, p. 48-65, 2017.

ONU. Brasil. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 03 jun. 2021.

PLANS, Juan Belda. **La Escuela de Salamanca**: y la renovación de la teología em el siglo XVI. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2000.

VERMEHREN, Luis Valenzuela. **Vitoria, Humanism, and the School of Salamanca in Early Sixteenth-Century Spain**: a heuristic overview. In: Logos, 16, 2, Primavera, 2013, p. 99-125.

VICENTE, Luciano Pereña. **El concepto del Derecho de Gentes en Francisco de Vitoria**. Revista Española de Derecho Internacional, vol. 5, no. 2, p. 603-628, 1952.

BENEFÍCIOS DA APLICABILIDADE DAS *HOLDINGS* NAS SOCIEDADES FAMILIARES

BEATRIZ FERREIRA DE JESUS:

Bacharelanda do curso de Direito no Centro Universitário UNA Aimorés.

BRUNA VIEIRA DOS SANTOS¹¹⁰

(coautora)

MARCO ANTÔNIO DELMONDES KUMAIRA¹¹¹

(orientador)

RESUMO: O presente estudo consiste em uma análise acerca da *holding* e os benefícios desta para o planejamento sucessório em sociedades familiares, bem como das análises da legislação vigente, e da doutrina que versam sobre o tema. Para tanto, define-se o conceito *holding* e se disserta acerca da diferenciação do processo de inventário em comparação ao planejamento sucessório na *holding* familiar. Por fim, em cumprimento ao objetivo ao qual este artigo se propõe, serão analisadas as vantagens que a constituição de uma *holding* traz para o planejamento sucessório de uma sociedade familiar, notadamente a solução de problemas que envolvem a atividade empresarial e familiar, bem como a redução da tributação, a preservação das ações majoritárias ou com direito de voto, dentre outras questões de ordem legal.

Palavras-chave: *Holding* – Empresa Familiar - Sucessão – Planejamento

ABSTRACT: *The present study consists of an analysis of the holding company and its benefits for succession planning in family societies, as well as the analysis of current legislation and the doctrine on the subject. To this end, the holding concept is defined and the discussion about the differentiation of the inventory process compared to succession planning in the family holding company is defined. Finally, in compliance with the objective to which this article is proposed, the advantages that the constitution of a holding company brings to the succession planning of a family society will be analyzed, notably the solution*

¹¹⁰ Bacharelanda do curso de Direito no Centro Universitário UNA Aimorés.

¹¹¹ Doutor em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMINAS. Mestre em Direito pela Universidade Iguazu. Especialista em Direito de Empresa pelo Instituto de Educação Continuada – PUCMINAS. Pós-graduando em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (FD/UFMG). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMINAS. Professor de Direito Processual Civil em curso de Graduação e Pós-graduação em Direito.

of problems involving the business and family activity, as well as the reduction of taxation, the preservation of majority or voting shares, among other legal issues.

Keywords: Holding - Family Business - Succession – Planning

Sumário: Introdução. 1. As Empresas Familiares. 2.2. *Holding*. 2.1. Formas De Constituição. 2.1.1 Sociedade Simples. 2.1.2. Sociedade Limitada 2.1.3. Sociedade Anônima. 3. Modalidades De Holdings. 3.1. *Holding* Pura. 3.2. *Holding* Mista 3.3. Holding de Controle. 3.4. Holding De Participação. 3.5. Holding Imobiliária. 3.6. Holding Patrimonial. 3.7. *Holding* Familiar. 4. Benefícios De Constituir A *Holding* Familiar. 4.1 A Sucessão Nas Empresas Familiares Em Decorrência Da Morte Do Fundador. 4.2. Garantia Das Ações Majoritárias Aos Herdeiros. 4.3. Redução Dos Encargos Tributários. 4.4. Proteção Patrimonial Imobiliária. 5. Sucessão Através da Holding em Comparação a Sucessão Tradicional. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Holding é um tema que vem ganhando cada vez mais espaço em artigos que tratam sobre o mundo jurídico, sobretudo na seara empresarial e familiar, onde a questão é vista sob o prisma de se permitir um planejamento sucessório eficiente.

Nessa senda, sobressai a importância do planejamento sucessório, vez que o procedimento de inventário judicial, decorrente de conflitos na sucessão do *de cuius*, no atual estágio do Poder Judiciário pátrio pode durar anos, o que torna a previsibilidade da sucessão um empecilho para referidos conflitos que envolvam o patrimônio familiar a ser inventariado.

O ordenamento jurídico prevê diversas maneiras de realizar e planejar a sucessão, seja mediante testamento, que permite ao detentor do patrimônio dispor livremente de sua parte disponível, bem como pela *holding*, na qual são realizadas doações ainda em vida, que podem ter o mesmo efeito.

Será analisada, assim, como forma de resolução desses problemas na empresa familiar decorrente da sucessão *causa mortis*, por meio de uma *Holding* Familiar.

Desta forma, pode-se observar que as *holdings* familiares possuem diversas funções e aplicabilidades, e relacionando-as com o momento sucessório poderão apresentar diversas vantagens que serão abordadas a seguir.

O objetivo principal do presente artigo é realizar uma análise dos benefícios da aplicação da *holding* em empresas familiares, e ao mesmo tempo, demonstrar os efeitos que irão suceder ao proceder com ações que esse método traz a sociedade.

O presente artigo abordará o conceito de empresa familiar, a perspectiva de utilização da *holding* como instrumento de planejamento sucessório, ressaltando seus principais aspectos sucessórios, societários e tributários, discorrendo assim sobre o conceito, aspectos de sua natureza jurídica, bem como a importância da aplicação do instituto, de acordo a doutrina e legislação. Haja vista a complexidade sobre o tema, não se pretende exaurir todas as problemáticas sobre a temática.

Por fim, é importante ressaltar que o intuito deste artigo é simplesmente mostrar o planejamento sucessório, assim como a possibilidade de utilização de *holding* como um meio para realiza-lo, levando à análise de suas eventuais vantagens.

1. AS EMPRESAS FAMILIARES

A sociedade familiar é a forma mais antiga de se constituir uma sociedade, seja pela proximidade, afetividade ou comunhão de objetivos.

Segundo Bornholdt (2005), a sociedade será considerada familiar quando o controle de ações pertencer a entidade familiar, bem como seus herdeiros, além de cargos de liderança, como diretoria e conselhos sejam ocupados pelo mesmo grupo familiar.

Já Adachi (2006) apresenta um conceito mais básico, pois considera como empresa familiar aquelas que concentram o poder de decisão em uma ou poucas pessoas da família, e que ainda, tenha autonomia sobre a gestão dos negócios.

Contudo, as definições desta modalidade de organização não se limitam a esta simples definição, sendo necessária a abordagem das considerações doutrinárias acerca da problematização da conceitualização das empresas familiares.

Werner Bornholdt discorre sobre empresa familiar, com foco na distinção entre os sistemas que a constitui: familiar, societário e empresarial. Para o autor, uma empresa é considerada familiar quando um ou mais dos fundamentos abaixo são identificados em uma empresa. (BORNHOLDT, 2005, p. 34)

Nesse sentido, é possível conceituar uma empresa familiar como qualquer organização onde pessoas de uma mesma família concentram o poder de decisão e controle da sociedade.

Em comparação com outros modelos de negócios, as características das empresas familiares podem apresentar vantagens e desvantagens, dependendo de como essas características são tratadas e gerenciadas em cada organização familiar.

Uma das fortes características que as empresas familiares possuem é a preocupação com a longevidade, que vem dos valores que os fundadores iniciaram a empresa e que incentivam a transmissão ao longo dos seus sucessores.

As empresas familiares possuem uma visão de longo prazo para obter retorno sobre o investimento, onde tendem a vislumbrar períodos de investimento e retorno mais longo, podendo até ser obtido nas próximas gerações.

Geralmente na maioria das empresas familiares os baixos resultados são mais tolerados. Normalmente, quando um ente familiar é responsável por determinada área ou unidade de negócio, se o desempenho é ruim, podendo ou não surgir conflitos no questionamento do desempenho.

Um dos pontos negativos é separar a razão da emoção, é a separação das questões familiares e questões relativas à gestão e finanças da empresa familiar, o que pode gerar conflitos de interesses dentro da organização.

Ademais, as empresas familiares apresentam pontos fortes que ajudam no bom desempenho da empresa no curto, médio e longo prazo, como por exemplo, um centro de comando, bom para situações de emergência, disponibilidade de recursos financeiros, lealdade organizacional, foco nas diretrizes administrativas.

2. HOLDING

As *Holdings* surgiram no Brasil em 1976, com a Lei das Sociedades Anônimas nº 6.404, que em seu art. 2º, § 3º, dispõe que "A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais". (BRASIL, 1976)

A principal finalidade da *Holding* é a administração ou controle de uma ou mais empresas, isto é, uma sociedade que detém participação societária em outra ou de outras sociedades, realizando assim a administração e ao controle da sociedade podendo em alguns casos ter sido constituída exclusivamente com o objetivo de prover com a organização da empresa (Carvalhosa, 2009, p. 14).

Os doutrinadores Gladson Mamede e Eduarda Mamede, (2016) traz em seus ensinamentos um conceito relacionado às *holdings* sob um viés mais prático, pois instituem estas sociedades como "núcleo patrimonial e organizacional, um centro de poder personalizado (uma pessoa jurídica) que, mantendo uma coerência própria, poderá buscar vantagens econômicas lícitas em âmbitos diversos".

Nessa quadra, a *holding* é um dos principais mecanismos utilizados para solucionar a problemática acerca aos litígios familiares, que podem ter origem em conflitos relacionados à atividade da empresa, desempenho dos familiares, ou pelo vasto patrimônio que a familiar possui, na qual futuramente, irá fazer parte de massa sucessória.

2.1. FORMAS DE CONSTITUIÇÃO

Não obstante se tenha a previsão da *holding* na Lei de Sociedades Anônima, há que se expor que na legislação brasileira, a *holding* pode ser constituída por vários tipos de sociedade, não havendo previsão legal para escolha um tipo societário específico, todavia, sempre devem ser respeitados os requisitos de cada tipo societário previsto em lei.

A *holding* não é um tipo societário, logo para sua constituição deve se valer como a sociedade simples, a sociedade limitada ou a sociedade anônima, para que passe a ter personalidade jurídica (BARBOSA; JESUS, 2015, p. 73).

Vejamos abaixo um resumo dos tipos societários:

2.1.2. SOCIEDADE SIMPLES

A Sociedade Simples é formada por uma sociedade que tem como atividade a prestação de serviços decorrentes de atividades intelectuais, na qual não se vale de atividade empresarial, isto é, não exercesse atividade de organização ou circulação de bens ou serviços, conforme o parágrafo único, do artigo 966, do Código Civil, sendo registrada perante o Registro de Pessoas Jurídicas (BRASIL, 2002).

2.1.2. SOCIEDADE LIMITADA

As Sociedades Limitadas, atualmente, são regidas pelas disposições previstas nos artigos 1.052 a 1.087 do Código Civil, contudo, na omissão, o art. 1.053 dispõe aplicar-se-á as normas referentes às sociedades simples (BRASIL, 2002)

De acordo com o art. 1.052 do Código Civil, "a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social" (BRASIL, 2002)

A Sociedade Limitada tem natureza contratual, sendo constituída mediante contrato social escrito, é empresarial e, portanto registrada na Junta Comercial.

Na sociedade limitada, as quotas são frações ideais do capital social. A integralização das quotas do capital social podem se dar em dinheiro, bens, transferência da respectiva propriedade, sendo expressamente vedada, a contribuição em prestação de serviços, conforme dispõe o artigo 1055, §2º, do Código Civil (BRASIL, 2002).

2.1.3. SOCIEDADE ANÔNIMA

As sociedades anônimas são classificadas como “sociedades de capitais” vez que o vínculo que existe entre os sócios tem por objetivo a aferição de recursos, independentemente da pessoa de seus sócios.

A Sociedade Anônima é regida pela Lei das Sociedades Anônimas nº 6.404, e conforme o artigo 1º da referida lei a “companhia ou sociedade anônima é a pessoa jurídica de direito privado, cujo capital social é dividido em ações, onde a responsabilidade de cada sócio é limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.” (BRASIL, 1976).

A Lei das Sociedades Anônimas instituiu a existência de dois tipos de sociedade anônima, de acordo com o artigo 4º “a companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários”. (BRASIL, 1976).

Esse tipo societário visa exercer atividade econômica com fins lucrativos, de forma ordenada, promovendo a circulação de produtos e ou serviços, conforme determina a referida artigo 2º da Lei nº 6.404 (BRASIL, 1976).

Ademais, a Sociedade Anônima é constituída por estatuto social, sendo este registrada na Junta Comercial.

3. MODALIDADES DE *HOLDINGS*

3.1. *HOLDING PURA*

Esta modalidade de sociedade empresarial é criada com a finalidade de ser detentora de ações de uma ou mais sociedades, sem exercer outra atividade operacional. Sua fonte de renda é baseada nos juros e lucros derivados do capital já existente. Com fulcros no processo cognoscível que Noanne Moura (2019) apresenta, extrai-se que esta modalidade de *holding* detém participação societária relevante dentro das sociedades em que participa. Neste leque temos as *holdings* de controle, de participação, mista, patrimonial e imobiliária.

3.2. *HOLDING MISTA*

Esta é uma derivação da *holding* pura, mas por sua vez exerce simultaneamente tanto o controle, em relação a outras sociedades, como atividades operacionais diretas. Nos ensina José Luiz Gavião de Almeida e Renato Ferraz Sampaio Savy (2015, p. 319):

A *Holding* mista dedica-se simultaneamente à participação e/ou controle, bem como à produção ou circulação de bens ou serviços, conforme preconiza a Lei 6404/76 (LGL\1976\12), explorando a atividade empresarial e favorecendo-se de benefícios fiscais.

Modalidade supramencionada que combina o foco da *holding* pura, mas gera de forma profícua receitas tributáveis para despesas dedutíveis.

3.3. HOLDING DE CONTROLE

Em relação ao modelo de controle, este, possui como função principal, estando, portanto, registrado nos atos constitutivos e constante no objeto social, a participação em outras sociedades como sócia ou acionista. A *Holding* exercerá o controle, visto que será detentora da maior parte das quotas sociais ou ações das demais pessoas jurídicas.

A doutrina, por vez, nas palavras de Carvalhosa, define a *holding* de controle como:

As *holdings* são sociedades não operacionais que têm seu patrimônio composto de ações de outras companhias. São constituídas ou para o exercício do poder de controle ou para a participação relevante em outras companhias, visando nesse caso, constituir a coligação. Em geral, essas sociedades de participação acionária não praticam operações comerciais, mas apenas a administração de seu patrimônio. Quando exerce o controle, a *holding* tem uma relação de dominação com as suas controladas, que serão suas subsidiárias. (CARVALHOSA, 2009, 14).

Repisa-se que em relação ao modelo de controle, como acima citado, a *holding* possui esta como função principal, estando, portanto, registrado nos atos constitutivos e constante no objeto social, a participação em outras sociedades como sócia ou acionista.

3.4. HOLDING DE PARTICIPAÇÃO

Nas palavras de Kátia Lúcia Pereira 2019, "a *Holding* de participação será construída para centralizar a administração de outra sociedade, definindo planos, metas e orientações".

A criação deste formato de *Holding*, que possui como objetivo a atuação nas administrações de sociedades, possibilitará a transferência das funções administrativas, que poderiam ser encargo dos sócios ou acionistas, a pessoa jurídica desenvolvida para esta atividade.

3.5. HOLDING IMOBILIÁRIA

A modalidade de *Holding* Imobiliária, segundo Flávio Cavalcanti (2016), consiste na criação de uma pessoa jurídica de direito privado, cujo objetivo será o controle patrimonial imobiliário, de uma ou mais pessoas físicas, que ao invés de possuírem bens em seu nome, transferem a titularidade para a pessoa jurídica destinada a este fim.

A pessoa jurídica funcionará como proprietária dos bens imobiliários, sendo que tais bens poderão, ainda, ser objeto de locação, venda, reforma, dentre outras atividades. Os rendimentos percebidos através da atividade locatícia e relativos a qualquer outra operação serão administrados pela *holding*, sendo obrigatórios os registros das atividades desenvolvidas nos atos constitutivos.

3.6 HOLDING PATRIMONIAL

Urge explanar a chamada *holding* patrimonial – ou sociedade patrimonial. Este modelo de *holding* diverge dos apresentados anteriormente, vez que seu objeto não é a participação em outras sociedades, mas sim a condução de bens e direitos específicos. Ao dispor sobre o tema, Vanessa Melnik Blicharski (2015, p. 11), nos desobscurece que:

Sociedade efetivamente constituída para se tornar proprietária/controladora, no todo ou em parte, do patrimônio de um sócio, de uma família, etc. Pode compor este patrimônio bens móveis, imóveis, aplicações financeiras, quotas e/ou ações de outras empresas, dinheiro, direitos de créditos, entre outros. Vanessa Melnik Blicharski (2015, p. 11)

Tendo em mente essa sequência lógica, a *holding* patrimonial é aplicada com a intenção tornar mais célere e simples administração de patrimônios de famílias que possuem incontáveis bens, incluindo também a transmissão destes.

3.7. HOLDING FAMILIAR

A *Holding Familiar* tem o objetivo de administrar o patrimônio de pessoas de uma mesma família que detêm empresas, bens ou cotas de ações, de maneira que facilita a sucessão.

Holding Familiar para Adolpho Bergamini (2003) é aquela que controla o patrimônio de uma ou mais pessoas físicas, passa a pessoa jurídica ser a controladora do patrimônio.

Para Fred John Santana Prado (2011), a modalidade a apresentada tem finalidade principal de facilitar a administração dos bens e a sucessão hereditária, garantindo a manutenção das empresas que estão na posse descendentes do sucessor.

Nas empresas familiares, ou famílias que possuem um extenso patrimônio ou investimento, seja por ações ou cotas, a constituição de uma *holding* familiar como exposto acima é extrema valia, visto que está permite a melhor organização do patrimônio familiar e a transmissão deste aos seus sucessores.

Nesse contexto, as referidas cotas ou ações podem ser doadas aos sucessores, tendo os herdeiros acesso ao patrimônio que a *holding* detém. Assim, as referidas quotas ou ações doadas não irão integrar o inventário ou planejamento sucessório dos herdeiros, sendo garantida a transmissão, de parte do patrimônio aos herdeiros.

Importante salientar que a *holding* familiar, devido ao planejamento prévio, evita que os bens da família passem pelo processo de inventário.

4. BENEFÍCIOS DE CONSTITUIR A *HOLDING* FAMILIAR

4.1 A SUCESSÃO NAS EMPRESAS FAMILIARES EM DECORRÊNCIA DA MORTE DO FUNDADOR

Sucessão Familiar ocorre quando uma geração transfere para a outra a responsabilidade sobre os bens. Para Leone (1992, p.85), em síntese, a sucessão familiar ocorre com a transferência do comando do fundador para um sucessor, sendo este um membro da família. Essa transição entre gerações é a mudança mais valorizada nas empresas familiares.

Paralelamente às indagações da sucessão familiar juntamente com as empresas familiares está o questionamento sobre o crescimento ou não da empresa.

Daniele Teixeira (2018. p. 35) conceitua o planejamento sucessório como “o instrumento jurídico que permite a adoção de uma estratégia voltada para a transferência eficaz e eficiente do patrimônio de uma pessoa após a sua morte”.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2016. p. 404), o planejamento compreende “em um conjunto de atos que visa a operar a transferência e a manutenção organizada e estável do patrimônio do disponente em favor dos seus sucessores”.

Numa breve síntese acerca da importância do planejamento sucessório, vale ressaltar, primeiramente, o intuito desde processo, posto que, visa efetivar a elaboração de um plano de ações e decisões legais para que se proceda à sucessão dos bens, isto é, sobre a ótica do proprietário, podem ser decididas questões financeiras e imobiliárias, evitando que o

controle patrimonial recaia sobre herdeiros sem interesse pela continuidade da ascensão do patrimônio.

Desta feita, dentre os benefícios da organização antecipada da disposição patrimonial podemos elencar também, a proteção ao patrimônio familiar, visto que, através do planejamento sucessório, os bens serão dispostos em conformidade com o interesse do sucessor, reduzindo, portanto, conflitos entre herdeiros.

4.2. GARANTIA DAS AÇÕES MAJORITÁRIAS AOS HERDEIROS

Para viabilizar maior celeridade no processo de sucessão de bens, a *Holding* familiar oferece este propósito ao proprietário dos bens que pretende se preparar para a sucessão. Este modelo empresarial será composto por pessoas que competem em linha sucessória.

A *holding* familiar poderá ser pura ou mista, tendo a primeira como o objeto social administração de bens e sociedades, já a segunda é instituída com intuito de administrar e exercer atividade empresarial no âmbito imobiliário, como por exemplo a locação de imóveis próprios, segundo Cristina Figueiredo (2010).

Pormenorizando neste sentido, no ato de constituição desta forma de modelo empresarial, as diretrizes dos procedimentos a serem adotados *post mortem*, estão previamente definidos no contrato social da *holding*, saltando assim, o moroso processo de levantamento e direcionamento dos bens pertencentes ao sucessor.

Desta forma, irão figurar como sócios da *Holding* familiar os herdeiros diretos da linha de sucessão do empresário que darão seguimentos às atividades desenvolvidas ou que serão contemplados com bens.

As quotas da *Holding* controladora serão divididas aos sócios/herdeiros e fidelizadas no contrato social ou no estatuto social, onde estarão pré-estabelecido para qual descendentes serão dispostas ações majoritárias ou com direito a voto.

Dirimimos com essa concatenação que os herdeiros possuirão a garantia das ações majoritárias das empresas que a *holding* for a sócia/acionista controladora, por decorrência da prévia antecipação elucidada nos contratos firmados.

4.3. REDUÇÃO DOS ENCARGOS TRIBUTÁRIOS

Dentre as vantagens oriundas da aplicabilidade das *Holdings* nas sociedades familiares, é possível destacar a redução de algumas modalidades de encargos tributários e suas alíquotas quando comparadas com operações realizadas por pessoa física.

Para que haja efetivamente redução da carga tributária, será necessário que os sócios façam uma minuciosa análise de quais tributos paga, considerando toda atividade desenvolvida.

Além da avaliação dos tributos que deverão ser pagos, será essencial definir todas as obrigações acessórias, visto que o planejamento envolvendo a utilização da *holding* deve se adequar aos aspectos legais regulamentadores desde assunto, para fins de garantia de regularidade das operações.

O regime tributário terá ligação com a atividade desempenhada pela *Holding*, sendo oportuno dispor brevemente sobre a exceção relacionada a hipótese de atividade voltada a locação de imóveis, que por vez, não poderá adotar o regime tributário Simples Nacional, em decorrência de vedação disposta no artigo 17, inciso XV da Lei Complementar 123/2006.

Dentre os encargos tributários que terão reflexos diretos pelas *holdings*, dando início pelo Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação, vez que, como dito, a criação da *Holding* tem por objetivo organizar a sucessão patrimonial.

Tal imposto legislado pela Constituição da República em seu artigo 155, inciso I, tem como fato gerador a ocorrência de transmissão de bens ou morte. Tratando-se de sucessão não planejada, portanto, na hipótese de incidência deste imposto em caso de morte, serão os herdeiros surpreendidos com a obrigação de arcar com os custos relacionados a totalidade de bens inventariáveis.

Quando há antecipação da sucessão através da *Holding*, os valores que serão pagos relativos à transferência de bens intervivos, ocorrerão de modo planejado, de modo que os herdeiros poderão fracionar os pagamentos, transferindo-os para titularidade da *Holding*.

Em relação ao Imposto de Renda, disposto na Lei 7.713/88, aplicável diante do ganho de capital, quando comparadas a tributação que seria cabível ao contribuinte pessoa física, apresenta significativa redução.

Considerando as receitas obtidas na atividade empresarial desenvolvida na *Holding*, ainda que outros tributos venham a incidir sobre sua receita, de acordo com Vinícius Bicalho (2020), ainda, poderá ser extremamente vantajoso ao empresário realizar a operação na sociedade ao invés da pessoa física, importante ressaltar, que antes da tomada de decisões, deverá ser analisando previamente caso a caso.

Também poderão incidir sobre a *Holding*, Programas de Integração Social (PIS) e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), sendo que, ao ser

comparada com a incidência sobre pessoa jurídica poderá alcançar redução de cerca de 15%, assim dispõe Vinícius Bicalho (2020).

Portanto, ao constituir uma *Holding* como forma de administração patrimonial, também será possível auferir descontos na carga tributária quando comparada as mesmas operações com pessoa física.

4.4. PROTEÇÃO PATRIMONIAL IMOBILIÁRIA

A criação da *Holding* também poderá contemplar organização e proteção ao patrimônio imobiliário da sociedade familiar, buscando resguardar a titularidade dos bens a família e herdeiros.

Os imóveis quando utilizados para manutenção da atividade empresarial estarão expostos ao risco natural decorrente do funcionamento da sociedade.

Desta forma, quando não se tratar de imóveis cujo objetivo consiste no atendimento ao patrimônio líquido, será aconselhável a transferência para *Holding* . Com isto, os interessados nos imóveis contarão com maior proteção patrimonial.

A partir do conceito apresentado por Ramiro Gomes (2020), a *Holding* patrimonial funcionará como administradora dos bens imóveis, de forma que pode facilitar o desenvolvimento do planejamento sucessório,

No momento de criação da *holding* familiar patrimonial, deverá constar no contrato ou estatuto social, além da atividade que será desempenhada, quais bens serão integralizados. A partir desta delimitação nos atos constitutivos, será possível a escolha do regime de tributação.

As transferências imobiliárias realizadas também funcionam como antecipação da sucessão patrimonial. Para que ocorra esta antecipação, os imóveis que serão transmitidos aos herdeiros passarão a ser titularidade da *holding* e nesta sociedade irá figurar como sócios os herdeiros, cujo desejo do sucessor seja contempla-los com tais bens.

Como tratado acima, a *Holding* constituída para promover mais segurança ao patrimônio imobiliário, também funcionará como forma de segregar o pagamento dos impostos referentes as transferências imobiliárias.

Acerca da segregação dos pagamentos dos tributos incidentes sobre estas operações, cabe ressaltar que consiste em um dos benefícios relacionados a utilização desta modalidade de *holding* , vez que, ao invés do pagamento de todos os encargos

tributários no momento da abertura da sucessão, serão mitigados ao longo do planejamento sucessório e das transferências imobiliárias.

A vista disso, é possível concluir que partindo de um planejamento sucessório eficaz, a utilização da *holding* patrimonial com objetivo de proteção ao patrimônio dos herdeiros poderá apresentar grandes benefícios.

5. SUCESSÃO ATRAVÉS DA HOLDING EM COMPARAÇÃO A SUCESSÃO TRADICIONAL

Como tratado ao longo do texto, a organização para o momento sucessório nas empresas familiares através das *holdings*, evita conflitos entre os herdeiros e permite a continuidade da sociedade como familiar, dentre outros benefícios.

Contudo, torna-se válido ressaltar a maneira comum pela qual o processo sucessório é realizado quando não planejado pelos sucessores, para fins de comparação e ainda, ressaltar que o planejamento possui ampla serventia.

Em relação à legislação aplicável, a sucessão no direito brasileiro possui amparo no Código Civil, nos artigos 1.748 a 2027, onde estão dispostas todas as regras necessárias ao curso do processo convencional de inventário.

Quando os atos relacionados ao momento da sucessão não estão organizados através do planejamento sucessório, somente terão início no momento da abertura da sucessão. Acerca deste início, Maria Helena Diniz (2007) desobscorece:

A morte gera automaticamente a abertura da sucessão, transmitindo aos herdeiros os bens de direito da herança. Aberta esta, no prazo de 30 dias deverá ser instaurado o inventário do patrimônio hereditário para fins de liquidação e possível partilha de herança". (DINIZ. Maria Helena, 2007 v.6. p. 32).

A sucessão de será de duas maneiras, tratando primeiramente sobre a hipótese em que as disposições de última vontade estão reunidas em testamento, se este for instrumento válido e respeitadas as regras, será norteador para transmissão dos bens do sucessor.

Nada obstante, quando não há testamento, tampouco fora realizado previamente um planejamento sucessório, a cessão ocorrerá nos termos legais, respeitando a linha ordem da vocação hereditária, elencada no artigo 1829, do Código Civil, abaixo:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

A problemática da sucessão das sociedades familiares ocorre sem prévia organização, dá-se pela possibilidade de transmissão de bens aqueles que não possuem interesse na continuidade da sociedade, ou que não estão devidamente preparados para tanto.

Ainda neste sentido, não raras as vezes, o processo de inventário se postergará por período razoável de tempo e junto a isto, conflitos familiares podem decorrer deste procedimento. A reunião destes empecilhos irá expor a sociedade familiar aos riscos derivados da má gestão das atividades.

Soma-se a tais fatos, a impossibilidade da mitigação dos pagamentos dos encargos tributários e, ainda, a eventual incidência de maior carga tributária.

A vista disso é possível mensurar a importância do planejamento sucessório para sucessão das sociedades familiares, concluindo, portanto, pelos notórios benefícios atrelados à criação das *holdings* como instrumento de planejamento de sucessão de bens e de organização patrimonial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando-se em consideração esses aspectos apresentados, é possível visualizar os conceitos relacionados a empresas familiares, bem como, o que é *Holding* e uma breve síntese de suas modalidades, além de demonstrar as vantagens para sua constituição, além de apresentar que os principais motivos para constituir uma *holding familiar*.

Frente a problemática da empresa familiar, a carência de um planejamento sucessório pode gerar conflitos dentro da própria empresa familiar, e também ocasionar desentendimentos no seio familiar.

Podendo concluir que a *holding* familiar vem com a finalidade de facilitar a sucessão, evitando eventuais conflitos do processo de inventário.

Em relação à economia dos tributos aplicados a *holding familiar*, resta evidente que esta modalidade juntamente com o planejamento sucessório eficaz permite grandes ganhos financeiros aos negócios da família.

Dessarte, o planejamento patrimonial na holding familiar é um importante instrumento jurídico que atualmente apresenta as vantagens de empresa, patrimônio e herança.

Desse modo, valer-se da *holding familiar* como meio de planejamento sucessório, proporciona a facilitação da sucessão, além da organização, controle e proteção do patrimônio familiar pelos herdeiros e a possibilidade de diminuição dos encargos tributários.

Por fim, o objetivo principal do presente artigo consistiu em realizar uma análise dos benefícios da aplicação da *holding* em empresas familiares, e ao mesmo tempo, demonstrar os efeitos de sua aplicabilidade nas sociedades que a utilizarem como parte do planejamento sucessório.

REFERÊNCIAS

ADACHI, Pedro Podbot. Gestão de empresa familiar e solução de conflitos. São Paulo:Atlas,2006.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de; SAVY, Renato Ferraz Sampaio. As *holdings* familiares e os tipos societários. Revista Paradigma, Ribeirão Preto, ano XX, v. 24, n. 1, p. 315-339, jan.-jun. 2015.

BARBOSA, João Eutálio Anchieta; JESUS, José Lauri Bueno de. *Holding*: uma alternativa de planejamento tributário e sucessório. RAC – Revista de Administração e Contabilidade, Santo Ângelo, 2015.

BICALHO, Vinícius. Bicalho Consultoria Legal. Holding patrimonial e suas vantagens tributárias, 2020.

BLICHARSKI, Vanessa Melnik. *Holding* patrimonial: planejamento sucessório. Percurso, Curitiba, v. 1, n. 16, 2015.

BORNHOLDT, Werner. Governança na empresa familiar: implementação e prática. São Paulo: Bookman, 2005.

BRASIL Lei nº 6.404, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 10/05/2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 10/05/2021.

CAMPOS, Noanne Moura. Planejamento Sucessório E *Holding* Familiar. Revista Âmbito Jurídico. 05 de dezembro de 2019.

CANÇADO, V.; LIMA, J. B.; MUYLDER, C. F.; CASTANHEIRA, R. B. Ciclo de vida, sucessão e processo de governança em uma empresa familiar: um estudo de caso no grupo Seculus. Revista Eletrônica de Administração, v. 19, n. 2, 2013.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4. Tomo II.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.v. 4. t. II.

CAVALCANTI, Flávio Nogueira. As Vantagens da Criação de uma *Holding* Familiar. In: Campo Grande News. Fevereiro, 2020.

DONINNI, Cristina Figueiredo. Benefícios Trazidos Pela Holding Familiar Em Relação Ao Titular Do Patrimônio, 2010.

FERREIRA, Ramiro Gomes. Clube do Valor. Holding Patrimonial Familiar, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: direito das sucessões. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 7. p. 404.

LAIMER, C. G.; TONIAL, R. B. Os padrões comportamentais que influenciam na longevidade da empresa familiar. Revista de Administração IMED, v. 4, n. 1, 2014.

LEONE, N. A sucessão não é tabu para os dirigentes da PME. In: Enanpad, 1991, Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte, 1991.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. *Holding* Familiar E Suas Vantagens: Planejamento Jurídico e Econômico do Patrimônio e da Sucessão Familiar. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NASCIMENTO, A. T. C. N.; TEIXEIRA, J. G. Empresas familiares: Vantagens, desvantagens e o processo de sucessão-estudo de caso na empresa de transportes viação Raissa. Revista da Escola de Negócios, n. 1, 2014.

OLIVEIRA, D. de P. R. *Holding*, administração corporativa e unidade estratégica de negócio: uma abordagem prática. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

RIBEIRO, Kátia Lúcia Pereira. Integral Prime. Os principais tipos de *holding* em funcionamento, 2019.

TEIXEIRA, Daniele. Noções prévias do direito das sucessões: sociedade, funcionalização e planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 35.

TEIXEIRA, R. M.; CARVALHAL, F. Sucessão e conflitos em empresas familiares: estudo de casos múltiplos em empresas na cidade de Aracaju. Revista Alcance, v. 20, n. 3, 2013.

VERSTRAETE, T. (2000). *Histories d'entreprendre*. Paris: Éditions Management & Societé.

WERNER, René. Família e negócios: um caminho para o sucesso. São Paulo: Manole, 2004. A empresa familiar e o Agronegócio. Revista Gazeta de Ribeirão.

ZILLI, J. C.; SPILLERE, M. E. A. S.; ESTEVAM, D. de O.; PIERI, R. Sucessão familiar: um enfoque na terceira geração de uma indústria metalúrgica do sul de Santa Catarina. Conhecimento Interativo, v. 8, n. 2, 2014.

ESTRATÉGIAS ECONÔMICAS FINANCEIRAS CORPORATIVAS COM ÊNFASE NA GESTÃO DE ESTOQUES EM UMA EMPRESA PRIVADA DO RAMO QUÍMICO EM CAMAÇARI NO ESTADO DA BAHIA.

FERNANDO SEIXAS PEREIRA:

Pós graduado, profissional da área financeira

MARIA DE LURDES MARQUES.

(orientadora)

RESUMO: A gestão de custos de estoques nas empresas é de suma importância para o desempenho financeiro da organização. Essa pesquisa teve como objetivo definir estratégias econômicas financeiras para gestão de custos no gerenciamento de estoques em uma empresa privada de grande porte. De acordo alguns autores da gestão de custos de materiais os custos são identificados na colocação de pedidos de materiais, aquisição de materiais, recebimento, armazenamento, saída, produção e venda. Demonstra os sistemas de gerenciamento de estoques capazes de permitir eficiência na gestão dos custos, com planejamento e identificação dos geradores de custos e classificação da importância dos ativos em estoques conforme o grau de valor e consumo por meio da curva ABC, custeio ABC, Supply Chain Management e Lean stock.

Palavras-chaves: Gestão de Custo de Estoques. Curva ABC. Custeio ABC. Supply Chain Management. Estratégias de estoques. Lean Accounting.

1 INTRODUÇÃO

Durante o desenvolvimento do curso de Pós graduação em Finanças Corporativas foi notório que o profissional de finanças corporativas tem um campo profissional abrangente na qual pode atuar, como demonstrado principalmente, pelas disciplinas: Gestão Tributária; Controladoria; Governança Corporativa; Controle Interno e Compliance; Orçamento Empresarial e Fluxo de Caixa; Análise da Viabilidade Econômica e Financeira de Projetos; Matemática Financeira; Planejamento Estratégico; Sistemas de Informações Gerenciais; Finanças Corporativas e Gestão Estratégica de Custo. Contudo, esse trabalho limita-se a gestão estratégica de custo econômicos financeiros no gerenciamento de custos de estoques.

Ter saldos suficientes e continuamente de materiais em cada período do processo produtivo durante as atividades de uma empresa ou indústria é fundamental para que a organização empresarial não tenha dificuldades por faltas de mantimentos essenciais para o desenvolvimento de sua função e atividade corporativa. Entretanto, diminuir os custos financeiros é essencial em qualquer empresa e setor comercial para manter-se constantemente no mercado, cumprir as obrigações dos passivos relacionados às suas despesas, criar fundos financeiros, reservas de capital e legal. Esses são uns dos inúmeros motivos pelos quais as corporações devem formular e elaborar estratégias econômicas financeiras de custos em sua gestão de estoques.

As empresas para desempenhar seu papel comercial e social e alcançar seus objetivos necessitam obter recursos materiais para a elaboração de determinadas atividades pertencentes as suas responsabilidades gerais, administrativa, financeira, econômica, contábil fiscal, tributária, produtiva, comercial e humanas.

Portanto, a gestão de estoques de materiais deve objetivar além de manter continuamente os saldos em estoques, à capacidade econômica e financeira da empresa, para que possa se sustentar sem dificuldades de recursos necessários ao desenvolvimento de suas atividades mercantis. Para isso, as empresas e indústrias muitas vezes necessitam planejar e traçar estratégias que permitam alcançar esses objetivos que lhes permitirão ser bem mais sucedidas.

Não existe uma fórmula ou padrão para criar uma organização bem sucedida e de alto desempenho. Não receita para o bolo. O processo de planejamento estratégico é o que vai conduzi-la no desenvolvimento e formulação de estratégias que assegurem sua evolução continuada e sustentável. (CHIAVENATO, 2009, p. 4)

É sabido que a palavra estratégia se originou do grego antigo. Conforme nos explica Chiavenato em sua obra evolução do pensamento estratégico de 2009 "O termo estratégia- do grego estratégos- deriva de sua palavra grega stratos (exército) e ago (liderar, guiar, mudar de direção - em grego arcaico)". (CHIAVENATO, 2009, p. 5). Os soldados da Grécia antiga já realizavam estratégias para vencer inimigos e alcançar vitórias.

Nos dias de hoje o termo estratégias é utilizado nos mais diversos contextos sociais, inclusive no contexto empresarial, significando habilidade de traçar planos para as tomadas de decisões na gestão corporativa e empresarial e para obter sempre os melhores resultados nos alcances dos objetivos.

Contextualizando-se com os objetivos do tema desse trabalho, pode-se afirmar, que estratégia são as tomadas de decisões que se devem realizar para o alcance eficiente da gestão econômica financeira dos custos no controle de saldos de estoques de materiais corporativos.

Para compreender e realizar uma eficiente gestão econômica financeira de estoque é fundamental o profissional entender a definição de estoques. Conforme Moreira

Estoques são definidos como quaisquer quantidades de bens físicos que sejam conservados, de forma improdutiva, por algum intervalo de tempo; constituem estoques tanto os produtos acabados que aguardam venda ou despacho, como matérias-primas e componentes que aguardam utilização na produção. (MOREIRA 2015, p. 447).

Entretanto, manter saldos de materiais em estoques com economia financeira é um grande desafio para qualquer empresa que deseja continuar sustentável no mercado.

Todas as atividades empresariais demandam recursos de materiais para a sua realização. Materiais administrativos como: computadores, atas, internet, canetas, papel ofício, materiais de manutenção dos equipamentos e máquinas, materiais de produção.

A falta desses materiais em qualquer organização pode atrapalhar e impedir a empresa de desenvolver suas atividades e com isso acarretar prejuízos financeiros, patrimoniais e afetar a qualidade das atividades industriais, produtiva e sua credibilidade. Sendo assim, gerenciar econômica e financeiramente os saldos necessários de materiais é importante para evitar transtornos e prejuízos financeiros, principalmente, para a própria corporação.

O planejamento estratégico econômico elaborado com o objetivo de gerenciar os estoques de materiais considerando minimizar e combater gastos desnecessários durante o processo de aquisição e gestão de materiais é fundamental para o desempenho das finanças da empresa. Diante disso, são vários os desafios que as empresas industriais tem que lidar para não deixar faltar saldos em estoques: evitar adquirir produtos com preços alto de fornecedores e que não atendam as especificações necessárias, precaver-se contra a falta de materiais no mercado e principalmente evitar falta de recursos financeiros e de capital.

Esse trabalho científico se estrutura com os seguintes tópicos: introdução com apresentação do tema e assuntos principais que são desenvolvidos neste trabalho. Tema apresentando o tema principal. Delimitação do tema definindo geograficamente onde essa pesquisa será realizada como estudo de caso. Problematização onde levanta-se a questão base do problema a ser estudado. Justificativa apresentando as razões importantes para o desenvolvimento dessa pesquisa. Objetivos definindo quais objetivos que se pretendem alcançar com essa pesquisa. Revisão de literatura onde são apresentados os principais autores que fundamentam esse trabalho. E por fim, os procedimentos metodológicos onde é demonstrado os procedimentos realizados para desenvolver esse artigo.

1 TEMA

Estratégias econômicas financeiras para manter saldos suficientes de materiais em estoques na empresa com economia de custos financeiros.

1.1 Delimitação do tema

A pesquisa é delimitada geograficamente. O âmbito do estudo de caso será a empresa y, idealizada, sediada no estado da Bahia, na cidade de Camaçari.

1.2 PROBLEMATIZAÇÃO

Quais as razões e dificuldades para se manter o saldo necessário de materiais em estoques na empresa y com economia financeira?

1.3 JUSTIFICATIVA

Definir os custos de saldos de estoques necessário para o desenvolvimento das atividades de qualquer empresa é fundamental para o seu sucesso e continuidade no mercado e coopera para uma eficiente gestão dos recursos econômicos e financeiros corporativos. Por isso, essa pesquisa científica é importante para esclarecer quais estratégias de custos de estoques podem ser formuladas e realizadas para manter os saldos de materiais necessários com economia financeira e quais as dificuldades que impedem o cumprimento desse objetivo. Esses esclarecimentos são essenciais para criar planos estratégicos que definam os critérios e as ações necessárias para o cumprimento uma eficiente gestão econômica financeira dos custos de compras, recebimento e no controle e armazenamento de materiais.

1.4 OBJETIVOS

Os objetivos desse trabalho são identificar e analisar as estratégias de gestão de custos econômicos e financeiros para se manter os estoques de materiais com economia na obtenção e gerenciamento de recursos e as causas que dificultam na manutenção e continuidade dos estoques, definir um plano estratégico para o seu cumprimento.

1.4.1 objetivo geral

Identificar estratégias econômicas financeiras para se manter os saldos de materiais em estoques com economia de custos evitando gastos desnecessários.

1.4.2 Objetivos específicos

- Identificar as necessidades de economia financeira na gestão de materiais;
- Descrever os critérios de definição de saldos suficientes de materiais;
- Identificar se há causas que dificultam manter os saldos suficientes em estoque evitando perdas financeiras;
- descrever o plano estratégico para manter os saldos em estoque com gestão de custos sem prejudicar a continuidade das atividades.

2 GESTÃO DE SALDOS DE MATERIAIS EM ESTOQUE

2.1 REFERENCIAL TEÓRICO

O presente referencial teórico apresenta conceitos, argumentações e ideias de autores referentes à temática abordada sobre estratégias no contexto geral e específico relacionado à gestão econômica financeira e à gestão e controle de custos de ativos em estoques. Quanto ao conceito econômico, Lobosco (2014) esclarece bem que:

Podemos explicar o que é Economia analisando o significado do verbo 'economizar' ou da expressão 'fazer economia'. Economizar significa evitar gastar inutilmente e guardar para futuras necessidades; sempre procuramos economizar o nosso dinheiro, reservando uma parte para uma situação de emergência. (LOBOSCO, 2014, p. 8).

Apesar dos grandes avanços nos últimos anos na teoria de planejamento estratégico, assim como na área de finanças empresariais, ainda hoje estas

duas vertentes de conhecimento têm trilhado caminhos paralelos. Existem diversos estrategistas que, galgados nas mais modernas concepções sobre o papel e o processo estratégico, continuam ignorando a importância das análises econômicas e financeiras na formulação e implementação de estratégias. (CRUZ et al; 2008, p. 4).

No trabalho de pesquisa científica citado acima publicado em 2008 no XXVIII encontro nacional de engenharia de produção na cidade do Rio de Janeiro, os autores defendem a necessidade de que na formulação e elaboração de planos estratégicos considerem-se as análises econômicas e de finanças da corporação, para melhor formular e implementar as estratégias corporativas. “[...] a estratégia se configura, então, como o manuseio e a alocação de recursos para a obtenção de retornos superiores.” (SAMBIASE et al, 2017, p. 19).

Conforme a ideia do o porquê o planejamento estratégico é necessário para os autores Santos, Lourenço e Silva percebe-se alguns dos motivos e vantagens descritos:

Com o planejamento estratégico os problemas podem ser evitados antes de ocorrer. As empresas se sentem mais seguras e preparadas para enfrentar os desafios, ao contrário das empresas que não se propõe a arriscar, conhecer e utilizar um planejamento estratégico correndo sério risco de insucesso (SANTOS et al., 2009).

Compreende-se que uma das finalidades principais do planejamento estratégico é evitar problemas antes que eles ocorram. Isso, permite aos gestores se sentirem mais seguros e preparados para enfrentar os desafios e maior chances de obter sucesso.

Em concordância com a afirmação das autoras Póvoa e Chaves (2014) observa-se que:

“A gestão de materiais vem ganhando cada vez mais espaço nas discussões do meio acadêmico e corporativo. Isso acontece, devido ao fato de que esta operação absorve parte significativa do orçamento de qualquer organização.”

De acordo alguns autores existem diversas ferramentas que são utilizadas para obter uma análise bem apurada de custos. Como a curva ABC, sistema de custeio ABC, Lean Accounting (Contabilidade Enxuta) e Supply Chain Management.

Conforme Borges e outros autores é necessário um gerenciamento de controle de custos na gestão de estoques que possibilite diminuição de custos mantendo os estoques dentro dos níveis de segurança para atender as necessidades corporativas.

Borges et al. (2010) “Um bom gerenciamento de estoques ajuda na redução dos valores monetários envolvidos, de forma a mantê-los os mais baixos possíveis, mas dentro dos níveis de segurança e dos volumes para o atendimento da demanda.”

O gerenciamento de estoque surge com a necessidade de controlar tudo que entra através da compra de produtos de diversos segmentos, visto que o mesmo sairá através de venda direta para o consumidor, portanto, neste período esses materiais que ficam nos depósitos ou no ambiente produtivo são considerados como estoque. (MARTELE; DANDARO, 2015, p. 172).

De acordo, Martele; Dandaro, (2015, p. 172) A necessidade da empresa em controlar o fluxo de períodos de cada materiais dentro dos armazéns fez surgir o gerenciamento de estoque. Assim, o gerenciamento de estoque possibilita gerir os materiais e controlar sua periodicidade, quantidade e reposição.

“Um dos principais motivos para se ter um bom planejamento e controle de estoques é o grande impacto financeiro que é possível alcançar através do aumento da eficácia e eficiência das operações da Organização.” (BORGES et al; 2010).

As estratégias econômicas financeira de gestão de custos atreladas ao controle de estoque de materiais objetiva impactar positivamente as finanças da empresa.

O controle de estoque como objetivo primário visa dar ao gestor total conhecimento de todas as etapas do processo de estocagem, desde o planejamento de compras até o consumo do estoque pela produção, de forma a otimizar o investimento em estoque, aumentando o uso dos meios internos da empresa e diminuindo as necessidades de capital investido e os tempos de setup de produção, bem como evitando falta de matéria-prima. (BORGES et al; 2010).

Conforme Slack et al (2009, apud Póvoa e Chaves, 2014), os custos se dividem-se em:

Custo de colocação de pedido: refere-se aos custos que ocorrem toda vez que um pedido é colocado para reabastecer o estoque.

Custos de desconto de preços: Quando fornecedores oferecem descontos para compras de grande quantidade ou impõem custos extras para pequenos pedidos.

Custo de falta de estoque: Erro nas quantidades de pedido podem gerar a falta de estoque, traz custos que poderiam ser evitados pela empresa e prejuízos na realização de um novo pedido e principalmente pela falha no fornecimento aos seus consumidores. Se os consumidores forem externos, poderão trocar de fornecedor; se internos, a falta de estoque pode levar a tempo ocioso no processo seguinte, ineficiências e, eventualmente, outra vez consumidores externos insatisfeitos.

Custo de capital de giro: Refere-se ao intervalo de tempo entre pagar os fornecedores e receber dos clientes. Durante esse tempo, a empresa tem que ter fundos para manter os estoques. Podem acarretar custos com os juros que são pagos aos bancos por empréstimos, ou custos de oportunidade de não investir em outros lugares.

Custo de armazenagem: A armazenagem física dos bens gera custos de “locação, iluminação e climatização do armazém, juntamente com seguro.”

Custos de obsolescência: os itens estocados podem permanecer por longos tempos armazenados, incorrendo-se” o risco de que esses itens possam se tornar obsoletos, ou deteriorar-se, juntamente com a perda por danificação.” Slack et al (2009, apud Póvoa e Chaves, 2014).

Em consonância com as ideias dos autores apresentados a gestão estratégica financeira de custos de estoques de materiais devem considerar as diversas situações que podem gerar custos desnecessários que se apresentam no processo de aquisição e armazenagem de materiais. Percebendo os riscos de aumento de gastos se não tomadas atitudes preventivas e estratégicas que possam evitar gastos que possam ser evitados mantendo a eficiência na cadeia de suprimentos e ressuprimentos. Assim como, eficiência nos processos logísticos de recebimentos e liberação de materiais.

3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A pesquisa realizada foi um estudo de caso, tendo como característica o método qualitativo, bibliográfico e documental.

Silveira e Córdova explicam que:

A pesquisa qualitativa não se preocupa com representatividade numérica, mas, sim, com o aprofundamento da compreensão de um grupo social, de uma organização, etc. Os pesquisadores que adotam a abordagem qualitativa opõem-se ao pressuposto que defende um modelo único de pesquisa para todas as ciências[...] (SIVEIRA; CÓRDOVA, 2009, p. 31).

E ainda Freitas e outros argumenta que:

[...] usando dados qualitativos, opiniões mais abertas, espontâneas ou mesmo – e porque não principalmente – aquelas coletadas de forma indireta (como a do setor de pós-venda ou de atendimento ao cliente), pode-se ter a chance de identificar ou antecipar oportunidades e problemas de forma bem mais pontual, precisa e com um custo operacional bem menor [...] (FREITAS; MUNIZ; MOSCAROLA, 2004, p. 2).

De acordo Severino a pesquisa bibliográfica é realizada com base em:

[...] registro disponível, decorrente de pesquisas anteriores, em documentos impressos, como livros, artigos, teses etc. Utilizam-se dados de categorias teóricas já trabalhadas por outros pesquisadores e devidamente registrados. Os textos tornam-se fontes dos temas a serem pesquisados. O pesquisador trabalha a partir de contribuições dos autores dos estudos analíticos constantes dos textos. (SEVERINO, 2007, p. 122).

Ludke e André (1986, p. 17), conceituam a pesquisa estudo de caso afirmando que:

[...] é sempre bem delimitado, devendo ter seus contornos claramente definidos no desenrolar do estudo. O caso pode ser similar a outros, mas é ao mesmo tempo distinto, pois tem um interesse próprio, singular. O interesse, portanto, incide naquilo que ele tem de único, de particular, mesmo que posteriormente venham a ficar evidentes certas semelhanças com outros casos ou situações.

A pesquisa documental utiliza-se de documentos constituídos de informações pertinentes ao seu objeto de estudo, independentemente, do suporte utilizado para registrar seus dados. Podendo ser documentos em suporte de papiro, pergaminho, papel, em sistemas computacionais, suportes de armazenamento de memória digital e web.

O desenvolvimento da pesquisa documental segue os mesmos passos da pesquisa bibliográfica. Apenas há que se considerar que o primeiro passo consiste na exploração das fontes documentais, que são em grande número. Existem, de um lado, os documentos de primeira mão, que não receberam qualquer tratamento analítico, tais como: documentos oficiais, reportagens de jornal, cartas, contratos, diários, filmes, fotografias, gravações etc. De outro lado, existem os documentos de segunda mão, que de alguma forma já foram analisados, tais como: relatórios de pesquisa, relatórios de empresas, tabelas estatísticas etc. (GIL, 2008, p. 51)

A população pesquisada nesse estudo de caso foi o ambiente industrial do ramo químico no estado Bahia e sua amostragem foi a organização industrial na cidade de Camaçari na qual realizou-se o presente estudo.

Os instrumentos de coleta de dados foram as bibliografias de livros, artigos científicos e trabalhos acadêmicos disponíveis em bancos de dados na web e instrumentos de entrevistas como questionários realizados com os profissionais responsáveis pelos estoques de materiais da empresa e os arquivos de trabalhos com resultados já realizados pelos profissionais da referida organização.

3.1 COLETA DE DADOS

A tabela abaixo apresenta os instrumentos de coleta de dados:

Quadro 1- Instrumento de coleta de dados

Instrumento	Universo	Finalidade do Instrumento
Entrevista	Colaboradores dos setores de suprimentos e compras. 1 pessoa de compras	A entrevista teve a finalidade de identificar as estratégias econômicas e financeiras empregadas na gestão de saldos suficientes de estoques. Identificar quais as causas que trariam ou trazem gastos

	Documentos pesquisados (manuais, relatórios,	Pretende-se alcançar com os documentos informações referentes às razões e às
Dados	Documentos on-line, inventários, artigos digitais,	Pretende alcançar evidências dos métodos de controle de estoque de segurança com o

Fonte: CAVALCANTI e MOREIRA (2008)

4 TIPOS DE ESTOQUE DE MATERIAIS

Os estoques de materiais podem ser classificados conforme o seu contexto empresarial e industrial em relação a utilidade, natureza e finalidade do material.

Estoque de Materiais Administrativos

Os estoques de materiais administrativos compõem-se de materiais necessários as atividades administrativas como papel ofício, cartuchos de Impressoras, canetas, cliques, grampos, cd/dvd dentre outros como caixas arquivos e classificadores.

Estoque de Materiais de Manutenção

Os estoques de materiais de manutenção devem atender as necessidades de consertos e subsistências dos equipamentos e máquinas. Seus armazenamentos devem ser separados dos estoques de matérias primas e insumos.

Estoques de Matérias Primas e Insumos

Os estoques de insumos e matérias primas são necessários a produção de produtos. Devem ser estocados em lugares de armazenamentos que se adequem a todas exigências legais de segurança e qualidade.

Estoques de Materiais Perigosos

Produtos que possam colocar em risco a saúde das pessoas e ao meio ambiente devem seguir todas as orientações de armazenamento dos agentes reguladores para evitar danos sociais e ambientais e empresarial.

4.1 SISTEMAS DE GERENCIAMENTO DE CUSTOS DE ESTOQUES

Os sistemas de gerenciamento de custos de estoque são fundamentais para o controle, análise e tomadas de decisões por parte dos gestores e proporciona uma excelente gestão dos recursos corporativos em um mundo cada vez mais competitivo e globalizado. Onde o desenvolvimento das tecnologias de informações e comunicação e os sistemas de gerenciamento tem ganhado um papel extremamente importante em permitir rapidez em produção e processamento de grande quantidade de dados e informações necessárias às análises de desempenho da gestão de custos de estoques corporativos.

4.1.1 Curva ABC

O sistema ABC ou curva ABC foi criado pelo economista italiano Vilfredo Pareto. O desenvolvimento das teorias aplicadas nesse sistema tem sido utilizado nos mais diversos campos do conhecido para identificação e solução de problemas. É possível gerir com eficiência os estoques de produtos e materiais, investigando problemas relacionados aos produtos, fornecedores e as tarefas através do sistema ABC.

As ferramentas de análise pela curva ABC devem permitir identificar os estoques de maior valor e qual a porcentagem de consumo dos materiais e produtos. Também é possível classificá-los conforme ao seu grau de importância em relação ao valor dos itens.

De acordo Kiremire, (2011, p. 1, tradução nossa) "O "Princípio de Pareto", ou mais comumente "a regra 80/20" é uma relação que descreve causalidade e resultados. Ele afirma que cerca de 80% da produção é um produto direto de resultado de cerca de 20% da entrada. "

Martins (2005) esclarece que as letras ABC representam a importância de valor dos materiais ou produtos, por isso são classificados, respectivamente, como grau alto, intermediário e baixo.

TABELA 1 GRAU DE IMPORTÂNCIA DOS ITENS ABC

Limite	Categoria	Percentual	Quantidade	Valor	Total
15	C	50,0%	5,0	55,0	11.655,00

750	B	30,0%	2,5	1.600,0	11.600,00
10000	A	20,0%	1,0	10.000,0	10.000,00

Estoque	Custo UN	Quantidade	Separação	%valor	%Acum	Grupo
Administrativo	40,0	3	1	0,0034	0	C
Manutenção	750,0	2	2	0,0644	0	B
Insumo	10.000,0	1	3	0,8580	0	A
Matéria Prima	850,0	1	4	0,0729	0	B
Outros	15,0	3	5	0,0013	0	C

Fonte: Criação nossa (2021)

A tabela acima demonstra a classificação dos estoques conforme o custo dos materiais com relação a um item aleatório dentre os tipos de estoque. O item de estoque de insumo está classificado no grupo **A**, nesse grupo estão os itens de maior valor unitário e representam 20% da quantidade total do estoque geral. Já o item na tabela do estoque de manutenção e matéria prima estão no grupo **B** e representam cerca de 30% de todo

estoque. Enquanto, o item do estoque administrativo representa 50% do saldo de estoque total, sendo o de menor custo por item e classificado no grupo C.

Conforme Nogueira pode-se realiza o cálculo de consumo médio mensal (CMM) por meio da curva ABC. Com esse cálculo pode-se encontrar outros indicadores importantes para o controle dos ativos, como por exemplo, perceber o tempo médio do ciclo de entrada e saída dos materiais, observar sazonalidades em um determinado período.

Encontra-se o consumo médio em um período 12 meses calculando a razão entre o total do consumo de cada produto durante os meses pelo total de meses da seguinte maneira:

Consumo Médio

CMM= soma do item consumido (12 meses)

12

Obtendo o resultado do cálculo de consumo médio mensal pode-se verificar em quais meses ocorreram custos e demandas muito acima da média e identificar as causas para traçar estratégias de diminuição de custos e observar se são recorrentes nos anos, analisar os níveis de estoques da empresa e o necessário para o período e verificar com antecedência a disponibilidade dos fornecedores em atenderem à demanda.

Estoque médio

Dias (2005, p. 59), explica que “o estoque médio é o nível de estoque em torno do qual as operações de compra e consumo se realizaram”. Uma das formas de calcular o estoque médio (EM) é somando o estoque inicial com o estoque final e dividir por 2, conforme:

EM= estoque inicial + estoque final

2

De acordo Muniz, em “um conjunto de N valores, representado $X: \{ x_1+x_2+x_3+x_4 \}$, usualmente representado pela soma” dos elementos de X ou dos itens do período sobre o número de período, por exemplo:

FIGURA 1- ESTOQUE MÉDIO

A média dos números {3, 2, 5, 7, 10} é:

$$\bar{X} = \frac{3+2+5+7+10}{5} = \frac{27}{5} = 5,4$$

Fonte: MUNIZ, (s/d, p. 271)

Estoque médio mensal

EMM= total de item (12 meses)

12

Outros cálculos importantes no gerenciamento de ativos da conta estoquem são giro anual de estoque em quantidade, giro de estoque em custos, giro de estoque em número de dias, cobertura de estoque. Esses índices podem ajudar no planejamento e controle de nivelamento dos ativos.

Cálculo da rotatividade de estoque:

- Giro de estoque de produtos acabados

De acordo Martins e Campos et al (2003, p. 159), “o giro de estoques mede quantas vezes, por unidade de tempo, o estoque se renovou ou girou”, ou seja, para calcular o giro de estoque (GE) de produtos acabados pode-se dividir o total de vendas no ano pela média anual de estoque:

GE= total unidades vendidas

estoque médio

- Custo médio

Francischini e Gurgel (2002), explicam que para encontrar o custo médio simplesmente divide-se o valor financeiro do custo total em estoque pela quantidade total dos itens em estoque.

Custo médio= $\frac{\text{valor total em estoque}}{\text{quantidade em estoque}}$

- Giro financeiro com estoque

O cálculo de giro financeiro de estoque permite ao gestor ter uma previsão do capital necessário por ano para compras dos produtos e materiais. Para tanto, pode-se dividir o total de custos de materiais investidos no ano pela média de custo financeiro do estoque médio. Como se segue abaixo:

GF= $\frac{\text{valor financeiro total investido anualmente}}{\text{valor médio financeiro investido anual}}$

- Cobertura de estoque

A cobertura de estoque (CE) ou tempo de reposição (TR) em dias permite anteceder quanto tempo em dias o material permanece em estoque e por quanto tempo pode suprir as necessidades. Com isso, pode-se traçar estratégias de gestão de custo, evitando superlotação ou falta de materiais e insumos em estoque.

CE= $\frac{\text{estoque médio}}{\text{consumo médio}}$

- Estoque mínimo

Para calcular o estoque mínimo necessário deve-se identificar o consumo médio diário exigido e dividir pelo tempo de reposição.

Estoque Mínimo= $\frac{\text{consumo médio diário}}{\text{tempo de reposição}}$

- Estoque máximo

O estoque máximo pode ser calculado considerando o estoque mínimo mais o lote de reposição. O lote de reposição é a média de consumo pela frequência em que os materiais são comprados.

Estoque máximo= estoque mínimo + lote de reposição

Lote de reposição= média de consumo

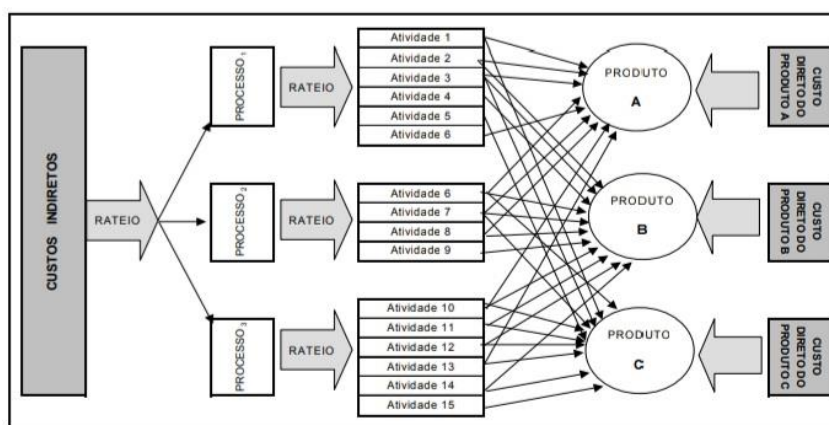
frequência de compra

Frequência média de compra= média de compra no período

4.1.2 Custeio ABC

Para Nakagawa (2001, p. 29, apud SINISGALLI et al, 2009, p. 334) “o ABC é um método de análise de custos, que busca rastrear os gastos de uma empresa para analisar e monitorar as diversas rotas de consumo de recursos.”

FIGURA 1- ESQUEMA DE CUSTEIO ABC PARA 3 PROCESSOS, 15 ATIVIDADES E 3 PRODUTOS.



Fonte: Ademir Clement (2004, p. 67)

“O ABC tem o seu foco nas atividades e não nos produtos, o que ajuda a evitar as distorções nas informações do custo do produto, que surgem quando da utilização do custeio tradicional, e proporciona uma informação de custo mais precisa.” (SINISGALLI et al, 2009, p. 334).

4.1.2 Lean accounting

Lean Accounting é o mesmo que Contabilidade Enxuta foi originado e aperfeiçoado do Sistema Toyota de Produção de 1950 que objetivava produção em massa com total economia.

Após o sucesso irrefutável da Toyota e a evidenciação dos benefícios do STP, foi criado, então, o termo lean entre os pesquisadores da área (ou enxuto, traduzindo ao português), para identificar toda a filosofia e os princípios que alicerçam este novo sistema de gestão, que passou a ser nomeado de Lean Production, em português produção enxuta. (COSTA, 2019, p. 12).

Com a finalidade de redução dos custos e diminuir os desperdícios principalmente em estoques acumulados, atrasos de produção e tempo ocioso a gestão Lean:

[...] busca possibilitar que o sistema produtivo apresente elevados padrões de qualidade e responda de forma flexível e rápida às flutuações de mercado, de modo mais alinhado ao valor enxergado pelo cliente. Ele propõe, dentre outros fatores, a possibilidade de elevação dos lucros de uma organização por meio da redução dos custos e mitigação de desperdícios, tais como estoque acumulado, atrasos de produção e tempo ocioso. (COSTA, 2019, p. 12).

4.1.3 Supply Chain Management (SCM, Gestão de cadeia de suprimento)

A gestão de cadeia de suprimentos SCM busca gerir e minimizar os custos de maneira ampla em todas as etapas da cadeia de suprimentos, desde a relação com os fornecedores, armazenamento e distribuição de materiais. Ressalva-se que o sistema SCM mesmo minimizando os custos dentro da cadeia de abastecimento procura manter o valor de qualidade do produto a custos mínimo.

Para surtir efeito o sistema de SCM deve considerar a elaboração do ciclo de estoques, inventário de estoques de segurança e inventário de estoque sazonal.

4.1.3 Documentos estratégicos de controle de estoques

Quantos aos documentos da pesquisa e que auxiliam na realização de análises para tomadas de decisões na gestão de estoques destacam-se: FEI (Fichas de especificações de Insumos e Matérias Primas), FIFO (First In, First Out) conhecido como o PEPS (Primeiro que Entra, Primeiro a Sair), RIM (Requisição de Materiais), Sistemas informatizados de Pedido de Compras e de registro de cotações de materiais por fornecedores, registro de cadastro de fornecedores, registro de não conformidades de materiais, procedimento de recebimento, procedimento de compras e aquisição, registro de ocorrências, procedimento de armazenamento de materiais e produtos, registro de validade, registro de monitoramento de ambiente e registro de identificação de materiais e produtos.

As indústrias químicas e alimentícias devem elaborar alguns documentos pertinentes aos produtos. A FEI deve conter dados e informações importantes com exigência legal sobre o material ou produto acerca da sua composição físico químico e grau de risco. Essas informações ajudam na classificação do tipo de estoque e identificar a maneira adequada de armazenamento e controle de temperatura e umidade do ambiente de armazém. Para tanto deve-se consultar os órgãos reguladores da atividade de produção, movimentação e armazenamento desses produtos.

O FIFO pode ser desenvolvido em formato de formulário ou sistema com a finalidade de registrar a ordem de chegada e de saída dos materiais, assim como quantidade movimentada. Deve conter principalmente a quantidade e data de chegada e saída, o código do produto e a quantidade disponível em estoque.

5 ESTRATÉGIAS DE CUSTOS DE ESTOQUES NA EMPRESA PESQUISADA

A empresa na qual foi desenvolvida essa pesquisa respondeu quais as técnicas são utilizadas na gestão de estoque quanto as estratégias utilizadas para manter saldos em estoques de maneira eficiente e evitar gastos desnecessários com o gerenciamento de materiais. As perguntas foram do tipo abertas permitindo que os entrevistados respondessem de maneira que lhes conviessem, conforme se segue as perguntas sequenciadas da primeira a décima:

Perguntas e respostas:

1º- Considera que a empresa tem um gerenciamento que contribui para diminuir os custos com a gestão de estoque de materiais?

Resposta: Sim. Esse é um problema complexo que se exige prática e bastante esforços de todos envolvidos para que de fato as decisões tomadas durante esse processo evitem gastos necessários e não ao contrário.

2º- Realiza controle da sua periodicidade, quantidade e reposição?

Resposta: Sim.

Essa questão sobre a periodicidade, quantidade e reposição é muito importante. Porque determinados materiais tem validade para manter a sua qualidade, por isso observar os prazos de validade e garantias dos materiais são necessários para o controle de estoque e evitar perdas pela sua não observação. Principalmente, quando a empresa utiliza o método de controle estoque Primeiro que Entra Primeiro de Sai (PEPS) deve-se atentar a ordem de chegada dos materiais e a ordem de liberação dos materiais pautados na definição de que o primeiro material que entra no estoque deve ser o primeiro a sair.

A quantidade de materiais necessários em estoque é essencial para evitar faltas de recursos necessários a continuidade das atividades industriais e comerciais, sejam elas produtivas ou administrativas, todas necessitam de materiais ao seu tempo oportuno para que as atividades não parem e tragam prejuízos pela falta de entradas de recursos provenientes a essas atividades. Por isso, ter atualizado as quantidades de materiais em estoques é de extrema importância para saber o momento necessário de reposição e aquisição de materiais, evitando consequências negativas economicamente e financeiramente pela falta de reposição.

3º- Quais estratégias de gestão de custo de colocação de pedido?

A gestão de custo de colocação de pedido tem por finalidade evitar eventuais geração de custos desnecessários na colocação de pedidos de compras de materiais. Observar as descrições e especificações dos produtos requeridos pelos departamentos, verificando se estão claras as informações e autorizados para realizar as devidas cotações. Somente realizar as compras após aprovados pelos chefes responsáveis e com a certeza de que os materiais atendem as necessidades de qualidade e finalidade, evitando compras de produtos errados.

4º- Como é realizado gestão de custos de desconto de preços?

Resposta: É feito no mínimo três cotações e escolhida a com preço mais baixo para os produtos e materiais com a mesma qualidade e referência, além disso é solicitado desconto ao fornecedor. Deve ter condições para faturar com prazo de pagamento no mínimo superior aos prazos de entradas de receitas.

É sabido que no mercado existem produtos e materiais com as mesmas especificações, em que, muitas vezes tem grande diferença no preço do material e custos de entrega e instalação quando necessários.

A gestão de custos de desconto de preços proporciona ganhos econômicos para a empresa por realizar mais de uma cotação do mesmo produto e materiais para evitar gastos com produtos superfaturados. Assim, a empresa pode se beneficiar financeiramente. Por muito mais que obter descontos em aquisição de compras devido a grande quantidade do pedido, mas por além disso, realizar várias cotações para saber qual o preço de fato de mercado e quais as melhores vantagens de prazos de pagamentos e custos de entregas.

5º- É importante fundos financeiros para manter os estoques?

Resposta: Sim

Os fundos financeiros proporcionam reservas de capital e de investimentos para que a empresa possa fazer uso em momento de dificuldade e falta de caixa.

6º- Existe gestão de custo de armazenagem?

Resposta: Sim, a gestão de custo de armazenagem contribui para a eficiência dos custos durante as realizações de armazenagens dos materiais. Armazenando o estoque necessário de segurança.

7º- Existe gestão de custos associados à armazenagem física dos bens locação, iluminação e climatização do armazém, juntamente com seguro?

Resposta: em parte sim.

8º- Existe gestão de custos de obsolescência de materiais em estoque?

Resposta: Sim, o controle de obsolescência de materiais evita minimizar despesas desnecessárias ao prevenir os gastos dos materiais com manutenção.

9º- Existe uma política de pedidos que envolvem a solicitação de quantidades?

Resposta: Sim

As quantidades de compras são determinadas com base nas necessidades dos materiais dentro de um determinado período. Definido pelos chefes dos departamentos com o financeiro.

Existem produtos que as quantidades são determinadas observando-se os estoques mínimos e máximos. Outros são determinados conforme surgem as necessidades eventuais e não recorrentes, mas importante para a conclusão de algum projeto ou investimento.

Além dessas nove perguntas foi questionado uma décima pergunta para que respondessem os casos que poderiam prejudicar econômica e financeiramente a empresa trazendo gastos com despesas desnecessárias no gerenciamento dos custos de gestão de estoques, conforme se segue:

10º- Quais as causas que trariam ou trazem gastos desnecessários na aquisição, reposição e controle de saldos de segurança caso a empresa não adotasse estratégias preventivas e quais as estratégias adotadas para evitar danos financeiros no gerenciamento de estoque?

Resposta:

Nos processos de solicitação de pedidos e aquisições de materiais os erros referentes às especificações de materiais e a não descrição completa das especificações e finalidade do material, a não realização de mais de duas cotações com fornecedores diferentes dos mesmos materiais, a não observação dos prazos de validade de certos produtos especiais em estoques e o não controle da ordem das entradas e saídas de produtos são alguns dos motivos que acarretam danos materiais econômicos e financeiros para a corporação, porque aumentem os gastos e despesas desnecessárias, trazendo prejuízos ou diminuição na lucratividade.

Quanto as estratégias para evitar esses danos financeiros na gestão de estoques deve-se observar os procedimentos e normalização quanto aos procedimentos de compras, recebimento, armazenamento, controle, liberação e reposição de materiais.

Utilizar-se dos sistemas para aprovação de colocação de pedidos para cotação e compras. Realizar corretamente as descrições e especificações dos materiais para

cotação. Realizar no mínimo três cotações de fornecedores diferentes para a compra dos mesmos produtos, essa atividade tem sido umas das principais na gestão de custos de estoques, evitando saídas altamente desnecessárias e danosas de receitas em compras de materiais com preços justos e com descontos, evitando as armadilhas de comprar materiais com preços acima do praticado no mercado.

Conferir os produtos nos recebimentos e na liberação quanto às descrições, se atendem ao solicitado. Registrar as datas de entrada e as ordens de saída dos materiais quando estes forem controlados pelos métodos de controle “primeiro que entra é primeiro que sai”. Observar diariamente os ambientes de armazenamento verificando se há riscos aparentes que cause danos aos estoques e solicitar aos responsáveis a imediata solução do problema. A gestão econômica financeira de estoques devem abranger todos os níveis de atividades que se relacionam com os materiais, sejam materiais do planejamento de produção (PCP), sejam materiais administrativos ou de manutenção.

6 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Sendo assim, ao analisar os dados e informações obtidos por meio dessa pesquisa pode-se definir algumas estratégias econômicas financeiras para gestão de custos de estoques, como: implementação e utilização de sistemas com aplicação de cálculos da curva ABC para gerenciamento e controle dos custos e estoques e/ou sistema de custeio ABC; sistema de gestão Supply Chain Management, elaboração de documentos de padronização de estratégias de controle de custo e de colocação de pedidos; estratégias de descontos de preços, estratégias de custos de recebimento e armazenamento de estoques; estratégias de custos de cotação e estratégias de custos de aquisição; estratégias de custos de reposição de estoques.

Como demonstrado pela empresa em questão e pelos autores que fundamentaram esse trabalho a gestão de estoque traz benefícios econômicos e financeiros para as instituições ao procurar economizar e operacionalizar os recursos materiais, os espaços de armazenagem, assim como buscar melhores oportunidades de preços com os fornecedores.

Contudo, diante das observações sugere-se que a empresa pesquisada possa realizar uma análise e avaliação dos métodos de gestão de custos de estoques e dos instrumentos de sistemas de gerenciamento de estoques para verificar se atendem aos objetivos estratégicos da organização e se novos métodos de gestão de custos são mais

vantajosos por proporcionarem melhores eficiências e eficácia na minimização dos custos na Governança de Estoques.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Elaborar estratégias econômicas financeiras corporativas de gestão de estoques é de suma importância para qualquer organização que deseja se manter sustentável no atual mercado cada vez mais competitivo, preços desonestos e desleal, visto que, as estratégias objetivam minimizar custos e gastos desnecessários no gerenciamento de estoques de materiais. Pois possibilitar a empresa evitar danos financeiros ao comprar de fornecedores confiáveis produtos a preços justo e não superfaturados, obtendo descontos e vantagens financeiras ao controlar as reposições de estoques, observando e escolhendo as melhores cotações de mercado.

Outra observação considerável é que as estratégias econômicas financeira de gestão de estoques ao levar em consideração as circunstâncias do ambiente interno da organização relacionadas diretamente com os estoques consegue definir eficientes estratégias para aquisição, armazenamento, liberação e reposição de materiais em estoques com menores custos possíveis mantendo a qualidade dos materiais e evitando aumento de gastos financeiros, possivelmente, evitáveis.

Os profissionais da gestão de estoque para ter uma visão condizente com a realidade da necessidade da organização em relação aos estoques devem ter uma relação interpessoal com todos os setores e departamentos da empresa, obtendo deles informações quanto a necessidade de cada material e elaborar e definir com o apoio dos gestores as quantidades de estoques mínimos e máximos e as necessidades e critérios de reposições. Deve-se conhecer os ambientes de armazenagem, possibilitar que os níveis de estoques sejam atualizados automaticamente e a sua capacidade de armazenamento. Assim, poderá traçar estratégias de gestão de custos de colocação de pedidos, de descontos de preços, de falta de materiais, de armazenamento e de obsolescência.

Percebe-se que a gestão econômica e financeira na manutenção de estoques de materiais e produtos é importante para a empresa pesquisada, pois das nove perguntas pertinentes a gestão estratégica econômicas financeiras de custos no gerenciamento de saldos de estoques, as nove foram positivas quanto à prática de controle dos saldos em estoques alinhado a gestão de custos financeiros, representando 99,99% do total das nove estratégias elaboradas.

Os custos das atividades são as causas que absorvem todo o orçamento, pois estar atrelado as atividades que requerem a aquisição de qualquer recurso pela empresa. Qualquer compra mal feita ou que realize gastos que poderiam ser evitados ou economizados podem acarretar em grandes prejuízos econômicos e financeiros, além de dificultar o mantimento de estoques de materiais. Por isso, ao realizar a gestão econômica financeira de estoque é necessário definir os custos de aquisição de materiais e escolher a melhor cotação levando em consideração as especificações dos materiais, qualidade e custos.

Portanto, a gestão dos custos de saldos de estoques suficientes alinhados aos conceitos econômicos e financeiros são essenciais para a saúde financeira das empresas de qualquer ramo e seguimento de mercado.

REFERÊNCIAS

BORGES, T. C; BORGES, E. C; CAMPOS, M. S. Implantação de um sistema para o controle de estoques em uma gráfica/editora de uma universidade. Revista Eletrônica Produção & Engenharia, v. 3, n. 1, p. 236-247, Jul./Dez. 2010.

Disponível em:<

http://www.revistaproducaoengenharia.org/arearestrita/arquivos_internos/artigos/03_Fo rmatacao_COD_205.pdf> Acesso em 19 mai 2021.

CHIAVENATO, I. Evolução do pensamento estratégico: a origem e evolução do pensamento estratégico. Disponível em:<

https://www.ets.ufpb.br/pdf/2013/2%20S1%20Gestao%20Estrategica%20-%20IFES/04%20CHIAVENATO_Planejamento%20estrategico.pdf> Acesso em 10 de mai de 2021.

COSTA, V. Análise do impacto dos sistemas de custeio no processo decisório. 2019 Dissertação (Mestrado em Contabilidade) -Faculdade de Ciências Contábeis, Universidade Federal da Bahia, Salvador. Disponível em:

<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/30500/1/Dissert_VicenteCosta_Analise-do-Impacto-dos-Sistemas-de-Custeio_UFBA_2019.pdf> Acesso em 22 mai. 2021.

CRUZ, A. P; DACOL, S; REBELO, L. Gestão estratégica e gestão financeira em uma empresa do pólo industrial de manaus: Análise da articulação entre o sistema financeiro corporativo e a administração do negócio. In: ENCONTRO NACIONAL DE ENGENHARIA

DE PRODUÇÃO, 28º, 2008, Rio de Janeiro. Disponível em:
<http://www.abepro.org.br/biblioteca/enegep2008_tn_sto_075_530_11354.pdf> Acesso em 19 mai 2021.

DANDARO, F; MARTELLO, F. L. Revista Gestão Industrial, Curitiba, v. 11, n. 2, p.170-185, 2015. Planejamento e controle de estoque nas organizações. Disponível em:
<<https://periodicos.utfpr.edu.br/revistagi/article/view/2733>> Acesso em: 20 dez de 2020.

DIAS, Marco Aurélio P. Administração de materiais: princípios, conceitos e gestão. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FRANCISCHINI, P. G; GURGEL, F. A. Administração de materiais e do patrimônio. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

FREITAS, R; CARPES A.M. et al. A gestão de estoque nas organizações: uma análise crítica entre a iniciativa pública e a privada. Revista de Gestão do Unilasalle, Canoas, v. 9, n. 1, 2020. Disponível em:
<<https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/desenvolve/article/download/5663/pdf>> Acesso em 20 fev 2021.

FREITAS, H.; JANISSEK, R.; MOSCAROLA, J. Análise qualitativa em formulário interativo: rumo a um modelo cibernético conjugando análises léxica e de conteúdo. CIBRAPEQ- Congresso Internacional de Pesquisa Qualitativa, 24 a 27 de março, Taubaté/SP, 2004. Poster e Workshop. 16 p.. Disponível em:
http://www.ufrgs.br/gianti/files/artigos/2004/2004_156_CIBRAPEQ.pdf Acesso em 23 mai 2021.

GIL, A. C. Como elaborar projetos de pesquisa. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

KIREMIRE, Ankunda . The Application of the Pareto Principle in Software Engineering. Louisiana Tech University. Disponível em:
<http://www2.latech.edu/~box/ase/papers2011/Ankunda_termpaper.PDF> Acesso em 20 mai 2021.

LUDKE, M; ANDRÉ, M. E. D. A. Pesquisa em educação: abordagens qualitativas. São Paulo: Pedagógica e Universitária, 1986. 99p.

MOREIRA, D. Administração da produção e operações. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2004.

MUNIZ, S.R. Introdução à análise estatística de medidas. USP. S/D. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/169799/mod_resource/content/0/Introducao_Estatistica_plc0016_14.pdf> Acesso em 28 mai 2021.

PÓVOA, B. B; CHAVES, G. de L. D. Revista Gestão Industrial, v. 10, n. 3, 2014. Ponto de ressuprimento para materiais com demanda sazonal e aleatória: o caso de uma empresa de grande porte. Disponível em: <<https://periodicos.utfpr.edu.br/revistagi/article/view/1853/1868>> Acesso em 21 dez de 2020.

SANTOS, C. O. S.; LOURENÇO, D. M.; SILVA, T. F. Planejamento estratégico empresarial. Planejamento Estratégico Empresarial, v. 16, p. 1-5, 2009.

SAMBIASE, M; KLEMENT, C; BARBOSA, C. Gestão Estratégica: sustentabilidade e desenvolvimento empresarial. Ed. Mackenzie, São Paulo, 2017, p 1-124.

SEVERINO, A. J. Metodologia do Trabalho Científico. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVEIRA, D. F; CÓRDOVA, F. P. Métodos de Pesquisa. 2009. Universidade Aberta do Brasil – UAB/UFRGS. 120p. Porto Alegre.

Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/cursopgdr/downloadsSerie/derad005.pdf>> Acesso em 23 mai 2021.

SINISGALLI, E. S. L.; URBINA, L. M. S.; ALVES, J. M. O custeio ABC e a contabilidade de ganhos na definição do mix de produção de uma metalúrgica. Produção, v. 19, n. 2, p. 332-344, 2009. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/prod/v19n2/v19n2a09.pdf>> Acesso em 22 mai 2021.

JULGAMENTO DE SIEGFRIED ELLWANGER CASTAN. LIBERDADE DE EXPRESSÃO VS. LIBERDADE DE CRENÇA

JHONATA BIGAS: Bel. em Direito (UNIARP), Téc. em Informática (SENAI). Certificado em diversos cursos pela ENAP, Senado Federal, Academia Nacional de Polícia, TCU, ENDC, CGU, Stanford e ONU. Pesquisador nas áreas de Direito público e Gestão Pública, Servidor Público Municipal.

RESUMO: O presente trabalho visa deslumbrar tema "Julgamento de Siegfried Ellwanger Castan", perante ao Supremo Tribunal Federal, ocorrido no ano de 2003, o qual causou grande repercussão nacional, principalmente na comunidade Judaica. Iniciando desde sua história e trajetória como pessoa, passando por acontecimentos em sua vida. Aprofundando também trechos de suas publicações, tinham o propósito de espalhar o antissemitismo, ou seja, o ódio e preconceito aos judeus, imputando-lhes pelos acontecimentos ocorridos na Segunda Guerra Mundial, passando pelos aspectos jurídicos referentes ao crime de racismo, tanto na Constituição Federal, bem como leis esparsas que tratam do tema. Sendo também recordado o julgamento em primeira e segunda instâncias, até chegar no Superior Tribunal de Justiça, e por fim no STF, sendo também explanado suas consequências para o direito brasileiro. Por fim, apresentar-se-á a conclusão de todo o trabalho exposto.

Palavras-chave: Racismo, crime, Holocausto, julgamento, Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The present work aims at highlighting "Judgment of Siegfried Ellwanger Castan", before the Federal Supreme Court, in 2003, which caused great national repercussion, mainly in the Jewish community. Starting from its history and trajectory as a person, passing through events in his life. In addition to extracting excerpts from their publications, they were intended to spread anti-Semitism, ie, hatred and prejudice against the Jews, and accused them of events in World War II, through the legal aspects of the crime of racism, both in the Federal Constitution, as well as sparse laws dealing with the subject. Also, being remembered the judgment in first and second instances, until arriving at the Superior Court of Justice, and finally in the STF, being also explained its consequences for Brazilian law. Finally, the conclusion of all the work presented will be presented.

Key-words: Racism, crime, Holocaust, trial, Supreme Federal Court.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Siegfried Ellwanger Castan; 3. Antissemitismo; 4. Aspectos Jurídicos; 5. Condenação; 6. Conclusão; 7. Referencias.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre o tema “Julgamento de Siegfried EllwangerCastan”, o qual após a publicação de livros sobre a Segunda Guerra Mundial, tema esse havia feito profundas pesquisas, com ênfase no Holocausto, e a vidanos campos de concentração nazifascistas na Alemanha e Polônia, chegando a visitar esses locais, isso retratado em um de seus livros, a seguir citado.

Ele foi denunciado pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, sob a suspeita da prática do crime de racismo, onde foi absolvido em primeira instância, e condenado em segunda, recorreu também ao Superior Tribunal de Justiça, impetrando um *habeas corpus*, o qual lhe foi indeferido, sendo mantida a decisão do TJRS.

Diante de tal negativa, recorreu ao Supremo Tribunal Federal, onde após sessões suspensas e marcada por debates, a corte também lhe negou *habeas corpus*, sendo mantida aquela condenação em segunda instância. O julgado teve grande repercussão na imprensa nacional e internacional, haja vista que tal crime cometido é combatido com veemência por organismos internacionais.

2. SIEGFRIED ELLWANGER CASTAN

Siegfried Ellwanger Castan, foi um escritor brasileiro, nascido no final da década de 1920, no município gaúcho de Candelária, sendo encontrados poucos dados referentes a sua educação, bem como formação. Ao completar a maioridade Ellwanger, serviu como no Corpo de Fuzileiros Navais da Marinha do Brasil, instituição, a qual permaneceu durante 3 anos. Após isso trabalhou em indústrias, até se tornar empresário.

Ellwanger era crítico ao sistema político americano, tendo visões contrárias e com isso era grande admirador de Fidel Castro, e outros regimes comunistas ao redor do mundo. Ele passou a se dedicar integralmente a pesquisas sobre a segunda guerra mundial, em especial sobre os campos de concentração nazifascista na Alemanha e Polônia, exaltando as execuções nas câmaras de gás, tendo livros sobre o tema. Por fim, ele ainda foi filiado ao Partido Socialista Brasileiro.

3. ANTISSEMITISMO

Antes de conhecermos, as acusações propriamente contra Ellwanger, precisamos ter em mente a palavra antissemitismo, ou seja, ódio e preconceito ao povo judeu. Etimologicamente, a palavra antissemitismo significa “aversão aos semitas” que, de acordo

com a Bíblia cristã, são os descendentes de "Sem", o filho mais velho de Noé. Os semitas, ainda englobam outras etnias como os hebreus e fenícios.

No entendimento doutrinário, podemos aprofundar:

Na era cristã a situação dos hebreus não sofreu qualquer melhoria. Os judeus foram considerados por um grande tempo como aqueles que traíram Jesus por dinheiro. A realidade teológica perdeu-se com o passar dos anos em uma invenção que faz com que, até hoje, Judas, o judeu, seja sinônimo de ganância e traição perante muitos cristãos (FINZI, 1999, p. 13). O batismo cristão tornou-se obrigatório para os judeus em Bizâncio (632), França (633) e Espanha (613). Sinagogas foram destruídas ou confiscadas em Minorca em 418, Ravena em 495, Gênova em 500, entre outros locais, e os judeus destas cidades foram obrigados a se converterem ao cristianismo (DE LANGE apud MESSADIÉ, 2003, p. 154).

Em seus livros, Ellwanger, exaltou por várias vezes, o Holocausto¹¹², episódio da Segunda Guerra Mundial, arquitetado pelo líder nazista Adolf Hitler, onde foram executados aproximadamente 1 milhão de judeus, nos campos de concentração, sendo o principal deles Auschwitz, na Polônia. Dentre outros acontecimentos naquele período, os quais são amplamente citados em seus livros, e conseqüentemente causando polêmica, ainda mais no Brasil, o qual combateu veemente as forças nazifascistas, libertando parte da Itália dominada por aquele regime. Mesmo na região sul, onde encontramos boa parte da população descendente de alemães e italianos, seus livros causaram polêmicas.

Dentre os livros, citamos um deles, a seguir, onde Ellwanger, exalta o campo de concentração em Auschwitz:

[...] o lema de todos os campos era 'Arbeit Macht Frei' - O trabalho liberta - Devo citar que os pavilhões do campo de concentração de Auschwitz, onde estive em 1985 durante dois dias, são transcorridos mais de 40 anos de sua construção, mais resistentes, melhor construídos e em melhor estados (sic) que os pavilhões do Corpo de Fuzileiros Navais, da ilha das Cobras, no Rio de Janeiro, onde servi de 1946/48. Não quero dizer com isto que os pavilhões

¹¹² A palavra holocausto é de origem grega *holos* (todo) e *kaustro* (queimado). Do hebraico *Shoá* (a catástrofe). Disponível em: < <https://www.significados.com.br/holocausto/> >. Acesso em: 26/10/2018.

dos fuzileiros fossem maus; quero apenas dizer que os pavilhões de Auschwitz são excelentes! (CASTAN, 1987, p. 148).

4. ASPECTOS JURIDICOS

Importante salientar que nossa Constituição Federal, no seu "art. 5º, XLII, já preceitua que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei" 113. Nos atentamos ainda a Lei 7.716/89, que trata sobre os crimes resultantes de preconceito de raça ou de corem específico:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97).

Pena: reclusão de um a três anos e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97).

Atentamos novamente a nossa Carta Magna, a qual também prevê o direito a crença no seu art. 5º inciso VI, inclusive garantindo e protegendo o livre exercício dos cultos religiosos. Além disso, o direito a crença, vem muito antes do Direito Positivado, defendida por correntes jusnaturalistas, que o direito a crença já nasce com o homem.

Denotamos ainda que a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, adotada e ratificada no Brasil pelo Decreto 65.810/69, assim nos ensina:

1. Nesta Convenção, a expressão "discriminação racial" significará qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.

[...]

4. Os Estados partes condenam toda propaganda e todas as

113 BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. 1ª Ed. Câmara dos Deputados: Brasília, 2018, p 11.

organizações que se inspirem em ideias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo tendo em vista os princípios formulados na Declaração universal dos direitos do homem e os direitos expressamente enunciados no artigo 5 da presente convenção, eles se comprometem principalmente:

5. CONDENAÇÃO

Ellwanger, foi denunciado pelo Ministério Público Gaúcho, em 14 de novembro de 1991, em específico na 8ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre, onde fora absolvido. Já em 31 de outubro de 1996, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o condenou a 2 anos de reclusão, com o benefício do *Sursis*.

Posterior Ellwanger, impetrou um *Habeas Corpus*, no Superior Tribunal de Justiça, o qual foi negado pela 5ª Turma. Sua defesa alegou o que o povo judeu, não seria uma raça, mas sim um povo, alegando prescritibilidade, tese essa refutada, tendo que em vista que o próprio trecho constitucional acima mencionado, já prevê a imprescritibilidade de tal crime.

Já no Supremo Tribunal Federal, Ellwanger impetrou outro *Habeas Corpus* que sob nº 82.424, foi um dos mais comentados na história daquela Corte, sendo marcado por debates e suspensões da seção até seu julgamento final, esse em 17 de setembro de 2003.

O Relator Ministro Moreira Alves, disse em seu voto:

No seu voto, o ministro Moreira Alves chegou à conclusão de que os judeus não podem ser considerados uma raça, ao citar extensa literatura sobre o tema "racismo". Assim, o ministro concedeu a ordem, entendendo que o crime de racismo não alcança toda e qualquer forma de preconceito ou discriminação, devendo merecer interpretação estrita.

O ministro declarou extinta a punibilidade de Ellwanger, pois já teria ocorrido a prescrição do crime. Ainda de acordo com o ministro, o crime não pode ser qualificado como delito de racismo.

Divergindo do posicionamento do relator, o Ministro Maurício Corrêa, assim explanou:

Seja porquê o conceito de raça não pode resumir-se à semelhança de características físicas, devendo ser adotada em suas mais diversas formas, seja porquê - como é notório - a doutrina nazista defendida e incentivada pelas publicações, não só reputa aos judeus uma raça, como baseia todo o seu segregacionismo nessa convicção.

Afirmando também, que Ellwanger, em suas publicações queria imputar os judeus a existência do Holocausto, disse também que tal constituía sim o crime de racismo, o qual já teve seu dispositivo legal supramencionado.

Após entraves naquela instancia extraordinária, em 17 de setembro de 2003, finalmente foi julgado o *Habeas Corpus* que sob nº 82.424, e com isso colocando termo a uma batalha incansável que culminou em manter a condenação do TJRS em desfavor de Ellwanger.

O STF, assim decidiu:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (, artigo 5º XLII
2. Aplicação do princípio da prescribibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa.
3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele,

formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.

4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéicas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País.

6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energeticamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o antissemitismo.

7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.

8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional

do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.

9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanosque simbolizem a prática de racismo.

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antissemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam.

11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso.

12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências graves que o acompanham.

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem

ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF Art. 5º § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoá sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.

STF - HC 82424 RS. Relator MOREIRA ALVES. Data de julgamento 17/09/2003, Tribunal Pleno. Data de publicação: 19/03/2004.

5. CONCLUSÃO

Com o trabalho acima exposto, podemos concluir que Siegfried Ellwanger Castan, ao aprofundar seus estudos sobre a Segunda Guerra Mundial, em específico sobre o Holocausto, e vida nos campos de concentração, e após escrever seus livros, trouxe à tona um terrível episódio da história mundial, e quedeixou marcas e consequências que ainda são sentidas em muitos países.

Ellwanger, em seus livros, explanava que o Judeus, seriam os verdadeiros culpados pelo Holocausto, defendendo com veemência os ideais nazifascistas, tanto pregado pela Alemanha e Itália, ideais esses totalitários, onde a raça ariana é superior a todas as outras, e por isso essas deveriam ser extintas do planeta, fazendo com que estimados 47 milhões de pessoas, entre militares, civis e prisioneiros de guerra tenham perdido sua vida.

É inadmissível que judeus sejam culpados por todo aquele terrível período, ainda mais tal tese disseminada no Brasil, país que combateu o nazifascismo na Itália, trazendo a liberdade novamente a aquele país. E posteriora guerra recebendo refugiados judeus que tentavam uma vida nova, após terem sobrevivido a um dos períodos mais sangrentos da história mundial.

O Supremo Tribunal Federal, fundamentando sua decisão na legislação brasileira, sendo essa mencionada neste feito, negou o *Habeas Corpus*, em favor Ellwanger, e com isso mantendo sua condenação em segunda instância, e assim ficando explícito que mesmo a liberdade de expressão sendo um direito constitucional, a liberdade de crença, também é, e devem ser observados limites legais éticos para que aquela não venha ferir esta.

O julgamento de Ellwanger, teve grande repercussão na mídia nacional e internacional, bem como na comunidade judaica, ficando claro que independente de tudo devemos respeitar as crenças religiosas, nos ensinando que o passado fez coisas horríveis com a crença, e que jamais devemos repeti-las.

6. REFERENCIAS

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7716.htm>. Acesso em: 26/10/2018.

_____. **Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9459.htm>. Acesso em: 26/10/2018.

_____. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/decreto/1950-1969/D65810.html>. Acesso em: 26/10/2018.

CASTAN, Siegfried Ellwanger. **Holocausto: Judeu ou alemão**. Porto Alegre: Revisão Editora Ltda, 1987.

SIGNIFICADOS. **Significado de Antissemitismo**. Disponível em:
<<https://www.significados.com.br/antissemitismo/>>. Acesso em: 26/10/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Julgamento sobre racismo no STF é marcado por debates**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=60327>>. Acesso em: 26/10/2018.

_____. **Maioria do STF nega Habeas Corpus a editor condenado pelo crime de racismo.** Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=60758>>. Acesso em: 26/10/2018.

_____. **STF nega Habeas Corpus a editor de livros condenado por racismo contra judeus.** Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=60327>>. Acesso em: 26/10/2018.

IZIDORO, Taynara. **O caso Ellwanger.** Disponível em:

<<https://izidorotaynara.jusbrasil.com.br/artigos/170411083/o-caso-ellwanger>>. Acesso em: 26/10/2018.

IDENTIFICAÇÃO DO PROCESSO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: O PROCESSO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE INTERPRETAÇÃO DE INSTITUTOS JURÍDICOS

FABIANO FERNANDES DIAS: Mestrando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, no programa de Direito que tem como linha de pesquisa: A efetividade do Direito Público e Limitações da Intervenção Estatal. Especialização em Direito tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro PUC/Rio. Advogado

Resumo: O presente artigo tem por objetivo expor as diretrizes da interpretação jurídica, conceituando-a e alocando-a em seus diversos âmbitos, especialmente no que tange à interpretação conforme a Constituição. Utilizando-se do método comparativo de doutrinas divergentes, conclui que a interpretação conforme a Constituição é uma espécie de interpretação sistemática, método esse criado pela hermenêutica jurídica. Ainda, estabelece as premissas de cabimento e aplicabilidade da técnica de interpretação conforme a Constituição, esclarecendo também a motivação pela qual não considera a utilização do princípio como mecanismo de controle de constitucionalidade. Dessa forma, o trabalho buscou esclarecer os vieses e a sistemática da interpretação jurídica e da interpretação conforme a Constituição, a qual deve servir como vetor hermenêutico da legislação de modo a atingir os objetivos precípuos do Direito e da lei, quais sejam a pacificação social, o estabelecimento da ordem e a manutenção e desenvolvimento sadio do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Interpretação Jurídica. Conceito. Necessidade. Variedade. Hermenêutica Jurídica. Interpretação conforme a Constituição. Cabimento. Aplicabilidade. Interpretação sistemática. Controle de Constitucionalidade.

Abstract: This article aims to expose the guidelines of legal interpretation, conceptualizing and allocating it in its various spheres, especially with regard to interpretation according to the Constitution. Using the comparative method of divergent doctrines, it concludes that the interpretation according to the Constitution is a kind of systematic interpretation, a method created by legal hermeneutics. It also establishes the premises of the appropriateness and applicability of the interpretation technique according to the Constitution, also clarifying the motivation for which it does not consider the use of the principle as a mechanism for controlling constitutionality. Thus, the work sought to clarify

the biases and systematics of legal interpretation and interpretation according to the Constitution, which should serve as a hermeneutical vector of legislation in order to achieve the main objectives of law and law, namely social pacification, the establishment of order and the maintenance and healthy development of the Democratic Rule of Law.

Keywords: Legal Interpretation. Concept. Necessity. Variety. Legal Hermeneutics. Interpretation in accordance with the Constitution. Fit. Applicability. Systematic interpretation. Constitutionality Control.

Sumario: 1. Introdução 2. Interpretação Jurídica 2.1. Conceito 2.2. Necessidade de interpretação da norma jurídica 2.3. Variedade de Interpretações Jurídicas Possíveis 2.4. A Hermenêutica Jurídica como limitadora da atividade interpretativa 3. O Princípio da interpretação conforme a constituição 3.1. A interpretação conforme a Constituição como espécie de interpretação sistemática 3.2. Controle de Constitucionalidade como mera decorrência (possível e necessariamente posterior) do princípio da interpretação conforme a Constituição 3.3. Cabimento e aplicabilidade do princípio da interpretação conforme a Constituição 4. Considerações finais 5. Referências Bibliográficas

Introdução

Historicamente, os direitos fundamentais sempre fomentaram debates de extrema relevância social. Desde a Revolução Francesa, surgiram diversas dimensões desses direitos, as quais tinham como foco, em momento inicial – primeira geração, a garantia de direitos civis e políticos, exigindo uma prestação negativa do Estado, pautada pela não intervenção na vida privada do indivíduo. Como bem salienta Scalquette:

“Os direitos de primeira dimensão são os direitos de liberdade, pois são fruto do pensamento liberal burguês, de caráter fortemente individualista, aparecendo como uma esfera limitadora da atuação do Estado, isto é, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado nas liberdades do indivíduo” (SCALQUETTE, 2004,p.34)

Posteriormente – especificamente após a Primeira Grande Guerra, verificou-se uma profunda deterioração do quadro social, levando ao surgimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão, colocando o Estado como garantidor e responsável pela concretização de um ideal de vida digno na sociedade. Na concepção trazida por Novelino:

“Ligados ao valor igualdade, os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais. São direitos de titularidade coletiva e com caráter

positivo, pois exigem atuações do Estado” (NOVELINO, 2009, p.362).

No entanto, com o avanço das sociedades contemporâneas, verificou-se a necessidade de atender tanto a direitos difusos (aqueles cujos titulares não se pode determinar, nem mensurar o número exato de beneficiários, como, por exemplo, o direito à preservação ao meio ambiente, ao desenvolvimento humano e sustentável, à paz, à comunicação e ao patrimônio artístico e histórico da sociedade) quanto a direitos coletivos (que possuem um número determinável de titulares, que por sua vez compartilham determinada condição, como os grupos sociais vulneráveis e/ou marginalizados). Nesse sentido, tal geração de direitos passou a exigir não só uma atuação positiva do Estado, mas também de toda a sociedade civil, a qual atua, precipuamente, através das organizações não-governamentais e através de ações populares promovidos no Judiciário em face daqueles que desrespeitam tais direitos. Nesse sentido, leciona Paulo Bonavides:

“Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já o enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade” (BONAVIDES, 2006, p. 563).

Nesse contexto, apesar do dever de se eximir de sua interferência em certos setores da vida social como forma de respeito às liberdades individuais, o Estado tem, em outros âmbitos, o dever de atuação do qual não pode (e não deve) se esquivar, visto que a sociedade brasileira se encontra pautada por um Estado Social Democrático de Direito, estando este, portanto, juridicamente obrigado a exercer as ações de efetivação de direitos.

Desse modo, é preciso esclarecer que a Administração Pública, assim considerada em sua integralidade, está vinculada ao cumprimento dos direitos fundamentais constitucionais. Tal vinculação emerge e se afirma à medida que não possibilita qualquer margem de discricionariedade ao Estado no que tange à oportunidade ou conveniência de

sua realização, mas, tão somente, a possibilidade de definição das diretrizes com que vai atuar, isto é, escolhendo a forma que julga mais benéfica para cumprir a referida obrigação, a qual é resultante da finalidade constitucional. Assim, é exigido que o Poder Público se atente à efetividade e observância completa desses direitos, materializando-os no plano concreto.

Faz-se necessário, portanto, estabelecer que a forma que o Estado escolhe para sanar as deficiências sociais e atender às imposições que pairam sobre ele traduz-se em uma política pública, sempre com direcionamento específico e pontual a uma demanda social.

Contudo, por diversos fatores, tais como ineficiência e corrupção, há muitas falhas na atuação Poder Público, seja pela ausência de formulação de tais políticas com o viés de cumprimento dos comandos constitucionais, seja por sua inaplicabilidade e inefetividade prática. Tal deficiência é visível na sociedade brasileira, atestando a infeliz concepção de que muitos desses direitos são, segundo Flávio Luís “mais utopia que realidade” (OLIVEIRA, 2012, p. 97).

Nesse sentido, restando evidente a incapacidade na concretização de políticas públicas e o consequente desrespeito aos direitos sociais, de modo geral, iniciou-se uma movimentação de aclamação ao Poder Judiciário para que, através de sua função de aplicador da lei, exija do Poder Executivo o cumprimento das disposições normativas sociais. Desse modo, diante da omissão dos demais poderes frente aos direitos e garantias fundamentais, vem restando ao Poder Judiciário uma atuação política de orientação do texto constitucional, não podendo este permanecer como figura neutra em face de tão grave infração de direitos trazidos pela Carta Magna.

Faz-se necessário, portanto, em razão dessa contínua e reiterada omissão do Estado em, efetivamente, garantir direitos constitucionalmente elencados, que estes sejam assegurados por outra via que não a legislativa, culminando no atual movimento de “Judicialização” de demandas que, em tese, não deveriam ter de se tornar objeto de requerimento ao Poder Judiciário. Nesse diapasão, cumpre salientar o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso, o qual expõe:

“Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de

se pensar e de se praticar o Direito no mundo romano-germânico” (BARROSO, 2016, p. 437).

Nesse limiar, deve-se ressaltar que as questões mais relevantes do país, principalmente as de natureza política e criminal, têm sido objeto de crescente ativismo judicial, especialmente por parte da maior corte jurídica do país, o Supremo Tribunal Federal (STF). Tal fenômeno integra um processo de expansão informal das competências do Supremo Tribunal Federal, semelhantemente ao modo com tem sido utilizada a técnica da interpretação conforme a Constituição, que, apesar de ser fenômeno sutil para muitos e não tão observado, também tem relevância ímpar para toda a coletividade em virtude do fato de que, se tal técnica for utilizada de modo negligente, pode levar a usurpação da competência do Poder Legislativo para legislar e perpassando tal função ao Judiciário, o que claramente fere preceitos constitucionais.

O supracitado método de interpretação conforme a Constituição não se aplica diretamente à Constituição, mas à legislação infraconstitucional, que deve estar em conformidade com aquela. Em verdade, é um método hermenêutico que objetiva garantir a compatibilidade da norma ao ordenamento constitucional. Tal técnica, portanto, deve sempre buscar dar à lei o sentido adequado da Constituição Federal, devendo ser utilizada quando for possível interpretar uma norma infraconstitucional de diferentes formas, buscando atingir a interpretação que mais se adéqua aos preceitos constitucionais, isto é, aquela que melhor exprime a virtude da Carta Magna.

Ainda, tal técnica pode levar à elucidação do fato de que a norma infraconstitucional em análise tem somente interpretações afrontosas à Constituição, isto é, nenhuma das interpretações possíveis sequer se aproxima da mínima expressão do Texto Maior. Desse modo, a única medida possível é a declaração de inconstitucionalidade da norma, devendo esta ser expurgada do ordenamento jurídico. Portanto, a técnica de interpretação conforme a Constituição, além de método hermenêutico, possui uma faceta de controle de constitucionalidade das leis que, porém, não denota seu conteúdo primordial.

Desse modo, considerando o atual – e complexo – ambiente político-jurídico-social que se faz presente no Brasil, marcado especialmente pelo ativismo judicial, é necessário atentar-se para o fato de que há vários vieses e ramificações desse fenômeno que necessitam ser estudadas. Sendo assim, o presente artigo tem por objetivo expor as diretrizes da interpretação jurídica, conceituando-a e alocando-a em seus diversos âmbitos, especialmente no que tange à interpretação conforme a Constituição Brasileira. Serão expostas a conceituação da interpretação jurídica, suas variações e seus limites, bem como, no que tange especificamente à interpretação conforme à Constituição, sua definição, sua natureza jurídica de espécie de interpretação sistemática, seu cabimento e aplicabilidade

no ordenamento jurídico pátrio e a implícita – porém, de necessária e constante reiteração – vedação à atuação do Poder Judiciário como legislador, usurpando a competência do Poder Legislativo e ferindo princípios basilares da Constituição.

Interpretação Jurídica

2.1. Conceito

Inicialmente, cumpre ressaltar que o Direito positivado é composto por leis formuladas em termos gerais e abstratos, o que torna a interpretação jurídica deveras complexa, visto que tal atividade tem por objetivo precípuo adequar o texto legal a um caso concreto que se apresenta na realidade fática. Basicamente, portanto, a interpretação das leis em geral visa focalizar determinada relação jurídica, identificando de forma clara e exata a norma estabelecida pelo legislador e que deve ser aplicada ao caso concreto. Em verdade, a interpretação jurídica se relaciona diretamente com a eficácia do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, considerando a necessidade de a interpretação jurídica ser o meio eficaz para atender a uma demanda e emanar a vontade do Direito, ela deve, analisando a norma em seu todo, atribuir a esta um sentido e um alcance que darão solução ao questionamento que se impôs.

A esse teor, deve-se ressaltar que é justamente na atividade de atribuição do sentido e do alcance da norma é que reside o conceito de interpretação jurídica. Na lição do Carlos Maximiliano:

*“As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, *determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito*” (MAXIMILIANO, 2002, p.1).*

Portanto, interpretar o Direito consiste em fixar o sentido de uma norma e determinar seu alcance, analisando a linguagem do texto normativo para, assim, através de processos e métodos efetivos, racionais e conclusivos, expressar a intenção embutida na norma,

dando inteligência verdadeira e fática do que se interpreta para cumprir fielmente o pensamento ou a intenção do legislador que a redigiu.

Nesse sentido, leciona Paulo Bonavides que a interpretação é uma:

[...] “operação lógica, de caráter técnico mediante a qual se investiga o significado exato de uma norma jurídica, nem sempre clara ou precisa” (BONAVIDES, 2006, p. 437).

2.2. Necessidade de interpretação da norma jurídica

O Direito é meio pelo qual se organiza e sistematiza as ações humanas da vida em sociedade, devendo seus preceitos serem por todos observados. Nesse sentido, como conjunto de regras obrigatórias que é, tem por objetivo garantir a convivência social através do estabelecimento de limites à ação dos indivíduos componentes do corpo social.

Entretanto, ocorre que, por vezes, os mandamentos e diretrizes emanados pelo ordenamento jurídico são desrespeitados, podendo aquele que foi prejudicado (ou sentiu-se desse modo) requerer ao Estado-juiz que exprima a vontade do Direito em relação ao caso concreto então apresentado. Nesse diapasão, louvável é a lição do Ministro Luiz Fux:

“O Estado, como garantidor da paz social, avocou para si a solução monopolizada dos conflitos intersubjetivos pela transgressão à ordem jurídica, limitando o âmbito da autotutela. Em consequência, dotou um de seus Poderes, o Judiciário, da atribuição de solucionar os referidos conflitos mediante a aplicação do direito objetivo, abstratamente concebido, ao caso concreto” (FUX, 2004, p. 41).

Para tanto, é necessário não só que todos os elementos fáticos sejam expostos, mas que, posteriormente, o intérprete realize a atividade de interpretação da norma jurídica atinente ao caso. Assim, deve este verificar qual preceito do sistema jurídico se adequa ao ocorrido e então analisar seu sentido e seu alcance, aplicando o “melhor Direito”, o qual tem por objetivo conferir justiça à sociedade.

Portanto, verifica-se que a interpretação jurídica é fator primordial no processo de aplicação do Direito, sendo sua etapa preliminar e devendo estar presente em face de qualquer norma jurídica. Nesse sentido, todos buscam seu sentido e alcance, em especial o juiz, que, para fixar a norma de decisão em uma lide, interpreta o Direito anteriormente. Nesse sentido, registre-se o ensinamento do ilustre Ministro Luís Roberto Barroso:

“A interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas. Trata-se de uma atividade intelectual informada por métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar-lhe legitimidade, racionalidade e controlabilidade. A aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua incidência sobre os fatos relevantes. Na aplicação se dá a conversão da disposição abstrata em uma regra concreta, com a pretensão de conformar a realidade ao Direito, o ser ao dever ser. É nesse momento que a norma jurídica se transforma em norma de decisão” (BARROSO, 2016, p. 304).

Há casos, entretanto, que determinada lei se revela extremamente clara, evidente, não ensejando, para alguns, a necessidade de se proceder com a interpretação jurídica. No entanto, tal limpidez é somente aparente, tendo em vista o fato de que toda norma é formulada em termos gerais e abstratos, objetivando regular variada gama de fatos e de relações sociais. Desse modo, não se pode olvidar que, embora a lei possa parecer ter somente uma interpretação aplicada a qualquer caso concreto, ela sempre suscitará controvérsia em algum de seus âmbitos, seja o da atribuição de seu sentido, seja o relativo a seu alcance. Portanto, deve toda lei ser objeto de interpretação jurídica. A esse teor, salienta o doutrinador Carlos Maximiliano:

“[...] é força procurar conhecer o sentido, isto é, interpretar. A verificação da clareza, portanto, ao invés de dispensar a exegese, implica-a, pressupõe o uso preliminar da mesma. Para se concluir que não existe atrás de um texto claro uma intenção efetiva desnaturada por expressões impróprias, é necessário realizar prévio labor interpretativo” (MAXIMILIANO, 2002, p. 30-31).

2.3. Variedade de Interpretações Jurídicas Possíveis

Evidentemente, o intérprete do Direito – o qual também possui a qualificação de seu aplicador – deve apontar uma solução ao caso concreto, isto é, dar um provimento jurisdicional, em nome do Estado, àqueles que o demandam. Tal premissa se mostra indubitável ao passo que, caso não houvesse resposta ao jurisdicionado, estar-se-ia deturpando a função de pacificador social do Estado Democrático de Direito, o que culminaria em diversas consequências negativas para a sociedade considerada assim em seu todo.

Nesse sentido, apesar de haver quem defenda que há somente uma interpretação correta em face da cada norma e do fato de o intérprete ter de aplicar somente uma orientação, não é correto concluir que há apenas um direcionamento trazido por esta. Em verdade, há várias interpretações possíveis advindas da norma quando considerada em conjunto com a realidade fática, visto que todo texto jurídico suscita, em algum ponto e em diferentes graus, alguma controvérsia em relação a seus âmbitos de aplicação, quais sejam seu sentido e alcance. Não há, portanto, resposta cientificamente concreta e pré-definida a um caso concreto. A esse teor, salienta Kelsen que:

“Às vezes, a norma superior é intencionalmente genérica, para possibilitar ao aplicador do Direito a escolha de uma solução dentro daquele quadro normativo. Outras vezes, essa indeterminação não é intencional. Ocorre quando o sentido da norma não é unívoco” (KELSEN, 2006 p. 388-389).

Nessa toada, deve-se ressaltar que a interpretação antes compreendida pela doutrina era a de que a solução dada decorria de um ato de vontade do intérprete, que buscava, dentre as possibilidades possíveis, através de um ato de conhecimento, aquela que melhor se aplicava no mundo dos fatos que se apresentavam. No entanto, contemporaneamente, a interpretação da norma consiste não somente na atividade abstrata de verificar seus significados possíveis e, posteriormente, aplicar a interpretação de modo a concretizar seus significados. Em verdade, vigora a compreensão de que a atribuição de sentidos aos enunciados normativos e sua adequação ao caso concreto deve ser feita com profunda e conjunta análise dos fatos. Nesse sentido, bem ensina o Ministro Luís Roberto Barroso:

“Pouco tempo atrás, a interpretação era compreendida pela doutrina como uma atividade que lidava com os significados possíveis das normas em abstrato; e a aplicação, como a função de concretização daqueles significados. Na dogmática contemporânea, todavia, já não se enfatiza a dualidade interpretação/aplicação. A compreensão atual é a de que a atribuição de sentidos aos enunciados normativos – ou a outras fontes reconhecidas pelo sistema jurídico – faz-se em conexão com os fatos relevantes e a realidade subjacente. [...]

[...] A interpretação consiste na atribuição de sentido a textos ou a outros signos existentes, ao passo que a construção significa tirar conclusões que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. São conclusões que

se colhem no espírito, embora não na letra da norma. A interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas” (BARROSO, 2016, p. 305).

Portanto, há de se concluir que a lei não possui única interpretação, sendo possível mais de uma delas e, conseqüentemente, diferenças entre as decisões dos aplicadores e concretizadores das normas jurídicas. Entretanto, qualquer delas é justificável se inserida dentro dos preceitos constitucionais e considerando a enorme possibilidade de conclusões que se pode depreender de uma norma quando a ela é atribuído sentido e alcance em virtude de determinado acontecimento fático.

2.4. A Hermenêutica Jurídica como limitadora da atividade interpretativa

Inicialmente, cumpre estabelecer que, conforme já exposto, a interpretação jurídica tem por objetivo focalizar determinada relação jurídica, identificando de forma clara e exata a norma estabelecida pelo legislador que deve ser aplicada ao caso concreto, analisando-a de forma conjunta ao ocorrido, objetivando a atribuição correta de seu sentido e alcance.

No que tange à hermenêutica, ressalte-se, inicialmente, que o termo vem de *Hermes*, personagem da mitologia grega encarregado de transmitir a mensagem dos deuses aos homens, visto que como estes não falavam diretamente com os deuses, sujeitavam-se à intermediação de Hermes, à sua capacidade de compreender e revelar a vontade e as ordens advindas dos deuses. Portanto, hermenêutica pode ser entendida como a arte ou técnica de interpretar e explicar um texto ou discurso.

Nesse sentido, tem-se que a hermenêutica jurídica (que, apesar de não se restringir aos estreitos termos da lei bem como a interpretação jurídica, com esta não se confunde) corresponde à parte do Direito enquanto ciência que tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos que devem ser utilizados para que a interpretação se realize. Nesse sentido, bem expõe Luís Roberto Barroso:

A hermenêutica jurídica é um domínio teórico, especulativo, voltado para a identificação, desenvolvimento e sistematização dos princípios de interpretação do Direito (BARROSO, 2016, p. 304).

Portanto, pode-se depreender, em suma, que a interpretação consiste em aplicar as regras que a hermenêutica perquire, sistematiza e ordena, objetivando atingir o bom entendimento e o melhor aproveitamento dos textos legais.

Nesse sentido, é indubitável a importância do papel do intérprete, sem o qual o texto não se transforma em norma. Assim, sua atividade no processo hermenêutico é decisiva para obter o resultado da interpretação. Registre-se, porém, que a hermenêutica terá como ponto de partida as pré-compreensões do hermeneuta. A esse teor, bem salienta Inocêncio Mártires Coelho:

“[...] um dos mais ricos achados da hermenêutica filosófica contemporânea foi a descoberta de que a compreensão do sentido de uma coisa, de um acontecimento ou de uma situação qualquer pressupõe um pré-conhecimento daquilo que se quer compreender.” (COELHO, 2007, p. 2)

Desse modo, deve-se ter consciência de que o processo hermenêutico abrangerá a generalidade dessas pré-compreensões do intérprete, quais sejam seus pré-conhecimentos acerca do mundo, suas concepções diversas, sua personalidade, sua história e experiências de vida e, por certo, no que tange à hermenêutica jurídica, seu posicionamento diante das normas legais.

No entanto, é preciso atentar-se para o fato de que, apesar do intérprete ir além do texto para alcançar a norma, ele não pode, ao realizar tal tarefa, ultrapassar os limites positivos e negativos do texto. Nesse sentido, esclareça-se que é justamente para que a interpretação da lei não se torne um ato inteiramente de vontade e pautado por arbitrariedade é que a hermenêutica jurídica se mostra relevante, visto que esta estabelece padrões mínimos de racionalidade e controlabilidade da atividade interpretativa. Para tanto, há métodos de interpretação criados pela hermenêutica, sendo tais técnicas integradas e complementares de modo a conferir a já citada racionalidade ao processo de interpretação e aplicação do Direito.

O Princípio da Interpretação Conforme a Constituição

3.1. A interpretação conforme a Constituição como espécie de interpretação sistemática

Como já bem definido no presente trabalho, o princípio da interpretação conforme a Constituição é um método hermenêutico que objetiva garantir a compatibilidade da norma ao ordenamento constitucional. Tal técnica, portanto, deve sempre buscar dar à lei o sentido adequado da Constituição Federal, devendo ser utilizada quando for possível interpretar uma norma infraconstitucional de diferentes formas, buscando atingir a interpretação que mais se adéqua aos preceitos constitucionais, isto é, aquela que melhor exprime a virtude da Carta Magna.

No que tange às técnicas e métodos de interpretação jurídica criados pela hermenêutica, tem-se que um dos mais utilizados na atualidade é o sistemático.

Tal técnica consiste na idéia de que, para se fixar a exegese adequada da norma, deve-se recorrer a todas as outras proposições emanadas pelo ordenamento jurídico, objetivando estabelecer seu sentido e alcance com o auxílio das demais. Basicamente, portanto, todo texto tem de ser lido e entendido em seu conjunto, observando não só a norma que se quer depreender, mas o de outras que podem precisar seu conteúdo. A esse teor, ensina Paulo Bonavides que:

“A interpretação começa naturalmente onde se concebe a norma como parte de um sistema – a ordem jurídica, que compõe um todo ou unidade objetiva, única a emprestar-lhe o verdadeiro sentido, impossível de obter-se se a considerássemos insulada, individualizada, fora, portanto, do contexto das leis e das conexões lógicas do sistema” (BONAVIDES, 2006, p. 445).

Desse modo, depreende-se que o método sistemático de interpretação aduz e reafirma o postulado da unidade do ordenamento jurídico, o qual tem a Constituição como seu cerne, conferindo-lhe unidade e sustentando-o. Nessa toada, ensina o ilustre Ministro Luís Roberto Barroso:

Já se consignou que a Constituição é o documento que dá unidade ao sistema jurídico, pela irradiação de seus princípios aos diferentes domínios infraconstitucionais. O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, impondo ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas jurídicas. A superior hierarquia das normas constitucionais impõe-se na determinação de sentido de todas as normas do sistema (BARROSO, 2016, p. 338).

Portanto, partindo dos pressupostos de que o método sistemático de interpretação confere unidade a todo o sistema jurídico, observando-o em seu todo, e que a Constituição tem papel de destaque justamente por fundamentar e sustentar todo o ordenamento deve o intérprete, na busca do sentido e alcance de uma norma, colher subsídios na Lei Fundamental.

Nessa toada, ante o exposto, pode-se inferir que a interpretação da norma jurídica conforme a Constituição é, em verdade, uma espécie de interpretação sistemática, pois se encaixa aquela perfeitamente nas premissas desta, visto que, ao procurar o sentido e

alcance de determinado dispositivo legal, busca significação na Constituição, a qual funciona como o maior vetor hermenêutico por estar no ápice do ordenamento jurídico.

3.2. Controle de Constitucionalidade como mera decorrência (possível e necessariamente posterior) do princípio da interpretação conforme a Constituição

Cumprido ressaltar que, embora o presente trabalho entenda e defenda que o princípio da interpretação conforme a Constituição é mera espécie do método de interpretação sistemática, há respeitável parte da doutrina que considera tal princípio para além, constituindo este um mecanismo de controle de constitucionalidade. Nesse sentido, julga tal corrente que é de ser excluída do ordenamento jurídico a interpretação que afronte a Lei Maior e que, sendo possíveis duas interpretações, deve-se preferir aquela que respeite a Constituição.

Seguindo tal entendimento está o Excelentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso:

“A interpretação conforme a Constituição, categoria desenvolvida amplamente pela doutrina e pela jurisprudência alemãs, compreende sutilezas que se escondem por trás da designação turística do princípio. Destina-se ela à preservação da validade de determinadas normas, suspeitas de inconstitucionalidade, assim como à atribuição de sentido às normas infraconstitucionais, da forma que melhor realizem os mandamentos constitucionais. Como se depreende da assertiva precedente, o princípio abriga, simultaneamente, uma técnica de interpretação e um mecanismo de controle de constitucionalidade.

[...] Em suma, a interpretação conforme a Constituição pode envolver a mera interpretação adequada dos valores e princípios constitucionais, ou a declaração de inconstitucionalidade de uma das interpretações possíveis de uma norma ou, ainda, a declaração de não incidência da norma a determinada situação de fato, por importar em violação da Constituição” (BARROSO, 2016, p. 336-338).

No entanto, com toda vênia aos entendimentos divergentes (afinal, registre-se, são as divergências que melhor qualificam e sustentam o Estado Democrático de Direito), há de se reiterar e esclarecer o posicionamento de que a Interpretação conforme a Constituição não configura uma técnica de decisão no controle de constitucionalidade, mas tão somente uma decorrência possível (e necessariamente posterior) de sua utilização.

Inicialmente, é preciso elencar que todo o processo de controle de normas se desenrola, ainda que involuntária e imperceptivelmente, por etapas. Primeiro se interpretam as normas controladas, fixando-se seu sentido e alcance, isto é, busca-se entender o que a lei regulou, como regulou e em que extensão. Tanto a Constituição quanto todas as normas do sistema jurídico são consideradas, numa verdadeira interpretação sistemática. Contudo, ainda não se pode cogitar em controle de constitucionalidade, pois nem se conhece a norma a ser controlada. Em verdade, é o confronto posterior entre lei e Constituição que atestará a validade ou não do diploma legal.

Tal premissa pode ser comprovada pelo fato de que somente após se conhecerem os conteúdos das normas-objeto (isto é, aquelas que são, possivelmente, inconstitucionais) e das normas-parâmetro (as normas constitucionais) é que se pode verificar a compatibilidade daquelas com estas. Desse modo, sem antes saber o que a lei de fato expressa, não se pode fazer controle de constitucionalidade. A esse teor, bem expõe o jurista português Rui Medeiros:

“[...] De facto, o confronto entre a lei e a Constituição exige, sempre, o prévio esclarecimento do sentido do preceito legal objecto de fiscalização. Não se esqueça, com efeito, que o juízo de inconstitucionalidade é sempre (salvo o da inconstitucionalidade por omissão) um juízo de incompatibilidade entre uma norma ou princípio constitucional e uma norma infraconstitucional (...). Isso implica necessariamente uma tarefa de interpretação, não apenas da Constituição, mas também da norma infraconstitucional em causa” (MEDEIROS, 1999, p. 335).

Nesse sentido, a interpretação conforme a Constituição ocorre, por completo, na primeira fase, compreendida esta como a interpretação sistemática da norma e a atribuição de seu sentido e alcance. A utilização deste princípio é, portanto, um pressuposto, uma operação prévia do processo em que se pretende investigar se determinado preceito normativo está ou não em harmonia com seu modelo obrigatório e supremo.

Ademais, ressalte-se que a interpretação da lei conforme a Constituição tem lugar não somente quando em jogo uma declaração de inconstitucionalidade, justificando-se também nos casos em que nenhuma das interpretações possíveis conduz à sua inconstitucionalidade. Isso ocorre em virtude da polissemia do texto legal, o qual pode resultar em duas normas constitucionais, porém uma sobreposta à outra, isto é, mais adequada aos preceitos constitucionais, sem que a outra, necessariamente, os desrespeite.

3.3. Cabimento e aplicabilidade do princípio da interpretação conforme a Constituição

Apesar da já citada relevância da interpretação conforme a Constituição há de se salientar que ela sofre certa limitação, a qual se baseia em duas premissas.

A primeira delas consiste no próprio texto da lei, isto é, na idéia de que quando o significado preliminar dos signos linguísticos não for dúbio, nem surgir essa dubiedade com a consideração dos elementos empíricos, é inviável o manejo da interpretação conforme à Constituição. Portanto, só seria legítima a utilização dessa técnica nos casos em que a norma deixa um espaço de decisão, mostrando-se aberta a variadas propostas interpretativas.

Assim, não cabe ao intérprete da norma forçar uma polissemia que não tenha referência, pelo menos mediata, no texto da lei (princípio da exclusão da interpretação conforme Constituição *contra legem*).

Desse modo, pode-se inferir que o texto legal delimita positivamente o espaço de movimentação do intérprete e atua, negativamente, para impedir que se chegue a uma norma sem a mínima recondutibilidade no texto. A esse teor, bem esclarece José Joaquim Gomes Canotilho:

“O programa normativo tem uma função de filtro relativamente ao domínio normativo, sob um duplo ponto de vista: (a) como limite negativo; b) como determinante positiva do domínio normativo. Esta função de filtro do programa normativo significa ser ele que separa os factos com efeitos normativos dos factos que, por extravazarem desse programa, não pertencem ao sector ou domínio normativo (função positiva do programa normativo). Além disso, como o programa normativo é obtido principalmente a partir da interpretação dos dados linguísticos, deduz-se o efeito de limite negativo do texto da norma (TN): prevalência dos elementos de concretização referidos ao texto (gramaticais, sistemáticos) no caso de conflito dos vários elementos de interpretação. Consequentemente, o espaço de interpretação, ou melhor, o *âmbito de liberdade de interpretação* do aplicador-concretizador das normas constitucionais, tem também o texto da norma como limite: só os programas normativos que se consideram compatíveis com o texto da norma constitucional podem ser admitidos como

resultados constitucionalmente aceitáveis derivados de interpretação do texto da norma”(CANOTILHO, 2003, p. 1220).

Além do próprio texto da lei, outro limite à interpretação conforme a Constituição que determina seu cabimento e aplicabilidade é a vontade do legislador, a qual se traduz na finalidade claramente reconhecível da norma. Portanto, não basta tão somente que o texto legal tenha várias interpretações possíveis. Em verdade, a interpretação conforme a Constituição não deve ser utilizada para atribuir sentido à norma que desvie claramente do resultado pretendido pelo legislador ao criá-la. Nessa toada, estabelece também o ilustre jurista português, Canotilho:

“[...] a interpretação das leis em conformidade com a constituição deve afastar-se quando, em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objectivo claramente recognoscível da lei ou em manifesta dessintonia com os objectivos pretendidos pelo legislador” (CANOTILHO, 2003, p. 1227).

No entanto, é extremamente necessário esclarecer o que se compreende por “vontade do legislador”. Nesse sentido, ressalte-se que se trata da vontade subjetiva do criador da norma, devendo o aplicador do Direito, ao ler o texto, incluí-lo num contexto jurídico e social, bem como buscar sua finalidade e sua razão de ser, isto é, o preceito máximo que se quer passar através da norma.

A esse teor, é relevante salientar que esse processo de identificação da vontade subjetiva do legislador pode levar à conclusão de que é impossível conformar o propósito da lei à Constituição. Desse modo, é inviável qualquer tipo de interpretação no sentido de “adequar” tal lei com os parâmetros constitucionais. Em verdade, nesses casos, restará ao juiz tão somente a declaração de inconstitucionalidade da norma. Portanto, não pode o Judiciário se eximir de tal responsabilidade, visto que o legislador manifestamente feriu a Constituição, não havendo que se falar em qualquer tipo de adaptação, sob pena de o intérprete atuar como legislador positivo, dando à lei aplicabilidade diversa daquela almejada. A imposição dessa proibição adaptativa-interpretativa se dá em virtude de que tal procedimento fere princípios basilares da Constituição, como a Separação de Poderes, bem como subjugava a vontade popular, a qual é emanada (e tão somente assim pode ser) pelo Poder Legislativo.

Conclusão

É factível que a interpretação das leis e da Constituição não é tarefa das mais simples, visto que exige do intérprete extremo conhecimento não só da lei em si, mas das

técnicas e meios para interpretá-las corretamente em face ao caso concreto que se apresenta e de forma congruente com o ordenamento jurídico.

Nesse viés, é necessário que se esclareça, cada vez mais, o que se depreende por interpretação jurídica e como aplicá-la de modo efetivo. Para tanto, o presente trabalho buscou expor, inicialmente, uma análise acerca da conceituação de interpretação jurídica, entendida como a atividade em que o intérprete atribui sentido e alcance à norma para alcançar a solução ao questionamento jurídico que se impõe ao Estado solucionar.

Nessa toada, há de se reconhecer a importância da interpretação jurídica na aplicação do Direito, visto que esta constitui etapa preliminar e que deve estar presente quando da análise de qualquer norma jurídica, ainda que esta pareça extremamente clara quanto a seu sentido e alcance. Tal exigência se comprova ao passo que, por mais que uma norma aparente ser límpida quanto a seu conteúdo, sempre ensejará a possibilidade de controvérsias, sendo a interpretação jurídica o único meio efetivo de saná-las.

Portanto, considerando a existência de controvérsias em relação a uma mesma norma, há de se admitir também que a lei não possui única interpretação possível, ocorrendo decisões divergentes dos aplicadores e concretizadores das normas jurídicas. No entanto, tais decisões, se inseridas nos preceitos constitucionais, são totalmente válidas, sendo tal divergência somente em virtude das minúcias do caso fático que se analisa.

Ademais, é relevante salientar que a hermenêutica jurídica tem por objeto o desenvolvimento e a sistematização dos princípios de interpretação do Direito, sendo o meio de orientar o intérprete na aplicação da lei, isto é, impedir que ele, ao realizar a interpretação e ir além do texto para alcançar a norma, acabe por ultrapassar os limites positivos e negativos do texto legal. A hermenêutica, portanto, tem como cerne impedir que a interpretação da lei se torne ato de vontade a arbitrário do intérprete, ao passo que impõe padrões concretos e eficientes de orientação para utilização controlada e racional da interpretatividade.

No que tange, especificamente, ao princípio da interpretação conforme a Constituição, há de se destacar que este tem por objetivo garantir a compatibilidade da norma ao ordenamento constitucional, buscando dar à lei sentido e alcance adequados em face da Constituição Federal. Neste diapasão, considerando os métodos hermenêuticos existentes, é inegável a extrema relação entre esse princípio e o método hermenêutico sistemático de interpretação, o qual sustenta que para se fixar a real exegese da norma, deve-se considerar todas as outras proposições do ordenamento jurídico. Sendo, portanto, a Constituição o ápice desse todo interpretativo, nada mais consistente do que considerar a interpretação conforme a Constituição uma espécie de interpretação sistemática.

Contudo, em outro viés, importante esclarecimento é o de que parte respeitável da doutrina entende em sentido mais amplo o princípio da interpretação conforme a Constituição, considerando-o, ainda, um mecanismo de controle de constitucionalidade. Entretanto, o presente trabalho se posiciona em sentido diverso, entendendo que o princípio não configura uma técnica de decisão no controle de constitucionalidade, sendo este mera decorrência possível e necessariamente posterior da interpretação sistemática, que traduz, em verdade, o cerne da técnica trazida pelo princípio em questão.

Por fim, deve-se entender que, apesar de técnica relevante na elucidação do objetivo da norma, e interpretação conforme a Constituição não pode ser utilizada de forma vil e, para tanto, tem limitações trazidas pela hermenêutica, a qual, como já exposto, sistematiza e orienta a interpretação das normas. Nessa toada, tais restrições consistem em duas premissas básicas, quais sejam o texto da lei e a vontade do legislador. A primeira remete à idéia de que não se deve utilizar a interpretação conforme a Constituição quando o significado preliminar do texto da lei não deixar um espaço de decisão, isto é, estar a norma aberta a variadas propostas interpretativas dúbias. Já o segundo limite da utilização da referida técnica é a análise da vontade subjetiva do legislador, consistente em não poder o intérprete modificar a finalidade claramente reconhecível da lei de modo a adaptá-la, sob pena de tal adaptação configurar verdadeira atuação do intérprete como legislador, ferindo a Constituição e toda a vontade popular, a qual é representada tão somente por aqueles que por ela foram eleitos.

Ante o exposto, o presente trabalho buscou esclarecer os vieses e a sistemática da interpretação jurídica e da interpretação conforme a Constituição, a qual deve servir como vetor hermenêutico da legislação de modo a atingir os objetivos precípuos do Direito e da lei, quais sejam a pacificação social, o estabelecimento da ordem e a manutenção e desenvolvimento sadio do Estado Democrático de Direito.

Referências Bibliográficas

- BARROSO, L. R. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.
- BONAVIDES, P. Curso de Direito Constitucional. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.
- CANOTILHO, J. J. G. Direito Constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003.
- COELHO, I. M. Interpretação constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FUX, L. Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

KELSEN, H. Teoria pura do direito. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAXIMILIANO, C. Hermenêutica e aplicação do direito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

NOVELINO, M. Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

OLIVEIRA, F. L. DE. Concretização de políticas públicas na perspectiva da desneutralização do poder judiciário. In: LUNARDI, Soraya (Coord.), Direitos fundamentais sociais. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCALQUETTE, A. C. S. Sistema constitucional das crises: os direitos fundamentais face a situações extremas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

O ESTUPRO ENQUANTO CRIME DE GÊNERO: UMA ANÁLISE CRONOLÓGICA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

BRENDA FERRAZ LUCAS LEAL:
Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário Una Betim - MG.

BEATRIZ ANTUNES DE MELO ALMEIDA¹¹⁴

(coautora)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo a análise cronológica dos direitos e garantias das mulheres na legislação penal brasileira observando a Lei Maria da Penha e comparando as mudanças e a evolução do Código Penal de 1940 referentes ao delito de estupro, com previsão nos artigos do Título VI "Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual". Nesse sentido, será tratado sobre os principais conceitos dentro da discussão do estupro como crime de gênero, tais como os marcos legais e a perspectiva do tipo penal no Brasil, o que configura a cultura de estupro existente em nosso país, a caracterização do estupro quanto violência de gênero e como a sociedade vê e compreende a violência, objetificação, culpabilização da mulher como vítima de estupro. A presente pesquisa baseia-se em leis, entendimentos judiciais, doutrinas, livros que abordam aprofundamento no tema e trabalhos acadêmicos e utiliza-se da metodologia hipotético dedutiva. De maneira geral, este trabalho pretende examinar a maneira que o crime de estupro está inserido em nossa sociedade e como é visto e tratado pelo Direito.

Palavras-chave: Código Penal de 1940; Lei Maria da Penha; evolução.

ABSTRACTS: The present article aims at a chronological analysis of the rights and guarantees of women in the Brazilian criminal legislation, observing the Maria da Penha Law and comparing the changes and evolution of the 1940 Penal Code regarding the crime of rape, with provision in the articles of Title VI "Of Crimes Against Sexual Dignity". In this sense, we will deal with the main concepts within the discussion of rape as a gender crime, such as the legal frameworks and the perspective of the penal type in Brazil, which configures the culture of rape that exists in our country, the characterization of rape as to the gender violence and how society sees and understands violence, objectification, blaming women as victims of rape. The present research is based on laws, judicial understandings, doctrines, books that discuss the theme in depth and academic works and uses the hypothetical deductive methodology. In general, this paper intends to examine

¹¹⁴ Acadêmica de Direito do oitavo período do Centro Universitário Una Betim

the way that the crime of rape is inserted in our society and how it is seen and treated by the Law.

Keywords: Criminal code of the 1940, Maria da Penha law; evolution.

Sumário: 1. Introdução 2. Evolução da legislação e da construção jurídica do crime de estupro. 2.1. Enquadramento do crime de estupro no ordenamento jurídico brasileiro. 2.2. Proteção da mulher: uma análise sobre a Lei Maria da Penha. 3. Cultura de estupro. 3.1. O crime de estupro enquanto violência de gênero e a culpabilização da vítima frente à proteção jurídica da mulher. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A literatura sobre o tema atualiza-se constantemente, uma vez que o fato, o acontecimento em si, na sociedade antecede a norma jurídica. Assim, o que era considerado típico, ilícito e culpável com o advento do Código Penal de 1940¹¹⁵, hoje não é mais visto pelo legislador da mesma forma. Tem-se como exemplo o crime de estupro que teve sua redação alterada com o advento da Lei nº 12.015/09¹¹⁶.

Partindo desse ponto, são de extrema importância ao estudo do Direito Penal os temas referentes aos crimes contra a dignidade sexual, principalmente no que tange o debate da culpabilização da vítima e do posicionamento social e jurídico frente ao acusado nos crimes de estupro.

Diante disso, se faz necessário à averiguação acerca da legislação do ordenamento jurídico brasileiro ser eficaz para coibir a cultura de gênero, afastando estereótipos sobre a imagem da vítima e do agressor, que muitas vezes é usado para negar, justificar ou até mesmo absorver a agressão sexual do homem contra a mulher.

¹¹⁵ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 17 de out. de 2020.

¹¹⁶ BRASIL. Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm> Acesso em: 22 de nov. de 2020.

Observando as normas atuais é possível constatar que a sociedade passou por relevantes mudanças, mas foi à promulgação da Constituição Federal de 1988¹¹⁷ que corroborou para a evolução da legislação dos direitos da mulher ao igualar, frente ao princípio da isonomia, em seu art. 5º, inciso I, os direitos e deveres entre homens e mulheres, afastando, em sua redação, o poder patriarcal do homem no seio da família.

Partindo do pressuposto cronológico deste trabalho será abordado a evolução da legislação e da construção jurídica do crime de estupro no ordenamento jurídico brasileiro e seus marcos legais, além do conceito de cultura de estupro e de gênero, que são fatos que contribuem com o tipo penal enquanto violência de gênero.

Ademais, estará em voga a proteção jurídica da mulher com uma análise sobre a Lei Maria da Penha¹¹⁸, Lei nº 11.340/06, e o Código Penal de 1940 nos artigos do Título VI “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”. Desse modo, se faz necessário um aprofundamento sobre como é visto a normalização da violência e objetificação da mulher e culpabilização da vítima.

Têm, também, como base os dados estatísticos e pesquisas coletadas pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP)¹¹⁹ e a criação da Lei nº 14.069/2020¹²⁰, que estabeleceu o Cadastro Nacional de Pessoas Condenadas por Crime de Estupro, que tem como objetivo a armazenagem das informações de pessoas condenadas pela prática do crime, sendo mantido por meio de um instrumento de cooperação entre a União e os Estados e financiado por recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública.

Para tanto, foram pesquisados trabalhos de conclusão de curso na área do Direito, pesquisas relacionadas ao tema, juntamente com notícias, casos de repercussão nacional, livros e doutrinas da área.

2. EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO E DA CONSTRUÇÃO JURÍDICA DO CRIME DE ESTUPRO

¹¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 de nov. de 2020.

¹¹⁸ BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 22 de nov. de 2020.

¹¹⁹ Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/estatisticas/>>. Acesso em: 11 de nov. de 2020.

¹²⁰ BRASIL. Lei nº 14.069, de 1º de outubro de 2020. Cria o Cadastro Nacional de Pessoas Condenadas por Crime de Estupro. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.069-de-1-de-outubro-de-2020-280804710>> Acesso em: 22 de nov. de 2020.

As importantes mudanças que aconteceram a partir da primeira onda do feminismo em todo mundo, durante o século XIX e início do século XX, transformaram a forma que a mulher era vista na sociedade em que estava inserida. Tornou-se então necessário zelar por sua integridade, assegurando-lhe direitos de proteção para aumentar a equidade entre o homem e a mulher.

Em 1940 quando o Código Penal brasileiro entrou em vigor a redação do art. 213, que trata sobre o tema do estupro, era tanto quanto diferente da que podemos observar hoje, sendo este tratado dentro do capítulo de “Dos Crimes Contra os Costumes”, na antiga redação: “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”, limitando o sujeito ativo e passivo o tipo penal era tratado como uma ofensa aos costumes e apenas mulheres poderiam ser o sujeito passivo da ação.

É possível dizer que o Código Penal teve reflexos das leis e costumes da sociedade daquela época, tendo como exemplo o tratamento que a mulher possuía no Código Civil de 1916¹²¹, que a colocava como relativamente incapaz, dando ao marido poder sobre ela. Maria Berenice Dias¹²², diz que a liberdade da mulher ainda não era assimilada, sendo rotulada com uma série de qualificativos. Virtude, honestidade, seriedade, castidade e pureza, são atributos que só dizem com o exercício da sexualidade, ou melhor, com a abstinência sexual feminina.

Até o ano de 2005 a legislação penal contava em sua redação com o termo “mulher honesta”, a Lei 11.106/05¹²³ alterou o artigo 215 do Decreto-Lei 2.848/40. Já a Lei nº 12.015/09 passou a entender o crime de estupro como contrário à “dignidade sexual”. Na atual redação, o art. 213 aduz: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”, deixando de limitar o sujeito ativo e passivo como fazia a antiga redação.

Para o professor Nucci (2014, p.27), a alteração do referido capítulo do Código Penal foi positiva, uma vez que a palavra dignidade vincula-se à honra e o termo sexual insere-a no contexto dos atos tendentes à satisfação da sexualidade. Além disso, considera-se o

¹²¹ BRASIL. Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 14 de abr. de 2021.

¹²² DIAS, Maria Berenice. A mulher no Código Civil. Disponível em: <[http://berenedias.com.br/uploads/18 - a mulher no código civil.pdf](http://berenedias.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_codigo_civil.pdf)>. Acesso em: 14 de abr. de 2021.

¹²³ BRASIL. Lei 11.106 de 28 de março de 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm>. Acesso em: 04 de maio de 2021.

direito à intimidade, à vida privada e à honra, assegurados no art. 5º, inciso X, além da dignidade da pessoa humana, art. 1º, inciso III, ambos dispositivos da Constituição Federal. Desse modo, busca-se proteger o respeito ao ser humano em matéria sexual, garantindo a liberdade de escolha, especialmente quando envolver formas de violência.

Outro importante marco nesse tema foi à criação da Lei Maria da Penha sancionada em 07 de Agosto de 2006, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, tendo como base o art. 226, §8º, da Constituição Federal e convenções que tratam sobre a eliminação da discriminação contra as mulheres, alterando assim o Código de Processo Penal¹²⁴, o Código Penal e a Lei de Execução Penal¹²⁵, a referida Lei dispõe ainda sobre a criação dos Juizados de Violência doméstica e familiar contra a mulher.

2.1. Enquadramento do crime de estupro no ordenamento jurídico brasileiro

O estupro está tipificado no art. 213 do Código Penal e com o advento da Lei nº 12.015/09 o título “Dos Crimes Contra os Costumes” passou a ser tratado com tema “Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual”. Para Bitencourt (2018, p. 50) o bem jurídico protegido, passou a ser a liberdade sexual, a intimidade e a privacidade da mulher e do homem, ou seja, a faculdade que ambos têm de escolher livremente seus parceiros sexuais, podendo recusar inclusive o próprio cônjuge.

Em sua redação o referido artigo dispõe: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”, com pena prevista de 6 a 10 anos de reclusão. Além disso, traz em seus parágrafos seguintes qualificadoras que agravam o crime, sendo a primeira a idade da vítima, menor de 18 ou maior de 14 anos, e a segunda o resultado da conduta em lesão corporal grave ou que resulte na morte da vítima.

No Capítulo VI do dispositivo também há a previsão do crime de estupro de vulnerável, art. 217-A, praticado contra menores de 14 anos, com pena de reclusão de 8 a 15 anos. Ainda é previsto a prática do crime contra quem por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. Além disso, há qualificadoras de lesão corporal de natureza grave ou morte. Ressalta-se que as condutas deste artigo independem do

¹²⁴ BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Lei de execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 01 de abr. de 2021.

¹²⁵ BRASIL. Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1947. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 01 de abr. de 2021.

consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

Já em 2018, a Lei nº 13.718/18¹²⁶ introduziu ao Código Penal o art. 218-C, que dispõe: “oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia”, sendo a pena prevista de 1 a 5 anos de reclusão, se o fato não constituir crime mais grave. Ademais, há previsão de aumento da pena se o crime for praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.

A Lei nº 13.718/18 também adotou causas de aumento de pena no art. 226 do Código Penal, nos casos de estupro coletivo, quando há o concurso de dois ou mais agentes, e a figura do “estupro corretivo”, quando o crime é praticado para controlar o comportamento social ou sexual da vítima.

Vale salientar que após a reforma de 2009, o crime passou a ser considerado “bi comum”, ou seja, o sujeito ativo não precisa ser necessariamente homem, nem o passivo necessariamente mulher, exceto nos casos de conjunção carnal. Diante dessa nova visão jurídica, percebe-se a evolução do pensamento e do comportamento social que interfere diretamente na legislação.

Como exemplo tem-se a articulação de Hungria (1891, p. 107, 110) de que o homem não poderia ser sujeito passivo, pois seu valor social é muito menos prejudicado do que o da mulher, não justificando uma equiparação. E que, para que seja considerada a resistência se faz necessário muito mais do que uma ausência de adesão ou uma recusa verbal, devendo haver uma oposição que só a violência física ou moral consiga vencer.

¹²⁶ BRASIL. Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2018/lei-13718-24-setembro-2018-787192-publicacaooriginal-156472-pl.html>>. Acesso em: 22 de nov. de 2020.

Apesar da mudança o estupro ainda é resultado de uma estrutura social que coloca as mulheres em situação de desvantagem, mesmo passando-se a admitir na redação que o homem figure como vítima as mulheres ainda são os principais alvos.

2.2. Proteção da mulher: uma análise sobre a Lei Maria da Penha

Um grande avanço na legislação brasileira em relação à proteção jurídica da mulher foi a promulgação da Lei nº 11.340/2006, nomeada como Lei Maria da Penha em homenagem ao símbolo da luta contra a violência doméstica Maria da Penha Maia Fernandes, autora do livro "Sobrevive posso contar" (1994) e fundadora do Instituto Maria da Penha (2009).

Maria da Penha nasceu em Fortaleza Ceará no ano de 1945, formou-se pela Faculdade de Farmácia e Bioquímica da Universidade Federal do Ceará como Biofarmacêutica e concluiu o seu mestrado em Parasitologia em Análises Clínicas na Faculdade de Ciências Farmacêuticas da Universidade de São Paulo.

Em 1983 Maria da Penha foi vítima de dupla tentativa de feminicídio por seu marido Marco Antônio Heredia Viveros que lhe deu um tiro enquanto dormia e, posteriormente, tentou eletrocutá-la no banho. Porém, Heredia só foi julgado em 1991, oito anos depois, sendo condenado a 15 anos de prisão, mas devido a um recurso da defesa ficou em liberdade até o segundo julgamento em 1996. Neste ano, onde foi condenado a 10 anos e 6 meses, a defesa ainda alegou que houve irregularidades no processo e novamente Heredia permaneceu em liberdade.

Em 1998 o caso ganhou dimensão internacional ao violar gravemente os direitos humanos e deveres protegidos por documentos assinados pelo Brasil (Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica; Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher) quando o Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) denunciaram o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA)¹²⁷.

A Lei nº 11.340/2006 surgiu diante da falta de medidas legais e acesso à justiça para a proteção da mulher, ao tratar a violência contra a mulher como uma questão de gênero,

¹²⁷ Instituto Maria da Penha. Quem é Maria da Penha. Disponível em: <<https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>>. Acesso em: 20 de nov. de 2020.

visando a criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, além de assistência e proteção.

Nos moldes do art. 3º da referida lei são assegurados às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. Assim, garantindo direitos inerentes à pessoa humana, que independem de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião.

A Lei Maria da Penha também caracteriza como um dos tipos de violência contra a mulher a violência sexual, que está previsto em seu art. 7º, inciso III, sendo este entendido como: qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

Quando o projeto do Código Penal foi elaborado o pensamento da época e demonstrado pelo penalista Hungria (1981, p. 114-115) era de não ser possível o marido praticar estupro contra a esposa, mesmo que essa não demonstrasse consentimento para o ato. O crime precisava ter "cópula ilícita" e o sexo seria um dever dos cônjuges e um exercício regular de direito.

Sobre o crime de estupro, a jornalista Helena Bertho, traz a seguinte frase em sua coluna na revista AzMinas¹²⁸: "O maior risco de estupro está dentro de casa. É mais fácil imaginar que o estupro é aquele vulto sem rosto na calada da noite. Porque é arrepiante aceitar que ele é o pai, o irmão, o marido, o primo, o tio ou o vizinho"

No mesmo sentido de crimes praticados dentro de casa, tem-se o chamado estupro marital, que ocorre quando o companheiro, marido ou namorado, abusando da convivência conjugal, ou até mesmo pessoa com relação afetiva e familiar, força uma mulher a ter relações sexuais, mesmo quando esta não o quer.

Outro importante avanço que é necessário destacar é que a referida lei também pode ser usada para a proteção nos casos de mulheres que se relacionam com outras

¹²⁸ BERTHO, Helena. Coluna Revista Azmina: o maior risco de estupro está dentro de casa. Disponível em: <<https://azmina.com.br/colunas/o-maior-risco-de-estupro-esta-dentro-de-casa/>>. Acesso em: 14 de abr. de 2021.

mulheres ou pessoas transexuais do sexo feminino. Aqui, o sujeito passivo é a mulher e o ativo é aquele que ficar comprovado de ter um vínculo da relação doméstica, familiar ou de afetividade com a vítima.

3. CULTURA DE ESTUPRO

Ao analisar o termo “cultura de estupro” visa-se compreender a violência sexual contra a mulher juntamente com sua constante objetificação, além disso, é importante pautar a normalização desse termo pela mídia e cultura popular. Também é necessário analisar como a vítima e os culpados são vistos ao longo do tempo dentro da lei e da sociedade.

Para o professor e pesquisador da USP Ricardo Alexino Ferreira o termo “cultura do estupro”¹²⁹ tem origem nos anos 1970, quando grupos feministas chamaram atenção para a constante culpabilização de vítimas de estupro e para a naturalização da atitude de estupradores. Já no Brasil, o termo ganhou mais destaque nas mídias após a repercussão de 30 homens, em uma comunidade da Zona Oeste do Rio de Janeiro em 2016.¹³⁰

A autora Ana Paula Araújo¹³¹, em seu livro “Abuso: a cultura do estupro no Brasil” expõe que ainda há uma grande parte da população, carente de informação, que ainda acredita que a mulher que “não se dá ao respeito” merece ser estuprada, e ainda, que o tipo de roupa pode induzir um homem a se tornar estuprador. Na obra, também é apontado que as mulheres quando bebem e são abusadas, acham que são culpadas e nos casos onde não há penetração, acreditam que não há crime. Ainda, afirma que é possível estimar que apenas 10% dos casos de estupro são denunciados, por medo das mulheres, pela vontade de esquecer, entre outros motivos, mas diz que principalmente, pela culpa e pela vergonha.

Partindo desses pressupostos, começa-se a enxergar a cultura do estupro e o machismo na sociedade quando constata-se que as mulheres sentem medo de saírem sozinhas à noite ou de saírem com determinado tipo de roupa, quando os pais deixam os filhos homens fazerem determinadas coisas e as proibirem para as filhas mulheres. Quando é observado que há diferença salarial entre homens e mulheres, na divisão de tarefas

¹²⁹ FERREIRA, Ricardo Alexino. Jornal da USP: As origens do termo cultura do termo cultura do estupro. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/atualidades/as-origens-do-termo-cultura-do-estupro-na-analise-de-alexino-ferreira/>> Acesso em: 10 de mar. de 2021.

¹³⁰ ROSSI, Marina. El país: O que já se sabe sobre o estupro coletivo no Rio de Janeiro. <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/05/31/politica/1464713923_178190.html>. Acesso em: 01 de abr. de 2021.

¹³¹ ARAUJO, Ana Paula. Abuso: A cultura do estupro no Brasil. Disponível em: <<https://www.google.com.br/books/edition/Abuso/Ayv6DwAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1>>. Acesso em: 17 de maio de 2021.

domésticas ou até mesmo nos brinquedos. É costumeiro presenciar um menino brincando com carrinhos enquanto a menina brinca com uma boneca ou com utensílios domésticos.

A sociedade está acostumada a reproduzir comportamentos que é condicionada a aceitar. Desse modo, o gênero é usado para justificar diferenças, apontar desigualdades e inferiorizar. Ademais, ao culpabilizar a vítima se desestimula que denúncias sejam realizadas, pois, a vítima espera, e geralmente é o que ainda acontece, que quem acolha sua queixa a julgue por sua vestimenta ou por sua conduta, a culpando e afastando a responsabilidade daquele que realmente deveria ser punido.

Em sua obra *O Segundo Sexo*, Beauvoir (2009, p. 119), escreve que é no momento em que a mulher se acha mais emancipada que se proclama a inferioridade de seu sexo, o que constitui um notável exemplo do processo de justificação masculina, como não limitam mais seus direitos como filha, esposa, irmã, é como sexo que lhe recusam a igualdade com o homem para dominá-la.

Em relação aos casos de estupro no país, os dados estatísticos do Fórum Brasileiro de Segurança Pública¹³² apontam que acontecem em média 180 estupros por dia no Brasil. Desse modo, quatro meninas de até 13 anos são estupradas por hora e 81,8% dos casos de estupro são cometidos contra mulheres, sendo 53,8% crianças de até 13 anos, 50,9% mulheres negras, e 48,5% mulheres brancas. Ressalta-se que a última atualização desta pesquisa foi feita no dia 22 de fevereiro de 2018.

Assim, pode-se concluir que a cada oito minutos uma mulher é estuprada no Brasil e que a cada dois minutos é registrado um caso de violência doméstica. Além disso, os dados estatísticos mostram que mesmo após a Lei nº 12.015/09, que trouxe diversas alterações em relação aos crimes sexuais, a taxa de violência ainda é muito preocupante no Brasil.

Em 2020 foi criado o Cadastro Nacional das Pessoas Condenadas por Crime de Estupro, mas mesmo com esse novo dispositivo existe muita insegurança, até mesmo jurídica, sobre sua eficácia na redução dos crimes sexuais e como será sua efetiva aplicação na legislação penal. Como exemplo já adotado em outro país temos os Estados Unidos, que possui o mesmo tipo de cadastro desde 1996.

Observando as “Leis Megan”, dispositivo legal estadunidense, mesmo com mais de 20 anos de vigência da norma não é possível atrelá-la a um efeito preventivo. Mas, acredita a advogada criminalista Ana Bernal, coordenadora do Núcleo de Ciências Criminais da

¹³² Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/estatisticas/>>. Acesso em: 11 de nov. de 2020.

Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo, que o cadastro pode ter, sim, um caráter preventivo: "pode funcionar como uma maneira de intimidar um estupro habitual, que terá sua condenação e prisão mais rápida"¹³³, afirma.

Em contrapartida o texto do dispositivo ainda tem muito a regulamentar em relação a acessibilidade dos dados, além de problemas voltados para o âmbito constitucional ao não prever o lapso temporal em que o nome da pessoa ficará inserida no cadastro, o que pode tornar a pena um caráter perpétuo. O que também muito se discute é se não há outras maneiras de prevenir esse delito.

Segundo a psicóloga Elizabeth Sanada¹³⁴, coordenadora do curso de psicopedagogia do Instituto Singularidades, a educação sexual nas escolas contribuiria para a prevenção e combate dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes. No mesmo sentido, a educadora Maria Helena Vilela¹³⁵ afirma em uma entrevista da TVT que a educação sexual não é apenas sobre sexo, mas para informar e prevenir violências sexuais.

Para a pesquisadora e representante do Conselho Federal de Psicologia (CRP), Valeska Zanello¹³⁶, a objetificação da mulher está entranhada na sociedade e que isso acaba normalizando o que é abominável, citando as propagandas de cerveja e seus clichês como exemplo, afirmando que são perpetuadoras da cultura do estupro. Ainda, defende que precisamos de leis não só para proteção contra violência, mas como forma de intervenção social e mudança cultural. Além disso, deu ênfase na importância da mídia deixar de objetificar a mulher e também da necessidade da educação sexual nas escolas a fim de tentar combater a cultura do estupro e os crimes sexuais.

Assim, há tanto a necessidade de medidas judiciais e legislativas quanto de políticas públicas, que precisam evoluir para adquirirem de fato um caráter não apenas coercitivo, mas preventivo e instrutivo.

¹³³ ZAPATER, Máira. Folha de São Paulo: O cadastro de estupro cria pena eterna ao invés de reabilitar o condenado. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/10/cadastro-de-estupros-cria-pena-eterna-ao-inves-de-reabilitar-condenados.shtml>>. Acesso em: 14 de abr. de 2021.

¹³⁴ REDE BRASIL ATUAL. Sem Tabu: educação sexual, nas escolas e em casa, evita abuso de crianças e adolescentes. <<https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2019/05/educacao-sexual-em-casa-e-na-escola-evita-abuso-de-criancas-e-adolescentes/>>. Acesso em: 01 de abr. de 2021.

¹³⁵ Educação sexual, nas escolas e em casa, evita abuso de crianças e adolescentes <<https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2019/05/educacao-sexual-em-casa-e-na-escola-evita-abuso-de-criancas-e-adolescentes/>>. Acesso em: 01 de abr. de 2021.

¹³⁶ SENADO NOTÍCIAS. Estupros são decorrência de misoginia e machismo, dizem palestrantes. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/06/13/estupros-sao-decorrencia-de-misoginia-e-machismo-dizem-palestrantes>>. Acesso em: 02 de abr. de 2021.

3.1. O crime de estupro enquanto violência de gênero e a culpabilização da vítima frente a proteção jurídica da mulher

O dicionário online de português¹³⁷ enuncia que gênero é: “a diferença entre homens e mulheres que, construída socialmente, pode variar segundo a cultura, determinando o papel social atribuído ao homem e à mulher e às duas identidades sexuais”.

Diante desse conceito percebe-se uma assimetria delimitada nas desigualdades impostas culturalmente aos “papéis”, condutas, que homens e mulheres devem seguir. E no que pese ao Direito, a atuação de seus operadores ainda acontece de forma discriminatória a respeito da dignidade sexual da mulher. Podemos citar um caso recente, de impacto nacional, do vídeo da audiência do caso da influencer Mariana Ferrer, que foi publicado dia 03 de novembro de 2020¹³⁸. De acordo com a notícia do G1, a blogueira Mariana Ferrer acusa o empresário André de Camargo Aranha de tê-la estuprado em dezembro de 2018, em um camarim privado, durante uma festa em um Beach Club em Jurerê Internacional, em Florianópolis. Ela tinha 21 anos e era virgem.¹³⁹

No vídeo publicado da audiência do caso, Mariana Ferrer foi totalmente desrespeitada, o advogado de defesa do suspeito disse para a vítima durante a audiência “Não adianta vir com esse teu choro dissimulado, falso e essa lábia de crocodilo”, o Ministro do STF Gilmar Mendes manifestou¹⁴⁰ em uma rede social sua indignação, de acordo com o Ministro as cenas da audiência são estarrecedoras. Ressaltou que o sistema de Justiça deve ser instrumento de acolhimento, jamais de tortura e humilhação.

Devido à repercussão do caso, artistas e internautas começaram a indagar a participação das mulheres em julgamentos de crimes sexuais contra pessoas do sexo

¹³⁷ Dicionário Online de Português. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/genero/>>. Acesso em: 17 de nov. de 2020.

¹³⁸ CONJUR. Revista Cosulto Jurídico: Íntegra da audiência de Mariana Ferrer em julgamento sobre estupro. <<https://www.conjur.com.br/2020-nov-05/veja-integra-audiencia-mariana-ferrer-estupro>>. Acesso em: 11 de mar. de 2020.

¹³⁹ Caso Mariana Ferrer: ataques a blogueira durante julgamento sobre estupro provocam indignação. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2020/11/03/caso-mariana-ferrer-ataques-a-blogueira-durante-julgamento-sobre-estupro-provocam-indignacao.ghtml>>. Acesso em: 04 de maio de 2021.

¹⁴⁰ Gilmar Mendes se pronuncia sobre caso de Mariana Ferrer e fala em tortura e humilhação. Disponível em: <https://cultura.uol.com.br/noticias/13813_gilmar-mendes-se-pronuncia-sobre-caso-de-mariana-ferrer-e-fala-em-tortura-e-humilhacao.html>. Acesso em: 04 de maio de 2021.

feminino, questionando as perguntas feitas pelos homens que conduziam o julgamento. A questão da culpabilização da vítima também veio à tona após a divulgação do vídeo.

Em seu livro *Sejamos Todos Feministas*, a autora Adichie (2015, p. 16), relata um caso de estupro em que vários jovens de ambos os sexos questionaram que estupro é errado, mas se indagam sobre o que a vítima estava fazendo com quatro homens, como se ela fosse a culpada do crime. Já a autora Ana Paula Araújo¹⁴¹, o estupro é o único crime em que a vítima é que sente culpa.

Apesar dessa frequente culpabilização existem canais de apoio à mulher, como o movimento feminista no Brasil¹⁴², que ensinam e incentivam a denúncia de crimes sexuais, levando em conta que muitas vezes, a vítima não denuncia por vários fatores, como por exemplo, fatores psicológicos, ameaças e medo do autor.

Em matéria para o jornal BBC¹⁴³, a Promotora de Justiça do Ministério Público de São Paulo Silvia Chakian, do GEVID (Grupo de Atuação Especial de Enfrentamento à Violência Doméstica), destacou alguns dos motivos que fazem com que a maioria das mulheres não denuncie esses crimes. Os motivos elencados pela Promotora são: 1. Vítimas não identificam o que sofreram como assédio; 2. Medo de que ninguém acredite nelas; 3. Medo do assediador; 4. Vítimas sentem vergonha; 5. Sentimento de culpa; 6. Vítimas são culpabilizadas; 7. Vítimas têm medo de reviver a experiência; 8. Medo de perder emprego; 9. Medo de enfrentar processo e “não dar em nada”; 10. Dificuldades para denunciar/reportar e medo da violência institucional; 11. Crimes são tratados como um problema entre homem e mulher, não como problema da sociedade.

Destaca-se que nos crimes de estupro a palavra da vítima tem grande relevância, pois muitas vezes é único meio de prova é o testemunho das partes. Apesar disso, o delito é de difícil comprovação por laudos técnicos, muitas vezes não deixando vestígios. Nesse sentido, Nucci (2014, p. 57) explica que quando o estupro é praticado por meio da grave ameaça e executado às ocultas, torna-se dificultosa a prova tanto da materialidade quanto da autoria, não sendo poucas as vezes em que se tem apenas a palavra da vítima contra a palavra do réu.

¹⁴¹ ARAUJO, Ana Paula. *Abuso: A cultura do estupro no Brasil*. Disponível em: <<https://www.google.com.br/books/edition/Abuso/Ayv6DwAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1>>. Acesso em: 17 de maio de 2021.

¹⁴² CATRACA LIVRE. *Como denunciar casos de assedio sexual ou estupro*. <<https://catracalivre.com.br/cidadania/veja-como-agir-caso-voce-seja-vitima-de-assedio-ou-estupro/>>. Acesso em: 01 de abr. de 2021.

¹⁴³ GRAGNANI, Juliana. *BBC Brasil - 11 motivos que levam as mulheres a deixar de denunciar casos de assédio e violência sexual*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41617235>> Acesso em: 01 de abr. de 2021.

Além disso, os processos na Vara Criminal relacionados a crimes sexuais passam por desafios devido à estrutura do judiciário majoritariamente masculina. Em sua tese sobre a desigualdade de gênero nos Tribunais Superiores no Brasil¹⁴⁴, a professora Clarice Paiva Moraes explica a pouca representatividade feminina no Poder Judiciário Brasileiro e afirma que existe um hiato entre os ditames constitucionais que prevê igualdade entre homens e mulheres e a realidade, que se mantém fiel ao *status quo* de desigualdade e hierarquia de gênero, sendo essas percebidas nas decisões judiciais que tratam de temas tão importantes para o gênero feminino como o aborto.

O Departamento de Pesquisas Judiciárias¹⁴⁵ promoveu o Censo do Poder Judiciário no ano de 2014 e publicou o Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros no ano de 2018. Identificaram que 35,9% dos magistrados e 56,2% dos servidores eram mulheres, além disso, observou que quanto maior o nível da carreira na Magistratura no Brasil, menor era a participação das mulheres, sendo ela representada por 44% dos juízes substitutos, 39% dos juízes titulares, 23% dos desembargadores e apenas 16% dos ministros de Tribunais Superiores. Ou seja, mesmo com o crescimento do número de mulheres na Magistratura, pode-se dizer que 64,1% dos magistrados ainda são homens.

Diante dos fatos, levando em consideração a violência de gênero, é possível identificar que as mulheres, em regra, possuem salários inferiores aos dos homens. Além de na maioria das profissões, os ocupantes de cargos e níveis mais altos são majoritariamente homens. Nesse sentido, a historiadora Joan Scott¹⁴⁶ afirma que há uma ligação explícita entre o gênero e o poder e frequentemente, a atenção dedicada ao gênero não é explícita mas constitui, no entanto, uma dimensão decisiva da organização da igualdade e desigualdade. As estruturas hierárquicas baseiam-se em compreensões generalizadas da relação pretensamente natural entre homem e mulher.

Desse modo observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro deve buscar formas de coibir a violência de gênero e a culpabilização da vítima, tendo em vista que mesmo com as leis existentes, que possuem tal finalidade, ainda sim é possível observar diversos casos que evidenciam a necessidade de maior proteção jurídica, mais ainda tratando-se de

¹⁴⁴ MORAIS, C. P.; SAMPAIO, J. A. L. Desigualdade de gênero nos tribunais superiores no Brasil. análise da neutralidade judicial sob a ótica da pergunta pela mulher. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat06909a&AN=sib.530905&lang=pt-br&site=eds-ij>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

¹⁴⁵ Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário. <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/05/cae277dd017bb4d4457755febf5eed9f.pdf>>. Acesso em: 11 de mar. de 2021.

¹⁴⁶ Gênero: Uma categoria útil para a análise histórica. Disponível em: <<https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/categoriautilanalisehistorica.pdf>> Acesso em: 20 de abr. de 2021.

casos judiciais, levando em consideração que a pessoa que procura o judiciário, em tese, busca uma decisão justa.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal visa a proteção de bens jurídicos tutelados pela Constituição Federal. Tem a *ultima ratio* como princípio norteador sendo aplicado apenas como último recurso a fim de evitar atos ilícitos. Em relação aos crimes sexuais, principalmente ao tipo penal do estupro, é imprescindível a norma para resguardar direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana e manter a estabilidade jurídica.

Dentro dessa perspectiva, voltando-se para o cenário brasileiro, observa-se que as alterações na legislação penal foram benéficas e de extrema relevância para a proteção da mulher, como por exemplo, a Lei Maria da Penha que visa coibir a violência no âmbito doméstico buscando a igualdade de gênero prevista na Constituição Federal.

Também é possível pontuar que com a evolução do ordenamento jurídico o Código Penal acabou com conceitos como “crime contra os costumes” e aboliu o termo “mulher honesta”, deixando de usar qualificativos que sempre foram rotulados ou direcionados a mulher para coibir o exercício de sua sexualidade.

Além da análise sistemática do art. 213 que tipifica o crime de estupro foram observados, também, o art. 217-A referente ao estupro de vulnerável, o art. 218-C que dispõe sobre “pornografia de vingança”, o art. 226 que qualifica o aumento da pena em casos de estupro coletivo e o chamado “estupro corretivo”.

A partir pesquisas nas doutrinas da área penal é possível concluir que não se limita mais o sujeito ativo e passivo dos crimes sexuais, além de ter passado a configurar como estupro a prática inconstentida do ato sexual do marido com a cōnjuge, o chamado “estupro marital”, que antes era visto com um exercício regular de direito.

Outro ponto importante analisado para se compreender a violência sexual foi o termo “cultura de estupro” que diz respeito à culpabilização das vítimas e a naturalização da atitude de estupradores. Essa prática encontra-se arraigada na sociedade e é proveniente de uma estrutura machista que reproduz que homens e mulheres possuem “papéis” diferentes a serem exercidos.

Ponderou-se no artigo dados estatísticos de estupro no país, além dos casos registrados de violência doméstica. Ademais, viabilizou a importância da educação sexual para a prevenção de crimes sexuais contra crianças e adolescentes e da criação de leis para intervenção social e mudança cultural.

Na visão estrutural do judiciário os cargos de maior relevância são majoritariamente masculinos com pouca representatividade feminina, mantendo uma desigualdade de gênero, o que dificulta decisões importantes no que se referem a assuntos relacionados com a mulher, tais como o estupro e o aborto.

Nesse diapasão, a partir de revisão bibliográfica e jurisprudencial, no método hipotético dedutivo, pode-se constatar que continua evidente que no campo jurídico ainda é necessário que haja evolução e aperfeiçoamento dos mecanismos para que se tenha de fato uma diminuição significativa da violência e igualdade entre os gêneros. Mas, desde a promulgação do Código Penal de 1940 observa-se que foram conquistadas mudanças significativas para os direitos das mulheres e é possível dizer “estamos no caminho certo”.

REFERÊNCIAS

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **Sejamos todos feministas**. São Paulo, Companhia das Letras, 2014.

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Entra em vigor lei que cria cadastro nacional de condenados por estupro**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/697464-entra-em-vigor-lei-que-cria-cadastro-nacional-de-condenados-por-estupro/>>. Câmara dos Deputados. Acesso em: 17 de out. de 2020.

ALMEIDA, Gabriela Perissinotto. **Estérotipos de gênero sobre mulheres vítimas de estupro: uma abordagem a partir do viés de gênero e dos estudos de teóricas femininas do direito**. Teses USP.

ANDRADE, Maiô de Menezes Vieira. **Os mitos do estupro e a “especial relevância da palavra da vítima em crimes sexuais”**. Boletim IBCCRIM, 2019.

ARAÚJO, Ana Paula. **Abuso: A cultura do estupro no Brasil**. Globo Livros, 2020.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**. Tradução Sérgio Milliet. - 2.ed. - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BERTHO, Helena. **Coluna Revista Azmina: o maior risco de estupro está dentro de casa**. Disponível em: <<https://azmina.com.br/colunas/o-maior-risco-de-estupro-esta-dentro-de-casa/>>. Acesso em: 14 de abr. de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 de out. de 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 17 de out. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm> Acesso em: 14 de abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1947** Código de Processo Penal. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 01 de abr. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984**. Lei de execução Penal. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 01 de abr. de 2021.

BRASIL. **Lei 11.106 de 28 de março de 2005**. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm>. Acesso em: 04 de maio de 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Lei Maria da Penha. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 30 de nov. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 30 de nov. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2018/lei->

13718-24-setembro-2018-787192-publicacaooriginal-156472-pl.html> Acesso em: 30 de nov. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.069, de 1º de outubro de 2020.** Cria o Cadastro Nacional de Pessoas Condenadas por Crime de Estupro. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.069-de-1-de-outubro-de-2020-280804710>>. Acesso em: 30 de nov. de 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública.** 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2018.

CATRACA LIVRE. **Como denunciar casos de assédio sexual ou estupro.** <<https://catracalivre.com.br/cidadania/veja-como-agir-caso-voce-seja-vitima-de-assedio-ou-estupro/>>. Acesso em: 01 de abr. de 2021.

COELHO, Ana Célia; RIBEIRO, Geise. **Dossiê Reverso: Educação Sexual potencializa o combate aos crimes sexuais contra crianças e adolescentes.** Disponível em: <<https://www3.ufrb.edu.br/reverso/educacao-sexual-potencializa-o-combate-aos-crimes-sexuais-contra-criancas-e-adolescentes/>>. Acesso em: 01 de abr. de 2021.

CONJUR. **Revista Cosulto Jurídico: Íntegra da audiência de Mariana Ferrer em julgamento sobre estupro.** <<https://www.conjur.com.br/2020-nov-05/veja-integra-audiencia-mariana-ferrer-estupro>>. Acesso em: 11 de mar. de 2020.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **A mulher no Código Civil.** Disponível em: <http://berenedias.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_codigo_civil.pdf>. Acesso em: 14 de abr. de 2021.

Dicionário Online de Português. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/genero/>>. Acesso em: 17 de nov. de 2020.

FERNANDES, Maria da Penha Maia. **Sobrevivi... posso contar.** Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012.

FERREIRA, Ricardo Alexino. **Jornal da USP: As origens do termo cultura do termo cultura do estupro.** Disponível em: <<https://jornal.usp.br/atualidades/as-origens-do-termo-cultura-do-estupro-na-analise-de-alexino-ferreira/>> Acesso em: 10 de mar. de 2021.

FILHO, Francisco Humberto Cunha; FERNANDES, Leonísia Moura. **Violência sexual e culpabilização da vítima: sociedade patriarcal e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro.** Pública Direito.

Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Estatísticas.** Disponível em:
<<https://forumseguranca.org.br/estatisticas/>>. Acesso em: 11 de nov. de 2020.

GRAGNANI, Juliana. **BBC Brasil - 11 motivos que levam as mulheres a deixar de denunciar casos de assédio e violência sexual.** Disponível em:
<<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41617235>>. Acesso em: 01 de abr. de 2021.

HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal: Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, volume VIII, arts. 197 a 249.** 5ª edição. Forense: Rio de Janeiro, 1981.

Instituto Maria da Penha. **Quem é Maria da Penha.** Disponível em:
<<https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>>. Acesso em: 29 de nov. de 2020.

LIMA, Marina Torres Costa Lima. **O estupro enquanto crime de gênero e suas implicações na prática jurídica.** UEPB, 2012.

MACHADO, Flora Barcellos de Valls. **Gênero, violência e estupro: definições e consequências.** UFRGS, 2013.

MORAIS, C. P.; SAMPAIO, J. A. L. **Desigualdade de gênero nos tribunais superiores no Brasil. análise da neutralidade judicial sob a ótica da pergunta pela mulher.** Disponível em:
<<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat06909a&AN=sib.530905&lang=pt-br&site=eds-live>> Acesso em: 14 abr. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RAMACCIOTTI, Rafaela Lugon Lucchesi. **Estupro e Violência de Gênero: Uma Análise do Discurso Jurídico.** UniRio, 2017.

REDE BRASIL ATUAL. **Sem Tabu: educação sexual, nas escolas e em casa, evita abuso de crianças e adolescentes.**
<<https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2019/05/educacao-sexual-em-casa-e-na-escola-evita-abuso-de-criancas-e-adolescentes/>>. Acesso em: 01 de abr. de 2021.

ROSSI, Marina. **El país: O que já se sabe sobre o estupro coletivo no Rio de Janeiro.** <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/05/31/politica/1464713923_178190.html>. Acesso em: 01 de abr. de 2021.

SENADO NOTÍCIAS. **Estupros são decorrência de misoginia e machismo, dizem palestrantes.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/06/13/estupros-sao-decorrencia-de-misoginia-e-machismo-dizem-palestrantes>>. Acesso em: 02 de abr. de 2021.

ZAPATER, Maíra. **Folha de São Paulo: O cadastro de estupradores cria pena eterna ao invés de reabilitar o condenado.** Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/10/cadastro-de-estupradores-cria-pena-eterna-ao-inves-de-reabilitar-condenados.shtml>>. Acesso em: 14 de abr. de 2021.

ABANDONO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA INTERNET

DANYELLA DORNELAS LACERDA SANTOS:
Bacharelado em Direito pela Universidade de Gurupi –
Unirg.

VERÔNICA SILVA DO PRADO DISCONZI¹⁴⁷

(orientadora)

Resumo: A relevância da pesquisa está debruçada dentro da proteção de crianças e adolescentes na internet. Evidencia-se a pertinência deste estudo com fato de que cabe a quem guarnecesse de cuidados do menor estar atento as suas atitudes, visto que trata-se de uma obrigação presente na carta magna. O estudo se caracteriza por possuir uma análise bibliográfica onde se é levado em conta a legislação vigente e textos já descritos e por uma ótica descritiva. Portanto, a motivação da pesquisa perpetua na inocência e falta de malícia dos pequenos, que, muitas vezes podem ter acesso a conteúdos inadequados como pornografia, jogos de azar, dentre outros. Desta forma, observa-se que a falta de atenção e cuidado com os menores podem dar brechas para não só problemas legais, mas também para problemas emocionais e distúrbios que podem acompanhar o indivíduo o resto da vida.

Palavras-chave: crianças; adolescentes; abandono; internet.

Abstract: The relevance of this research is focused on the protection of children and adolescents on the internet. The relevance of this study is evidenced with the fact that it is up to the person who needs the care of the minor to be attentive to their attitudes, since it is an obligation present in the Constitution. The study is characterized by having a bibliographic analysis where the current legislation and texts already described are taken into account and from a descriptive perspective. Therefore, the motivation of the research perpetuates the innocence and lack of malice of the little ones, who often can have access to inappropriate content such as pornography, gambling, among others. Thus, it is observed that the lack of attention and care for minors can create loopholes for not only

147 Graduada em Direito na FAFICH (2000); Pós- Graduada em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista pela Anhanguera (2005); Mestre em Gestão Pública pela UFT (2018); Professora na Unitins de Palmas/TO; Diretora-Geral da ESA-TO (Gestão atual), Professor Universitário de Direito na Universidade UnirG, Gurupi/TO.

legal problems, but also for emotional problems and disorders that can accompany the individual for the rest of his life.

Keywords: Children. Teenagers. Abandonment. Internet.

Sumário: Introdução. 1. AUTORIDADE PARENTAL E NEGLIGÊNCIA. 2. CRIANÇAS E ADOLESCENTES COMO SUJEITOS DE DIREITOS ESPECIAIS. 3. ABANDONO DIGITAL E OS EFEITOS NOCIVOS DA INTERNET.

INTRODUÇÃO

O abandono de crianças e adolescentes na internet pode ser considerada uma realidade pouco discutida. Em relação ao acesso facilitado à internet, é válido destacar sobre acontecimentos correlatos quanto ao abandono de crianças e adolescentes no ambiente virtual, que atualmente se tornou uma prática muito comum.

Sua maior motivação de existência pode ser direcionada a omissão por parte dos adultos, visto que os mesmos recebem a obrigação perante o Estado de garantir pela proteção de menores, finda-se em rotinas exorbitantes de trabalho, pela própria desatenção, entre outros.

Foi preciso estabelecer regras para o seu funcionamento, então houve a criação de políticas governamentais a favor das crianças e anos depois foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que vem para instituir seus direitos e deveres.

Diante desse recorrente e crescente cenário, foi necessário estabelecer ações para resolver ou amenizar o abandono, como orientações sobre o uso de todos os meios de internet, solicitar consentimento específico dos responsáveis legais para menores de 18 anos, garantir que toda atividade produzida por um navegante.

Dessa forma é importante ressaltar o abandono digital nos dias atuais, principalmente com a situação de pandemia, onde muitas crianças por estarem passando muito tempo dentro de casa utilizam de recursos disponíveis na internet para se distraírem e muitas vezes não tem supervisão nem informações necessárias do que é certo ou errado no mundo digital.

Por todos esses aspectos citados tem-se a análise de que esse assunto é delicado, por tratar de pessoas inocentes e legalmente incapazes, que ficam à mercê de proteção no

que se diz sobre o uso da internet, algo que pode ser utilizado para estudos e lazer pode acabar abrindo portas para conhecimentos incoerentes com a idade.

A pesquisa se materializa de forma bibliográfica e descritiva, utilizando como base legislações, doutrinas, artigos científicos, dissertações e teses. Os estudos sobre o tema, possui o condão em observar quanto a responsabilidade civil proveniente desse "abandono". Aos olhos do nosso poder judiciário é preciso que se analise bem cada caso e situação ocorrida, a qual deve ser acompanhada por profissionais capacitados, para que assim se tenha uma noção exata se realmente existe abandono do menor quanto ao acesso à internet, e se existe uma sanção para tal prática.

1. AUTORIDADE PARENTAL E NEGLIGÊNCIA

O poder familiar não decorre apenas da paternidade natural, mas também da filiação legal, sendo irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. As obrigações por ele geradas são personalíssimas. Tais obrigações consistem, além da prestação de auxílio material, no dever de apoiar o filho no seu processo de formação como pessoa, como membro útil da sociedade. (MAGALHÃES & ANDRADE, 2015)

O conceito de autoridade parental se modificou com o tempo. Não somente os pais podem ser considerados como autoridade familiar, mas também aos casos em que o neto reside com a avó/avô, estes também assumem o papel de autoridade familiar. Em muitos casos vemos netos se referindo aos avós como pai ou mãe e assim por diante.

A art. 1.634 do Código Civil determina que compete aos pais, quanto à pessoa do filho:

Dirigir-lhes a criação e educação e exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584: tal garantia é essencial para que se promova a educação e criação dos filhos, sendo suprimida apenas em casos excepcionais.

Ela decorre da filiação seja ela sanguínea, adotiva ou socioafetiva, esta última, ainda não positivada, trata-se de uma construção jurídica atenta a realidade social, caracterizada pelo vínculo afetivo. Assim, havendo reconhecimento da filiação, há responsabilidade parental, decorrente do poder familiar exercido conjuntamente por ambos os progenitores (KLUNCK & AZAMBUJA, 2019)

O dever de guarda é indispensável para que seja exercida a necessária vigilância. Sendo aquele que é autoridade parental o responsável civilmente pelos atos dos filhos

menores, o direito de vigilância torna efetivo o poder de dirigir a formação moral do menor. (TIBURCIO, p. 3, 2017)

De forma que, quando indivíduo que está sobre a autoridade parental e se omite em cumprir seu papel, resulta em negligência. Assim dispõe Klunck & Azambuja (p. 10, 2019)

Esta pode ser caracterizada como uma situação de omissão constante, de descuido, desleixo, desatenção e abandono que coloca o desenvolvimento da criança em risco e que pode trazer uma série de problemas e traumas. Muitas vezes o sofrimento experimentado pela criança ou adolescente pode se manifestar imediatamente em uma febre, desânimo, regressão ou os sintomas do sofrimento podem eclodir anos mais tarde.

Essa negligência em relação aos menores, principalmente no ambiente virtual, pode trazer consequências danosas para a vida da criança, no que tange sobre seu desenvolvimento.

2. CRIANÇAS E ADOLESCENTES COMO SUJEITOS DE DIREITOS ESPECIAIS

No ordenamento jurídico vigente, observamos artifícios que buscam resguardar a condição da criança e do adolescente evidenciando os mesmos como sujeitos de direitos especiais, devido sua condição de indivíduo em desenvolvimento e com capacidade plena indisponível.

Os itens disponíveis nos dispositivos do art. 227 e 228 da Constituição Federal de 1988, versam também sobre direito a vida, a liberdade, a igualdade e todos os direitos fundamentais da pessoa humana, mencionados no caput do artigo 5º, da CF, ou seja, tratam-se de direitos da mesma natureza, sendo todos direitos fundamentais. (MACHADO, 2003 *Apud* MÜLLER, 2011)

Conforme dispõe o texto do artigo 227, *caput*, da Constituição Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à

liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

Todavia, as disposições advindas do artigo 227, da Constituição Federal, de 1988, trazem uma abordagem de uma pessoa em condição especial, que ainda está se desenvolvendo.

Machado (2003), preceitua quanto a diferença dos direitos daqueles que possuem capacidade plena, através de duas óticas: sendo uma quantitativa, pois crianças e adolescentes são beneficiários de mais direitos do que os adultos; e outra em que podem ser classificados pelo seu aspecto qualitativo ou estrutural, devido aos titulares de tais direitos se encontrarem em peculiar condição de desenvolvimento. (MACHADO, 2003 *Apud* MÜLLER, 2011)

Ao abordarmos sobre a necessidade de cuidado especial, nota-se que o legislador obteve um olhar mais paterno perante as crianças e adolescentes, tornando equiparados constitucionalmente perante aos demais, principalmente pela sua fragilidade.

3. ABANDONO DIGITAL E OS EFEITOS NOCIVOS DA INTERNET

O número de acessos de crianças e adolescentes à rede mundial de computadores cresce desenfreadamente a cada ano. Inclusive, no Brasil, acredita-se que eles sejam responsáveis pela maioria dos acessos, que atingiu picos surpreendentes durante a quarentena imposta pela pandemia do Covid-19.

O uso da internet, em 2021, chegou à grande parte dos domicílios brasileiros, o que, normalmente, seria um motivo de alegria, já que a internet, como uma biblioteca de Alexandria moderna, agrupa todo o conhecimento do mundo. Mas é nesse fato que mora o perigo, já que se há todo o conhecimento do mundo disponível, qual deles as crianças e os adolescentes teriam maturidade para acompanhar?

O nome WWW, em língua inglesa, revela muito sobre o que é a internet, uma vez que se traduzido de maneira literal para o português, World Wide Web, não seria a rede mundial de computadores, e sim a "teia de todo o mundo", ou seja, a rede que quebra os paradigmas geográficos, pois possui um alcance mundial. E o que seria uma teia se não uma armadilha predatória de aranha para com sua presa? Pois bem, dentro dessa teia, as crianças e os adolescentes, despidas de malícia, tornam-se verdadeiras presas, e é nesse momento que o acompanhamento dos pais ou responsáveis se faz indispensável.

O advogado especialista em Direito de Família e Sucessões, Rodrigo da Cunha Pereira afirma:

O abandono digital dos pais representa a ausência deles que deixam de fiscalizar ou supervisionar a vida virtual dos filhos. Nesse sentido, os pais têm responsabilidade civil de vigiar, orientar e educar os filhos em relação a convivência com as novas tecnologias. (PEREIRA, 2020, pág. 2)

Nessa nova realidade, a função dos pais não se limita apenas ao mundo real, já que são responsáveis pela vida de seus filhos também no âmbito digital, como prevê a Lei nº 13.441/2017, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), buscando resguardar a ação policial na internet com o fim de investigar os crimes contra a dignidade sexual das crianças e adolescentes. Todavia, não se limitou a isso, pois prevê que os crimes praticados por crianças e adolescentes recaem civilmente aos pais ou responsáveis.

O advogado especialista em Direito de Família e Sucessões ainda ressalta:

Presume-se a culpa daqueles, conforme dicção do art. 932, inciso I, do Código Civil, a preceituar que são também responsáveis pela reparação civil, os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia". (PEREIRA, 2020, pág. 3).

Fica claro que o cuidado parental deve ser preciso e dinâmico, isto é, estar sempre pronto a observar e cuidar das crianças e adolescentes que estão sobre sua guarda e que cada vez mais tornam-se vulneráveis no que tange aos perigos cibernéticos.

Infelizmente, o que acontece é que as redes sociais e o uso tecnológico têm crescido cada vez mais e, por manterem as crianças entretidas e distraídas acabam se transformando numa espécie de "babás eletrônicas", pois elas permanecem mais tempo dentro de casa que é considerado, ao menos fisicamente, um "ambiente seguro".

Contudo a realidade é outra e os riscos são inúmeros, conforme explica o Ministério da Mulher, da família e dos Direitos humanos:

1. Abuso sexual de crianças e adolescentes na Internet: são todas as formas de abuso realizadas através da internet.

2. Cyberbullying/Assédio virtual: violência praticada com o objetivo de agredir, perseguir, ridicularizar e/ou assediar.

3. Exploração sexual de crianças e adolescentes na Internet: todos os atos de natureza sexual cometidos contra uma criança ou adolescente através do uso da Internet como meio de explorá-los sexualmente.

4. Exposição a conteúdos inapropriados: acesso ou exposição de crianças e adolescentes, intencionalmente ou acidentalmente, a conteúdos violentos, de natureza sexual ou que gerem ódio, sendo prejudicial ao seu desenvolvimento.

5. Grooming: estratégias que um adulto realiza para ganhar a confiança de uma criança ou adolescente, através da Internet, com o propósito de abusar ou explorar sexualmente.

6. Materiais de abuso sexual de crianças e adolescentes gerados digitalmente: produção artificial, através da mídia digital, de todo tipo de material que represente crianças e adolescentes que participam de atividades sexuais e/ou de maneira sexualizada, para fazer com que os fatos pareçam reais.

7. Publicação de informações privadas: publicação de materiais e informações pessoais de forma online.

8. Happy slapping: É uma forma de cyberbullying que ocorre quando uma ou várias pessoas agridem um indivíduo enquanto o incidente é gravado para ser transmitido nas redes sociais.

9. Sexting: autoprodução de imagens sexuais, com a troca de imagens ou vídeos com conteúdo sexual, por meio de telefones e/ou da Internet (mensagens, e-mails, redes sociais). Também pode ser considerado como uma forma de assédio sexual em que uma criança e um adolescente são pressionados a enviar uma foto para o parceiro, que a propaga sem o seu consentimento.

10. Sextorsão (sextortion): chantagem realizada a crianças ou adolescentes por meio de mensagens intimidadoras que ameaçam

propagar imagens sexuais ou vídeos gerados pelas próprias vítimas.
(MDH, 2020, p.1)

A pesquisa TIC Kids Online Brasil 2019 realizada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br, 2019), responsável por analisar como os usuários acessam a internet nos últimos três meses demonstrou que 64% dos adolescentes realizaram pesquisas apenas por curiosidade ou vontade própria, ou seja, não tem de certo modo um norte, uma linha segura do que devem ou não buscar nesse mundo de possibilidades que é a internet.

Essa situação poderia ser até inofensiva se, de acordo com a mesma pesquisa, 15% das crianças e adolescentes de 9 a 17 anos, não relatassem terem visto na Internet imagens ou vídeos de conteúdo sexual e, para piorar, 11% relatam que já receberam pedidos de fotos ou vídeos onde eles deveriam estar nus.

Essa situação torna-se mais difícil quando a pesquisa descreve que enquanto 80% dos pais diz conversar com crianças e adolescentes sobre o que fazem online, 77% dos jovens de 15 a 17 anos dizem acreditar que sabem mais sobre a internet que seus próprios responsáveis. Isto demonstra que existe um desequilíbrio no que tange ao cuidado online desses jovens, como os pais podem realmente compreender, proteger e evitar que seus filhos se tornem vítimas dos predadores quando nem ao menos conhecem com profundidade a realidade do mundo virtual?

É preciso, de acordo com Pina (2013) fazer a supervisão, limitar o acesso à internet. Um exemplo seria evitar que os menores façam uso dos computadores nos quartos. Fazer uso de softwares de filtragem, pois monitorar também seria uma opção plausível. Entretanto, a melhor forma de proteger os filhos é ensiná-los a se proteger sozinhos, principalmente quando se trata dos adolescentes que tendem a buscar constantemente por sua independência.

Por meio do diálogo entre pais e filhos, principalmente conforme vão crescendo e que ambos podem aprender e enfrentar essa situação, para que a internet se torne uma ferramenta de uso confiável nas famílias e não uma porta de entrada para abusadores e predadores.

3.1 A FUNÇÃO DO RESPONSÁVEL LEGAL E A APLICAÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

Como é sabido, cabe ao responsável do menor orientá-lo e educá-lo. A Carta Magna registra que cabe à família, à sociedade e ao Estado assegurarem os direitos da criança e do adolescente, disciplinar os mecanismos para efetivação e garantia desses interesses inerentes ao menor. Neste diapasão, surge a proteção especial do ECA, ao estatuir:

- Garantia de pleno e formal conhecimento de atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado;
- Princípios de brevidade, excepcional idade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;
- Estímulo do poder público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;
- Programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente, dependente de entorpecentes e drogas afins. (SOLEDADE e ANJOS, 2021, on-line)

No código penal o crime titulado no art. 133, onde dispõe sobre “Abandono de incapaz, é o ato de abandonar a pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono.” (GHIRALDELLI, 2020, on-line) Como discorre código penal:

Art. 133 – Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:

Pena – detenção, de seis meses a três anos.

§ 1º– Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º– Se resulta a morte

Pena – reclusão, de quatro a doze anos.

Aumento de pena

§ 3º– As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço:

I – se o abandono ocorre em lugar ermo;

II – se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima.

III – se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos (Incluído pela Lei nº 10.741, de 2003) (BRASIL, 1940)

Ainda, disciplina a jurisprudência do acórdão Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG:

APELAÇÃO CRIMINAL - ABANDONO DE INCAPAZ - CONJUNTO SUFICIENTE À CONDENAÇÃO. - Induvidosas materialidade e autoria, não há que se falar em insuficiência de provas para a condenação - **Configura o crime de abandono de incapaz o simples ato de deixá-lo só, sem a devida assistência, ainda que não exista a intenção de colocá-lo em perigo, em face da excepcional incapacidade do mesmo se defender sozinho, demandando atenção, zelo e cautela** - Recurso não provido.

(TJ-MG - APR: 10043080142979001 Areado, Relator: Ediwal Jose de Moraes, Data de Julgamento: 16/08/2011, Câmaras Criminais Isoladas / 1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 30/09/2011) (grifo meu)

É o entendimento de Rogério Greco (2010, p. 291) citado por GHIRALDELLI (2020, on-line):

A doutrina classifica como crime próprio e de perigo concreto, ou seja, além de exigir qualidade específica do agente (vínculo específico com a vítima), a conduta deve ainda trazer perigo real para a vida ou saúde da mesma, exigindo a incapacidade de se defender que pode ser absoluta, relativa, durável ou temporária. É um crime que só está prevista na modalidade dolosa de forma comissiva ou omissiva, excluindo a possibilidade de cometimento na forma culposa. Tal infração admite, também, a forma tentada, como foi dito acima. Quanto a sua consumação ela irá se caracterizar quando o responsável deixar seu protegido em situação de vulnerabilidade, risco ou perigo, ou seja, no instante em que produzir efetiva situação de perigo para a vítima. (2010, p. 291)

Dessa forma, observa-se que o ato do abandono do menor é punível com tipicidade disposta no código penal, assim, fixando explícito o dever de cuidado do responsável para com a criança.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tanto, restou analisada a importância acerca da temática visto que crianças são pessoas de direitos e deveres especiais. Evidencia-se a pertinência deste estudo com fato de que cabe a quem guarnecesse de cuidados do menor estar atento as suas atitudes, visto que trata-se de uma obrigação presente na Carta Magna.

Portanto, a motivação da pesquisa perpetua na inocência e falta de malícia dos menores, que, muitas vezes podem ter acesso à conteúdos inadequados. Esse abandono pode trazer uma série de consequências para o desenvolvimento deles, pois pode gerar insegurança, falta de confiança no próximo e até mesmos problemas de ansiedade, por verem que nunca tiveram um apoio dos próprios familiares.

Destarte, se faz necessário criações de mais políticas públicas acerca do assunto, visto que a sociedade migra para uma era cada vez mais interligada a tecnologia, não podendo ficar isento de coerção, tal abandono, visto que essa situação pode resultar em consequências nefastas de cunho até irreparável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Anderson. **ABANDONO DIGITAL: TODO CUIDADO COM SEUS FILHOS É POUCO.** Disponível em: <https://www.andersonalbuquerque.com.br/artigo&conteudo=abandono-digital-todo-cuidado-com-seus-filhos-e-pouco?url=artigo&conteudo=abandono-digital-todo-cuidado-com-seus-filhos-e-pouco>. Acesso: 05 de março de 2021

ALVES, Jones Figueirêdo. **Negligência dos pais no mundo virtual expõe criança a efeitos nocivos da rede .Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-15/processo-familiar-abandono-digital-expoe-crianca-efeitos-nocivos-internet>>. Acesso em: 26 de maio. de 2021.

CBN. **Abandono digital: os perigos da superexposição dos filhos à internet.** Publicado em 07/09/2020 às 09h16. Disponível: https://www.google.com.br/amp/www.cbnvitoria.com.br/cbn_vitoria/amp/comentaristas/questoes_de_familia/2020/09/abandono-digital-os-perigos-da-superexposicao-dos-filhos-a-internet-1014205668.html. Acesso: 08 de março de 2021

(CGI.BR), Comitê Gestor da Internet no Brasil. **TIC Kids Online Brasil 2019**: o estudo foi feito entre outubro de 2019 e março de 2020 com 2.954 crianças e adolescentes de 9 a 17 anos e seus pais ou responsáveis. O estudo foi feito entre outubro de 2019 e março de 2020 com 2.954 crianças e adolescentes de 9 a 17 anos e seus pais ou responsáveis. 2019. Disponível em: <https://cetic.br/pt/pesquisa/kids-online/indicadores/>. Acesso em: 27 maio 2021.

GHELMAN, Débora. **Abandono digital é negligência e pode levar à punição dos pais**. Publicado em: 26/12/2020. Disponível em: <https://www.google.com.br/amp/s/amp.campograndenews.com.br/artigos/abandono-digital-e-negligencia-e-pode-levar-a-punicao-dos-pais>. Acesso: 10 de março de 2021

KLUKCK, P. ; AZAMBUJA, M. R. F. **NOVOS DESAFIOS FRENTE A LEGISLAÇÃO CIVIL: O IMPACTO DO MEIO DIGITAL NO DEVER DE VIGILÂNCIA PARENTAL**. 2017. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/iniciacaocientifica/article/download/750/549/>. Acesso: 19 de abril de 2021.

KLUKCK, P. ; AZAMBUJA, M. R. F. **ABANDONO DIGITAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS**. 2019. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/04/patricia_klunck.pdf. Acesso: 28 de abril de 2021

MDH, Ministério da Mulher da Família e dos Direitos Humanos. **Saiba quais os riscos que as crianças e adolescentes estão expostas na internet**. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/reconecte/saiba-a-quais-riscos-a-crianca-e-adolescente-esta-exposta-na-internet>. Acesso em: 27 maio 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **O QUE SIGNIFICA ABANDONO DIGITAL E QUAL O IMPACTO NA VIDA DOS FILHOS**. Disponível em: <https://www.rodrigodacunha.adv.br/o-que-significa-abandono-digital-e-qual-o-impacto-na-vida-dos-filhos/>. Acesso: 05 de maio de 2021.

PINA, António. Riscos da Internet. 2013. Disponível em: <https://www.janela-aberta-familia.org/pt/content/riscos-da-internet#:~:text=Existem%20muitos%20perigos%20na%20internet,sociais%20para%20acederem%20%C3%A0s%20crian%C3%A7as>. Acesso em: 27 maio 2021.

MÜLLER, Crisna Maria. **Direitos Fundamentais: a proteção integral de crianças e adolescentes no Brasil**. Publicado em: 1 de junho de 2011. Disponível em: <https://www.google.com.br/amp/s/amp.ambitojuridico.com.br/edicoes/revista89/direitos-fundamentais-a-protecao-integral-de-criancas-e-adolescentes-no-brasil/>. Acesso: 02 de abril de 2021

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **O QUE SIGNIFICA ABANDONO DIGITAL E QUAL O IMPACTO NA VIDA DOS FILHOS**. Disponível em: <https://www.rodrigodacunha.adv.br/o-que-significa-abandono-digital-e-qual-o-impacto-na-vida-dos-filhos/>. Acesso: 05 de maio de 2021.

SOLEDADE, A. O. , ANJOS, M. C.G. A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO (DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA) ATRAVÉS DAS NORMAS QUE REGEM O PROCESSO COLETIVO. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c314d02582ee0c4c>. Acesso: 18 de abril de 2021.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - Apelação Criminal : APR 0142979-38.2008.8.13.0043. Disponível em: <https://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/943596797/apelacao-criminal-apr-10043080142979001-areado>. Acesso: 21 de maio de 2021

URUPÁ, Marcos. **IBGE MOSTRA QUE 4,3 MILHÕES DE ESTUDANTES ENTRARAM NA PANDEMIA SEM ACESSO À INTERNET**. Publicado em 14/04/21 às 15h36. Disponível em <https://teletime.com.br/14/04/2021/ibge-mostra-que-43-milhoes-de-estudantes-entraram-na-pandemia-sem-acesso-a-internet/>. Acesso: 05 de maio de 2021.

GUARDA COMPARTILHADA E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

KARINE SANTOS MONTEIRO:

Bacharelanda do Curso de Direito pelo Centro Universitário Una Betim - MG.

TATIANE SOUZA GOMES ¹⁴⁸

(coautora)

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade analisar e descrever sobre a guarda compartilhada e o melhor interesse da criança e do adolescente, nesta perspectiva, entende-se que a guarda compartilhada defende a importância da convivência e do fortalecimento de laços familiares, os benefícios desta relação entre pais e filhos e ainda da igualdade de responsabilidades dos genitores, logo, há uma igualdade de direitos e deveres, dentre elas a proteção, cuidado e participação no desenvolvimento de seus filhos. Nesse sentido, cabe a análise a partir da sua origem e evolução para compreender até que ponto a guarda compartilhada é benéfica para a convivência familiar, com o intuito de buscar de uma maneira efetiva alcançar o melhor interesse da criança e do adolescente.

PALAVRAS-CHAVE: Guarda Compartilhada. Poder Familiar. Convivência Familiar. Criança e Adolescente. Autoridade Parental.

ABSTRACT: This article aims to analyze and describe about shared custody and the best interest of children and adolescents, in this perspective, it is understood that shared custody defends the importance of coexistence and the strengthening of family ties, the benefits of this relationship between parents and children and also the equal responsibilities of the parents, therefore, there is an equality of rights and duties, among them the protection, care and participation in the development of their children. In this sense, it is necessary to analyze from its origin and evolution to understand the extent to which shared custody is beneficial to family life, in order to effectively seek to achieve the best interests of the child and adolescent.

KEY-WORDS: Shared Guard. Family Power. Family living. Child and teenager. Parental authority.

148 Acadêmica de Direito no Centro Universitário UNA

SUMÁRIO: Introdução. 1. Do Poder Familiar. 2. Qual a importância da efetividade do poder familiar? 3. Da Guarda Compartilhada. 4. Regime da Guarda de Criança e Adolescente a Luz das Leis nº 11.698/2008 e 13.058/2014. 5. Equilíbrio no Exercício da Autoridade Parental. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A guarda compartilhada hoje é entendida como a situação mais natural e benéfica para as crianças e adolescentes cujo os pais não compartilham de uma vida conjugal, seja por separação ou divórcio ou ainda que não tenha havido formação de núcleo familiar que resultasse em planejamento de prole. Mas nem sempre foi assim, o modelo de família da sociedade das gerações anteriores e até mesmo o comportamento de cada indivíduo vislumbrava o filho como um pertence, ou uma recompensa para o que estivesse sofrendo mais com a separação ou o divórcio. Em uma ótica mais ampliada, perder a guarda do filho ou ter menos contato, passa a ser uma punição ao cônjuge que deu causa à separação ou que não queira viver em matrimônio com o outro genitor.

Bordões tradicionais que ainda se ouvem nos dias de hoje destacam a problemática discutida, como: “o filho é da mãe”, “se você for embora, nunca mais vai ver as crianças”. Neste contexto, o cenário mais comum era que as crianças permanecessem sob a guarda materna, e recebessem visitas do pai. Mas muitas vezes essa relação entre os filhos e pais separados ficava afetada pelos problemas existentes entre o casal.

Daí surgia o “drama da Alienação parental”, onde na intenção de causar dor ao outro genitor ou ao ex companheiro, os laços entre pais e filhos eram dilacerados e até mesmo rompidos. Numa evolução da sociedade de entender que essa situação compromete muito mais o desenvolvimento psíquico e a construção de valores e moral da criança surgem a figura da guarda compartilhada estabelecida na lei 13.058/2014.

O desafio agora é tornar eficaz o modelo da guarda compartilhada prevista em lei, via de regra hoje ambos os pais são guardiões de seus filhos, detém poder familiar e possui livre acesso aos filhos possibilitando a eles a convivência, extraindo de ambos tudo de melhor que têm a oferecer na boa formação de caráter, estrutura psicológica e física.

A problemática se faz presente pois a aplicação da lei é ainda pouco praticada, por ser recente ainda é uma modalidade pouco entendida e discutida, a guarda compartilhada ainda é vista de forma equivocada como contabilização de tempo dos pais com os filhos e não ferramenta jurídica enxergando os filhos como pessoas de direito exercendo sua prerrogativa de ter convívio com o pai e a mãe mesmo que estes não se relacionem como casal. Muito além do Direito dos pais de exercer poder familiar sobre os filhos está o melhor interesse da criança e do adolescente.

Neste contexto, surge então o seguinte questionamento: O instituto da guarda compartilhada atende o princípio do melhor interesse do infante? Assim, o presente estudo tem como objetivo analisar e descrever a guarda compartilhada frente o princípio do melhor interesse do infante. Para alcançar o objetivo apresentado necessário se fez o uso da metodologia descritiva, quanto aos fins, por meio de pesquisa bibliográfica, documental bem como navegação no website. Resta ainda destacar que a presente investigação é do tipo qualitativa.

O presente artigo é estruturado em 8 (oito) partes, sendo estas: a introdução, onde é apresentado o objeto, problema, e metodologia de pesquisa, seguindo do referencial teórico onde é abordado os seguintes tópicos: Do poder familiar. Qual a importância da efetividade do poder familiar? Da Guarda Compartilhada. Regime da Guarda da Criança e do Adolescente diante das Leis nº 11.698/2008 e 13.058/2014. Equilíbrio no Exercício da Autoridade Parental, por fim são apresentadas as considerações finais, seguidas das referências.

1. Do Poder Familiar

O Poder familiar surge das diretrizes previstas na constituição federal de 1988 em seu artigo 229, que dispõem: "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade". (BRASIL, 1998). Interessante observar a expectativa de reciprocidade e continuidade dos laços parentais que o legislador disciplina, a norma chega a transcender o simples regulamento de uma lei maior embutindo ao ordenamento um princípio de cuidados mútuos nas relações entre pais e filhos.

Reale (2003, p. 18) *apud* Rodrigues (2015) demonstra que o entendimento a terminologia "poder familiar" incluída no código Civil de 2002 é a que define melhor a relação jurídica do instituto que se constitui pelo vínculo natural biológico, civil, socioafetivo, pelo reconhecimento espontâneo, cujo objeto desse relacionamento é um conjunto de direitos e deveres, em âmbito pessoal e patrimonial entre pais e filhos menores, não emancipados, pois apesar de ter sido alterada a nomenclatura do pátrio poder, a temática dos dispositivos conservou-se o mesmo, ou seja, é o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, baseada, sobretudo, no afeto.

Com base no art. 229 da CRFB/88, bem como no Estatuto da Criança e Adolescente, há um amplo dever de sustento e educação dos filhos, que deverá ser feita de forma conjunta entre os responsáveis, conforme descreve o artigo 22 do ECA "Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais." No

mesmo sentido o ECA no seu artigo 21 menciona que o poder familiar será exercido, em igualdade de condições. (BRASIL, 1990).

Em continuidade, a regulamentação do poder familiar inicia-se no artigo 1.630 do Código civil de 2002, vejamos: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.” Neste contexto, trata-se de um poder indelegável, já o artigo 1.631 do CC/02 traz a solidariedade a ambos os pais, em contrapartida, o artigo 1.632 do CC/02 é considerado por Peghini um dos artigos mais importantes em relação ao poder familiar.

tem-se um dos artigos mais importantes de toda a disciplina do poder familiar (art. 1.632 do CC), que regula duas coisas fundamentais. Em um primeiro momento, verifica-se a questão do direito à convivência familiar, o que sustenta a ideia da responsabilidade civil por abandono afetivo. Já em um segundo momento, não pode ser deixada de lado a questão da regulamentação do direito de visitas ou companhia na hipótese de guarda unilateral. Referido ponto é sensível na dissolução da sociedade conjugal, e deve ser aplicado sempre em benefício da criança e do adolescente. (Peghini *et al.* 2017 p.43)

Nesta sequência, o artigo 1.634 do CC/02 estabelece sobre o exercício do poder familiar conforme redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014. Portanto, entende-se que o poder familiar tem o propósito de proteger a criança desde sua infância, assim, enquanto os filhos forem menores, eles estarão sujeitos ao poder familiar que impõe aos pais os deveres, nos termos do art. 1.634 do Código Civil de 2002, dessa forma, os pais servem de educador para o desenvolvimento da vida da criança, desde o seu nascimento até o atingimento da maioridade civil. O objetivo da norma é a proteção ampla da criança, contudo, havendo motivo grave poderá ter a perda ou suspensão do poder. Neste sentido Mello (2017 p.402).

Havendo motivo grave, poderá o juiz, ouvido o membro do Ministério Público, decretar a suspensão do poder familiar, liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou adolescente confiado à pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade.

Este procedimento da Perda e da Suspensão do poder familiar está elencado nos artigos 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente da lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Além disso, o Código Civil de 2002 prevê a suspensão no seu art. 1.637, que constitui uma sanção aplicada aos pais pelo juiz para proteger o menor, mas não com intuito punitivo.

A extinção no art. 1.635 sua causa é objetiva, pois a extinção do poder familiar decorre pela morte dos pais ou do filho, pela maioridade, etc. E a perda elencada no art. 1.638 demonstra a gravidade da prática, pelo pai ou pela mãe, de condutas graves, como, por exemplo, os maus tratos. Deste ponto, necessário se faz explicar a relevância da efetividade do poder familiar, o que será feito no tópico que segue.

2. Qual a importância da efetividade do poder familiar?

Neste contexto observa-se a importância da efetividade do exercício do poder familiar, que muitas vezes fica ameaçado quando os genitores passam a ignorar o melhor interesse da criança e do adolescente, podendo causar danos irreparáveis de cunho pessoal e psicológico aos próprios filhos, que ao terem suprimidos os direitos de convivência e vínculos com seus familiares chegam a desenvolver fragilidades emocionais que podem implicar em diversas disfunções nas áreas da vida adulta.

A importância da efetividade está ligada com o direito do afeto, que é um valor jurídico atribuído inclusive pelo IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família, bem como vale salientar que o princípio primordial do direito da família é o da afetividade, pois atualmente, torna-se cada vez mais claro que deve prevalecer o afeto é o seu aspecto de amor, cuidado e solidariedade. E o relacionamento familiar e as diversas formas de convivência são a via de estabelecimento para se chegar a esses laços.

Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, é invocada a relação de afetividade e afinidade como elemento indicativo para a definição da guarda a favor de terceira pessoa (CC 1.584 § 5.º). A posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado (DIAS. 2016 p.59).

O denominado poder familiar implica além da convivência em tomadas de decisões que podem refletir na saúde, na formação, no patrimônio dos envolvidos nesta relação jurídica. Neste sentido o poder familiar deverá ser exercido por ambos os pais ou por apenas um deles, para se buscar o desenvolvimento da criança bem como sua criação sob o prisma da educação, dos preceitos sociais e morais.

Uma vez estabelecida a relação de parentesco pela afetividade, imprescindível se mostra a busca pela proteção desta relação, com a guarita ao menor de toda a proteção necessária à sua condição e que deverá ser exercida por aqueles que se mostram como seus pais,

cabendo a estes o exercício do poder familiar. (FIGUEIREDO e ALEXANDRIDIS. 2014 p.15).

O poder familiar gera direitos e deveres que lhe são garantidos para a proteção da formação da criança, bem como a administração de seu patrimônio. O artigo 1.690 do CC/02 prevê o poder dos pais para representar os filhos menores de dezesseis anos, visto que os filhos menores não emancipados devem ser assistidos por seus genitores em coisas corriqueiras como, por exemplo, a dieta, a participação em eventos sociais, horários de saída e chegada, enfim decisões que parecem simples, mas influenciam na formação física e comportamental das crianças.

Devem ainda ser autorizados ou mesmo representados por seus genitores em determinadas circunstâncias jurídicas, como, por exemplo, em processos judiciais ou ainda alienação de bens. Onde o mais ideal seria a excelente comunicação entre os genitores dividindo entre eles as tarefas observando a destreza de cada um deles visando as decisões mais assertivas com o intuito de promover o desenvolvimento saudável dos filhos menores não emancipados.

A guarda compartilhada deve vir no sentido de resgatar o Poder Familiar de ambos os genitores, tendo como principal objetivo a ser alcançado o desenvolvimento equilibrado da criança como, também, da formação humana obtida em todos os grupos sociais que a criança ou o adolescente participa, especialmente no ambiente familiar.

3. Da Guarda Compartilhada

A inserção da Guarda Compartilhada no nosso ordenamento jurídico foi pela Lei nº 11.698 de 2008 que resultou a consolidação da igualdade parental entre os genitores com a efetiva responsabilização dos pais, como também o tempo igualitário de convivência com os filhos, com a guarda compartilhada em nosso ordenamento jurídico todas as questões referentes aos filhos deverão necessariamente ser resolvidas por ambos os genitores, deixando assim, de existir o exercício de posse sobre o filho e a possibilidade no exercício do poder familiar para ambos os pais, sendo assim, para Dias a guarda compartilhada tem todo o prestígio.

Todo o prestígio é dado à guarda compartilhada, que se tornou obrigatória quando ambos os pais têm condições de exercê-la (CC 1.584 § 2.o), impõe a responsabilização conjunta e o exercício dos concertantes ao poder familiar (CC 1.583 § 1.o), sendo dividida, de forma equilibrada, o tempo de convívio com os filhos (CC 1.583 § 2.o). (DIAS. 2016 p.473)

Nesta perspectiva a nova lei da guarda compartilhada gerou uma revolução importante e significativa para o Direito de Família brasileiro, uma vez que trouxe em sua matéria a ideia de que compartilhar a guarda de um filho é garantir que ele tenha ambos os pais igualmente comprometidos e presentes na sua criação prevalecendo o que melhor atende aos interesses das crianças, pois as crianças e os adolescentes devem ter o direito de prioridade e seus interesses são mais elevados do que os de seus pais.

A guarda do menor, diante da dissolução da relação conjugal, como visto deverá atender o melhor interesse da criança, podendo ser buscada a fixação da guarda compartilhada. (FIGUEIREDO e ALEXANDRIDIS. 2017 p.36).

Nesse sentido o direito de família tem como objetivo maior o melhor interesse da criança, assim, para a regra da guarda compartilhada há a exceção, quando caberá ao magistrado verificar se a guarda compartilhada será prejudicial à criança ou ao adolescente, e pela própria previsão legal que, em casos excepcionais poderá ser aplicada a guarda unilateral, como se verá a seguir o artigo 1.584, § 2º do Código Civil de 2002. “Quando não houver acordo entre o pai e a mãe quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.”

Assim é possível considerar que uma vez fixada a guarda do menor, caberá ao genitor o dever de proteção do melhor interesse da criança e zelar pelo seu cuidado, pois a premissa da guarda compartilhada é a de que o desentendimento entre os pais não pode atingir o relacionamento deles com os filhos, de modo que eles tenham a mesma responsabilidade legal em relação aos filhos, compartilhando as obrigações e resolvendo conjuntamente todas as questões importantes da vida da criança ou do adolescente.

4. Regime da Guarda da Criança e do Adolescente diante das Leis nº 11.698/2008 e 13.058/2014

No sistema jurídico anterior ao advento da Lei nº 11.698/08 e da Lei nº 13.058/14, era controvertida a admissibilidade da guarda compartilhada na jurisprudência brasileira. Conforme levantamento estatístico feito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), referente ao registro civil do ano de 2002, a maior parte das dissoluções de sociedade conjugal tem sido consensual, visto que 79% das separações são formais e 70% são divórcios, a guarda dos filhos ficou na maior parte dos casos com a mãe, posto que 91,8% é referente as separações e 89,7% referente aos divórcios, sendo que os pais ficaram com a guarda em apenas 4,8% das separações e 5,8% dos divórcios. Na mesma pesquisa, constatou que a guarda compartilhada correspondia a apenas 2,6% das separações, e 2,7% dos divórcios. (GAMA *et al*, 2017)

Em geral, acredita-se que a cultura feminina tem mais e melhores cuidados básicos de saúde e habilidades de prática familiar em geral, o que ainda leva à influência da distribuição unilateral da tutela pelos juízes em favor das mães. Porém, cabe destacar que, com o anúncio das mudanças, uma nova era nessa área também se desenvolve rapidamente, gerando os motivos da edição das Leis nº 11.698 / 08 e nº 13.058 / 14.

Os Tribunais brasileiros que entraram em vigor de acordo com o Código Civil de 2002 estão enfrentando certas questões relacionadas à guarda compartilhada, que vale a pena abordar. Um aspecto interessante é que no acordo parental a ser revisto pela autoridade judiciária, é possível a implementação da tutela conjunta, que não deve ser objeto de posterior questionamento por parte da autoridade judiciária. (GAMA *et al*, 2017)

As medidas legislativas foram tomadas no período de *vacatio legis* do Código Civil de 2002, e já se mostrava nítida a ideia de deixar ao nível infraconstitucional, a admissibilidade da instituição do modelo de guarda compartilhada, conforme análise das alterações introduzidas pelo texto da Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, que alterou a redação dos arts. 1.583 e 1.584, ambos do Código Civil de 2002, até o advento da Lei nº 13.058/14.

Não é possível deixar de destacar que, no que tange à admissibilidade da guarda compartilhada no período anterior à vigência da Lei nº 11.698/08, não podemos deixar de ressaltar que a fundação é basicamente constitucional, considerando o princípio da igualdade entre homens e mulheres, o interesse superior das crianças e dos adolescentes, desta forma, a Lei nº 11.698 / 08 positivou infra constitucionalmente o modelo da guarda compartilhada existente no ordenamento jurídico brasileiro de alguma forma. (GAMA *et al*, 2017)

A principal novidade da Lei nº 11.698/08, sem dúvida, foi a retirada da exclusividade ou do "monopólio" da guarda unilateral que representa a regra no âmbito da realidade do tratamento acerca do poder familiar e da guarda no Direito de Família brasileiro. Ainda que a guarda compartilhada já fosse possível com base constitucional no período anterior ao advento da Lei nº 11.698/08, o certo é que ainda havia certa resistência por parte de alguns operadores do Direito.

Portanto, foi válida a previsão infraconstitucional da guarda compartilhada em igualdade de condições com a guarda unilateral no caput do art. 1.583 do Código Civil de 2002. Logo, deve ser interpretado como um espelho da matéria de guarda, cuja escolha terá como referência central o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente art. 227 da CRFB/88.

Com a edição da Lei nº 11.698/08, não cabe mais considerar a guarda unilateral como regra e a guarda compartilhada como exceção. Ambos passam a ter o mesmo status

em importância, e circunstâncias específicas devem ser avaliadas para avaliar qual dos dois modelos é o mais adequado para a hipótese. (GAMA *et al*, 2017)

Diante dos avanços impostos pela Lei nº 11.698 / 08, após análise, a lei instituiu uma dupla modalidade de guarda jurídica no direito brasileiro, e procurou propor um mecanismo de direito material e processual destinado a estimular a implementação da guarda compartilhada na realidade dos vínculos de paternidade, maternidade e filiação no sistema jurídico brasileiro, dando um importante passo no rumo da democratização e humanização da guarda jurídica da criança e do adolescente.

Em relação aos textos das Leis nº 11.698/08 e nº 13.058/14, houve algumas mudanças para reconhecer como prioridade o regime da guarda compartilhada. Logo, vejamos o entendimento do Gama *et al* (2017)

Não há uma contrariedade ou incongruência entre os textos das Leis no 11.698/08 e no 13.058/14, mas sim algumas mudanças que impuseram a guinada para reconhecer como prioritário o regime da guarda compartilhada que passa a ser a regra, ao passo que a guarda unilateral será, doravante, a exceção. Esta é fundamentalmente a grande novidade introduzida pela Lei no 13.058/14 (p.153).

As alterações e novidades introduzidas pela Lei 13.058/14 no modelo da guarda jurídica dos filhos menores, alterando substancialmente a redação dos arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634, todos do Código Civil de 2002. Com a ênfase de tornar a guarda compartilhada como modelo prioritário ao atendimento aos interesses dos filhos quando confrontados com os interesses de seus pais resultando a regra da guarda compartilhada e a exceção da guarda unilateral.

5. Equilíbrio no Exercício da Autoridade Parental

Com a chegada da Constituição Federal de 1988, a criança e o adolescente ganharam proteção especial, principalmente por serem vulneráveis, o ordenamento jurídico teve um cuidado diferenciado por estarem em fase de desenvolvimento, logo essa mudança entrelaçou-se com a fase de mudanças na representação da família, cujos reflexos inevitáveis repercutiram nas relações parentais.

Uma das ferramentas para zelar pelo bem-estar dos filhos é a autoridade parental, exercida por meio do processo educacional, de modo a encaminhar a criança e o adolescente ao alcance da autonomia, a autoridade parental, nessa perspectiva, foge do ângulo de poder e de dever, para exercer sua sublime função da construção da autonomia responsável dos filhos. Sendo assim, consiste no processo de educação, proteção

decorrente dos princípios da paternidade e maternidade responsável, conforme apontado por Teixeira *et al.* (2017. p 22).

Propiciar ao filho sua autonomia de forma responsável equivale exatamente a respeitar o processo de aquisição de discernimento e de maturação do menor, de modo que, paulatinamente, ele tenha condições de fazer suas escolhas sozinho. Assim, na medida em que este processo se intensifica, é possível o exercício dos direitos fundamentais de forma mais ampla, de modo a diminuir, proporcionalmente, o raio de aplicação do poder familiar.

Portanto, a autoridade parental tem o dever de conduzir a criança e o adolescente por caminhos que eles ainda desconhecem pelo fato de estarem construindo sua maturidade e discernimento, sendo inviável desfrutar integralmente de sua autonomia. (TEIXEIRA *et al*, 2017)

Esses deveres devem ser desempenhados de forma conjunta entre os pais, independentemente da situação conjugal destes, dado que deve-se ter em mente que, havendo a separação do casal, naturalmente haverá um desdobramento da autoridade parental e, por consequência, da guarda, visto que o direito da família nas últimas décadas tem se caracterizado por constantes mudanças, ele oferece um espaço favorável para o desenvolvimento dessa tutela sob uma nova roupagem, incentivando os pais a participarem de forma justa na criação, educação e desenvolvimento de seus filhos. A guarda compartilhada permite conservar a parentalidade, permitindo que os pais detenham o exercício comum da autoridade parental após a separação ou o divórcio (TEIXEIRA *et al*, 2017)

A guarda compartilhada apresenta vantagens em relação à guarda única, ou seja, a vantagem de conceder apenas um dos pais. É possível para os pais embora não estejam mais unidos como marido e mulher ou por relacionamentos emocionais exercer o poder parental de forma eficaz e equilibrada como ocorre na constância do casamento ou da união estável. A guarda compartilhada proporciona aos pais a possibilidade de participação ativa e equilibrada no processo de educação e desenvolvimento dos filhos menores, que, por sua vez, serão beneficiários da presença física, afetiva e moral de ambos os pais, fatores indispensáveis para o seu desenvolvimento saudável (TEIXEIRA *et al*, 2017).

Deve-se ter em mente que, havendo a separação do casal, naturalmente haverá um desdobramento da autoridade parental e, por consequência, da guarda, visto que o direito da família nas últimas décadas tem se caracterizado por constantes mudanças, ele oferece um espaço favorável para o desenvolvimento dessa tutela sob uma nova roupagem, incentivando os pais a participarem de forma justa na criação, educação e desenvolvimento de seus filhos. A guarda compartilhada permite conservar a parentalidade, permitindo que

os pais detenham o exercício comum da autoridade parental após a separação ou o divórcio. No mesmo sentido, Teixeira *et al.* (2017 p.25) define a guarda compartilhada como:

A guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetem os filhos. O que se constata é a presença marcante, no conceito ora esboçado, da possibilidade do exercício conjunto da autoridade parental, como aspecto definidor da guarda compartilhada, na medida em que permite que os genitores compartilhem as decisões mais relevantes da vida dos filhos.

Conforme o exposto, a autoridade parental atribui a ambos os pais a titularidade referente ao poder e o dever de conceder a educação aos filhos proporcionando um crescimento com liberdade e responsabilidade, sendo importante destacar que o que importa é a participação dos genitores na vida dos filhos durante a conjugalidade e após seu fim, atribuindo à guarda compartilhada um grande valor social.

Considerações finais.

Diante de toda exposição temática, o presente artigo buscou analisar o instituto da guarda compartilhada, tendo em vista os aspectos jurídicos, convivência familiar e o interesse da criança e do adolescente.

Por meio da investigação feita foi possível entender que a guarda compartilhada tem como principal objetivo a ampla convivência da criança e do adolescente com os seus pais, pois os laços maternos e paternos são necessários para o desenvolvimento da criança e do adolescente.

Diante disso, entende-se a importância de métodos para que haja a aproximação da criança e adolescente com o seu genitor, criando laços afetivos, pois se não houver o convívio, a relação dos pais com os filhos pode ser afetada, assim, os pais compartilhando a guarda, pensando no melhor interesse do seu filho, ignorando as desavenças que possuem entre eles, irá trazer benefícios para a formação psicológica, física, emocionais e de construção de caráter e moral das crianças e adolescentes.

Por fim, como exposto no decorrer do trabalho vislumbrou que a guarda busca a proteção do interesse da criança e do adolescente, tendo em vista o princípio da igualdade, efetividade e o princípio da proteção integral, onde é reconhecido o direito da criança e do adolescente, prevalecendo o melhor interesse para o bem-estar dos seus filhos.

Foi possível verificar que a guarda não é simples direito de exercer poder familiar dos pais, está a prevalência do direito dos filhos menores de serem amparados e terem convívio com ambos os genitores extraindo destes o que há de melhor em cada um no que diz respeito à formação de caráter, cuidados com a saúde e experiências que eles têm a oferecer.

Ainda, foi possível verificar pelos dados secundários apresentados ao longo deste artigo, que a guarda compartilhada mesmo sendo a nova regra, ainda há pouca prática.

Acredita-se que a não prevalência da guarda compartilhada, embora seja regra, se dá por força dos costumes sociais que ainda estão impregnados na população Brasileira. Ou ainda pela falta de conhecimento da população do instituto.

O direito das famílias ainda precisa de tempo para que a nova óptica de preservação do melhor interesse da criança e do adolescente seja de fato acolhida e entendida pela sociedade e principalmente pelos pais separados ou que não vivem nem nunca viveram juntos. Razão pela qual reconhece a limitação da amplitude de resultados do presente estudo, todavia, sugere-se pesquisas do tipo quali-quantitativa por outros métodos científicos para que se possa convalidar, ou não os resultados aqui apresentados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº: 11.698 de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª Ed. RT: São Paulo, 2016

FIGUEIREDO, Fábio Vieira e ALEXANDRIDIS Georgios. **Alienação Parental**. 2ª Ed. Saraiva, 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *et al.* **Guarda Compartilhada**. 3ª Ed. Saraiva, 2017.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito Civil: Famílias**. 1ª Ed. Freitas Bastos, 2017.

PEGHINI, César Calo, *et al.* **Guarda Compartilhada**. 3ª Ed. Saraiva, 2017.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. Poder familiar na atualidade brasileira. In: **Revista brasileira de Direito de Família**. São Paulo: Síntese, IBDFAM, v.1, n.15, p.2 abr. 2015. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1024/Poder+familiar+na+atualidade+brasileira> Acesso em: 31 mai. 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *et al.* **Guarda Compartilhada**. 3ª Ed. Saraiva, 2017.

CONEXÃO ENTRE JOGOS DE AZAR E JOGOS ONLINE E A CONDUTA ABUSIVA POR MICRO TRANSAÇÕES

JOSÉ AUGUSTO MARAIA JUNIOR:
Bacharelado em Direito pela Faculdade
Universidade Brasil de Fernandópolis/SP

MARCO ANTÔNIO COLMATI LALO

(orientador)

RESUMO: O propósito do presente estudo seria o estabelecimento entre jogos de azar e jogos online e delineando a conduta abusiva por micro transações no mundo atual, exclusivamente nessa era digital, também é exposto como as micro transações e seus derivativos como loot boxes e jogos gacha nasceram e se desenvolveram. Primeiramente dá de se classificar o que caracteriza jogos online e qual o seus objetivos formais no mercado de vídeo games. O direito sempre foi lento em aderir leis a problemas repentinos ou súbitos e é exatamente o que acontece no caso de micro transações que tem tons abusivos e similares aos jogos de azar, sendo que para o usuário dessas micro transações obter sucesso em seu negocio é de extrema e exclusivamente dependentes da sorte se o jogador perde ou ganhe, não tendo de importância suas habilidades como jogador. Terá a análise de características que são similares e classificam e a esses jogos como de azar e abusivos. Há também de falar de loot boxes, uma conduta que é criticada por jogadores em muitos países e que também é regulada na china por ser abusiva aos jogadores, o parlamento do Reino Unido está considerando em considerar loot boxes em jogo de azar e a Bélgica agora considera loot boxes ilegais, mas o Brasil ainda está ignorando esses comportamentos abusivos. Agora detalharemos a conduta jurídica do governo Brasileiro no tratamento das micro transações, o país ainda engatinha nesse tema tendo muito mais acompanhamento no exterior.

Palavras-chave: Micro transação. Abusivo. Jogos online. Jogos de azar. Regulação.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 JUSTIFICATIVA. 3 Definindo jogos-online e sua história. 3.1 Modos de micro transação populares. 3.2 Definindo o Jogo de Azar. 3.3 Jogo de Azar comparado a Loot box e jogos gacha. 4 A vulnerabilidade do consumidor. 4.1 As controvérsias de micro transações. 5 Micro transação no Brasil e soluções. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Como de inicio, a classificação de um jogo-online é caracterizado pela conexão a internet e pela conexão de um server, ou como seria uma network de computadores, todos conectados um ao outro. Agora essa network de computadores podem ser

incluídas servers como já mencionei acima, hardware de rede e computadores que podem ser pessoais e encontrados em área familiar (THORSTEN; SONJA, 2014).

A grande onda ou popularidade dos jogos eletrônicos está sempre crescendo desde os anos 70 do século XX e entrando agora no século XXI, essa indústria gerou um renda de 108 bilhões de dólares no ano de 2017 tendo o Brasil como líder sendo o maior da América Latina e 13º no mercado mundial de jogos eletrônicos, também tendo em mente que a indústria teve grandes inovações em tecnologia nos produtos e negócios (GOMES, 2018).

Em 2017 entra a possibilidade abusiva e legal da Loot Crate ou mais popularmente conhecida como Loot Boxes, as características de uma Loot Box são de um item virtual que são obtidos em jogos online ou eletrônicos que fornecem ao jogador uma diversidade de itens selecionados aleatoriamente que variam de valor e raridade no jogo, os itens adquiridos podem ter diversos efeitos, muda o que o personagem no videogame pode fazer, mudar aparência do personagem, novos mecanismos ao personagem ou até utilidades para o campo competitivo. Neste caminho pode até considerar uma necessidade se o jogador quiser competir no jogo ele terá que essencialmente comprar as Loot Boxes para se gozar no jogo (CURCELLI, 2018).

Este trabalho consiste em uma séria vista em o que está acontecendo dentro da indústria de vídeo games online e seus modos de negócio sendo as loot boxes e entre outros como as micro transações e jogos gacha, como veio a existência das loot boxes e com uma abordagem de estudo e entendimento para que fique claro os resultados dessa pesquisa e a quem desejar ler o trabalho em si.

De acordo com o método em que o trabalho será estruturado será com os seguintes estabelecimentos, como jogos em geral foram caracterizados popularmente ao mundo, como jogos online e eletrônicos, como eles são vistos culturalmente e também como os jogos são vistos no Brasil e no mundo, como e quanto os aspectos que ferem o consumidor os afetam como loot boxes e micro transações e jogos gacha, os consumidores cabem entre adultos, crianças, idosos e adolescentes, quais leis restringem esses vários aspectos abusivos e finalmente algum tipo de solução que o Brasil poder por em prática.

Sobre o objetivo do trabalho tende-se a provar se existem práticas abusivas com o consumidor que são pregadas pelas corporações e pela toda indústria de jogos eletrônicos, a metodologia desse trabalho é dialética, com métodos históricos e monográficos. O método científico inclui o hipotético dedutivo com o método hermenêutico.

2 JUSTIFICATIVA

A pesquisa demonstrada neste trabalho é de mister importância ao campo social do Brasil, sendo um tema muito obscuro e não muito legislado no Brasil, mas bem legislado em outros países, práticas abusivas em jogos online existem e são prevalentes com as loot boxes e jogos gacha. É mister que o Egrégio Tribunal se pronuncie sobre o tema para começar algum tipo de legislação.

O parlamento do Reino Unido no ano de 2019 está considerando em classificar loot boxes como “apostas” ou “jogos de azar” depois do relatório feito de acordo com a reportagem de Ricardo Caetano 12 Set, 2019:

Faz parte do relatório uma pesquisa realizada pela Comissão de Apostas em 2018, que constatou que 31% das crianças do Reino Unido de 11 a 16 anos já compraram loot boxes. Um caso, usado como exemplo, apontou que um jogador gastou até mil libras esterlinas por ano em Fifa, pois queria jogadores melhores para seu time no modo Ultimate Team.

Atualmente a Bélgica já considera loot-boxes como práticas abusivas e por tanto ilegais. Essas práticas abusivas também chegam as mãos de crianças sendo que jogos online de futebol e entre outros jogos que são classificados pela Classind como Livre ou para maiores de 10 anos também contêm loot-boxes e podem afetar milhares de crianças sendo que jogando esses jogos com práticas abusivas comparadas a jogos de azar.

A relevância social deste trabalho é importante pois um dos grupos afetados pelas práticas abusivas de micro transações são pessoas jovens, crianças, e este grupo deve ser protegidos com regulações na indústria de jogos, como outros países no globo estão fazendo, e o Brasil deve começar a analisar e caracterizar elementos de jogos de azar presentes em jogos online, que podem ser facilmente acessados por celular ou computador.

3 DEFININDO JOGOS ONLINE E SUA HISTÓRIA

Jogos culturalmente já existiam bem antes de jogos eletrônicos, como descrito por Johan Huizinga em seu livro Homo Ludens (Homem que joga, se diverte, brinca) que descreve jogos como elemento ou fenômeno cultural e cita também uma necessidade de jogar pois o homem instintivamente procura jogar assim como os animais, classificando o jogo como uma atividade voluntária que segue regras consentidas entre as partes que jogam para produzir um sentimento de divertimento que gere alegria e aflição que se distingue da vida normal (HUIZINGA, 2000).

Assim já estabelecido que jogos são um elemento cultural permanente social, surge diferentes modos de jogar como o físico sendo bem antigo, e atualmente existe o

modo eletrônico, o primeiro jogo deste tipo sendo Tennis for Two criado pelo físico William Higinbotham como mencionado no documentário lançado em 2007 pela Discovery Channel "A Era do Videogame". Um jogo eletrônico pode ser caracterizado por usar tecnologia do computador e pode ser jogado nas várias plataformas de videogame como consoles, celulares, computador, fliperamas. No campo de consoles existe várias empresas multinacionais como a Sony Corporation responsável pelo famoso console PlayStation que também ajudou a popularização de jogos eletrônicos, existe também a empresa Nintendo Co., Ltd. e Microsoft Corporation responsável pelo console Xbox.

Nesses computadores ou consoles está incluído o software que é um programa usado para executar tarefas ou problemas detalhados pelo programador profissional, o Microsoft Windows é um popular software usado em computadores com sua mais recente iteração Windows 10. O hardware é as peças físicas do console ou computador ,para o jogo funcionar necessita o software e hardware instalados juntos, os controles desses jogos incluem teclados e joysticks com uma variedade formas que podem incluir uma similaridade de outros objetos, como por exemplo o controle especial de Guitar Hero que foi baseado na guitarra real Gibson SG.

FIGURA 1 - VÁRIOS CONTROLES DE PLAYSTATION 4



Fonte: Folha de S. Paulo (2020)

Os jogos eletrônicos se desenvolveram até chegar nos jogos-online ou on-line (conectado, associado), que são jogos eletrônicos parcialmente ou totalmente conectados à internet, claramente jogos online também estão disponíveis em consoles, computadores e celulares. Jogos parcialmente online podem ser incluídos aqueles que só precisam de internet para conectar com outros jogadores como Age of Mythology, Counter Strike 1.6 e Quake, nesses jogos as micro transações não existem ou são poucas e na grande maioria

não afetam a capacidade do jogador competir profissionalmente contra outros. Jogos totalmente conectados a internet obrigam o consumidor a se conectar à internet para acessar e jogar o jogo como exemplo, Genshin Impact, League of Legends e Fortnite. As micro transações nesses jogos são abundantes como loot-boxes e jogos gacha (muito popular em celulares).

Os meios de monetização desses jogos online podem ser de assinatura, ou seja você paga um valor de mês a mês; jogos Free-to-play ou traduzido, gratuito para jogar, em que você só precisa de conexão à internet para jogar gratuitamente mas alguns serviços dentro do jogo só estarão disponíveis ao consumidor que pagar pelo serviço específico; Adware, em que o programa, ou jogo nesse contexto, executa o jogo junto com anúncios e propagandas sem permissão do consumidor, no caso de World of Warcraft o jogo segue como sendo de assinatura mas também existe um loja interna no jogo em que existe micro transações, sendo que um jogo pode ser de assinatura mas que ainda tenha outros bônus para se gastar dinheiro dentro do jogo.

3.1 MODOS DE MICROTRANSAÇÃO POPULARES

Primeiramente as micro transações em todos os casos significa a monetização do produto (jogo-online ou parcialmente online) ou seja, a troca de dinheiro por bens digitais, esses bens não são tangíveis mas somente digitais, os bens podem incluir vários cômodos ou objetos virtuais como lâmpadas e cadeiras, oferecer vantagens para jogadores (como por exemplo comprar um avatar virtual com um equipamento mais poderoso instantaneamente ao invés de gastar tempo adquirindo a aquele equipamento poderoso sem gastar dinheiro), novas roupas para o seu avatar digital e entre outros. Os mesmos bens digitais não são classificados como objetos mas por serviços (WU, 2007).

Bethesda Softworks uma empresa norte-americana publicadora de jogos eletrônicos ajudou popularizar micro transações com uma micro transação cosmética infame para cavalos em seu jogo RPG de fantasia, The Elder Scrolls IV: Oblivion lançado em 2006. Esse ato de micro transação não foi popular entre fãs da série e o público gamer sendo que os jogadores não gostaram de ter que pagar dinheiro para mudar uma coisa tão mínima como a aparência de seu cavalo, considerando a conduta da empresa abusiva.

A empresa americana emitiu um comunicado contra a controvérsia no dia seguinte que a micro transação foi lançada no blog Engadget (WILLEY, 2006).

Atualmente pagar dinheiro para uma micro transação cosmética não é controvérsia e sim normal, e Bethesda foi uma das empresas que ajudou a normalizar as práticas acima.

Um dos modos de micro transação popular são as loot boxes (traduzido ao português brasileiro, caixas de saque) com sua aquisição por dinheiro ou de graça sendo

que alguns jogos podem oferecer a loot box como um incentivo a comprar mais loot boxes sendo que a empresa decide fornecer as loot boxes de maneira razoavelmente rara gratuitamente (como por exemplo fornecer somente quando o jogador cumprir um ato difícil ou demorado dentro do jogo) e assim o jogador já sabe como é bom uma loot box e decide não esperar ou prefere fazer tal ato difícil no jogo e compra a loot box por dinheiro comum de seu país.

Loot box se caracteriza como um pacote de bens digitais que é consumida quando ela é usada ou aberta no jogo sendo na maioria dos jogos ela é retratada como uma caixa ou algum tipo de caixa (como cofre ou maleta), os bens digitais dentro da loot box podem variar entre itens comuns e extremamente raros que podem afetar várias facetas do jogo.

Jogos gacha (encurtado gacha) são similares a loot box no meio de monetização mas a origem é diferente, enquanto loot box originou no ocidente, gacha origina no oriente e especificamente no Japão que surgiram das máquinas Gachapon, a operação da máquina envolve em pondo moedas na máquina e um mecanismo deixa cair uma bola de plástico que dentro está com algum produto aleatório, populares em shoppings, também podem ser instaladas em lojas e ruas, cada Gachapon já lista os tipos de produtos que o consumidor pode obter da específica máquina (LIPPE, 2015).

No meio digital os jogos gacha são inspirados pelo Gachapon, sendo que gacha retrata uma máquina de Gachapon, caça-níquel ou uma roleta, também representando digitalmente um mecanismo que o jogador precisa puxar ou rodar para ativar a microtransação e o jogador recebe o bem ou bens digitais da transação (KANERVA, 2016).

Gacha é muito mais popular em celulares e ganhou popularidade em 2012 no Japão e depois em vários outros países, os bens digitais incluem cosméticos, trajes, itens para o avatar do jogador, outros personagens específicos do jogo e vantagens dentro do jogo, gacha assim como loot box podem ser dadas gratuitamente mas as empresas são economicamente incentivadas para as disponibilizar de modo raro para incentivar o jogador a pagar com moeda de seu país para obter um gacha instantâneo, vários gacha também incentivam consumidores a discutir e promover o jogo em mídias sociais e convidar amigos a jogar e em troca o indivíduo pode receber moeda digital do jogo ou ingressos que podem representar personagens, gachas ou a moeda do jogo, promovendo também a economia interna do jogo online (FAMULARO, 2017).

3.2 DEFININDO O JOGO DE AZAR

O conhecimento sobre o jogo de azar popularmente é superficial com a existência de caça níqueis, casas de cassino e certos jogos de carta sendo proibidos, mas certos jogos de azar são aceitos pela geral população e não são um estigma social como por exemplo

o bingo. A legislação brasileira dá a definição e explanação sobre os jogos de azar com o artigo 50 do Decreto Lei nº 3.688 de 03 de Outubro de 1941:

Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele: (Vide Decreto-Lei nº 4.866, de 23.10.1942) (Vide Decreto-Lei 9.215, de 30.4.1946)

§ 3º Consideram-se, jogos de azar:

a) o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte.

Fica claro como o jogo de azar é definido, uma das características que difere entre outras atividades é a presença da sorte como o fator exclusivo entre a derrota ou vitória do jogador contra seu oponente, os tribunais judiciais também concordam a nocividade de jogos de azar:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ART. 6º, I E VII, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. JOGO DE AZAR ILEGAL.BINGO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO.CABIMENTO. DANO IN RE IPSA. 1. Cuida-se de Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público Federal visando à condenação dos réus na obrigação de não desenvolver atividade de bingo e no pagamento de indenização por dano moral coletivo. 2. O art. 6º do CDC traz como direitos básicos do consumidor: "(...) I - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos" (inciso I) e a "prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados" (inciso VII). 3. Na hipótese dos autos, patente a necessidade de correção de lesão supra individual às relações de consumo, no que resulta transcender o dano em questão aos interesses individuais dos frequentadores de bingo ilegal. Exploração comercial de atividade ilícita configura, em si mesma, dano moral coletivo (cf., no mesmo sentido, REsp 1.509.923/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 22/10/2015). 4. No Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil é objetiva e solidária. O dano moral coletivo não depende de prova da dor, do sofrimento ou do abalo psicológico. Demonstrá-los, embora possível, em tese, na esfera individual, é completamente inviável no campo dos interesses difusos e coletivos, razão pela qual dispensado,

principalmente quando incontestável a ilegalidade da atividade econômica ou da prática comercial em questão. Trata-se, portanto, de dano in re ipsa (REsp 1.410.698/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 30/6/2015; REsp 1.057.274/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 26/2/2010). 5. Recurso Especial provido.

Na decisão acima o aspecto punitivo é claro e o dano não afeta só um indivíduo mas afeta negativamente o meio social público, assim o consumidor deve ser alertado sobre os perigos dos jogos de azar devido ao tanto de dinheiro que pode ser perdido na atividade ilegal.

O consumidor também há de ser avisado quando um jogo possui micro transações ou pelo menos quando existe a presença de loot box e gachas sendo que já existe uma tendência internacional de regular micro transações nocivas, a lei é clara e diz que é de direito do consumidor sempre ter informações e a exposição de riscos que o produto traz, assim escrito no Art. 6, inciso III da Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990:

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012) Vigência.

3.3 JOGO DE AZAR COMPARADO A LOOT BOX E JOGOS GACHA

Já definido como os jogos de azar são baseados extremamente em sorte e a habilidade do jogador afeta em nada o resultado, os jogos gacha e loot boxes possuem algumas similaridades como por exemplo o envolvimento da sorte, o fator decisivo em ganhar ou perder em loot box e gacha é a sorte, o consumidor tem em mente o que ele quer ou pode ganhar quando ele aciona sua loot box ou gacha e somente com sorte ele pode ganhar aquilo que deseja, como os famosos caça níqueis a pessoa precisa ativar a máquina varias vezes para ganhar seu prêmio e similarmente no caso de loot box e gacha este processo de repetição contínua também é uma constante, em termos matemáticos, em que o consumidor sempre irá pagar repetidamente para alcançar o bem virtual desejado.

Um estudo feito por Close e Lloyd (2020, p. 19) montou um estudo que relaciona muitos elementos do jogo de azar e loot box como a "ilusão de controle" em que o jogador tende a pensar que pode influenciar o jogo com alguma forma de habilidade mas somente sorte afeta o resultado, isso acontece também em caça níqueis em que o jogador pensa

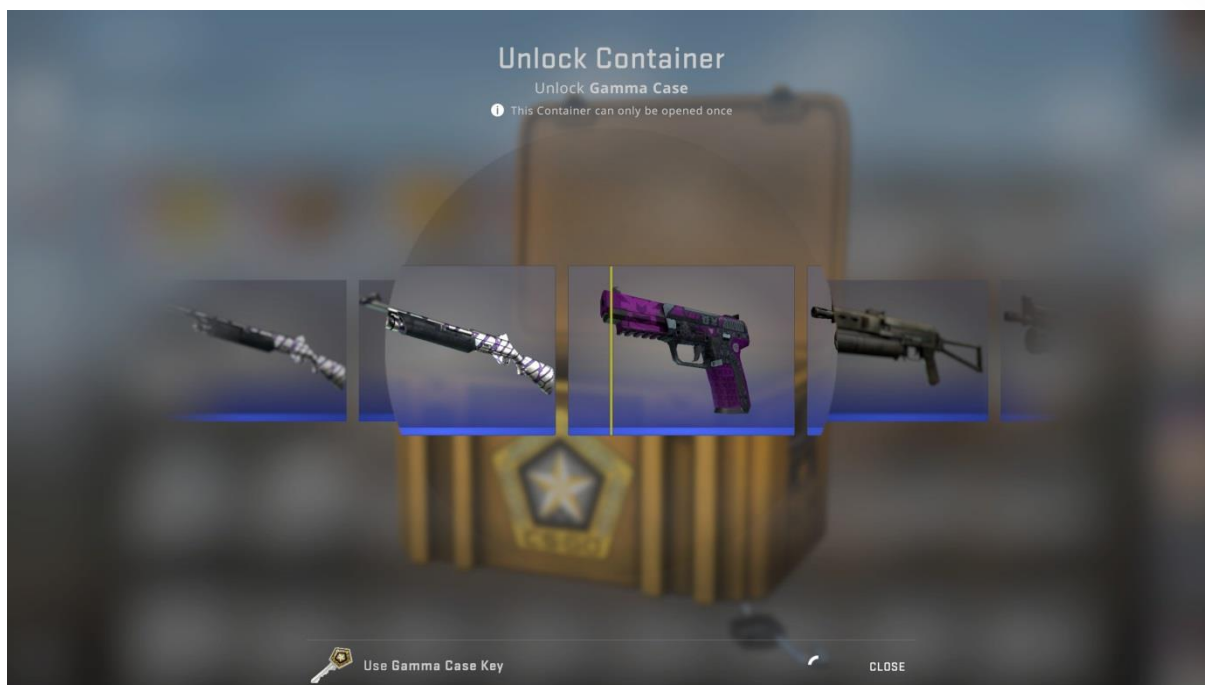
que ele ou ela tem alguma coisa mais especial nela ou nele que vai resultar em melhores resultados, mas o resultado neste caso também sorte é o único fato decisivo.

Também menciona que loot boxes dadas de brinde ou quando são de graça o problema de jogos de azar (como gastando mais de sua renda mensal) não são comuns, mas na situação oposta, quando as loot boxes são compradas os problemas de gastos se tornam mais comuns criando mais semelhanças. A análise também revelou que no jogo Heroes of the Storm, com a eliminação de loot boxes veio o resultado em que os jogadores problemáticos (refiro a jogadores problemáticos aqueles que gastam dinheiro de maneira insustentável) tiveram seu gasto de renda diminuído.

As comparações não terminam aqui, outro estudo feito por Cairns; Zendle; Barnett; McCall (2020, p. 5) demonstra que loot boxes em alguns jogos tem a opção de mostrar o que o jogador podia ter ganhado quando ele aciona a loot box e recebe seus bens virtuais, um exemplo é o jogo Counter Strike: Global Offensive (ou abreviado CS:GO) que mostra, quando o consumidor aciona sua loot box, as imagens dos itens que o jogador pode ganhar que passam girando pela tela mostrando todos os itens disponíveis na loot box e quando as imagens param de girar o jogador ganha o item na imagem em que o carretel parou, muitas vezes o item mais raro da loot box está exposto no carretel como próximo do item ganhado.

O exemplo acima demonstra um resultado como se o jogador tivesse “quase ganhado” aquele item raro, abaixo uma imagem demonstrativa da ação de loot boxes do jogo mencionado acima:

Figura 2 - Loot box no jogo CS:GO



Fonte: Rock, Paper, Shotgun (2019)

Ainda na mesma pesquisa por Cairns; Zendle; Barnett; McCall (op. cit. p. 4), eles mencionam a moeda da economia virtual de jogos com micro transação que podem ser adquiridas por moedas no mundo real, em alguns jogos vários bem virtuais podem ser comprados pelas moedas virtuais específicas de cada jogo ou ganhadas por variadas atividades que podem ser feitas pelos jogadores dentro do jogo, e assim forma mais uma similaridade entre jogos de azar, como em cassinos existe as fichas que podem ser usadas dentro cassino e para usar maquinas ou jogar Pôquer, estudos explicam o uso dessa fichas ou moeda virtuais como uma maneira de diminuir o fato de o consumidor está gastando dinheiro fazendo o consumidor gastar mais que a sua renda permite e assim comprando em demasiado a moeda virtual de jogos online.

Não é mencionado no estudo acima mas é comum em jogos gacha incluir moedas virtuais, explicado por Izidro (2020, s. p.) na plataforma Start da UOL, como no gacha Genshin Impact existe mais de uma moeda virtual, uma delas é chamada de Genesis Crystal (traduzido para o português brasileiro Cristais Gênesis) que só pode ser obtido por compra através de dinheiro no mundo real e então transformada em outra moeda virtual que pode ser utilizada para acionar o gacha disponível e ganhar bens virtuais.

Em cassinos existe um termo que se refere a apostadores que gastam uma quantia grande de dinheiro com habitualidade, esse tipo de jogador em cassinos pode ser referido como High-roller ou whale (traduzido para o português brasileiro baleia), sendo que o termo baleia tende a ser habitualmente usada em jogos de Pôquer, logicamente cassinos valorizam este tipos de jogadores devido a renda gastada.

Em jogos online o termo baleia se refere, similarmente a cassinos, aos jogadores que gastam uma grande quantidade de dinheiro e Hood (2017), fala que mesmo em pequenas quantidades essas baleias podem gerar a maioria da renda do jogo e traz uma entrevista com um consumidor chamado de David Pietz que se classifica como baleia gastando até 20 mil dólares em micro transações e loot boxes em cinco anos entre vários jogos online e quando perguntado se ele considera que loot boxes são jogos de azar e se ele desconfia que os desenvolvedores desses jogos online estão agindo de forma abusiva ou predatória David afirma que sim e avisa outros jogadores a tomarem cuidado e sempre ficarem de olho em quanto dinheiro gastar, sobre loot boxes David compara elas com drogas, comentando que elas tem a tendência de fazer o jogador se sentir ótimo quando a loot box é aberta e o jogador ganha um item raro e péssimo quando o consumidor perde, mas David Pietz não é um caso extremo de baleia.

Em uma notícia do site Tecmundo por Dias (2014) um garoto de 15 anos gastou 37 mil euros em um único jogo online usando o cartão de crédito de sua família. O jogo é chamado Game of War: Fire Age, sua maior plataforma é o celular sendo de graça para acessar e com micro transações, a loja digital Google Play lista o jogo como não recomendado para menores de 10 anos e o incidente chamou a atenção da Comissão Europeia para o problema de micro transações e recomendou que jogos similares a Game of War não sejam classificados como de graça tentando regular as empresas abusivas a seus consumidores.

4 VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Como já feito a comparação entre loot box, gachas, jogos de azar e como nos três tópicos existe similaridades entre eles, pode seguir a lógica que o consumidor, assim como no jogo de azar está com a vulnerabilidade de gastar sua renda de maneira insustentável, mostra também na pesquisa de Gyollai; Griffiths; Barta; e entre outros (2014) que resumiu informações de vários estudos conduzidos sobre pesquisas genéticas associadas a apostadores compulsivos que apontam a vulnerabilidade no gene do indivíduo que aposta, demonstrando pessoas dispostas a serem vulneráveis a apostas por causa de sua maquiagem genética ou genoma que predispõe a pessoa ser um apostador patológico. O estudo verificou que as pessoas vulneráveis a apostar tem o potencial de ser classificados com um subtipo da síndrome de deficiência de recompensa ou SDR que é classificado como uma deficiência do neurotransmissor chamado dopamina dentro do centro de recompensa do cérebro.

A legislação brasileira também assume a vulnerabilidade do consumidor em geral, sendo desenvolvidas leis para a proteção do próprio e também a criação do Código de Defesa do Consumidor para cumprir com o respeito e direitos do cliente que procura o serviço desejado, o Art. 4 da Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990 explana sobre o assunto:

A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

Empresas que agem de forma abusiva com seus clientes não são uma surpresa e com regulações a lei brasileira pode diminuir os abusos que afetam a população e assim equilibra o bem-estar social entre as grandes empresas e a pessoa física. Considerando que o mercado de loot boxes e gacha é relativamente novo, surgindo também junto a uma mídia que é também emergente como vídeo games eletrônicos existe uma necessidade do direito brasileiro reconhecer e estudar o ecossistema de vídeo games online e suas várias práticas com o consumidor, assim como outros países.

Um exemplo de regulação de micro transações e por consequência proteção dos consumidores, se demonstra na China com a reportagem de Ye (2019), as loot boxes já estavam sendo reguladas em 2010 e a China demandou que empresas como Valve e Blizzard a divulgação das chances de loot boxes para as autoridades, mas mesmo assim somente em 2017 o país conseguiu obter os dados divulgado pelas empresas mencionadas acima e no mesmo ano o governo decidiu banir a possibilidade de loot boxes ou moedas virtuais serem adquiridas por dinheiro usado no mundo real, as loot boxes mesmo com as regulações permanecem como comuns na atividade virtual de clientes na China.

Vale mencionar a idade mínima que um jogo gacha requer, sendo a maioria para adolescentes sendo de 12 até 18 anos de idade e essa informação é suportada pela legislação na Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990:

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Essa informação apresenta que qualquer pessoa de 12 anos ou mais velhos podem entrar em contato com micro transações que são comparáveis a jogos de azar. Genshin Impact, um jogo online gacha, pode ser jogado por adolescentes seguindo a página de internet da loja virtual Playstation Store que acomoda o jogo sendo classificado pela Classind como não recomendado para menores de 12 anos, pondo em risco pessoa vulneráveis (sendo adolescentes) a elementos de jogos de azar. Vale falar também que o consumidor idoso e crianças são considerados como clientes com característica de hipervulnerabilidade de acordo com o CDC em seu Art. 39, inciso IV que visa proteger os consumidores devido a idade, saúde e vários outros fatores.

Dano sobre a renda de um apostador patológico é uma vulnerabilidade óbvia, sendo mais aprofundada no estudo de Close e Lloyd (op. cit.) na página 26 trata do dano de loot boxes na renda, a maioria das pessoas afetadas negativamente são os jogadores baleias (termo já explicado) que gastam mais o que deveriam e o resto de pessoas analisadas gastam sua renda de maneira moderada, o estudo também diz que as empresas responsáveis por loot boxes estão gerando sua renda por, de maneira consciente ou não, predatoriamente tirando vantagem de jogadores que são apostadores patológicos ou que tenham a tendência de gastar em micro transações mais que sua renda.

Vale discutir que entre todas as micro transações disponíveis, existe aquelas que não possuem elementos de jogos de azar, como por exemplo jogos que permitem o consumidor comprar os itens por dinheiro real, mas sem elementos de jogos de azar, como por exemplo League of Legends, que permite o jogador comprar itens para seus avatares virtuais sem nenhum elemento de sorte, o consumidor pagar pelo item e o recebe.

4.1 AS CONTROVÉRSIAS DE MICROTRANSAÇÕES

Internacionalmente micro transações já causaram bastante controvérsias e chamou atenção dos governos de alguns países principalmente Bélgica, China e Holanda, na Bélgica loot boxes estão banidas pois o governo considera agora loot boxes como aposta e inclusive dobra sua pena para loot boxes que afetam menores segundo a reportagem por Albuquerque (2018). No caso da Holanda também baniu loot boxes mas como reportado por Arif (2018) a decisão é que não todas as loot boxes podem ser classificadas como jogos de azar e dá exemplo das loot boxes que são consideradas como de azar como Rocket League e Dota 2.

Menciono a reportagem de Ye (2019) novamente para descobrir como a China está regulando as loot boxes, o país pede que empresas divulguem as chances envolvidas em loot boxes desde 2017 e mais recente a proibição e de comprar loot boxes com o limite de 50 por dia demonstrando a atenção do governo sobre esses problemas prevenindo condutas abusivas por empresas.

Nos estados unidos também há controvérsias de micro transações com o politico americano chamado de Chris Lee condena o uso de loot boxes comparando elas a cassinos e chama atenção ao jogo Star Wars Battlefront II que o julga como um jogo designado para atrair crianças para gastarem dinheiro, a publicadora do jogo Electronic Arts se defende falando que é a opção dos jogadores gastar ou não dinheiro no jogo (BBC, 2017).

O jogo Star Wars Battlefront II mencionado acima causou muita polêmica por ser abusivo pois era muito lento a progressão do jogo para os consumidores alcançarem oportunidades de obter itens desejados e assim cria uma tendência maior ao público do jogo de gastar dinheiro para tentar obter os itens, a publicadora ouviu o reclame dos consumidores e somente diminuiu o preço de certos itens mas também diminuiu a quantidade de créditos ganhos dentro do jogo gratuitamente, essas ações não acalmou consumidores e Eletronic Arts desabilitou a economia interna do jogo que se refere as moedas virtuais que só podem ser compradas por dinheiro real chamando ainda mais atenção ao assunto de microtransações e nesse caso as loot boxes (GANIKO, 2017).

5 MICROTRANSAÇÃO NO BRASIL E SOLUÇÕES

Com o assunto de loot boxes e gachas não sendo um tema discutido no Brasil o país está vulnerável a empresas abusivas tomando vantagem de consumidores de todas as idades, inclusive aqueles que podem ser considerados como hipervulneráveis assim comentado neste trabalho. A conscientização do problema de micro transações é mister sendo que jogos online são parte de uma indústria gigante no Brasil considerando também no período de pandemia aonde pessoas não podem sair de casa ou existe restrições sobre elas, Sousa (2021) reporta que a indústria de jogos eletrônicos teve um crescimento de 20% no período de pandemia em 2020, e esse crescimento aconteceu mundialmente. A reportagem também menciona a economia de jogos no Brasil, que com a pandemia teve um crescimento vantajoso especialmente com jogos dedicados ou feitos para celular que tendem a ter uma maior presença de micro transação sendo comparados a jogos em consoles e computadores, a empresa brasileira Wildlife que se especializa em jogos de celular teve sua renda aumentada de maneira significativa sendo avaliada em até um bilhão em dólares e depois de seu crescimento financeiro a empresa estava avaliada em três bilhões, uma ótima evolução na renda da empresa.

A organização brasileira Classind deve observar jogos online e classificar aqueles que contém micro transações ou pelo menos loot boxes e gacha para que ocorra um julgamento mais preciso da faixa etária que poderiam jogar esse jogos elevando eles a um público-alvo que seja mais adulto ou pelo menos criar um aviso, que menciona ao consumidor os riscos de micro transação na página online de todas lojas online ou se o jogo está sendo vendido fisicamente em uma loja física o aviso deve estar na embalagem do produto, alertando o jogador a ficar atento a sua renda quando decidir gastar em loot boxes ou jogos gacha, elevando assim a consciência pública sobre as praticas abusivas de certos jogos online.

O caminho que o Brasil deve andar para a regulação de jogos gacha e loot box deve ser por regulações assim como observado em outros países expostos no presente trabalho como a China, Bélgica e Holanda. A argumentação de banimento ou restrição das várias práticas predatórias por empresas de vídeo games deve estar presente em nossos representantes políticos, assim como observado no caso de Chris Lee nos Estados Unidos.

6 CONCLUSÃO

No final do trabalho nota que teve a observação de vários modos de micro transação e das empresas que as empregam em vários países, foi notado também a ação legal de alguns desses países em reação dos métodos de monetização de vários jogos online que podem ser comparados a jogos de azar. Por ultimo foi analisado o Brasil diante as condutas abusivas de micro transação como loot boxes e jogos gacha e sua reação legislativa, sendo ela presente ou não.

A menção de micro transação não se equivale a jogo de azar, como descoberto neste projeto vários países agiram com leis para defender consumidores vulneráveis somente contra a loot box ou gacha e não contra micro transações em geral, sendo que nem toda micro transação contem sorte como um fator e então não tem como classificar como jogo de azar, sendo a presença de sorte uma necessária característica. Por outro lado, jogos que contém loot box e gacha podem ser classificados como jogos de azar tendo em mente que sorte e somente ela é o fator decisivo entre vitória e derrota.

Dentro do Brasil a resposta legal contra loot box e gachas é pouca ou inexistente mesmo sendo essas condutas abusivas e comparáveis aos jogos de azar perante a lei, a auto regulação da indústria dentro do brasil não se mostra aparente deixando consumidores nacionais vulneráveis, tendo que existir alguma medida de punição legal ou proibição para empresas que se envolvem com jogos gacha e loot boxes, e também existir alguma forma de suporte aos apostadores patológicos que são viciados em jogos online com condutas abusivas.

REFERENCIAS

ARIF, Shabana. Holanda começa a aplicar banimento de loot boxes determinado por lei. IGN. 2018. Disponível em: <https://br.ign.com/ign-pop/63545/news/holanda-comeca-a-aplicar-banimento-de-loot-boxes-determinado-por-lei>>. Acesso em: 27 maio 2021.

BRASIL. CDC - Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990.

BRASIL. LCP - Decreto Lei nº 3.688 de 03 de Outubro de 1941. Estabelece diretrizes e classifica o que é jogo de azar. Brasília, 1941.

BRASIL. STJ. REsp: 1567123 RS 2015/0289682-0. Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN. Data de Julgamento: 14/06/2016. T2, SEGUNDA TURMA. Data de Publicação: DJe 28/08/2020.

Call to regulate video game loot boxes over gambling concerns. BBC. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/technology-42110066>>. Acesso em: 27 de maio 2021.

CAVALCANTE, Marcio Andre Lopes. A exploracao de jogo de azar ilegal configura, em si mesma, dano moral coletivo. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1f8f69b53d86cf2a952bf95d87a59b0c>>. Acesso em: 20 maio 2021.

DANIEL, Vekony. Documentário “A Era do Videogame” mostra que os games não são brincadeira de criança!. Marketingegames 2014. Disponível em:

<http://www.marketingegames.com.br/documentario-a-era-do-videogame-mostra-que-os-games-nao-sao-brincadeira-de-crianca/>>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

DIAS, G. Garoto de 15 anos gasta mais de 100 mil reais em jogo online “gratuito”. Tecmundo. 2014. Disponível em <<https://www.tecmundo.com.br/video-game-e-jogos/63992-garoto-15-anos-gasta-100-mil-reais-jogo-online-gratuito.htm>>. Acesso em: 27 maio 2021.

GANIKO, Priscila. Entenda como a polêmica de Battlefield II pode mudar as microtransações em jogos. Jovemnerd. 2017. Disponível em: <<https://jovemnerd.com.br/nerdbunker/entenda-como-polemica-de-battlefront-ii-pode-mudar-as-microtransacoes-em-jogos/>>. Acesso em: 27 de maio 2021.

GYOLLAI, A.; GRIFFITHS, M. D.; BARTA, C.; et al. The genetics of problem and pathological gambling: a systematic review. *Curr Pharm Des*, 20, n. 25, p. 3993-3999, 2014.

HOOD, Vic. Interview with the video game whale. Eurogamer. 2017. Disponível em <<https://www.eurogamer.net/articles/2017-10-20-interview-with-the-whale>>. Acesso em: 27 maio 2021.

HUIZINGA, Johan. *Homo ludens: O jogo como elemento da cultura*. São Paulo: Perspectiva, 2000.

IZIDRO, Bruno. O sucesso de Genshin Impact: streamer já jogou cem horas do game gratuito. Uol. 2020. Disponível em <<https://www.uol.com.br/start/ultimas-noticias/2020/10/21/o-sucesso-de-genshin-impact-streamer-ja-jogou-cem-horas-no-game-gratuito.htm>>. Acesso em: 27 maio 2021.

JAMES, Close; JOANNE, Lloyd. Lifting the Lid on Loot-Boxes. Begambleaware, 2021. Disponível em: <https://www.begambleaware.org/sites/default/files/2021-03/Gaming_and_Gambling_Report_Final.pdf>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

JAMES, R. W. Bethesda responds to Oblivion backlash. Engadget 2006. Disponível em: <https://www.engadget.com/2006-04-04-bethesda-responds-to-oblivion-backlash.html>>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

JESSICA, Famularo. 'FIRE EMBLEM HEROES' IS A GACHA GAME – HERE'S WHAT THAT MEANS. Inverse 2017. Disponível em <<https://www.inverse.com/article/27267-what-are-gacha-games-fire-emblem-heroes>>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

JOÃO, Victor Albuquerque. Bélgica é o primeiro país a banir totalmente as loot boxes. Criticalhits 2018. Disponível em: <<https://criticalhits.com.br/games/belgica-e-o-primeiro-pais-a-banir-totalmente-as-loot-boxes/>>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

Jogo eletrônico. In Britannica Escola. Web, 2021. Disponível em: <<https://escola.britannica.com.br/artigo/jogo-eletronico/481214>>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

PEDRO, H. L. Lippe. Você sabe o que é gashapon? Máquinas de brindes surpresa são febre no Japão. Uol 2015. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/start/ultimas-noticias/2015/11/25/voce-sabe-o-que-e-gashapon-maquinas-de-brindes-surpresa-sao-febre-no-japao.htm>>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

RICARDO, Caetano. Parlamento do Reino Unido quer que loot boxes sejam considerados apostas. Espn 2019. Disponível em: <https://www.espn.com.br/esports/artigo/_/id/6061899/parlamento-do-reino-unido-quer-que-loot-boxes-sejam-considerados-apostas>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

SOUSA, Ana Paula. Distanciamento na pandemia impulsiona indústria de games no Brasil. Valor. 2021. Disponível em: <<https://valor.globo.com/eu-e/noticia/2021/04/16/distanciamento-na-pandemia-impulsiona-industria-de-games-no-brasil.ghtml>>. Acesso em: 27 de maio 2021.

SUSAN, Wu. Virtual Goods: the next big business model. Techcrunch 2007. Disponível em: <<https://techcrunch.com/2007/06/20/virtual-goods-the-next-big-business-model/>>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

YE, Josh. China wants to limit the number of loot boxes players can buy. SCMP. 2019. Disponível em: <<https://www.scmp.com/abacus/tech/article/3029544/china-wants-limit-number-loot-boxes-players-can-buy>>. Acesso em: 27 maio 2021.

ZENDLE, D. I.; CAIRNS, P. A.; BARNETT, H.; et al. Paying for loot boxes is linked to problem gambling, regardless of specific features such as cash-out and pay-to-win. 2020. 26p. Faculty of Sciences (York), Computer Science (York), The University of York. Iorque, 2020.

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR PARA O JULGAMENTO DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA

BRENO LEONARDO OLIVEIRA RODRIGUES:

Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros

EDSON COSME MARTINS FILHO

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo analisar a constitucionalidade da competência da Justiça Militar para processar e julgar crimes dolosos contra a vida praticados por militares nos termos do art. 9º do Código Penal Militar. Para tanto, partiu-se de uma abordagem histórica sobre o surgimento da Justiça Militar e seu tratamento nas constituições brasileiras, tendo atenção às peculiaridades dos períodos em que a jurisdição militar propriamente dita se expressou com efetividade. Posteriormente, foi realizado um estudo dos órgãos que compõem a Justiça Militar no Brasil e, em especial, as características que a distinguem da Justiça comum. Propôs-se, ainda, a analisar a competência criminal da Justiça Militar a partir do delineamento constitucional acerca dos casos autorizadores, principalmente no tocante ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida, os quais são a tônica de estudo no capítulo final deste trabalho. A Justiça Castrense que se divide no Brasil em estadual e federal, a primeira competente para julgar apenas os militares dos Estados e a segunda os militares integrantes das Forças Armadas e civis, ganhou novos contornos a partir da vigência da Lei nº 13.491/2017 a qual, para além de ampliar o conceito de crime militar, acresceu hipóteses autorizadas de competência. Ao final deste trabalho, foi realizado estudo sobre os argumentos os quais aduzem a (in)constitucionalidade da competência da Justiça Militar, sensivelmente ampliada a partir da vigência da Lei nº 13.491/2017. Utilizou-se na presente pesquisa o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento monográfico, com o objetivo de avaliar a constitucionalidade da competência da Justiça Militar para julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Concluiu-se pela constitucionalidade da competência da Justiça Militar (federal e estadual) no tocante ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida, porquanto a suposta violação à competência do Tribunal do Júri não angaria espaço em virtude da harmonização estabelecida no quadro de competências delineado pela Constituição da República de 1988. Contudo, não se olvidou o fato de que esta conclusão não seja estanque, porquanto tramita no STF a ADI nº 5901 que se propõe a dar solução à (in)constitucionalidade da competência da Justiça Militar para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Palavras-chave: Justiça Militar. Crimes dolosos contra a vida. Competência. Constitucionalidade.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the constitutionality of the competence of the Military Justice to prosecute and judge intentional crimes (willful crimes) against human life committed by military personnel under the terms of Article 9 of the Military Penal Code. To do so, we started with a historical approach to the emergence of Military Justice and its treatment in Brazilian constitutions, paying attention to the peculiarities of the periods in which the military jurisdiction itself was effectively expressed. Subsequently, a study was carried out of the public departments that make up Military Justice in Brazil and, in particular, the characteristics that distinguish it from ordinary justice. It was also proposed to analyze the criminal competence of Military Justice based on the constitutional outline of authorizing cases, especially with regard to the trial of willful crimes against life, which are the keynote of study in the final chapter of this work. The Justice Castrense that divides in Brazil into state and federal, the first competent authority to judge only the military of the States and the second the military members of the Armed Forces and civilians, gained new contours as of the enactment of Law 13.491/2017 which, in addition to expanding the concept of military crime, added authorizing hypotheses of competence. At the end of this work, a study was carried out on the arguments which add to the (in) constitutionality of the competence of the Military Justice, significantly expanded since the law enforcement 13.491/2017. In this research, the deductive approach method and the monographic procedure method were used, with the objective of evaluating the constitutionality of the competence of the Military Justice to judge intentional crimes against life. It concluded that the constitutionality of the competence of the Military Justice (federal and state) regarding the trial of intentional crimes against life, as the alleged violation of the competence of the Jury Court does not raise space due to the harmonization established in the framework of competences outlined by Constitution of the Republic of 1988. However, the fact that this conclusion is not watertight has not been overlooked, since the STF a ADI 5901 is being processed in the STF, which proposes to provide a solution to the (in) constitutionality of the competence of the Military Justice to judge intentional crimes against life.

Keywords: Military Justice. Willful crimes against life. Competence. Constitutionality.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO: 1 A JUSTIÇA MILITAR NO BRASIL. 1.1 A Justiça Militar na história. 1.2 O histórico da Justiça Militar nas Constituições brasileiras. 1.3 A composição da Justiça Militar da União e da Justiça Militar Estadual. 2 CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA. 2.1 Crimes dolosos contra a vida comuns e militares. 2.2 O Tribunal do Júri e a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida. 3 A

(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR PARA O JULGAMENTO DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA. 3.1 A competência da Justiça Militar para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida a partir da nova redação do art. 9º do Código Penal Militar dada pela Lei nº 13.491/2017. 3.2 A (in) constitucionalidade da competência da Justiça Militar para processar e julgar crimes dolosos contra a vida. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A promulgação da Lei nº 13.491/2017 aviva a celeuma doutrinária e os embates jurisprudenciais dos Tribunais Superiores envolta da ampliação da competência da Justiça Militar para julgamento dos crimes militares praticados nos termos do art. 9º do Código Penal Militar (CPM).

Referida Lei proporcionou à Justiça Militar a competência para julgar não apenas os crimes previstos no Código Penal Militar, mas também os delitos previstos no Código Penal comum (CP) e na legislação penal especial, desde que preenchidas as condições estabelecidas no art. 9º do CPM. O legislador ordinário agiu a *contrario sensu* das decisões que até então vinham sendo tomadas nos Tribunais Superiores no sentido de se restringir as hipóteses autorizadoras da competência da Justiça Militar.

Nessa esteira, um fato que não pode ser negado é que grande parte da sociedade desconhece a existência da Justiça Militar, e mesmo dentre os seus jurisdicionados, se sabem da sua existência, ignoram sua competência e funcionamento.

Esse panorama é reforçado pela escassa bibliografia sobre a Justiça Militar, podendo ser encontradas poucas obras sobre o assunto, sendo mais detalhado em revistas e periódicos que, geralmente, são produzidos pelos próprios órgãos da Justiça Militar que lidam com a matéria, como o Superior Tribunal Militar e os Tribunais de Justiça Militar estaduais.

Ademais, as discussões e propostas sobre a extinção da Justiça Militar são cíclicas - e esse é um comportamento típico a que o desconhecimento sobre um assunto impulsiona. Ora, não há como perceber a necessidade e relevância de uma instituição para a sociedade, sem antes construir um conhecimento sobre sua origem, organização e atribuições.

Nesse diapasão, este trabalho pretende expor o papel da Justiça Militar inserida no contexto do Poder Judiciário brasileiro, com ênfase na competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Afinal, é constitucional a competência da Justiça Militar para julgamento dos crimes dolosos contra a vida?

Dessa questão faz-se necessário entender como desponta o tratamento em matéria de competência no Poder Judiciário acerca dos eventuais conflitos que poderão exsurgir. Afinal, há muito se sabe que o julgamento dos integrantes das Polícias Militares estaduais e dos integrantes das Forças Armadas nos crimes que praticam gera o embate crítico supramencionado sobre a própria necessidade da existência ou não da Justiça Militar.

O estudo foi estruturado em três capítulos, de modo que o primeiro capítulo se ocupou em analisar a construção histórica da Justiça Militar, desenvolvida num contexto global e também nas Constituições que vigoram no Brasil até a promulgação da Carta Cidadã de 1988. Assim, têm-se como objetivo, em um primeiro momento, a digressão sobre o tratamento dado à Justiça Militar ao longo dos anos, sendo certo que essa análise revela-se imprescindível para o entendimento da estrutura organizacional da Justiça Castrense.

No segundo capítulo, por outro lado, teve-se por escopo tecer as atuais linhas organizacionais da competência do Tribunal do Júri, realizando-se um comparativo para com a competência da Justiça Castrense para julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Deste modo, essa abordagem objetiva levantar os argumentos que pugnam pela suposta violação, ou não, à competência do Tribunal do Júri estabelecida na Constituição Federal de 1988, diante da extensão de competência à Justiça Castrense para julgar crimes dolosos contra a vida.

E por fim, o terceiro e último capítulo tratou com especificidade do estudo da (in)compatibilidade constitucional da competência da Justiça Militar para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, com enfoque nas recentes alterações promovidas pela Lei nº 13.491/2017.

Impende ressaltar que as técnicas de pesquisa adotadas neste trabalho foram a pesquisa bibliográfica e a documental, instrumentalizadas através de pesquisas doutrinárias, jurisprudenciais, de artigos científicos e da legislação relacionada à matéria. Outrossim, para a consecução dos objetivos, optou-se pela utilização do método dedutivo de abordagem e também do método histórico e comparativo de procedimento, o que arregimenta análise crítica ao longo do percurso legislativo, jurisprudencial e doutrinário sobre a competência da Justiça Castrense.

Registre-se, por fim, que pela riqueza e amplitude da matéria, não é pretensão, nem haveria como, explorar e aprofundar todo o assunto em detalhes. Entretanto, realizar-se-á esforço para análise dos principais aspectos que circundam a Justiça Castrense, para então poder-se vislumbrar uma harmonia do quadro de competências constitucionalmente instituído.

1 BREVE HISTÓRICO DA JUSTIÇA MILITAR

1.1 A Justiça Militar na história

Nesse introito, será a expressão "Justiça Militar" utilizada em seu sentido amplo, compreendendo tanto a referência à Jurisdição propriamente militar quanto ao direito penal e processual penal militar.

Essa medida preambular deve-se ao fato de a perspectiva de análise histórica do Direito Penal Militar encontrar barreiras temporais, sobretudo quando se busca precisar o marco inicial de tratamento da matéria. Contudo, sem qualquer prejuízo ao trabalho, essa dificuldade inicial será contornada através de uma análise fidedigna à história das civilizações que se destacaram por serem baluartes do direito e que transpuseram no decorrer dos séculos suas influências a outros países.

A dificuldade inicial a que se está a falar é compartilhada por Figueiredo para quem:

Sobre suas origens, não é segura a informação dos escritores. Sabe-se, entretanto, que essa matéria, mesmo sem adequada sistematização ou cunho científico, vem aflorando, entre os povos, desde a mais alta antiguidade. Neste período histórico vislumbram-se alguns traços de imposição disciplinar, no que tange às forças armadas, entre os assírios, os egípcios e os gregos. Esse embrião da Justiça Militar emergia das necessidades das guerras contínuas em que se empenhavam os povos antigos. (FIGUEIREDO, 1968, p. 99)

É preciso dizer, contudo, que a história da Justiça Penal Militar desenvolve-se ao lado da Justiça Penal comum. Nesse sentido, um raciocínio que busque traçar uma evolução histórica de forma autônoma, na maioria das vezes, não será possível.

Isso posto, conforme alhures mencionado, não se pode definir com exata precisão o momento em que ocorre a incursão do direito penal militar como ramo autônomo em relação ao direito penal comum. É de se perceber, entretanto, que do surgimento dos primeiros exércitos deriva a necessidade de se concretizar um órgão julgador com fulcro em apreciar os crimes cometidos durante operações bélicas.

Neves e Streifinger tentam estabelecer um marco singular em que possam ser percebidos os primeiros lapsos de exteriorização da autonomia do Direito Penal Militar:

[...] o Direito Penal Militar, em que pese a influência dos movimentos condicionantes do Direito Penal comum, desenvolve-se paralelamente e ganha notoriedade com o início da atividade bélica, exigindo, por consequência, a apreciação do fato crime por ângulo diverso [...]. (NEVES; STREIFINGER, 2012, p. 49)

Assim como os retromencionados autores, Corrêa partilha do mesmo raciocínio histórico, senão vejamos:

Quando o homem entrou na faixa das conquistas e das defesas para o seu povo, aí, provavelmente, a Justiça Militar deu os seus primeiros passos, pois logo sentiu a necessidade de poder contar, a qualquer hora e em qualquer situação, com um corpo de soldados disciplinados, sob um regime férreo e com sanções graves e de aplicação imediata. (CORRÊA, 1991, p. 35)

Vê-se, portanto, a gênese da Justiça Militar: consistente em estabelecer um parâmetro especial de tratamento a partir dos delitos que são cometidos no momento em que o corpo bélico de determinado grupo atacava grupos inimigos diversos, ou mesmo em defesa do próprio grupo.

Evidente, pois, que a distinção existente nesses contextos delituosos exteriorizava os primeiros contornos do reconhecimento da autonomia do Direito Penal Militar; repise-se, entretanto, que não havia autonomia propriamente dita.

Na antiguidade, nada obstante se mostre difícil organizar linearmente as primeiras expressões do direito penal militar, conforme colaciona Loureiro Neto (2010), não se pode olvidar que alguns povos antigos de civilizações mais organizadas, como Índia, Atenas, Pérsia, Macedônia e Cartago não desconheciam certos delitos militares, os quais, entretanto, eram julgados pelos próprios militares, especialmente os delitos cometidos em tempo de guerra.

Corrêa (1991) elenca duas legislações da antiguidade que destacaram-se por apresentarem disposições sobre o que hoje se concebe por crime militar: o Código de Ur-Nammu (a lei mais antiga de que se tem conhecimento), circunscrito em um contexto sem jurisdição propriamente militar, mas estritamente submetido aos desígnios do Rei, soberano em suas decisões; e o Código de Hamurabi, que também apresentava normas de cunho militar.

Nessa esteira, ainda na antiguidade, contudo, analisando o fértil aspecto expansionista-imperialista, Figueiredo destaca que o Império Romano demonstra ser um dos mais relevantes pontos históricos na averiguação da evolução da Justiça Militar:

Em Roma, porém, onde havia dominante e apaixonado, o espírito das conquistas guerreiras, teve a matéria um tratamento melhor coordenado, já em razão da inteligência, cultura e do espírito prático e consolidado do grande povo. Aí, já se podia falar em instituição militar. A organização militar ajustava-se na organização política e administrativa do Estado. Os juristas entraram em debate no processo de elaboração científica da instituição. E as divergências iluminaram o campo doutrinário. Surgiram as escolas, disciplinando as instituições militares, os tribunais adequados e a jurisdição específica. (FIGUEIREDO, 1968, p. 99)

Não é outra a visão de Corrêa, para quem a história gloriosa da Roma antiga deve e muito ao desenvolvimento de um corpo bélico estruturado e organizado nas bases da disciplina romana, contribuindo conseqüentemente para a formação de uma rígida jurisdição penal militar; são do autor citado as seguintes lições:

Com os romanos, porém, a Justiça Militar e o Direito Militar ganham realce maior, eis que, e nunca é demais fazer-se a anotação, Roma e sua glória devem, e muito, ao seu exército. Enquanto estes mantiveram unidos, fortes, disciplinados, organizados, treinados, os romanos foram alargando o seu território, chegando aos confins do mundo na época conhecido, e puderam manter-se no domínio de vários outros povos por centenas de anos, bastando dizer-se que o Império Romano do Ocidente só veio a cair em 476 d. C. , e o do Oriente, muito mais tarde, já no século XV, ou mais precisamente, em 1453. (CORRÊA, 1991, p. 40)

Nesse diapasão, pode-se concluir que é sob a existência dos exércitos permanentes, organizados e utilizados tanto nas conquistas quanto em cunho defensivo, que o direito penal militar e a necessidade de uma jurisdição propriamente militar apoiam-se.

Não é preciso muito esforço para entender que a atividade bélica tornando-se organizada e em estado de perene prontidão ter-se-ia como decorrência a necessidade

de tratamento especial dos delitos cometidos no contexto bélico, o que demandaria, naturalmente, a constituição de um órgão encarregado da aplicação das sanções e julgamento dos crimes específicos.

Loureiro Neto (2010) perfilando a relevante contribuição para o reconhecimento da autonomia do Direito Penal Militar a partir da Roma antiga fornece, ainda, importante e detalhada análise para ser concebida a evolução do tratamento e julgamento dos crimes militares.

Retromencionado autor preleciona uma evolução histórica do Direito Militar na Roma antiga em quatro fases:

- a) Época dos reis, em que os soberanos concentravam em suas mãos todos os poderes, inclusive o de julgar;
- b) Segunda fase, em que a justiça militar era exercida pelos Cônsules, com poderes de *imperium majus*. Abaixo dele, havia o Tribuno Militar, que possuía o chamado *imperium militae*, simbolizando a dupla reunião da justiça e do comando;
- c) Terceira fase, época de Augusto, em que a justiça militar era exercida pelos prefeitos do pretório, com jurisdição muito ampla; e
- d) Quarta fase, época de Constantino, em que foi instituído o *Consilium*, com a função de assistir o juiz militar. Sua opinião era apenas consultiva. (LOUREIRO NETO, 2010, p. 4)

Superada a análise sobre a relevante contribuição do direito Romano sobre a evolução da Justiça Militar, que começou pela criação da ideia de organização militar expansionista para então culminar em um corpo definido de leis propriamente militares com aplicação bem definida, faz-se necessário analisar o histórico do Direito Penal Militar brasileiro, cuja origem remonta à legislação penal de Portugal.

É fácil constatar que a influência de Portugal durante o período colonial brasileiro é deveras sentida até hoje na aplicação do direito. Conforme Neves e Streifinger (2012, p. 56): "Com efeito, as embarcações da Coroa não trouxeram apenas homens e o espírito colonizador, mas também todo o arcabouço jurídico do Velho Mundo".

De início pode-se destacar que o Direito Lusitano sofreu influência histórica impingida pelo domínio de matriz romana, visigótica, e ainda, sarracena.

Corrêa (1991) assinala que Portugal, assim como toda a Europa, após a queda do Império Romano do Ocidente, viu-se dominada por hordas de bárbaros, sendo os visigodos dominantes na península ibérica. Para se ter ideia da dominação bárbara em terras lusitanas, somente em momento histórico posterior, a partir das invasões árabes, em 712 d.c, que o império visigótico veio a sucumbir.

Complementando a exposição sobre esse contexto histórico, Corrêa cita Romeiro para pontuar que essa mixórdia de legislações, então aplicáveis a Portugal durante o histórico de domínio por diferentes povos, é decisiva para se compreender a origem da legislação contemporânea:

Por várias razões Romeiro já havia ressaltado que as mais cariadas leis da época demonstram que desde o período romano até os séculos atuais, os crimes militares receberam sanção de inúmeras leis que podem ser apontadas como a gênese dos atuais Códigos Penais Militares da época contemporânea. (ROMEIRO *apud* CORRÊA, 1991, p. 51)

Adiante, pode-se dizer que a influência lusitana sobre o Brasil sentida no direito militar desenvolve-se durante o período colonial de forma gradual e lenta, culminando em momento posterior na autonomia de competência da colônia para proferir decisões através de sua própria jurisdição. De início, esse processo destacou-se com órgãos de primeira instância, até culminar numa autonomia propriamente ditada dos órgãos de última instância.

A influência lusitana sobre o direito penal militar brasileiro foi impingida acentuadamente mediante as ordenações do reino de Portugal, dentre as quais, por sua peculiar relevância, pode-se destacar as Ordenações Filipinas, decretadas em 1603 no Reino Português.

É preciso assinalar, porém, que o Brasil colônia não detinha propriamente uma autonomia jurisdicional e legislativa, na medida em que era regido, de forma indireta, pelas leis de Portugal, o que reforçava o ideário lusitano em não estabelecer abertura para uma consequente independência da colônia.

Na visão de Corrêa:

Com as Ordenações Afonsinas, em 1446, as Ordenações Manuelinas, em 1514, e as Ordenações Filipinas, em 1603, vai o Brasil, indiretamente, tendo as suas leis, mas sempre como colônia, tanto que em 1590 a Coroa nega-se a estabelecer um

Tribunal de Apelação no Brasil (Salvador), o que só aconteceu em 1609, subordinando-se à Casa da Suplicação, sendo nele o seu presidente o Governador-Geral, mesmo que não pudesse votar ou condenar, mas somente assistir às sessões. (CORRÊA, 1991, p. 57)

Em referência às Ordenações Filipinas, consigna Neves e Streifinger (2012) que não se podia separar com precisão as normas penais militares então contidas no bojo das Ordenações Filipinas das normas penais comuns, pois encontravam-se todas no mesmo espaço normativo, o que demonstrava ainda o desapego a um reconhecimento da autonomia da jurisdição propriamente militar. São estas as considerações dos autores retromencionados:

A grande questão a ser satisfeita, todavia, é saber se o Direito Penal Militar estava contido no bojo das Ordenações Filipinas. Inicialmente, o Direito Penal do Reino não consagrava nítida separação entre Direito Penal comum e militar, havendo no "Código de Felipo" previsões que poderiam ser consideradas próximas a um Direito Criminal afeto à beligerância, e. g., a disposição do Título XCVII, que tratava dos que "fogem das Armadas". (NEVES; STREIFINGER, 2012, p. 57)

Fato é que somente em 1763 foram incorporados às Ordenações Filipinas os "Artigos de Guerra" do Conde de Lippe, que vigoram no Brasil até 1907, e que definitivamente passaram a estabelecer disposições específicas voltadas à imposição de sanções aos delitos cometidos em contexto militar e por militares.

No ano de 1907, procedeu o Ministro de Guerra Marechal Hermes Rodrigues Fonseca à reforma por inteiro dos "Artigos de Guerra" do Conde de Lippe, a partir de quando exsurge o Código Penal da Armada (Armada era a denominação dada à Marinha do Brasil).

Nesse diapasão, pode-se então resumir esse percurso histórico-legislativo através dos ensinamentos de Corrêa:

Se as Ordenações Filipinas, apesar de promulgadas em 1603, eram uma legislação ainda medieval, identificável com a vingança pública, herança do Direito Visigótico, do Direito Canônico e das Estatutas de Justiniano, como bem comentou Garcez, a elas

juntam-se os artigos de guerra, do Conde de Lippe, surgidos em 1763. Eles vigiram no Brasil, na esfera criminal, até fins do século XIX, quando saiu o Código Penal da Armada, e, quanto ao exército Brasileiro, até 1907, quando o então Ministro da Guerra, Marechal Hermes Rodrigues da Fonseca, o reformou inteiramente, mesmo que, a esse tempo, já o Exército, desde 1899, se utilizasse do Código Penal da Armada. (CORRÊA, 1991, p.56)

A vigência do "Código Penal da Armada" encerra-se em 1944, quando o Decreto-lei nº 6227, de 24 de janeiro passa a dispor sobre o Código Penal Militar.

Este último Código Penal Militar de 1944 vigorou até 31 de dezembro de 1969, com a entrada em vigor do atual Código Penal Militar. Esta última legislação tem incursão histórica no período excepcional do regime militar ao qual será objeto de explanação no próximo subitem.

Por fim, é de bom alvedrio salientar que essa análise da história em perspectiva foi necessária à compreensão dos institutos e das fontes de onde emergem o direito penal militare a jurisdição castrense, podendo-se dizer que o tratamento dado aos delitos militares há muito foi realizado de modo singular, não somente pelo reconhecimento da especialidade da matéria mas também pelo contexto em que praticados tais delitos.

1.2 O histórico da Justiça Militar nas Constituições brasileiras

Inicialmente, antes de adentrar no tratamento dado pelas Constituições brasileiras à Jurisdição Militar, é necessário ressaltar que, mesmo antes da independência do Brasil ocorrida em 07 de setembro de 1822, e da outorga da Carta Imperial de 1824 por D. Pedro I, há um evento imprescindível ao firmamento do ponto de partida para reconhecimento da Justiça Militar em terras tupiniquins. Estar-se a falar da vinda da família real portuguesa para o Brasil.

A reorganização administrativa da colônia a partir da transferência da sede da monarquia portuguesa para o Rio de Janeiro foi ponto crucial para a criação do Conselho Supremo Militar e de Justiça, primeiro órgão responsável por dar tratamento singular aos crimes militares.

Conforme obtempera Loureiro Neto:

Com a chegada de D. João VI ao Brasil, pelo alvará de 21 de abril de 1808, criou-se o Conselho Supremo Militar e de Justiça, e em 1834, a Provisão de 20 de outubro previa crimes militares, que

foram separados em duas categorias: os praticados em tempo de paz e os praticados em tempo de guerra. (LOUREIRO NETO, 2010, p.5)

O Conselho Supremo Militar e de Justiça detinha duas funções, uma de caráter administrativo e outra de caráter propriamente jurisdicional. Assinala Corrêa (1991) que a função de caráter administrativo concentrava-se em questões referentes a requerimentos, cartas-patentes, promoções, soldos, reformas, nomeações, lavratura de patentes e uso de insígnias, questões às quais deliberava em forma de parecer; quanto à função jurisdicional detinha a atribuição de Tribunal Superior da Justiça Militar, julgando em última instância os processos criminais dos réus submetidos ao foro militar.

Com o advento da República e a promulgação da Constituição de 1891, o Conselho Supremo Militar passou a intitular-se Supremo Tribunal Militar, cuja organização e atribuição foram definidas pela Lei nº 149, de 18 de julho de 1893. Contudo, referido órgão somente passou a integrar o Poder Judiciário pela Constituição de 1934 e, com a Constituição de 1946, veio a denominar-se Superior Tribunal Militar.

Esse aparte, que será adiante melhor explorado, mostra-se importante para entender que a Justiça Militar em terras brasileiras tem seu cerne concentrado não somente a partir da independência e autonomia em relação a Portugal, porquanto muito antes da independência já se expressava através de órgãos sem caráter reconhecidamente jurisdicional localizados na colônia, dos quais o Conselho Supremo Militar e de Justiça demonstra ser o inaugural.

Adiante, realizada essa consideração primordial, para reforçar o detalhamento objeto deste subcapítulo será feita referência às sete Constituições brasileiras no que tange à disposição dada à Justiça Militar, por se tratarem tais documentos de marcos orientadores de cada período histórico e de expressão do poder político, dentre as quais em seus respectivos anos de vigência: a primeira Constituição, do ano de 1824; a de 1891, que inaugurou a forma de governo republicana; a de 1934; a de 1937; a de 1946; a de 1967 e, por último, em vigor há mais de 30 anos, a nominada Constituição cidadã de 1988.

Não é demais repisar que a Constituição de 1824 foi outorgada por D. Pedro I, sendo característica marcante o fato de ser notadamente inspirada no constitucionalismo inglês, podendo ainda ser considerada no aspecto de sua vigência a de maior duração das sete Constituições brasileiras.

O Título VI da Constituição de 1824 dispunha exclusivamente sobre o Poder Judiciário o que, entretanto, não significava o reconhecimento de autonomia a tal Poder. Corroborando com esse entendimento, Nogueira assinala que:

Muito embora o art. 10 prescrevesse que "os poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial", não se pode dizer que o Judiciário constituísse, na prática, um poder independente, na forma como hoje se concebe a harmonia e independência que preside os diferentes poderes do estado democrático. (NOGUEIRA, 2015, p. 26)

Nesse diapasão, não se podia reconhecer autonomia à Justiça Militar devido ao forte domínio subversivo impingido pelos Poderes Executivo e Legislativo sobre o Poder Judiciário, fato que no mais das vezes somava-se à inexistência de tratamento através de leis próprias às questões militares.

No Título V (Do Imperador), Capítulo VIII (Da Força Militar), precisamente no art. 150, da Constituição de 1824 havia uma única e breve determinação no sentido de que uma legislação regularia o sistema da disciplina militar. Contudo, fato é que durante o período Imperial brasileiro não se teve notícia de uma sistemática orgânica de Jurisdição propriamente militar, sendo o trato da matéria relegado à seara administrativa.

Conforme destaca Corrêa, durante o Brasil Império havia uma série de órgãos responsáveis pela resolução das mais variadas questões militares:

[...] foram criados os **Conselhos de Disciplina**, para verificar a deserção das praças de pré; os **Conselhos de Investigação** para estudar atos criminosos em geral e deserção de oficiais de patentes; os **Conselhos de Guerra** para julgar em primeira instância os crimes militares; o **Conselho Supremo Militar**, tribunal de segunda instância para julgamento dos referidos crimes; e as **Juntas de Justiça Militar** e os **Conselhos** para faltas disciplinares. (CORRÊA, 1991, p. 66). Negritou-se.

Figueiredo leciona sobre a retromencionada ausência de relevo à matéria militar durante todo o período imperial brasileiro nos seguintes termos:

[...] o império caiu sem haver dotado a nação de leis penais militares ao nível político das instituições democráticas do país e

da cultura das classes armadas, em medidas orgânicas, reduzida que ficou a legislação militar a providências sem sistema, sem método, impostas pelas necessidades ocasionais, de sorte que um dos mais imperiosos problemas que a República teve que resolver foi o da reforma das leis penais militares. (FIGUEIREDO, 1968, p. 102)

Encerrada essa exposição do tratamento dado à matéria militar durante o período Imperial, adentra-se na análise sobre a Constituição de 1891, merecendo transcrição breve trecho da obra "A Constituição de 1891" da autoria de Aliomar Baleeiro em que relata o momento ao qual o país atravessava:

O povo brasileiro cansara-se da monarquia, cuja modéstia espartana não incutia nos espíritos a mística e o esplendor dos tronos europeus. O imperador vestia trajescivis, pretos, como qualquer sujeito respeitável da época, sem as fardas de dourados, de almirante e general, as condecorações, crachás não impressionam o homem da rua. Conta-se que a Princesa Imperial trazia consigo, no decote, fósforos para acender ela mesma as velas à boca da noite. (BALEEIRO, 2015, p.1)

Instalada a República dos Estados Unidos do Brasil, diz-se que somente em 1891 lança-se através do texto Constitucional tratamento à Justiça Militar, configurando e inaugurando a necessária sistematização, ausente na Carta Constitucional de 1824.

Assim, estabelecia a Constituição de 1891 em seu art. 77:

Art.77 - Os militares de terra e mar terão foro especial nos delitos militares.

§ 1º - Este foro compor-se-á de um Supremo Tribunal Militar, cujos membros serão vitalícios, e dos conselhos necessários para a formação da culpa e julgamento dos crimes.

§ 2º - A organização e atribuições do Supremo Tribunal Militar serão reguladas por lei. (BRASIL, 1891)

A disposição legislativa em matéria militar dava os primeiros passos pelo expreso arranjo na Constituição republicana de 1891 que reconheceu foro especial aos

militares de terra e mar, foro esse composto por um Supremo Tribunal Militar (cujos membros seriam vitalícios) e por Conselhos de Justiça, conforme o texto supracitado.

Corrêa em comentário ao art. 77 da Constituição de 1891 assinala que:

[...] para os crimes militares previstos pela lei militar uma jurisdição especial deve existir, não como privilégio dos indivíduos que os praticam, mas atenta a natureza desses crimes e a necessidade, a bem da disciplina, de uma repressão pronta e firme, com formas sumárias. (CORRÊA. 1991, p. 172)

Adiante, com a Carta Constitucional de 1934 (BRASIL, 1934) a Justiça Militar é disposta como órgão do Poder Judiciário no art. 63, "c", previsto no Título I (Da Organização Federal), Capítulo IV (Do Poder Judiciário), Seção I (Disposições Preliminares), o qual estabelece que "São órgãos do Poder Judiciário os juízes e tribunais militares".

Com importantes considerações sobre o contexto do qual exsurge a Carta Constitucional de 1934, Poletti (1999, p. 9) destaca que as revoluções de 1930 e 1932 reforçaram anseios gerais e impostergáveis, sendo que a "a primeira tinha um ideário liberal em política, embora os acontecimentos posteriores a transformassem num projeto social- democrático e, em seguida, na causa eficiente de uma ditadura bajuladora do fascismo europeu", enquanto que a revolução paulista reforçou o ideário do movimento constitucionalista.

Isso posto, pode-se dizer que a Constituição de 1934 inserida no contexto histórico de reconhecimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão, doravante inspirada na Constituição de Weimar de 1919 e na Constituição Mexicana de 1917, voltou-se, ainda, ao necessário delineamento do Poder Judiciário em justiças especializadas, aspiração há muito tempo imprescindível, na medida em que reconhecer a especialização das justiças equivale a um tratamento específico das querelas, solucionadas com acuidade.

No dia 10 de novembro do ano de 1937 elenca-se a segunda Constituição outorgada no Brasil: a Carta Constitucional de 1937, inserta em um momento histórico de crise da ordem e da autoridade em todo o mundo.

No que se refere à Constituição Federal de 1937 (BRASIL, 1937), fato é que essa Carta Constitucional em nada refletia o regime inaugurado pelo golpe de Estado de 1937, até mesmo porque não chegou a entrar em vigor, na medida em que seu art. 175 declarava que "O atual Presidente da República tem renovado o seu mandato até a realização do plebiscito a que se refere o art. 187, terminando o período presidencial

fixado no art. 80 se o resultado do plebiscito for favorável à Constituição". Ora, essa condição a plebiscito para a vigência da Carta Constitucional de 1937 é intuitivo para negar a sua aplicação.

Dessa forma, pouco se pode dizer de importância dessa Carta Constitucional acerca do tratamento do foro militar. Deveras, conforme assinala Porto:

Os males que porventura tenham restado para o País do regime inaugurado pelo golpe de Estado de 1937 não podem ser atribuídos à Constituição. Esta não chegou sequer a vigorar e, se tivesse vigorado, teria certamente constituído importante limitação ao exercício do poder. (PORTO, 1999, p. 14)

Por outro lado, quanto à Constituição de 1946, não se pode dizer que esta olvidou do tratamento do foro militar, muito pelo contrário, porquanto as Justiças Militares estaduais tornaram-se parte do Poder Judiciário a partir dessa Carta.

Diz-se que a Constituição de 1946 teve importante influência da Constituição de 1934. São nesse sentido as lições de Barbosa Lima Sobrinho:

[...] a Constituição de 1946 era tão parecida com a de 1934 que se podia ter a impressão de um decalque. Não houve, aliás, essa ideia, entre os constituintes de 1946, nem seria de supor que predominasse, na fatura de uma carta de direitos, o propósito de uma imitação servil. [...] O que mais que tudo contribuiu, para a aproximação dos textos, foi a coincidência dos fatores políticos, que inspiraram a elaboração constitucional, orientada, nos dois momentos, pelo pensamento de uma reação contra os exageros do presidencialismo da República Velha, ou contra as tendências ditatoriais, que modelaram a Carta de 1937. (LIMA SOBRINHO, 2015, p. 25)

A Constituição de 1946 (BRASIL, 1946), no Título I (Da Organização Federal), Capítulo IV (Do Poder Judiciário), previa no art. 94 que: "O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos: [...] Juízes e tribunais militares"; de mais a mais, previa, ainda, no Título II (Da Justiça Dos Estados), em seu art. 124, que:

Os Estados organizarão a sua justiça com observância dos arts. 95 a 97 e também dos seguintes princípios: [...] a Justiça Militar

estadual, organizada com observância dos preceitos gerais da lei federal, terá como órgãos de primeira instância os conselhos de justiça e como órgãos de segunda instância um tribunal especial ou Tribunal de Justiça. (BRASIL. 1946)

Sob a vigência do regime militar de 1964, foi promulgada nova carta Magna em 24 de janeiro de 1967. O texto constitucional não trouxe alteração no panorama até então construído da Justiça Militar.

Para Correa (1991) a Constituição de 1967 não inovou quanto à organização da Justiça Militar, com exceção da previsão de recurso ordinário, das decisões proferidas pela Justiça Castrense, para o Supremo Tribunal Federal, nos casos expressos em lei, contra civis, Governadores e Secretários de Estado.

Analisando finalmente a última das Cartas Constitucionais, vigente até os dias atuais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Justiça militar federal é mantida como integrante do Poder Judiciário, sendo composta pelo Superior Tribunal Militar (órgão de 2º grau da Justiça Militar federal) e pelos Juízes Militares, conforme art. 122, incisos I e II.

Quanto à Justiça Militar estadual, o art. 125 da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) delegou aos Estados a competência para organização da sua Justiça, podendo a lei estadual criar a Justiça Militar estadual, nos estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.

Por fim, registre-se que no próximo capítulo será explorada com minudência a organização e o funcionamento das Justiças Militares (federal e estadual), encerrando-se essa exposição ressaltando que a evolução da Justiça Militar no Brasil demonstrou que em nenhum momento deixou de estar presente o tratamento especial da disciplina militar, sobretudo, a partir do nascimento da República e, como visto, do primeiro órgão com jurisdição propriamente militar criado em 1808: o Conselho Supremo Militar e de Justiça.

1.3 A composição da Justiça Militar da União e da Justiça Militar Estadual

Lobão (2006) assinala que o foro militar é especial, porquanto nele é realizada a lei penal especial, através do diploma processual penal militar, igualmente especial.

De certo, a partir de leitura ao art. 92 da CRFB/88 pode-se afirmar que a Justiça Militar está para a Justiça do Trabalho assim como essa está para a Justiça Eleitoral, é dizer, a Carta Magna elenca esses ramos do Poder Judiciário como vertentes especializadas, merecendo, cada qual, disciplina e competência própria para a integral

satisfação do fim a que se propõem. E assim o é, porquanto atirar à vala comum tais ramos especializados da Justiça equivale à negação da própria Justiça.

A Justiça Militar, conforme alhures desenvolvida na história, atualmente divide-se em: Justiça Militar da União (ou federal) e Justiça Militar estadual.

A começar pela Justiça Militar da União, o art. 1º da Lei nº 8.457 de 1992, denominada Lei de Organização da Justiça Militar da União (LOJM) (BRASIL, 1992), prevê que a Justiça Militar federal é composta em 1ª instância: pelos Juízes federais da justiça militar, pelos Juízes federais substitutos da justiça militar e pelos Conselhos de Justiça, e em 2ª instância é composta a pelo Superior Tribunal Militar (STM).

O STM é órgão com sede na Capital da República e jurisdição em todo território nacional, composto por 15 ministros, sendo 10 militares e 5 civis, todos de livre escolha do Presidente da República, após aprovação do Senado, conforme estabelece o art. 123, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Conforme consta do art. 123, parágrafo único da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), os ministros militares são oficiais-generais da ativa e de posto mais elevado da carreira, sendo três da Marinha, quatro do Exército e três da Aeronáutica; por outro lado, os ministros civis são escolhidos pelo Presidente da República, dentre brasileiros, maiores de 35 anos, sendo três advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de 10 anos de efetiva atividade profissional, e dois por escolha paritária, dentre Juízes militares federais e membros do Ministério Público Militar.

A retromencionada Lei de Organização Judiciária Militar da União (LOJM) (BRASIL, 1992) no seu art. 2º é responsável pelo delineamento da Justiça Militar federal no território nacional, e o faz decompondo-o em 12 Circunscrições Judiciárias militares. Cada Circunscrição Judiciária Militar conta com uma Auditoria Militar, exceto a 1ª, 2ª, 3ª e 11ª, as quais têm mais de uma Auditoria.

Conforme a LOJM (BRASIL, 1992), no seu art. 16, nas Auditorias funcionam Conselhos Permanente e Especial, os quais são constituídos por oficiais da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, que conhecem dos feitos da respectiva Arma. O Conselho Especial de Justiça tem competência para julgamento dos oficiais, até o posto de capitão de mar e guerra e de coronel das Forças Armadas. Por outro lado, o Conselho Permanente tem competência para julgamento das praças, e também do civil.

Nos termos do art. 16 da LOJM (BRASIL, 1992), os Conselhos de Justiça são compostos por cinco membros, sendo um deles o Juiz federal da Justiça Militar, o qual

ingressa no cargo mediante concurso público de provas e títulos, e quatro juízes militares, oriundos da respectiva Arma a qual pertence o acusado, e de posto superior e maior antiguidade que este.

Vê-se, pois, que os Conselhos de Justiça, seja ele Permanente ou Especial, são formados por um modelo de escabinado, sendo os Juízes militares sorteados e escolhidos dentre oficiais de carreira, da sede da Auditoria, conforme prevê o art. 18 da LOJM (BRASIL, 1992).

Assim, o que distingue o Conselho Especial do Conselho Permanente é o acusado submetido a julgamento perante o respectivo Conselho de julgadores; sendo oficial das Forças Armadas será julgado pelo Conselho Especial e, sendo praça ou civil, será julgado pelo Conselho Permanente.

Conforme art. 23 da LOJM (BRASIL, 1992), outra importante diferença existente entre os Conselhos é que o Conselho Especial será constituído para cada processo e dissolvido após a conclusão dos Trabalhos, reunindo-se novamente, caso sobrevenha nulidade do processo ou do julgamento; por outro lado, os Conselhos Permanentes são renovados a cada três meses, funcionando durante todo o ano.

Finda a exposição geral sobre os órgãos que compõem a Justiça Militar federal faz-se oportuna uma breve análise à Justiça Militar estadual, deixando claro que sua estrutura assemelha-se à da Justiça Militar federal.

Quanto aos órgãos que compõem a Justiça Militar estadual tem-se que essa disciplina será disposta por cada Estado-membro da Federação brasileira em compasso com sua autonomia. Destarte, a CRFB/88 no art. 125 (BRASIL, 1988) delega aos Estados a possibilidade de criação da Justiça Militar estadual, sendo composta em 1ª instância pelo Juiz de direito da justiça militar estadual e pelos Conselhos de Justiça, Especial e Permanente.

A composição dos Conselhos de Justiça da Justiça Militar estadual é a mesma da Justiça Militar federal: um Juiz de direito da justiça militar e quatro Juízes militares. Com efeito, adverte Lobão:

A legislação estadual relativa à formação e composição dos Conselhos de Justiça segue o modelo da lei federal, relativa aos órgãos julgadores de 1ª instância da Justiça Militar federal. O fato de a presidência dos Conselhos ter sido deferida ao Juiz de Direito do Juízo militar (art. 125, § 5º, da CF), não alterou a composição do colegiado, que continua observando a lei federal. Portanto, o Conselho Permanente, é composto pelo Juiz de

Direito do Juízo Militar, um oficial superior e três oficiais até o posto de capitão. O Conselho Especial é composto pelo Juiz de Direito do Juízo Militar, e quatro oficiais de posto superior, ou mais antigos do que o acusado, ou na falta, por oficiais mais modernos do que o réu. (LOBÃO. 2009, p. 132)

De mais a mais, para efeito de divisão da Justiça Militar estadual, cada Estado e o Distrito Federal constituem uma Circunscrição Judiciária militar estadual, com um Juízo Militar em cada uma delas, deixando-se claro, contudo, que os Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, possuem mais de uma auditoria.

Conforme dispõe o art. 125, § 3º da CRFB/88 (BRASIL, 1988), a Justiça Militar Estadual em 2ª instância será constituída pelo Tribunal de Justiça do Estado ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a 20.000 (vinte mil integrantes).

Por fim, encerrando este subcapítulo, cumpre esclarecer que somente os Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul possuem Tribunais de Justiça Militares, de modo que nos demais Estados da Federação a 2ª instância da Justiça militar é exercida pelos Tribunais de Justiça.

2 CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA

2.1. Crimes dolosos contra a vida comuns e militares

De acordo com o art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), é reconhecida a instituição do Tribunal do Júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a plenitude de defesa; o sigilo das votações; a soberania dos veredictos; e por fim, a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Muito embora a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) mencione no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), a instituição do Tribunal do Júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, olvida-se em conceituar esses delitos. Assim, mostra-se imprescindível uma inicial exposição conceitual para compreensão de quais órgãos serão competentes para julgamento de tais crimes.

De mais a mais, será visto que existem crimes dolosos contra a vida previstos tanto no Código Penal comum quanto no Código Penal militar, cada qual com tipificações características peculiares e que merecem a devida exposição.

Consigna Feitoza (2010) que o Código Penal (BRASIL, 1940) estabelece o que se considera como crimes dolosos contra a vida, sendo eles: o homicídio doloso (art. 121), induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 122), infanticídio (art. 123) e o aborto (arts. 124 a 126).

Reconhecendo a importância do Título I (Dos crimes contra a pessoa), Capítulo I (dos delitos contra a vida), da Parte Especial do Código Penal, Cunha (2020) destaca que os delitos previstos neste Capítulo são aqueles que eliminam a vida humana, considerada o bem jurídico mais importante do homem, razão de ser de todos os demais interesses tutelados, merecendo inaugurar a Parte Especial do Código Penal.

Em seguida, contudo, reconhece o supracitado autor que essa alocação não implica o estabelecimento de hierarquia entre as normas incriminadoras, reverberando em verdade a importância do tratamento da matéria.

A iniciar pelo delito previsto no art. 121 do Código Penal (Brasil, 1940) sob a rubrica marginal "Homicídio", Cunha (2020) o define como a injusta morte de uma pessoa (vida extrauterina) praticada por outrem (destruição da vida humana, por outro homem).

Masson (2017) consigna que o bem jurídico protegido é a vida humana exterior ao útero materno, assegurada pelo art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Assim, essa conceituação inicial sobre o delito de homicídio (art. 121, CP) leva à conclusão de que a eliminação da vida humana não acarreta na sua automática tipificação. De modo que ocorrendo o extermínio da vida humana intrauterina estará caracterizado o delito de aborto; e por outro lado, se já iniciado o trabalho de parto, presentes as elementares do art. 123 do CP poderá resultar a caracterização do delito de infanticídio.

No art. 122 do Código Penal (BRASIL, 1940) está previsto outro delito que tem como bem jurídico tutelado a vida extrauterina, sob a rubrica marginal "Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação".

Conforme leciona Masson (2017), o suicídio é a destruição deliberada da própria vida humana, contudo, tal conduta não é criminosa, em face do postulado da alteridade que orienta o Direito Penal. Assim, o autor completa o raciocínio aduzindo que o que veda o Código Penal é a conduta daquele que concorre para que outrem destrua voluntariamente sua própria vida.

Registre-se de passagem que, com a vigência da Lei nº 13.968/2019, o delito previsto no art. 122 do Código Penal (BRASIL, 1940) sob a rubrica marginal de

"Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio", passou a denomina-se "Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação".

Conforme se vê, a Lei nº 13.968/2019 alterou o Código Penal no seu art. 122 (BRASIL, 1940) para tipificar a conduta daquele que induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça. Evidente, pois, quem melhor seria ter alocado a conduta do induzimento, instigação ou auxílio à automutilação no Capítulo II (Das lesões corporais) do Título I da Parte Especial do Código Penal.

Quanto a essa alteração, a doutrina insurge-se para pontuar que a conduta do induzimento, instigação ou auxílio à automutilação não pode ser considerada no rol dos crimes dolosos contra a vida; deixando-se claro que permanece nesse rol de crimes a conduta do induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, sendo que somente esta tem a vida como bem jurídico tutelado.

Dentre os doutrinadores que partilham essa posição, Cabette assinala que:

Até o surgimento da Lei 13.968/19 não havia dúvida de que se tratava de um crime exclusivamente contra a vida. Acontece que essa novel legislação incluiu também o induzimento, instigação ou auxílio à automutilação, o que implica na abrangência de outro bem jurídico, que já não é mais somente a vida humana, mas também a integridade física. Certamente, a melhor opção do legislador seria ter incluído essa questão do induzimento, instigação ou auxílio à automutilação, não no artigo 122, CP, mas diretamente no Título I – “Dos Crimes contra a pessoa”, Capítulo II – “Das Lesões Corporais”, do Código Penal Brasileiro. A automutilação ficaria melhor alocada no corpo do artigo 129, CP e não no artigo 122, CP como foi procedido. (CABETTE, 2020)

Adiante, no art. 123 do Código Penal está previsto o delito sob a rubrica marginal de "Infanticídio", conceituado por Cunha (2020) como o homicídio praticado pela genitora contra o próprio filho, influenciada pelo estado puerperal, durante ou logo após o parto. Desse modo, assim como no delito de homicídio (art. 121, CP) e induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 122, CP), pode-se dizer que o bem jurídico protegido pelo Código Penal ao tipificar tal conduta é a vida humana.

Nos arts. 124, 125 e 126, o Código Penal tipifica a conduta do aborto. Para Masson (2017, p. 83) citando Maggiore, o aborto "é a interrupção violenta e ilegítima da gravidez, mediante a ocisão de um feto imaturo, dentro ou fora do útero materno".

Ainda, segundo Masson (2017), no aborto provocado pela gestante (autoaborto), no consentimento para o aborto, ambos tipificados pelo art. 124 do Código Penal, e no aborto com o consentimento da gestante (aborto cosentido), definido pelo art. 126 do Código Penal, somente existe um único bem tutelado: o direito à vida, do qual o feto é titular. Por outro lado, no aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante (art. 125), protege-se também, além da vida do feto, a integridade física e psíquica da gestante.

Por todo o exposto, pode-se listar os seguintes crimes que têm a vida como bem jurídico tutelado, todos previstos no Código Penal comum: Homicídio (art. 121), Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 122), Infanticídio (art. 123), Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (art. 124), Aborto provocado por terceiro (art. 125) e, por fim, o aborto consentido previsto no art. 126.

Interessante observar que a jurisprudência e a doutrina rechaçam da conceituação como crimes dolosos contra a vida uma série de delitos, cuja vida é o bem jurídico tutelado de forma mediata, fato esse suficiente para que ocorra o afastamento da competência do Tribunal do Júri.

Dentre esses delitos tem-se o latrocínio (art. 157, § 3º, inciso II, do CP), o Genocídio (Lei nº 2.889/1956), entre outros.

Na doutrina, consigna Feitoza (2010) que o latrocínio, mesmo tendo o evento morte, não é crime doloso contra a vida, mas crime contra o patrimônio, uma vez que o art. 157, § 3º do CP encontra-se no capítulo "dos crimes contra o patrimônio".

Na jurisprudência, é possível alcançar esse entendimento de exclusão do latrocínio da conceituação de crime doloso contra a vida a partir do enunciado sumular de nº 603 do Supremo Tribunal Federal, uma vez que este afasta o latrocínio dentre os crimes de competência do Tribunal do Júri.

Outrossim, ainda é possível excluir do conceito de crime doloso contra a vida, além do latrocínio, a extorsão qualificada pela morte, a extorsão mediante sequestro qualificada pela morte, entre outros crimes. A justificativa para tal exclusão repousa no mesmo argumento aduzido para a exclusão do latrocínio, a saber: são crimes contra o patrimônio.

O genocídio também não é considerado um crime doloso contra a vida.

Renato Brasileiro (2018) leciona quanto ao genocídio, previsto na Lei nº 2.889/1956, no sentido de não poder ser considerado um crime doloso contra a vida, pois tutela, na verdade, a existência de grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Registre-se, todavia, a advertência do autor, uma vez que se praticado mediante morte de membros do grupo, deverá o agente responder pelos crimes de homicídio em concurso formal impróprio com o delito de genocídio.

Neste último exemplo, portanto, é inarredável a competência do Tribunal do Júri, conforme será adiante elucidado.

Ressalte-se que o genocídio também encontra-se previsto na Parte Especial do Código Penal Militar, no Livro I (Dos crimes em tempo de paz), e no Livro II (Dos crimes em tempo de guerra), nos art. 208 e 401, respectivamente.

Destarte, com o mesmo entendimento exposto anteriormente, em específico sobre referido delito previsto no Código Penal militar, Neves e Streifinger (2012) assinalam que o crime de genocídio não tem por objeto jurídico a vida, mas sim a humanidade, porquanto consiste em um crime que afeta os mais profundos sentimentos de desenvolvimento livre e digno da raça humana.

Assim, pode-se concluir que o genocídio previsto no Código Penal Militar (arts. 208 e 401) tal qual previsto na Lei nº 2.889/1956 não pode ser conceituado como crime doloso contra a vida, porquanto não é esta o objeto jurídico protegido, mas a existência de grupo nacional, étnico, racial ou religioso.

Não se pode olvidar que o Código Penal militar (BRASIL, 1969) também prevê crimes dolosos contra a vida, quais sejam: para os delitos praticados em tempo de paz, o Homicídio (art. 205) e a Provocação direta ou auxílio a suicídio (art. 207); para os delitos praticados em tempo de guerra, o Homicídio (art. 400).

Assinalam Neves e Streifinger (2012) que o homicídio (art. 205) tipificado no Código Penal militar, assim como o tipificado no Código Penal comum tem como objetividade jurídica a proteção do direito à vida da pessoa; ademais, advertem os autores que o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, bem como o civil, de modo que quanto a este, tem-se restrição à esfera federal, em face do que estabelece o art. 125, § 4º da CRFB/88.

O delito de homicídio também encontra-se previsto no art. 400 do Código Penal militar (BRASIL, 1969), desta feita com localização no Livro II (Dos crimes militares em tempo de guerra) da sua Parte Especial. Quanto a este delito as

observações acima elencadas aqui repetem-se, alterando-se apenas a pena em abstrato cominada ao delito, em face da razão de ser perpetrado em situação de excepcionalidade.

Na visão de Neves e Streifinger (2012) importante observação deve-se acrescentar quanto ao delito de homicídio previsto no art. 400 do Código Penal militar, porquanto este deve ser praticado em presença do inimigo, isto é, às vistas dele, para que haja enquadramento típico.

Ainda, como último delito previsto no Código Penal militar cuja objetividade jurídica é a vida tem-se a provocação direta ou auxílio a suicídio (art. 207). Aqui, merecem as mesmas observações quanto ao sujeito ativo do crime de homicídio (art. 205) também previsto no Código Penal militar.

Malgrado as semelhanças dos crimes dolosos contra a vida previstos no Código Penal militar se comparados àqueles previstos no Código Penal comum, deve-se ressaltar que eles recebem tratamento diverso, porquanto a competência para julgamento desses crimes, a depender da situação, poderá ser distinta.

Em observância aos arts. 124 e 125 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), os crimes dolosos contra a vida previstos exclusivamente no Código Penal militar sempre serão objeto de julgamento perante a Justiça Militar desde que se enquadrem nas hipóteses descritas nas alíneas do inciso II (no caso de cometimento por militar da ativa) e inciso III (no caso de cometimento por civil), ambos previstos no art. 9º do CPM.

É nesse sentido o entendimento de Pacelli (2020), para quem a Justiça Militar só aprecia delitos militares, impondo-se a separação obrigatória dos processos em caso de concurso de crimes (comuns e militares), diante da absoluta especialização e especialidade dessa jurisdição.

Por outro lado, a competência do Tribunal do Júri é forçosa tratando-se de crimes dolosos contra a vida comuns, conforme prevê o art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "d", da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Assim, encerrada a exposição conceitual sobre os crimes dolosos contra a vida comuns e militares, faz-se oportuna a identificação das peculiaridades da instituição do Tribunal do Júri, as quais orientarão a digressão proposta sobre uma possível (in)compatibilidade para com a competência da Justiça Militar.

2.2 O Tribunal do Júri e a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida

O Tribunal do Júri na visão da doutrina tem genuína localização no Título II da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais. Essa

localização reforça-se como um pleito ampliativo de defesa dos réus, e de seu direito de liberdade.

Dentre outros, essa é a posição de Feitoza (2010), o qual inclusive ressalta que referida localização no Título II da Constituição Federal de 1988 faz com que o Tribunal do Júri não possa ser abolido nem mesmo por emenda constitucional, conforme estabelece o art. 60, § 4º, inciso IV, da CRFB/88.

Renato Brasileiro de Lima define o Tribunal do Júri através das seguintes lições:

O Tribunal do Júri é um órgão especial do Poder Judiciário de primeira instância, pertencente à Justiça Comum Estadual ou Federal, colegiado e heterogêneo, formado por um juiz togado, que é seu presidente, e por 25 (vinte e cinco) jurados, 7 (sete) dos quais compõem o Conselho de Sentença, que tem competência mínima para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, temporário, porquanto constituído para sessões periódicas, sendo depois dissolvido, dotado de soberania quanto às decisões, tomadas de maneira sigilosa e com base no sistema da íntima convicção, sem fundamentação, de seus integrantes leigos. (LIMA, 2018, p. 1349)

Ainda, segundo Renato Brasileiro de Lima (2018), o Tribunal do Júri tem competência fixada em virtude da natureza da infração penal praticada (*ratione materiae*), nos termos do art. 69, inciso III, do Código de Processo Penal.

Há também que se ressaltar o entendimento da doutrina segundo o qual a competência do Tribunal do Júri é definida como mínima, não significando essa competência mínima que o legislador não possa ampliar o âmbito de competência do Tribunal do Júri.

Dentre outros, é esse o entendimento de Denilson Feitoza:

Ao Júri é assegurada a competência para julgar crimes dolosos contra a vida, que é sua competência atual. Se a Constituição utiliza o verbo *assegurar*, significa que é competência mínima e, portanto, é teoricamente possível que a lei amplie a sua competência para crimes diversos, além dos crimes dolosos contra a vida. (FEITOZA, 2010, p. 515)

Ainda, segundo Aury Lopes Jr. (2018), a competência originária do Tribunal do Júri não impede que julgue outros delitos não dolosos contra a vida, desde que sejam conexos comum crime doloso contra a vida.

Com efeito, assinala Pacelli (2020) que conforme estabelece o art. 78, inciso I, do Código de Processo Penal, além dos crimes dolosos contra a vida, o Tribunal do Júri também terá competência para o julgamento dos crimes conexos, salvo em se tratando de crimes militares e eleitorais, casos em que deverá haver separação obrigatória dos processos.

Assim, exemplificando, Denilson Feitoza (2010) prevê ser possível que o Tribunal do Júri julgue um crime de homicídio e um crime conexo de resistência ou de homicídio e tráfico de entorpecentes. Contudo, completa o autor, que o Tribunal do Júri não poderá julgar um crime militar de violência contra superior, ainda que encontrando-se em conexão com o crime comum de homicídio. A separação dos processos nesse último caso é forçosa.

Há na doutrina entendimento no sentido da necessidade criação de um júri militar para julgar os crimes militares dolosos contra a vida. Como precursor desse pensamento, pode-se citar Rogério Nejar, para quem:

As duas principais virtudes da Justiça Militar são a celeridade e a especificidade, as quais respaldam os dogmas da hierarquia e da disciplina militar.

De outra banda, a principal crítica à Justiça Militar é o custo para efetivação de justiça. A Justiça Comum, como cediço, está assoberbada de processos, das mais diversas naturezas, gerando um enorme congestionamento e demora da prestação jurisdicional.

Por consequência, o que se defende é a existência de um Tribunal do Júri, presidido por juiz de direito, composto por um Conselho de Sentença, exclusivamente, de civis, escolhidos nos termos estabelecidos no Código de Processo Penal, aplicável por omissão, consoante previsto no artigo 3º do Código de Processo Penal Militar. A Constituição Federal criou a competência da Justiça Castrense para os crimes praticados por militares contra civis e ainda estabeleceu o juiz togado para as causas, ressalvada a competência do Tribunal do Júri. Sendo assim, nada mais lógico do que aplicar diretamente o texto constitucional, desonerando a

sobrecarregada Justiça Comum e prestigiando a especificidade da Justiça Militar. (NEJAR, 2018)

Prevalece o entendimento exposto por Denilson Feitoza (2010) segundo o qual paracompatibilizar a competência da Justiça Militar que não prevê um Tribunal do Júri, não seria possível instituí-lo como parte de sua organização judiciária. O autor assinala haver dificuldades em vislumbrar um Júri presidido por um juiz de direito militar e composto por cidadãos civis.

Assim, se por um lado há de ser reconhecida a higidez da instituição do Júri com competência decorrente de disposição expressa da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), no art. 5º, inciso XXXVIII, por outro lado, há de se reconhecer que há muito os crimes dolosos contra a vida não têm o Júri como o órgão jurisdicional exclusivamente competente para seu julgamento.

Nesse ponto, tornam-se imperativas algumas observações as quais orientarão as discussões que serão realizadas no próximo capítulo sobre a possível incompatibilidade do quadro de competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida estabelecido na Constituição Federal de 1988.

Estar-se a falar da competência da Justiça Militar (federal e estadual) para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

A primeira observação é que em apenas três hipóteses poder-se-ia vislumbrar autorização para que a Justiça Militar proceda ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida, em nítida supressão à competência do Tribunal do Júri.

O primeiro caso autorizador de competência tanto da Justiça Militar estadual quanto da federal, encontra-se previsto no art. 9º, inciso II, alínea "a", do Código Penal militar (BRASIL, 1969). É o caso do crime doloso contra a vida praticado por militar da ativa contra militar da ativa.

Acrescente-se que a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), em seu art. 125,

§ 4º, proíbe expressamente a Justiça Militar estadual de julgar policiais militares nos crimes dolosos contra a vida de civis, devendo o julgamento ocorrer perante o Tribunal do Júri.

Por outro lado, por expressa disposição no Código Penal militar (BRASIL, 1969) em seu art. 9º, § 2º, a Justiça Militar federal tem competência para julgar o militar da

união nos crimes dolosos contra a vida de civis, sendo esse o segundo caso autorizador da competência da Justiça Militar para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

E ainda, nos termos do art. 9º, inciso III, alíneas "b", "c", "d", do Código Penal militar (BRASIL, 1969), a Justiça Militar federal julga os civis que praticarem crimes dolosos contra a vida de militares da união, sendo este o terceiro e último caso autorizador da competência da Justiça Militar para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Ressalte-se, por oportuno, como última observação que por disposição no art. 125, § 4º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), a Justiça Militar estadual não julga civis, em qualquer caso.

Feitas estas observações e voltando-se à exposição deste subcapítulo, faz-se remissão à vigência da Lei nº 13.491/2017, porquanto esta cinge o entendimento de que tanto na Justiça Militar estadual quanto na federal, a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida resumir-se-ia apenas aos crimes dolosos contra a vida previstos exclusivamente no Código Penal militar, os quais foram objeto de apresentação no subcapítulo anterior, quais sejam: homicídio (art. 205) e provocação direta ou auxílio a suicídio (art. 207), previstos para o tempo de paz; e homicídio (art. 400), previsto para o tempo de guerra.

Muito embora seja objeto de aprofundamento no próximo capítulo, resumidamente, pode-se dizer que a Lei nº 13.491/2017 foi responsável por ampliar a competência da Justiça Militar, essa ampliação é realizada através do alargamento do que se considera no conceito de crime militar. E como visto, ampliando-se o conceito de crime militar, a competência da Justiça Militar é conseqüentemente ampliada, porquanto esta só julga crimes militares.

De mais a mais, a Lei nº 13.491/2017 referendou a Lei nº 12.432/2011 ao manter a competência da Justiça Militar federal para julgar militares das Forças Armadas por crimes dolosos contra a vida de civis, quando praticados no contexto do art. 9º, § 2º do CPM, contexto esse também substancialmente ampliado.

Tem-se assim, com a vigência da Lei nº 13.491/2017, um reforço à já referida possibilidade de incompatibilidade do quadro de competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida estabelecido na Constituição Federal de 1988.

Restringindo-se ao objeto de exposição deste subcapítulo, abstrai-se que os crimes dolosos contra a vida comuns previstos no Código Penal e que não constavam do Código Penal militar, como o infanticídio (art. 123) e o aborto (arts. 124 a 126), passam a denominar-se crimes militares por extensão, desde já vislumbrando-se a

possibilidade de serem objeto de julgamento perante a Justiça Militar (estadual e federal), pelo que dessume redução às hipóteses de competência do Tribunal do Júri.

É essa a posição da doutrina em sua maioria, sobre o panorama de competência a partir da vigência da Lei nº 13.491/2017. Dentre outros, pode-se citar Ronaldo João Roth, o qual aduz que:

Importante destacar, outrossim, que, na medida em que o legislador fixou a competência da JMU para os crimes dolosos contra a vida de civil, a Lei 13.491/17 passou a considerar que todos os delitos de competência do Júri (art. 5º, XVIII, alínea "d", CF) e previstos no Capítulo I do Título I do Código Penal Comum (homicídio doloso - art. 121; induzimento, instigação e auxílio ao suicídio - art. 122; infanticídio - art. 123; aborto nas diversas formas - arts. 124/126) são considerados crimes militares, logicamente desde que, e somente se, tais crimes forem praticados no contexto das atribuições militares previstas no § 2º do art. 9º do CPM, caso contrário, serão crimes comuns. (ROTH, 2018)

Um possível questionamento sobre a exposição até aqui realizada trata-se de saber senão estaria havendo invasão da competência do Tribunal do Júri, porquanto, repise-se, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) prevê no art. 5º, inciso XXXVIII a competência do Júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

De todo modo, guarda-se esse questionamento, o qual será objeto de análise e crítica no próximo capítulo.

Encerra-se aqui este capítulo, uma vez estabelecidas as premissas sobre a competência do Tribunal do Júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida comuns, bem como breves exposições sobre as exceções a essa competência.

Retomam-se as discussões no próximo capítulo deste trabalho, utilizando-se dos conceitos já aduzidos, sobre quais as hipóteses vislumbradas pela doutrina e jurisprudência que autorizam a competência da Justiça Militar para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, com enfoque na suposta incompatibilidade constitucional para com o Tribunal do Júri.

3 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR PARA O JULGAMENTO DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA

3.1 A competência da Justiça Militar para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida a partir da nova redação do art. 9º do Código Penal Militar dada pela Lei nº 13.491/2017

É preciso consignar, de início, que a Justiça Castrense estadual não possui competência para julgamento de civis, diferentemente quanto à competência dos Conselhos Permanentes, nas Auditorias da Justiça Militar federal, que julgam civis e praças das Forças Armadas, desde que preenchidos os pressupostos do art. 9º do Código Penal Militar.

Essa conclusão é abstraída do art. 125, § 4º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), o qual dispõe: "Compete à Justiça Militar Estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares [...]".

Assim, assinala Renato Brasileiro de Lima (2018) que a Justiça Militar estadual tem sua competência fixada em razão da matéria (*ratione materiae*) e em razão da pessoa (*ratione personae*), é dizer: julgamento dos militares dos Estados (competência *ratione personae*) nos crimes militares definidos em lei (competência *ratione materiae*).

Outrossim, completa Renato Brasileiro de Lima (2018) no sentido de que a Lei que diz o que é crime militar é o Decreto-Lei nº 1.001/1969, denominado Código Penal militar (CPM), sendo que esta conceituação de crime militar consta do art. 9º.

Se por um lado, na esteira do que acima foi afirmado, a Justiça Militar estadual detém competência para julgar somente militares dos Estados nos crimes militares definidos em lei, quanto à Justiça Militar federal, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) prevê no art. 124, *caput*, que compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Em sendo assim, tanto civis como aqueles militares integrantes das Forças Armadas poderão ser julgados pela Justiça Militar federal, que tem sua competência fixada apenas em razão da matéria (*ratione materiae*), porquanto julga os crimes militares, independentemente do acusado.

Feitas estas iniciais e breves considerações, adentra-se no objetivo deste subcapítulo que é discorrer sobre quais os casos autorizadores da competência da Justiça Militar (federal e estadual) para julgamento de crimes dolosos contra a vida a partir da Lei nº 13.491/2017.

De posse dos conceitos e comparativos aduzidos, primeiramente faz-se necessário adentrar-se no histórico legislativo do Código Penal Militar para então responder satisfatoriamente ao objetivo propugnado no parágrafo anterior.

Até o ano de 1996 os crimes dolosos contra a vida praticados contra civis por militares estaduais e por militares integrantes das Forças Armadas eram julgados pelas Justiças Militares estadual e federal, respectivamente. Isso porque neste ano entrou em vigor a Lei nº 9.299/96 (BRASIL, 1996) que acrescentou um parágrafo único ao art. 9º do CPM, dispondo o seguinte: "os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum".

Assinala Renato Brasileiro de Lima (2018) que à época, tanto o Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 260.404/Minas Gerais - Tribunal Pleno - Rel. Min. Moreira Alves) quanto o Superior Tribunal de Justiça (*Habeas Corpus* nº 102.227/Espírito Santo - 5ª Turma - Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima) entenderam constitucional referida alteração dada pela Lei nº 9.299/96, malgrado haver importante precedente do Superior Tribunal Militar (Recurso Criminal nº 6.449-0/Rio de Janeiro) considerando como crime militar o delito de homicídio doloso praticado por militar das Forças Armadas em serviço contra civil.

No que tange à Justiça Militar estadual a competência para julgamento de crimes dolosos contra a vida de civis é sepultada de vez com a vigência da Emenda Constitucional 45/2004, que alterou o art. 125, § 4º da CRFB/88, o qual passou a dispor expressamente a competência do Tribunal do Júri para julgamento em tal caso.

Adverte Renato Brasileiro de Lima (2018) que malgrado a alteração impingida pela Lei nº 9.299/96, acrescentando o parágrafo único ao art. 9º do CPM, não se podia concluir que a Justiça Militar (estadual e federal) não teria mais competência para processar e julgar crimes dolosos contra a vida, porquanto subsistiam duas situações em que a competência da Justiça Militar seria mantida.

A primeira delas referia-se ao homicídio doloso cometido por militar da ativa contra militar da ativa. Nesse caso, em conformidade com o art. 9º, inciso II, alínea "a" cumulado com (c/c) o art. 205 (Homicídio) ambos do CPM, se militares estaduais ou federais em situação de atividade praticassem homicídio doloso contra outro militar em situação de atividade impor-se-ia a competência da Justiça Militar estadual ou federal, a depender da respectiva instituição.

A segunda situação seria o homicídio doloso cometido por civil contra militar das Forças Armadas em serviço, porquanto, como visto no início deste subcapítulo, em

tal caso a Justiça Militar federal detinha (e ainda detém) competência para julgamento de civil.

Assim, em conformidade com o disposto no art. 9º, inciso III, alíneas "b", "c", ou "d"/c/c art. 205 (Homicídio) ambos do Código Penal militar (BRASIL, 1969), restava entender tratar-se de competência da Justiça Militar federal para julgar o civil, que seria submetido a julgamento perante o Conselho Permanente de Justiça.

Nessa toada, a Justiça Militar (federal e estadual) que até então possuía competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida praticados por militares das Forças Armadas ou estaduais, nos termos do art. 9º, inciso II do CPM, com a Lei nº 9.299/96 deixa de ser competente apenas para julgar os crimes dolosos contra a vida de civil (com a ressalva da decisão acima mencionada proferida pelo STM quanto ao julgamento dos integrantes das Forças Armadas).

Posteriormente à Lei nº 9.299/96 que incluiu um parágrafo único ao art. 9º do CPM, no ano de 2011, entrou em vigor a Lei nº 12.432 (BRASIL, 2011), responsável por dar a seguinte redação ao referido parágrafo único:

Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica. (BRASIL, 2011)

Pode-se dizer que houve a inclusão de uma ressalva à competência do Tribunal do Júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida de civis praticados por militares integrantes das Forças Armadas, hipótese em que a competência para julgamento passaria a ser da Justiça Militar federal.

Renato Brasileiro de Lima (2018) assinala que o que fez a Lei nº 12.432/2011 ao alterar a redação do parágrafo único do art. 9º do CPM foi prever a competência da Justiça Militar federal para julgamento dos integrantes das Forças Armadas nos casos de utilização do procedimento do "tiro de abate" ou "tiro de destruição", disciplinado no art. 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica, caso em que, mesmo sobrevivendo vítima civil nessa operação militar, não haveria que se falar em competência do Tribunal do Júri para julgamento do militar.

Adiante, a última lei a alterar a competência da Justiça Militar para julgamento de crimes dolosos contra a vida é a Lei nº 13.491/2017.

Esta Lei transformou o parágrafo único do art. 9º do CPM em dois parágrafos, através dos quais acrescentou novas hipóteses/contextos de competência da Justiça Militar federal para julgamento de crimes dolosos contra a vida, ainda que praticados contra civil.

Em síntese, para além da hipótese da operação de "tiro de abate" (inserida pela Lei nº12.432/2011), são acrescentados os seguintes contextos em que os crimes dolosos contra a vida cometidos por integrantes das Forças Armadas contra civis deverão ser julgados pela Justiça Militar federal, nos termos do art. 9º, § 2º do CPM:

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa;

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou

III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais: a) Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica; b) Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999; c) Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 - Código de Processo Penal Militar; e d) Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. (BRASIL, 1969)

Ainda que esta última alteração promovida pela Lei nº 13.491/2017 possa ser considerada nitidamente ampliativa do foro militar, é possível entender que percurso histórico-legislativo como um todo acerca da competência da Justiça Castrense (federal e estadual) para julgamento dos crimes dolosos contra a vida foi muito mais restritivo que ampliativo.

Assim, com fulcro em tecer o atual delineamento da competência da Justiça Castrense (federal e estadual), passa-se à análise dos pontos sedimentados pela doutrina e jurisprudência, em especial para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Iniciando pela Justiça Militar estadual, é pacífico o entendimento respaldado no texto constitucional (art. 124, § 4º, CRFB) atual que esta não julga os militares dos Estados (integrantes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar) nos crimes

dolosos contra a vida de civis que praticarem. E os motivos para esta conclusão foram discorridos acima.

Contudo, o mesmo não pode ser dito quando um militar estadual da ativa pratica crime doloso ou culposo contra a vida de outro militar estadual da ativa, porquanto, neste caso, a competência será da Justiça Militar estadual, conforme se depreende da leitura conjunta do art. 9º, inciso II, alínea "a", do CPM c/c art. 125, § 4º, da CRFB/88.

Soma-se a essa última hipótese o caso de militar estadual da ativa que praticar crime culposo contra a vida de civil. O reconhecimento da competência da Justiça Militar estadual em tal situação é imperativo, pois se o art. 125, § 4º, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) ressalva a competência do Tribunal do Júri quando a vítima for civil, e este Tribunal, por expressa disposição no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "d", da CRFB/88, somente julga crimes dolosos contra a vida, os crimes culposos não de ser excluídos da sua competência.

De mais a mais, o art. 9º, § 1º do CPM (BRASIL, 1969) dispõe expressamente ser da competência do Tribunal do Júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida cometidos por militares contra civil.

De outra monta, é fácil afirmar que a competência da Justiça Militar federal para julgamento de crimes dolosos contra a vida é significativamente maior que a da Justiça Castrense estadual.

Assim, são três as considerações a serem feitas.

A primeira é que, assim como na Justiça Militar estadual, como regra, a Justiça Militar federal não julga crimes dolosos contra a vida cometidos por militares das Forças Armadas contra civis, ressalvados os contextos descritos no art. 9º, § 2º, do CPM (que engloba praticamente a total atuação das Forças Armadas atualmente).

Em tais contextos de atuação das Forças Armadas (e apenas aqueles indicados no art. 9º, § 2º, do CPM, repita-se) ocorrendo crime doloso contra a vida de civis a competência para julgamento será da Justiça Militar federal.

A segunda consideração a ser feita é que a Justiça Militar federal assim como a Justiça Militar estadual continua competente para julgar os crimes contra a vida dolosos ou culposos cometidos por militar da ativa contra militar da ativa (integrantes das Forças Armadas), conforme se depreende do art. 9º, inciso II, alínea "a", do CPM (BRASIL, 1969).

E, por fim, a terceira consideração diz respeito aos civis que praticarem crimes dolosos contra a vida de militar em serviço integrante das Forças Armadas. Em tal caso, a competência da Justiça Militar federal é imperativa, conforme se depreende do art. 9º, inciso III, alíneas "b", "c" e "d", do CPM (BRASIL, 1969).

Registre-se, ainda, quanto a esta última hipótese que há uma tendência dos Tribunais Superiores em excluir os civis do julgamento perante a Justiça Militar federal.

Em âmbito nacional, o STF (*Habeas Corpus* nº 86.216/ Minas Gerais - Rel. Min. Carlos Britto - 1ª Turma) já entendeu que o cometimento do delito militar por agente civil em tempo de paz se dá em caráter excepcional, sendo necessária ofensa àqueles bens jurídicos tipicamente associados à função de natureza militar, como a defesa da pátria, a garantia dos poderes constitucionais, da Lei e da ordem, inscritos no art. 142 da CRFB/88.

Na mesma linha de entendimento dos precedentes mencionados no parágrafo anterior, Marcelo Uzeda de Faria bem assinala que:

A tendência que se registra, modernamente, em sistemas normativos estrangeiros, é no sentido da extinção (pura e simples) de tribunais militares em tempo de paz ou, então, da exclusão de civis da jurisdição penal militar: Portugal (Constituição de 1976, art. 213, Quarta Revisão Constitucional de 1997), Argentina (Ley Federal nº 26.394/2008), Colômbia (Constituição de 1991, art. 213), Paraguai (Constituição de 1992, art. 174), México (Constituição de 1917, art. 13) e Uruguai (Constituição de 1967, art. 253, c/c Ley 18.650/2010, arts. 27 e 28). (FARIA. 2019, p. 115-116)

Por fim, já encerrando este subcapítulo, é de bom alvitre esclarecer outra grande modificação realizada pela Lei nº 13.491/2017 que reflete na digressão até aqui realizada.

Trata-se da mudança que foi impingida à redação do art. 9º, inciso II, do Código Penal Militar (BRASIL, 1969), a qual para fins de melhor exposição pode ser assim esquematizada:

Anteriormente à vigência da Lei nº 13.491/2017	Posteriormente à vigência da Lei nº 13.491/2017
--	---

<p>Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:</p> <p>II- os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:</p>	<p>Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:</p> <p>II- os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:</p>
--	---

Quadro autoral.

Em suma, o que fez a Lei nº 13.491/2017 foi ampliar o conceito de crimes militares que passam a assim ser considerados, além dos previstos no CPM, também aqueles previstos no Código Penal comum (CP) e na legislação penal especial, desde que praticados nos contextos descritos nas alíneas dos incisos II e III do art. 9º do CPM.

Com efeito, para se ter um exemplo, cita-se o crime de aborto previsto no art. 125, do Código Penal comum. Referido delito não era tipificado no Código Penal Militar, e assim não poderia ser julgado pela Justiça Castrense.

Agora, é plenamente possível de ser julgado pela Justiça Militar, conforme consigna Renato Brasileiro de Lima em suas lapidares lições, com as quais encerra-se o presente subcapítulo:

A Justiça Militar teve sua competência ampliada para o julgamento de crimes previstos na legislação penal, aí incluída não apenas o Código Penal Comum, mas também os delitos previstos na legislação extravagante. Exemplificando, caso um Oficial-médico das Forças Armadas provoque um aborto em uma gestante civil, sem o seu consentimento, no interior de hospital militar, tal delito passou a ser considerado crime militar por força da Lei nº 13.491/2017, por mais que o estatuto penal castrense não preveja os crimes de aborto no título que versa sobre os crimes contra a pessoa. Por consequência, o agente deverá ser denunciado perante a Justiça Militar da União pela prática do crime do art. 125 do CP c/c art. 9º, inciso II, alínea "b", do CPM. (LIMA. 2018, p. 391)

3.2 A (in) constitucionalidade da competência da Justiça Militar para processar e julgar crimes dolosos contra a vida

De todas as alterações proporcionadas pela Lei nº 13.491/2017 ao art. 9º do Código Penal Militar, questiona-se especialmente a ampliação que proporcionou à competência da Justiça Militar estadual para julgar crimes dolosos contra a vida.

Destarte, como foi visto, havia tendência restritiva por parte dos Tribunais Superiores no sentido de se restringir a competência da Justiça Militar, sendo que a Lei retromencionada ampliou o rol de crimes dolosos contra a vida que agora poderão ser objeto de julgamento perante a Justiça Castrense estadual.

É igualmente objeto de especial questionamento a ampliação dos contextos autorizadores à Justiça Militar federal para julgar os militares integrantes das Forças Armadas nos crimes dolosos contra a vida de civis.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) aduz, no art. 124, *caput*, que a competência da Justiça Militar da federal firmar-se-á para o julgamento dos crimes militares, assim definidos em lei. A Lei que define os crimes militares é o Código Penal militar, nos arts. 9º e 10, em tempo de paz e em tempo de guerra, respectivamente.

De outro lado, também estabelece a Carta Cidadã de 1988 (BRASIL, 1988), no art. 125, § 4º, que a competência da Justiça Militar estadual recai sobre os militares dos Estados nos crimes militares que praticarem, ressalvando-se os crimes dolosos contra a vida cometidos contra civil, em que a competência será do Tribunal do Júri.

Vê-se, portanto, que a competência do Tribunal do Júri é ressalvada de forma expressa pela Constituição Federal de 1988 apenas no tocante ao julgamento de militares estaduais nos crimes dolosos contra a vida de civil, de modo que igual ressalva não é feita quanto à Justiça Militar federal.

De posse dessa digressão, insta discorrer sobre os posicionamentos críticos que vislumbram uma possível incompatibilidade constitucional da competência da Justiça Militar para julgamento dos crimes dolosos contra a vida; repise-se, significativamente ampliada com a vigência da Lei nº 13.491/2017.

Com a supracitada Lei nº 13.491/2017 alterando o art. 9º do CPM, o legislador ordinário vai de encontro ao posicionamento dos Tribunais Superiores e de grande parte da doutrina.

A doutrina insurge-se, em especial, no sentido de estar a Justiça Militar usurpando a competência do Tribunal do Júri estabelecida no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "d", da CRFB/88.

Essa é a posição de autores como Hoffmann e Barbosa, para quem:

O que o legislador fez foi verdadeira gambiarra legislativa ao mudar a competência da mesma categoria de delito quando praticado por militares federais contra civis, aproveitando-se do silêncio do artigo 124 da CF. Em vez de respeitar a lógica do sistema (julgamento pelo Tribunal do Júri de militares que praticam crimes dolosos contra a vida de civil), estabeleceu uma inexplicável diferenciação no tratamento dos militares agindo em idêntica situação. (HOFFMANN; BARBOSA. 2017)

No mesmo sentido que os autores retromencionados, porém destacando o corporativismo que poderá existir com a ampliação e chancela da competência da Justiça Militar no julgamento dos crimes dolosos contra a vida a partir da vigência da Lei nº 13.491, Aury Lopes Jr. destaca que:

[...] a nova lei vai muito além da questão da competência do júri. Representa uma significativa ampliação da competência das Justiças militares da União e dos estados, que agora terão de dar conta de uma imensa demanda para a qual não estão preparadas e tampouco foram criadas. Esse entulhamento exigirá um substancial investimento na estrutura das Justiças militares e também na própria investigação preliminar no âmbito militar, o que dificilmente ocorrerá a médio prazo. [...] Como consequência, é previsível a (de)mora processual e o aumento da sensação de impunidade/corporativismo. Particularmente, pensamos que, no âmbito dos crimes contra a vida, o julgamento no tribunal do júri seria até mais favorável aos militares do que a Justiça castrense. (LOPES JR, 2017)

A partir desses argumentos expostos, vê-se relutância da doutrina em anuir que o art. 124, *caput*, da CRFB/88 admita uma ampliação ampla e irrestrita do conceito de crime militar.

É dizer, para uma parte da doutrina, quando o art. 124, *caput*, da CRFB/88 prevê que a Justiça Militar federal será competente para julgar os crimes militares definidos

em lei, não estaria o constituinte a autorizar que todo e qualquer delito seja conceituado como militar.

Em específico quanto aos crimes dolosos contra a vida, cujo julgamento é especialmente atribuído ao Tribunal do Júri no art. 5º, inciso XXXVIII, da CRFB, o argumento contrário a uma autorização ampla e irrestrita pelo constituinte ao legislador ordinário ganha força, porquanto se a Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo tal disposição específica sobre o julgamento dos crimes dolosos contra a vida é porque essa previsão tem observância imperativa.

Contudo, de outra monta, há aqueles que entendem que seja a intenção do constituinte outorgar ao legislador ordinário a possibilidade de ampliação da conceituação do que seja crime militar. Desse argumento conclui-se não haver qualquer vício material quando o legislador ordinário na sua atuação defina quais os crimes poderão ser conceituados como militares, como o fez com a Lei nº 13.491/2017.

Dentre outros, esse é o entendimento de Pedro Lenza:

Observa-se que estamos diante de uma situação excepcional, qual seja, o afastamento da regra do júri por lei, em razão do comando estabelecido no art. 124, *caput*, da CF, que prescreve ser competência da Justiça Militar da União processar e julgar os crimes definidos em lei. [...] O STF ainda não enfrentou essa questão de modo específico, devendo o debate ser travado no sentido de se admitir efetivamente, como fez a lei, o afastamento da regra do júri com base no "cheque em branco" supostamente prescrito no referido art. 124 da Constituição. (LENZA. 2016, p. 898-899)

Esse argumento ganha especial destaque quando a Constituição Federal de 1988 no art. 125, § 4º, exclui expressamente da Justiça Militar estadual a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida de civis, outorgando-a ao Tribunal do Júri. Isso porque os defensores desse entendimento argumentam no sentido de que quando o constituinte quis excluir a competência da Justiça Militar em relação à do Júri ele o fez expressamente.

Veja-se nesse ponto que no tocante à Justiça Militar federal essa exclusão é realizada pelo legislador ordinário e de forma muito mais branda, nos termos do art. 9º, § 2º, do CPM (BRASIL, 1969). Por outro lado, quanto à Justiça Militar estadual a

exclusão é feita de modo irrestrito pelo constituinte - reitere-se, através da EC 45/2004 que deu nova redação ao art. 125, § 4º, da CRFB/88.

A exclusão é branda para a Justiça Militar federal, porque no art. 9º, § 2º, do CPM (BRASIL, 1969), há a descrição de praticamente todos os contextos em que as Forças Armadas são empregadas atualmente no país e, se dessa atuação ocorrerem crimes dolosos contra a vida de civis, é forçoso reconhecer a competência da Justiça Militar federal.

Adriano Alves Marreiros, assim como Pedro Lenza, entende pela compatibilidade da competência da Justiça Militar para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, e nesse sentido chancela as mudanças impingidas pela Lei nº 13.491/2017 ao art. 9º do Código Penal Militar; para o autor:

Não parece cabível em razão do Princípio da Unidade da Constituição que já mencionamos: não se admite norma constitucional originária inconstitucional. O mesmo texto original da CF que previu o júri entre os direitos e garantias fundamentais com "competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida" também previu as competências das Justiças Militares que se baseavam no escabinado e não no júri. Os dois devem ser compatibilizados sem que aquele tenha o poder de tornar este inaplicável.

Repito, tenho muita simpatia pelo conceito, sempre valorizamos o mais legítimo tribunal que existe, mas não há respaldo para essa interpretação seja na JMU, seja nas estaduais/distrital. (MARREIROS, 2017)

Do que se abstrai das lições consignadas pelo autor retromencionado é a tese, há muito consagrada na doutrina e jurisprudência em matéria de interpretação da Constituição Federal de 1988, que inadmite a inconstitucionalidade de leis constitucionais originárias.

Segundo Lenza (2016) essa teoria prevê não ser admissível controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário. Daí deriva o entendimento de que tentar restringir a competência da Justiça Militar equivaleria a tentar declaração de inconstitucionalidade de lei constitucional originária, porquanto a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) prevê nos arts. 124, *caput*, e 125, § 4º, a competência da Justiça Militar para julgar os crimes militares.

Em suma, pretendem aqueles que defendem a constitucionalidade da competência da Justiça Militar para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida que ela seja compatibilizada com a competência do Tribunal do Júri.

Malgrado essas posições acima afirmadas, não se pode afirmar que o debate em torno da (in) constitucionalidade da competência da Justiça Militar para julgamento dos crimes dolosos contra a vida esteja estanque.

Isso porque está pendente no STF o julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) em face da Lei nº 13.491/2017.

A ADI tramita sob o nº 5901 e foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Em suma, no mérito, a ADI nº 5901 busca a declaração da inconstitucionalidade da competência da Justiça Militar a partir da Lei nº 13.491/2017 por violação: a) à competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; b) ao devido processual; e c) ao princípio do juiz natural.

Na ADI nº 5901 alega-se, ainda, o descumprimento de Tratados internacionais sobre direitos humanos e a declaração da inconstitucionalidade do veto ao art. 2º do projeto de Lei nº 44/2016, do qual derivou a Lei nº 13.491/2017.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do presente estudo, foi visto que a Justiça Militar possui particularidades notórias as quais estão imbricadas na análise da sua competência para julgamento dos crimes militares. Tais particularidades são olvidadas por diversas obras jurídicas de autores que discorrem sobre competência criminal. Em outras tantas obras, sequer é feita referência à Justiça Castrense, tampouco às especificidades da sua competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, quando em comparação à instituição do Tribunal do Júri.

Assim, malgrado o esgotamento das nuances da Justiça Militar não seja a intenção deste trabalho, foi possível chegar a significantes resultados através das assertivas aqui propugnadas. Dentre esses resultados está a conclusão pela constitucionalidade da competência dessa Justiça especial para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Foi visto que a CRFB/88 nos art. 124 e 125 estabelece o delineamento geral ao qual o legislador ordinário deverá seguir na conceituação do que seja crime militar. No art. 9º do Dec.-lei nº 1.001/1969 o legislador instituiu uma conceituação precisa do que se enquadra como crime militar. E esse dispositivo sofreu ao longo dos anos

sensíveis alterações que, ora restringiam o conceito de crime militar (e assim, conseqüentemente, a competência da Justiça Militar, já que esta só julga crime militar), ora o ampliavam.

Também foi possível entender pela exposição realizada que quando o constituinte quis restringir a competência da Justiça Militar, ele o fez expressamente, como ocorreu com a vigência da EC 45/2004, ao prever que a Justiça Castrense estadual não possuirá competência para julgamento de crimes dolosos contra a vida de civis.

Nesse diapasão, restou consignado que a parte da doutrina que leciona no sentido de restringir o foro militar, entendendo não haver legitimidade constitucional em abrir espaço à Justiça Militar para julgamento de crimes dolosos contra a vida, o faz com base no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "d", da CRFB/88, com a alegação de que estar-se-ia violando a competência do Tribunal do Júri.

Conforme visto, essa é a posição de Aury Lopes Jr. (2017), bem como de Hoffmann Barbosa (2017).

Entretanto, consigne-se na linha do que foi proposto por Lenza (2016) somente por Emenda à Constituição poder-se-ia fazer tal restrição, não havendo como o Poder Judiciário imiscuir-se na tentativa de exclusão da competência da Justiça Militar, sob pena de arvorar-se legislador.

Aliás, é sob essa mesma tentativa de restrição do foro militar para julgamento crimes dolosos contra a vida que almeja-se na ADI nº 5901 a declaração da inconstitucionalidade da Lei nº 13.491/2017.

É forçoso concluir que a vontade do legislador constituinte é imperativa, já que a Carta Magna espraia ao longo do seu texto e necessidade de se manter a integridade da Justiça Militar para julgamento dos crimes militares.

Ao elencar o foro militar como integrante do Poder Judiciário, como já previsto em Cartas Constitucionais anteriores à de 1988, a integral satisfação do fim a que propõe o constituinte não será respeitada com a procedência da ADI nº 5901.

Nessa linha de raciocínio, depreende-se, por exemplo, é que no tocante à competência da Justiça Militar estadual, certamente haveria afronta à CRFB/88 caso o legislador ordinário quisesse estabelecer o seu âmbito a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida de civis, porquanto essa disposição iria de encontro ao que é previsto no art. 125, § 4º da Carta Magna.

Como objetivo principal a que se propôs o trabalho, chegou-se ao resultado de que através de uma interpretação sistemática da CRFB/88 esta autoriza a Justiça

Militar a julgaros crimes dolosos contra a vida, excepcionando-se apenas o caso da Justiça Militar estadual tratando-se de crimes dolosos contra a vida de civis, hipótese em que é imperativo o reconhecimento da competência do Tribunal do Júri.

Esse resultado pode ter fundamentação visualizada em importante enunciado desúmula vinculante o qual poderá ser utilizado para explicação do assunto, ainda que não tratando de modo específico sobre a competência da Justiça Militar, mas que ajuda a entender a sua compatibilidade para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Trata-se da súmula vinculante nº 45 a qual elenca importantes lições, principalmente no que tange ao princípio da especialidade ressaltado pela exposição de Lenza (2016).

Dispõe a Súmula Vinculante nº 45 que: "A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição estadual". Daqui pode ser retirada a seguinte assertiva: se a competência ou o foro por prerrogativa de função estiver estabelecido na própria Constituição Federal, há de se respeitar essa disposição a despeito da competência do Tribunal do Júri.

Vê-se a consagração do já citado princípio da especialidade. Assim, através do mesmo raciocínio é forçoso concluir que a competência da Justiça Militar seja observada, já que encontra-se prevista na própria Constituição, excepcionando a regra geral do Tribunal do Júri (art. 5º, inciso XXXVIII da CRFB/88) para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Quer-se consignar que no julgamento da ADI nº 5961 vá o Supremo Tribunal Federal pronunciar-se no sentido de que não há, assim, quaisquer conflitos estabelecidos na CRFB/88 atinentes a uma suposta violação à instituição do Júri, porquanto, em verdade, a própria CRFB/88 excepciona a competência do Júri.

De mais a mais, vislumbrando-se possíveis divergências que poderão surgir no futuro, sobretudo a partir da vigência da Lei nº 13.491/2017, não passa sem consideração a crítica da doutrina à ampliação das hipóteses em que a Justiça Militar Federal poderá julgar crimes dolosos cometidos por integrantes das Forças Armadas contra a vida de civis.

É preciso averiguar em estudos futuros se essa ampliação é legítima, e se a CRFB/88 abre espaço para o legislador ordinário atuar em tal caso. Com o emprego cada vez mais frequente das Forças Armadas em operações para garantia da lei e da

ordem, fazendo às vezes das Corporações Policiais Militares, essa é uma questão que não passará despercebida pelos Tribunais Superiores.

Destarte, através da linha de estudo desenvolvida ao longo do trabalho o que se entrevê, nesse caso, é a mesma necessidade de se observar o delineamento sistemático da Constituição Federal de 1988 em matéria de competência criminal, analisando a questão sob o crivo do princípio da especialidade.

Assim, por todo o exposto, repise-se que pelas razões desenvolvidas, a suposta violação à competência do Tribunal do Júri não angaria procedência, porquanto retira-se da própria Carta Magna o fundamento especializante da Justiça Militar para julgar crimes dolosos contra a vida, conforme dispõe os arts. 124 e 125 da CRFB/88.

Tinge-se o contorno do quadro de competências constitucionalmente atribuído, de modo que quando quis vedar a competência da Justiça Militar (e em hipótese específica), o constituinte o fez de modo expresso no art. 125, § 4º, da CRFB/88, tratando-se de crimes dolosos contra a vida de civil, por exemplo.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **A Constituição de 1891**. 3.ed. Brasília: Editora do Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Rio de Janeiro, RJ, 16 de jul. de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 01 de abril de 2019.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891**. Rio de Janeiro, RJ, 24 de fev. de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 01 de abril de 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 de out. de 1988.
Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 01 de abril de 2019.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro, RJ, 10 de Nov. de 1937. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 02 de abril de 2019.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946.** Rio de Janeiro, RJ, 18 de set. de 1946. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 03 de abril de 2019.

_____. **Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969.** Código Penal Militar. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 de out. de 1969. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm>. Acesso em: 05 de abril de 2019.

_____. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 de dez. de 1940. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 de abril de 2019.

_____. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 de out. de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 05 de julho de 2020.

_____. **Lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017.** Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 de out. de 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13491.htm>. Acesso em: 01 de abril de 2019.

_____. **Lei n. 12.432, de 29 junho de 2011.** Estabelece a competência da Justiça Militar para julgamento dos crimes praticados no contexto do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica, alterando o parágrafo único do art. 9º do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 de jun. de 2011. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12432.htm>. Acesso em: 01 de abril de 2019.

_____. **Lei n. 9.299, de 7 de agosto de 1996.** Altera dispositivos dos Decretos-leis n° s

1.001 e 1.002, de 21 de outubro de 1969, Códigos Penal Militar e de Processo Penal Militar, respectivamente. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 de ago. de 1996 . Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9299.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2020.

_____. **Lei n. 8.457, de 4 de setembro de 1992.** Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 04 de set. de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8457.htm>. Acesso em: 03 de abril de 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Influência do suicídio ou à automutilação: nova redação dada pela Lei n. 13.968/19 ao artigo 122 do Código Penal.** Jusbrasil, 2020. Disponível em:

<<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/797510772/influencia-ao-suicidio-ou-a-automutilacao-nova-redacao-dada-pela-lei-13968-19-ao-artigo-122-do-codigo-penal>>. Acesso em: 16 de Junho de 2020.

CORRÊA, Univaldo. **A Justiça Militar e a Constituição de 1988 - uma visão crítica.** 1991. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação em direito, Universidade Federal de Santa Catarina.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361).** 12.ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

FARIA, Marcelo Uzeda de Faria. **Direito penal militar.** 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis.** 7. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

FIGUEIREDO, Sara Ramos de. **Justiça Militar.** Revista de informação legislativa, 1968. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180768>>. Acesso em: 01 de abril de 2019.

HOFFMANN, Henrique; BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Ampliação de competência militar é inconstitucional e inconvencional.** Conjur, 28 de Nov de 2017

Disponível: <[https://www.conjur.com.br/2017-nov-28/academia-policia-ampliacao-competencia-crimes- militares-inconstitucional](https://www.conjur.com.br/2017-nov-28/academia-policia-ampliacao-competencia-crimes-militares-inconstitucional)>. Acesso em: 20 de Dezembro de 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 6.ed. Salvador: Editora Juspodivm,2018.

LIMA SOBRINHO, Barbosa. **A Constituição de 1946**. 3. ed. Brasília: Editora do SenadoFederal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOBÃO, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LOPES JR., Aury. **Lei 13.491/2017 fez muito mais do que retirar os militares do Tribunal do Júri**. Consultor Jurídico, 20 de out. de 2017. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2017-out-20/limite-penal-lei-134912017-fez-retirar-militares-tribunal-juri>>. Acesso em: 19 de junho de 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**. 5. ed. São Paulo: Atlas 2010.

MARREIROS, Adriano Alves. **Lei n. 13.491/2017, o júri que não há mais e o que não haverá: uma análise sobre a mudança da natureza comum para militar de certos crimes dolosos contra a vida**. GenJurídico, 04 de dez. de 2017. Disponível em: <

<http://genjuridico.com.br/2017/12/04/lei-13-491-2017-uma-analise-sobre-mudanca-natureza-comum-militar-crimes-dolosos-contra-vida/>>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte especial**. Vol. 2. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense,2017.

NEJAR, Rogério. **A (in) compatibilidade do Tribunal do Júri e a Justiça Militar**. Conjur,03 de out. de 2018. Disponível em: <

<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/10/03/A-in-compatibilidade-do-Tribunal-do-J%C3%BAri-e-a-Justi%C3%A7a-Militar>>. Acesso em: 10 de julho de 2020.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de direito penal militar**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOGUEIRA, Octaciano. **A Constituição de 1824**. 3.ed. Brasília: Editora Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de processo penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

POLETTI, Ronaldo. **A Constituição de 1934**. 3. ed. Brasília: Editora do Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 1999.

PORTO, Walter Costa. **A Constituição de 1937**. 3. ed. Brasília: Editora do Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 1999.

ROTH, Ronaldo João. **Lei nº 13.491/2017: Os crimes militares por extensão e o princípio da especialidade**. Revista de doutrina e jurisprudência, 31 de ago. de 2018. Disponível em: <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/08/31/Lei-1349117---Os-crimes-militares-por-extens%C3%A3o-e-o-princ%C3%ADpio-da-especialidade>>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

UNIMONTES. **Resolução nº 182 – CEPEX/2008** – aprova manual de elaboração e normatização de trabalhos acadêmicos para os cursos de graduação da Universidade Estadual de Montes Claros – Unimontes – Trabalho de Conclusão de Curso-TCC.

A INAPLICABILIDADE DOS EFEITOS DA REVELIA NA AÇÃO DE ALIMENTOS

JADSON NUNES SANTOS:

Graduanda do Curso de Direito no Centro Universitário Luterano de Manaus.

RESUMO: O presente trabalho se dedicou a análise sobre a inaplicabilidade dos efeitos da revelia na ação de alimentos, partindo do princípio que os alimentos são direitos indisponíveis, ou seja, quem os possui, não pode se desfazer, e não o pode, pois ele está totalmente atrelado à sobrevivência de si próprio, e automaticamente, aos direitos fundamentais da pessoa humana. A pesquisa traz fundamentações de teóricos da área e resultado de uma pesquisa realizada ao longo de sua elaboração, tornando - se um trabalho que sugere mais debates sobre o tema, permitindo o conhecimento sobre generalidades do instituto da revelia. O objetivo do trabalho, além de analisar se as ações que se referem ao tema podem ou não sofrer a aplicação imediata dos efeitos da revelia, baseia-se também em estudos e pesquisas científicas que serão devidamente expostas. Por fim, o estudo traz uma abordagem histórica, doutrinária e jurisprudencial e para facilitar a compreensão foi organizado em capítulos nos quais apresentam os seguintes tópicos: Alimentos e seu conceito doutrinário, a lei de alimentos, sua natureza jurídica, ações de alimentos, à revelia e seus efeitos, a mitigação dos efeitos da revelia, e por fim, a inaplicabilidade dos efeitos da revelia.

PALAVRA – CHAVE: Ação de alimentos. Efeitos da Revelia. Inaplicabilidade. Direito Processual Civil.

ABSTRACT: The present work was dedicated to the analysis of the inapplicability of the effects of the neglect on the action of food, starting from the principle that the foods are inalienable rights, that is to say, who owns them, can not undo, and it can not, because it is totally linked to the survival of oneself, and automatically, to the fundamental rights of the human person. The research brings grounding of theorists of the area and the result of a research carried out throughout its elaboration, becoming a work that suggests more debates about the subject, allowing the knowledge about generalities of the institute of the neglect. The objective of the study, besides analyzing whether or not the actions that refer to the subject may suffer the immediate application of the effects of the absence, is also based on studies and scientific research that will be properly exposed. Finally, the study brings a historical, doctrinal and jurisprudential approach and to facilitate understanding was organized into chapters in which they present the following topics: Food and its doctrinal concept, food law, its legal nature, actions of food, and their effects, mitigation of the effects of the default, and, finally, the inapplicability of the effects of the absence.

KEY-WORDS: Food Action. Default Effects. Inapplicability. Civil Procedural Law.

1. INTRODUÇÃO

No que se refere à revelia, ela é um dos cinco procedimentos processuais que o réu assumir no processo, após ser de imediato citado. Ao escolher ficar inerte, e não dar uma resposta ao processo, sem apresentar contestação em sua defesa, e permanecendo calado, portanto, o réu irá suportar todos os efeitos negativos e será tomado como verdade.

No processo de conhecimento no Código de Processo Civil, deduz-se por revel o réu que não apresenta contestação. Contudo, não se deve confundir à revelia e seus efeitos. Na revelia, alguém é convocado para apresentar suas defesas e ingressar na relação processual, não o fazendo é considerado inerte. Já os efeitos da revelia, estão previstos no artigo 319 do Código de Processo Civil, consistem na presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor e não contestados pelo réu:

Art. 319. A petição inicial indicará:

I - O juízo a que é dirigida;

II - Os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido com as suas especificações;

V - o valor da causa;

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

§ 1º Caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias à sua obtenção.

§ 2º A petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu.

A tendência moderna do Processo Civil, valorizando a conciliação e a transação dos litigantes, vem alterando o reconhecimento da revelia, ao impor comparecimento das partes à audiência prévia de conciliação, não apenas nos procedimentos do Juizados Especial Cível, como também no procedimento sumário. A presença pessoal das partes, perante o conciliador ou o juiz, é fator de suma importância- para a composição dos conflitos jurisdicionados, onde a influência, benéfica: do Auxiliar da Justiça ou do Julgador ultimam pôr exaltar as partes ao trato de suas diferenças, evitando o prolongamento do processo e favorecendo sua rápida solução-

O presente texto divide-se da seguinte forma: no primeiro capítulo trata-se dos aspectos históricos e conceituais da Revelia, assim como seus efeitos materiais e processuais. No capítulo dois aborda-se a sobre a alimentos: conceito e natureza jurídica. No capítulo três analisa-se sobre o projeto de lei de Alimentos e seus efeitos jurídicos, já no último capítulo trata sobre a inexistência da revelia na ação de alimentos.

2. BREVE HISTÓRIA DA REVELIA

A revelia não era tão presente nos tempos antigos, sob o olhar no período romano na sua fase inicial, por exemplo, não havia o instituto da revelia como algo costumeiro, o autor quando iniciasse uma ação em desfavor do réu, o mesmo deveria se apresentar perante o juízo daquela época para que assim pudesse apresentar sua defesa. Ademais, o autor tinha como prerrogativa de poder obrigar a outra parte a se apresentar, e poderia inclusive usar a força para isso. No entanto, houve evolução na época, e logo teve sinais da revelia já presente nas ações romanas.

A Lei das XII Tábuas determinava que “se alguém é chamado a juízo, compareça; se não comparecer, aquele que o citou tome testemunhas e o agarre, se procurar enganar ou fugir, o que citou pode lançar mão sobre o citado” e conduzi-lo *oborto collo* (pela gola da roupa) à presença do pretor. De qualquer modo, se o réu fosse idoso ou estivesse doente, deveria o autor fornecer-lhe um cavalo ou carro, não necessariamente coberto. Em tal período romano, o processo guardava natureza eminentemente privada e a presença de ambos litigantes, era indispensável a presença tanto do demandante como do demandado para que pudessem celebrar a *litiscontestatio*, através da qual concordavam em participar da fase *apud iudicem* e ainda se submeterem ao resultado do julgamento então proferido. Como não se poderia conceber o processo na ausência de um dos litigantes, não havia que se falar de contumácia.

Nas Ordenações Afonsinas se o revel fosse o autor havia extinção do processo sem julgamento do mérito, mas o mesmo só poderia ajuizar novas ações caso comprovasse o pagamento das custas da ação em que foi revel. Se a revelia era do réu, então deveria ser distinguida em ação real e pessoal. A primeira autorizava a imissão na posse definitiva pelo

demandante. Já a Segunda fazia com que o autor provasse as suas alegações e, obtida a condenação do réu revel, que executasse bens do patrimônio do devedor.

No Processo Germânico, o ônus da prova incumbia a quem negava os fatos articulados. Para se atingir a fase de produção de provas, era necessário que o réu negasse as alegações do autor perante o Tribunal, para só depois provar a inexistência dos fatos alegados. Nesse período havia a adoção da confissão ficta. Por volta dos meados do século XI, a ausência de resposta do réu ao processo, passou a configurar além de desobediência à ordem da autoridade um pecado passível de punição pela excomunhão. O Direito Canônico trouxe outras inovações, entre elas a impossibilidade do magistrado declarar de ofício à revelia do réu, podendo, somente, declarar em face do requerimento da parte autora.

Na Idade Média a contumácia era considerada crime de felonía, sujeitando o réu a penas corporais e pecuniárias, o que acabou suavizado pelo direito canônico, que estabeleceu contra o revel apenas sanções processuais

Com o advento do Código de Processo Civil de 1973, Passos definiu o revel da seguinte maneira:

O revel, no direito brasileiro, deixou de ser um ausente para se tornar um delinquente. O Código abandonou a tradição latina para seguir uma linha germânica no tratamento da revelia, buscando o que havia de mais rigoroso nas legislações alienígenas em relação ao tema. O Código se inspirou nos sistemas alemão e austríaco para impor a verdade dos fatos do autor pelo motivo da contumácia do réu, mas não adotou a solução adotada por essas legislações estrangeiras, de atribuir ao revel um recurso especial decorrente da revelia. Previu ainda o Código de 1973 o julgamento imediato do mérito como consequência da revelia, mas não exigiu a intimação pessoal da sentença ao revel, como exige o sistema germânico (PASSOS, 1983).

Para, Cândido Dinamarco, o código de processo civil de 2015 associa a revelia do réu, pelo não oferecimento de contestação, com a oferta de contestação, sem atender ao ônus da impugnação especificada dos fatos (artigo 341), para afirmar que as omissões do réu norteiam o juiz a acatar os fatos deduzidos pelo autor, não significando que tenha ele necessariamente que proferir sentença de procedência do pedido. E isso porque, ao interpretar o direito, o juiz fará ordinariamente o controle de todos os pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito, extinguindo o processo ex officio quando faltar algum, apesar de o réu estar omissivo e, obviamente, nada haver suscitado a respeito; também interpretando o direito, o juiz julgará improcedente a demanda inicial sempre que os fatos constitutivos, ainda que tomados por existentes, não produzam perante o direito

material a consequência afirmada pelo autor. Nenhuma presunção incide sobre o direito. Isso quer dizer, em outras palavras, que à revelia do réu, por si só, não determina a vitória do autor, embora redunde em efetivo domínio de posição de inegável vantagem, visto que ele — autor — está dispensado de qualquer esforço para provar os fatos afirmados.

2.1 Conceito da revelia

A Revelia é um termo jurídico que expressa o estado ou qualidade de revel, ou seja, é alguém que não comparece em julgamento (ou comparece e não apresenta defesa), após citação. Em sentido figurado, revelia também pode ser um sinônimo de rebeldia. A locução adverbial "à revelia", expressa uma situação em que não se verifica a comparência do revel, e também pode significar "ao acaso". Em um "julgamento à revelia", consiste no pronunciado contra uma parte que não se apresentou nem se fez representar na audiência própria.

No âmbito de um processo civil, revelia é a inação do réu em face do pedido do autor. Pode ser absoluta, se o réu não comparece em juízo, ou seja, se não pratica qualquer ato no processo, ou relativa, se o réu não contesta mas comparece em juízo de qualquer outro modo, designadamente nomeando um procurador. Um revel pode em qualquer ocasião assumir e fazer parte do processo, mesmo que não tenha apresentado defesa atempadamente. No entanto, só poderá assumir o processo no estado em que ele se encontra, podendo atuar a partir desse ponto.

No entendimento de Figueira Junior, o mesmo considera a revelia como o instituto jurídico definido na sistemática do CPC como sendo o estado em que se enquadra o réu, em face da sua inércia não oferecendo, em tempo hábil, e de maneira adequada, a contestação, não obstante ter sido regularmente citado.

Contudo, há entendimento diverso, conforme preceitua Gelson Amaro de Souza:

Não obstante a esmagadora maioria, que apregoa à revelia como sendo a ausência de contestação, seguimos trilha diversa e pensamos tratar-se de ausência de comparecimento do réu e não simples falta de contestação. Não vemos como se possa imaginar revel aquele que comparece, confessa, reconhece o pedido ou sem esse, mas nomeia a autoria, denuncia a lide, chama ao processo ou apresenta reconvenção, pela simples ausência de contestação. [...]. Não é a falta de contestação que configura à revelia, mas a falta de comparecimento ao processo para dar uma resposta (satisfação) ao Judiciário (SOUZA, 2018).

A revelia, no processo civil, consiste na inércia ou silêncio deliberado do réu no tocante à apresentação de defesa, e acarreta diversos efeitos ou consequências, assim como está sujeita a limites. A revelia se constitui na omissão do réu em oferecer alguma das formas de respostas previstas no Código de Processo Civil, quais sejam, contestação, reconvenção e intervenção de terceiros.

Acerca disso, disciplina Humberto Theodoro Júnior (2015. p.558):

Ocorre à revelia ou contumácia quando, regularmente citado, o réu deixa de oferecer resposta à ação, no prazo legal. Como já se expôs o réu não tem o dever de contestar o pedido, mas tem o ônus de fazê-lo. Se não responde ao autor, incorre em revelia, que cria para o demandado inerte um particular estado processual, passando a ser tratado como um ausente do processo.

A partir do momento em que o réu é citado, este passa a integrar a relação processual. Ao ser citado o réu tem o ônus de se defender, contudo o mesmo não está a isso obrigado. E por haver consequências gravosas contrárias ao seu interesse, o réu é advertido de que poderá sofrê-las como resultado de sua omissão. Na petição inicial o autor narra a sua versão dos fatos a fim de embasarem a sua pretensão. Antes mesmo que o juiz as conheça, dá a oportunidade para que a parte ré conteste a ação contando a sua versão, onde poderá negar os fatos ou admiti-los, apresentando fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor.

A revelia poderá ocorrer tanto quando o réu não se manifesta no processo como quando, comparecendo, não oferece contestação. Nos procedimentos especiais, quando o réu comparece a audiência desacompanhado de advogado ou defensor a fim de formular a sua resposta haverá revelia, muito embora este esteja pessoalmente presente na audiência. A ausência de sua contestação não impede o réu de comparecer a juízo e de constituir para si advogado, pois a lei lhe garante o direito de intervir em qualquer fase processual recebendo o feito no estado em que estiver conforme aduz o artigo 346, parágrafo único do Código de Processo Civil.

Quando o réu é revel e mesmo assim se manifesta no processo, a sua manifestação afastará a produção dos efeitos da revelia para os atos processuais posteriores a sua manifestação sem prejuízo a contagem dos prazos já em curso, bem como tornará obrigatória as intimações a seu advogado.

Ainda que revel o artigo 346, caput, do referido diploma legal, esclarece que a presença do advogado do réu nos autos do processo impede que seja configurado a revelia, mas faz com que isso tenha repercussão sobre seus efeitos processuais no que diz respeito apenas a presunção de veracidade dos fatos narrados na inicial.

2.2 Efeitos da revelia

Pelas normas explícitas no Código de processo civil, ao ajuizar ação, o réu é citado para se defender. Ocorre que conforme dito anteriormente, isso não é uma obrigação, ou seja, o réu pode simplesmente não se defender ou nem mesmo procurar um advogado e constituí-lo nos autos. Se o réu adota essa postura, ele se coloca numa posição de desvantagem processual e vai sofrer os efeitos da revelia que são de ordem material e processual.

A revelia é condição do réu que não apresentou contestação. Dela poder-lhe-ão advir duas consequências de grande importância: a presunção de veracidade dos fatos narrados na petição inicial e a desnecessidade de sua intimação para os demais atos do processo.

É necessário destacar que a revelia e os efeitos da revelia não são a mesma coisa. A revelia é a posição do réu no processo, quando este fica inerte, inativo, ou, como já dito, diante da sua não contestação ou não comparecimento. Já os efeitos são as prováveis consequências da revelia, mas em determinados casos, a própria lei os exime.

2.2.1 Efeito Material

Quanto aos seus efeitos, à revelia tem como um deles o que está previsto no artigo 344 do Código de Processo Civil, que é a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, tratando-se de um efeito material. De acordo com Remédio e Oliveira (2018, P. 171)

Uma vez verificada à revelia, e desde que presentes os pressupostos concernentes à apreciação do mérito e inexistentes as exceções previstas no art. 345 do CPC/2015, ocorre o denominado efeito material da revelia, dando ensejo à presunção de veracidade das alegações de fato formuladas pelo autor. O texto insculpido no artigo 344 do CPC/2015, assim como ocorria com o disposto no artigo 319 do CPC/1973, traz os efeitos materiais da inércia do réu concernentes à revelia, mas não estabelece uma presunção absoluta de veracidade dos fatos articulados pelo autor na petição inicial, caso o réu se mantenha silente, estando a presunção, pois, sujeita a limites e temperamentos.

Desta forma, se o réu não apresenta a sua defesa e se silencia, serão presumidos, em regra, verdadeiros os fatos alegados pela parte autora. Em regra, porque pode haver situações, conforme dito, em que os efeitos materiais da revelia não se produzirão.

2.2.2 Efeito processual

O segundo efeito da revelia está previsto no artigo 346 do CPC, e é uma novidade trazida pela nova lei, este diz respeito ao efeito processual, que se refere à fluência dos prazos a partir da publicação. Ao ser revel, o réu não será mais intimado – caso não tenha advogado constituído nos autos - dos atos processuais e os prazos vão fluir a partir da publicação deles no órgão oficial.

Neste sentido, com base na legislação anterior o efeito processual ordinário está materializado no artigo 322: "Contra o revel que não tenha patrono nos autos, correrão os prazos independentemente de intimação, a partir da publicação de cada ato decisório.

Outro efeito é o da preclusão para o réu na alegação de algumas defesas. Consoante o artigo 342 do Código vigente, há determinadas defesas que não poderão mais ser levantadas caso o réu não se manifeste no prazo previsto e seja reputado revel. Contudo, o fato de o réu ser revel não impede que ele se manifeste nos autos a qualquer momento. Acontece que ele vai receber o processo no estado em que se encontra. Ou seja, determinada matéria que poderia ser alegada, mas o tempo processual já passou, o réu não vai mais poder fazer essa alegação. De qualquer forma, mesmo revel o réu vai poder produzir provas que contrariem as alegações do autor, desde que ele tenha advogado constituído nos autos e ainda haja tempo para a produção dessa prova no processo.

Assim também versa a jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REVELIA DECRETADA. CONTESTAÇÃO INTEMPESTIVA. MANIFESTAÇÃO EM PROVAS. POSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO STF PROVIMENTO DO RECURSO. 1. Interposição de recurso contra decisão singular que decretou a revelia do réu, deixando de intimá-lo a manifestar-se em provas. 2. O réu revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar e, além disso, é lícita a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção, consoante o disposto no art. 349 do NCPC e Súmula 231 do STF. 3. Provimento do recurso, nos termos do art. 932, V, do NCPC. (TJ-RJ - AI: 00054003420168190000 RIO DE JANEIRO CAPITAL 35 VARA CIVEL, Relator: ELTON MARTINEZ CARVALHO LEME, Data de Julgamento: 06/05/2016, DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 10/05/2016)

Outro efeito com previsão no artigo 355, inciso II do Código de Processo Civil é o da possibilidade de julgamento antecipado da causa, se ocorrer a presunção de veracidade

ou a confissão ficta. Neste caso, esse último efeito da revelia é uma decorrência do primeiro efeito, que poderá ensejar o julgamento antecipado da lide, ou seja, não haverá necessidade de abertura da fase instrutória, dispensando-se a necessidade de produção de outras provas que não sejam aquelas já produzidas no processo.

Nem todos os efeitos da revelia se produzirão, tendo em vista apenas e tão somente a ocorrência da revelia como nos casos elencados pelo artigo 345 do Código de Processo Civil:

A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se: **I** - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; **II** - o litígio versar sobre direitos indisponíveis; **III** - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato; **III** - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato; **IV** - as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

Tendo em vista que a lei exime os efeitos da revelia em determinados aspectos, podemos então perceber que no que diz respeito ao efeito material de presunção de veracidade, não é qualquer coisa que a parte autora alegar se não impugnado pela parte ré, presumirá como verdadeiro as suas alegações, visto que é necessário haver o mínimo de contexto probatório entre alegações e provas, seja ela testemunhal documental ou pericial. Ademais, tais previsões legais onde não haverá a aplicação dos efeitos da revelia, encontra-se a primeira delas, qual seja a de que havendo no litígio pluralidades de réus, algum deles contestar a ação, não se operará o efeito da confissão ficta. Ou seja, a defesa de um dos litisconsortes vai aproveitar aos demais. Então se um deles contestar a ação, essa contestação será aproveitada em favor dos demais litisconsortes.

A segunda previsão é no sentido de que nos casos onde o litígio versar sobre direitos indisponíveis. Ora, se os direitos são indisponíveis, se o réu não poderia nesse caso, se manifestar expressamente renunciando aquele direito, também não se pode concluir que ele possa de forma tácita, confessar sobre os fatos relativos aquele direito, pois como já foi dito, se trata de direito indisponível.

E como já dito em parágrafos antecedentes, não é qualquer coisa que o autor possa alegar e que diante da revelia do réu, o juiz irá considerar como se fosse verdadeiro, não sendo isto possível. Logo, o juiz deve analisar se as alegações são no mínimo verossímeis e, caso elas não estejam, o magistrado não reputará verdadeiro o fato trazido pelo autor. Além disso, se os fatos alegados pelo autor estiverem em contradição com a prova que o próprio autor juntou nos autos do processo, o juiz não considerará o fato

como verdadeiro, apenas considerando a prova produzida pelo autor, em consonância com o que preceitua o último inciso do dispositivo tratado.

3 ALIMENTOS: CONCEITO E NATUREZA JURIDICA

3.1 Breve Histórico sobre os alimentos

A família, primeira célula de organização social surgiu aproximadamente a 4.600 anos e sofreu grandes transformações. O direito canônico (leis e regulamentos adotados pela igreja) teve grande influência nos alicerces das famílias, que a partir de então, formar-se-iam apenas através de cerimônias religiosas. O cristianismo levou o casamento a sacramento e uma vez casados somente a morte poderia desfazê-lo.

Contudo, após esse período um novo conceito de família formou-se, não unicamente embasada no sacramento imposto pela igreja, mas pelo elo de afeto, nascendo assim a família moderna, este modelo iniciou-se no século XIX, e a partir de então passou-se a valorizar a convivência entre seus membros e idealizar um lugar onde é possível integrar sentimentos, esperança e valores, permitindo a cada um, se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade. Esse é o sentido da família na atualidade.

No entendimento de Maria Berenice Dias, a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito, a autora, ainda afirma que:

A família é uma construção cultural. Dispõe de estruturação psíquica na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função – lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. É essa estrutura familiar que interessa investigar para o direito. É a preservação do 'LAR' no seu aspecto mais significativo: Lugar de Afeto e Respeito. (DIAS, 2011, P, 27)

Ao se estudar a história da humanidade, percebe-se que a entidade familiar é a primeira expressão humana no que se refere à organização social, pois, desde o surgimento do homem, a família existe, ainda que de forma involuntária e natural, tendo como funções básicas a reprodução e a defesa de seus integrantes. A família já existia muito antes da existência do Estado.

Diversas mudanças ocorreram com o modelo de família tradicional no Brasil, sobretudo a partir da década de 1980. O código Civil anterior, que datava de 1916, regulava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio.

Com o passar dos tempos esta sociedade familiar sentiu necessidade de criar leis para se organizar e com isso surgiu o Direito de Família, regulando as relações familiares e tentando solucionar os conflitos oriundos dela.

De acordo a jurista Maria Berenice Dias:

Antes da Revolução Industrial a família possuía caráter patriarcal, ou seja, o homem exercia a função de provedor do lar, enquanto a mulher detinha o dever de procriar e cuidar da prole. A sociedade só aceitava a família constituída pelo matrimônio, e a lei apenas regulava o casamento, a filiação e o parentesco. (DIAS, 2009-2010, p.30).

Salienta o doutrinador Silvio Venosa, a seguir:

Com a evolução da ciência do direito, o casamento passou a ser regulamentado pelo o Estado, que inseriu em suas codificações esse instituto, anteriormente tratado como um dogma da instituição doméstica, passou a ser visto como o baluarte da família moderna. (VENOSA, 2010, p. 4-5)

Não mais vigora no século XXI, essa concepção de família patriarcal, com a revolução industrial a mulher saiu de casa para trabalhar e o homem se tornou mais presente na educação dos filhos.

3.2 Conceito

Em termos gerais, alimentos condiz com a manifestação periódica referente a determinadas pessoas em decorrência do Direito de Família, ato ilícito ou da manifestação de vontade, a fim de prover a subsistência dos beneficiários.

Alimentos, em Direito, denomina-se a prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, para que possa atender às necessidades da vida. Aqui se trata não só do sustento, como também do vestuário, habitação, assistência médica em caso de doença, enfim de todo o necessário para atender às necessidades da vida; e, em se tratando de criança, abrange o que for preciso para sua instrução.

No entendimento de Yussef Said Cahali, a palavra alimentos, adotada no direito para designar o conteúdo de uma pretensão ou de uma obrigação, vem a significar tudo o que é necessário para satisfazer aos reclamos da vida; são as prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si; mais amplamente, é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigi-la de outrem, como necessário à sua manutenção.

Assim também compactua o civilista Orlando Gomes:

Alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. A expressão designa medidas diversas. Ora significa o que é estritamente necessário à vida de uma pessoa, compreendendo, tão somente, a alimentação, a cura, o vestuário e a habitação, ora abrange outras necessidades, compreendidas as intelectuais e morais, variando conforme a posição social da pessoa necessitada.

De acordo com Rodrigues (2007, p. 374), os alimentos “abrangem também o vestuário, a habitação, assistência médica, enfim, todo o necessário para atender às necessidades da vida, e, em se tratando de menor, compreende também o que for preciso para sua educação e instrução”

Acontece que os alimentos estão presentes no Código Civil brasileiro, em seu artigo 1.696, aduz que: O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Geralmente os alimentos estão provenientes da relação consanguíneas e das obrigações presentes nas relações de parentesco, muitas das vezes decorrentes do casamento ou da união estável, acontece que com a evolução na família, e surgimento de diversas modalidades de família, as responsabilidades de alimentos passaram para todos que adquirem o status família.

No que tange na visão de Theodoro Jr. (2007, p. 677) acerca do assunto “alimentos, em sentido jurídico, compreendem tudo o que uma pessoa tem direito a receber de outra para atender às suas necessidades físicas, morais e jurídicas”, já para Gonçalves (2005, p. 440) o conteúdo jurídico dos alimentos abrange “o indispensável ao sustento, vestuário, habitação, assistência médica, instrução e educação”.

O ordenamento jurídico brasileiro entende que os alimentos são oriundos da relação de parentesco e das obrigações recíprocas de assistências advindas de pessoas casadas ou conviventes em união estável. Além do mais, esta assistência deve suprir todas as necessidades físicas e morais do alimentando.

3.3 Natureza Jurídica

Existem três correntes doutrinárias que falam a respeito da natureza jurídica dos alimentos. A 1ª Corrente defende que a natureza jurídica do Direito à Prestação Alimentícia é de Direito Extrapatrimonial; não teria o alimentando interesse econômico nas prestações de alimentos, uma vez que a verba alimentar não objetiva a ampliação do patrimônio, mas

sim, suprir o seu Direito à vida, que é um direito personalíssimo. A 2ª corrente defende em sentido oposto. Entende-a como Direito Patrimonial, retratado na prestação paga em pecúnia ou em espécie, em que o caráter econômico não resta afastado e indissociável. A 3ª corrente defende uma mesclagem das duas correntes anteriores. Assim, a Natureza Jurídica do Direito à Prestação de Alimento seria um Direito de conteúdo Patrimonial, com finalidade Pessoal. Tem-se que essa corrente é majoritária

No tocante ao que se referem os direitos indisponíveis, aqueles dos quais a pessoa não pode abrir mão, como o direito à vida, à liberdade, à saúde e à dignidade, assim tratam-se os alimentos. Em um primeiro momento, a verba alimentar é descrita como direito personalíssimo, porquanto tão somente aquele que mantém a relação de parentesco, casamento ou ainda união estável com o alimentante poderá reivindicá-los. Sendo assim, configuram direito personalíssimo, pois reúnem particularidades que recomendam total controle e observância das formalidades legais, não admitindo renúncia, compensação, penhorabilidade, cessão, transação, restituição ou qualquer outra forma que comporte sua redução sem o devido processo legal.

No antigo Código de Processo Civil de 1916, o Supremo Tribunal Federal, que detinha competência para apreciação de matéria inconstitucional, consagrou o entendimento que os alimentos, em quaisquer circunstâncias, eram irrenunciáveis. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, que passou a gozar de competência para apreciação de matéria infraconstitucional, entendeu que a irrenunciabilidade dos alimentos somente alcançava os incapazes. Em decorrência de tal lógica, passou-se a assentar visão jurisprudencial no que concerne à possibilidade de cônjuges ou companheiros renunciarem, quando da feitura de acordo de dissolução de casamento ou união estável, obstando, por consequência, uma posterior cobrança de pensão alimentícia.

De certo, o instrumento que assegura a sobrevivência do indivíduo é a prestação alimentar, pois se caracteriza por ser um meio adequado para atingir os recursos imprescindíveis à subsistência daqueles que, por si só, não conseguem prover sua manutenção pessoal, seja em decorrência da saúde, incapacidade, impossibilidade, faixa etária ou mesmo ausência de trabalho.

4 LEI DE ALIMENTOS

A Lei de Alimentos foi editada sob a égide do Código Civil de 1916 e do Código de Processo Civil de 1939, trata-se uma lei de apenas 29 artigos. De lá para cá foram aprovados dois Código de Processo Civil: o anterior, do ano de 1973 e o atual, em vigor desde 18 de março de 2016. Veio a Lei do Divórcio e foi promulgada uma nova Constituição. Também outro é o Código Civil. Isso para citar apenas a legislação mais significativa. E tudo isso deixa claro que o Direito de Família foi certamente uma das áreas

do Direito que mais sofreu modificações nos últimos anos. Além de acanhado o espaço concedido pelo Código de Processo Civil ao Direito das Famílias, poucos foram os avanços, e em alguns aspectos, ocorreram retrocessos. A grande crítica fica por parte do pouco espaço dado à matéria tão importante, ainda mais por ser algo totalmente ligado a vida das pessoas, de forma absolutamente direta. De maneira geral, quando se lê sobre alimentos, entende-se como os bens são necessários para a alimentação do indivíduo, porém, juridicamente, os alimentos assumem um conceito amplo que abrange tanto os alimentos naturais, como civis.

No direito de família, os alimentos possuem significados de valores, bens ou serviços destinados às necessidades existenciais da pessoa, em virtude de relação de parentesco, quando ela própria não pode prover, com seu trabalho ou rendimentos a própria manutenção.

De acordo com Josino Ribeiro Neto (2017, online) “A Lei de Alimentos tem fortes vínculos de inspiração da legislação trabalhista, no que tange as bases processuais e procedimentais e foi editada sob a égide do Código Civil de 1916 e do Código de Processo Civil de 1939”.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe mudanças importantes a respeito da pensão alimentícia. Verifica-se que o Legislador ao elaborar os artigos sobre o tema em discussão, preocupou-se em dar mais segurança aos beneficiários, tratando de forma mais árdua a prestação alimentar.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º inciso LXVII, dispõe:

A respeito da prisão civil do devedor de alimentos no caso de inadimplemento involuntário e imperdoável da verba alimentar. Apesar de estar constitucionalmente prevista, o que se via na prática era que, muitos devedores de alimentos são presos e, mesmo assim, não efetuavam o pagamento da dívida (BRASIL, 1988).

Nesses casos, por exemplo, a prisão civil acaba por ter um efeito contrário, uma vez que agravará a situação do credor e também do devedor. No CPC/2015, após muitos debates acerca do regime a ser estipulado, consta expressamente no artigo 528, parágrafo 4º, a prisão civil do devedor em regime fechado, com a ressalva de que serão separados dos presos comuns. Na prática, a prisão já era realizada em regime fechado, contudo, verifica-se que preocupou-se o legislador em fazer constar expressamente, pois o tipo de regime imposto ao devedor de alimentos sempre gerou muita controvérsia jurisprudencial..Verifica-se que com as inovações introduzidas pelo Novo CPC, preocupou-se o Legislador em buscar meios de efetivar a satisfação do direito do alimentado, criando

mecanismos que façam com que o alimentante tenha verdadeiro receio no caso de ficar devendo a pensão alimentícia e passe a cumprir fielmente a sua obrigação.

4.1 Alimentos provisórios e provisionais

Os alimentos são classificados em provisórios e provisionais. Mas vale ressaltar que como previstas no art. 852 do CPC de 1973, que se referia a alimentos provisionais foram revogadas, restando, apenas, a regra geral dos artigos 294 e seguintes do CPC/2015, restam somente dois tipos de alimentos: provisórios e definitivos (NETO, 2017, online).

Ainda em entendimento de Josino Ribeiro Neto, no que tange aos alimentos definitivos ou provisórios, preleciona que:

Em princípio os alimentos são devidos resultante do cumprimento de decisão judicial (sentença), no caso, são alimentos definitivos, ou alimentos provisórios, quando se tratar de fixação em sede de decisão interlocutória, conforme o disposto no art. 528 do Código de Processo Civil de 2015 (NETO, 2017, online).

4.2 Ação de alimentos

Trata-se da ação pela qual uma das partes, seja em ação de divórcio, anulação de casamento, dentre outras causas, pleiteia que o outro o provenha com os meios necessários para a sua manutenção, cabendo ao juiz determinar o *quantum* lhe parecer mais justo, considerando a proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. Esta ação é de rito especial, e o reclamante deverá expor perante o juiz as suas necessidades, provando o grau de parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor. O juiz, então, ao despachar o pedido, deverá fixar alimentos provisórios, salvo se o credor reconhecer desnecessário.

A lei estabelece sabiamente os parâmetros a serem seguidos para que a prestação de Alimentos seja firmada, devendo atender ao binômio Necessidade/Possibilidade. Nas palavras da doutrinadora Maria Berenice Dias:

O fundamento do dever de alimentos se encontra no princípio da solidariedade, ou seja, a fonte da obrigação alimentar são os laços de parentalidade que ligam as pessoas que constituem uma família, independentemente de seu tipo: casamento, união estável, famílias monoparentais, homoafetivas, socioafetivas (eudemonistas), entre outras.

Ou seja, o direito a alimentos busca preservar o bem maior da vida e assegurar a existência do indivíduo que depende deste auxílio para sobreviver. Os filhos menores, os filhos maiores, idoso e cônjuge podem ser legítimos para figurar como requerentes dessa ação. Quanto ao filho menor, a criança tem resguardada os direitos inerentes à pessoa humana no escopo dos artigos 227 e 229 da Constituição Federal/1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (BRASIL, 1988).

Trata-se de proteção disposta ainda no Estatuto da Criança e pelo Código Civil que não exclui a responsabilidade de ambos os pais na manutenção e desenvolvimento da criança, mesmo diante da separação,

Quanto ao filho maior de idade, ademais, o simples fato de o filho ter alcançado a maioridade civil não reflete automaticamente na exoneração do dever de alimentar. Isto porque o dever paterno vai além da simples manutenção da vida do filho, exigindo o suporte na construção de uma vida digna de seu descendente. Trata-se de tema pacificado na doutrina e na jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. FILHA MAIOR QUE ESTUDA. DESCABIMENTO. A maioridade do alimentado não enseja, por si só, ou de forma automática, a exoneração do alimentante. E na hipótese, não há, por ora, a verossimilhança a apontar desnecessidade ou impossibilidade. RECURSO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70073596421, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 26/07/2017).

Quanto aos alimentos gravídicos, A Lei 11804/08 que disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido, estabelece em seu art. 2º, que:

Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de

gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive os referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Com isso, não obstante a possibilidade de um ou dois dos familiares em garantir alimentos, cabe a cada um. A doutrina ao disciplinar sobre a matéria destaca sobre o cabimento dos alimentos compensatórios:

O propósito da pensão compensatória ou da compensação econômica é indenizar por algum tempo ou não o desequilíbrio econômico causado pela repentina redução do padrão socioeconômico do cônjuge desprovido de bens e meação, sem pretender a igualdade econômica do casal que desfez sua relação, mas que procura reduzir os efeitos deletérios surgidos da súbita indigência social, causada pela ausência de recursos pessoais, quando todos os ingressos eram mantidos pelo parceiro, (...) tais alimentos visam possibilitar a indenização do cônjuge que renuncia as suas expectativas profissionais em prol da família e, com a ruptura da união, vê decair sensivelmente a sua condição econômica e social.¹⁴⁹

Os alimentos compensatórios visam suprir esta discrepância abrupta e involuntária da parte com menores condições financeiras, visando garantir temporariamente um padrão mínimo necessário a preservar a dignidade da Requerente.

4.3 Ação de execução de alimentos

A Lei 5.478 de 25 de julho de 1968, que regula a prestação de alimentos, aduz em seus artigos 18 e 19:

“Artigo 18. Se, ainda assim, não for possível a satisfação do débito, poderá o credor requerer execução da sentença, na forma dos arts. 732, 733 e 735 do Código de Processo Civil.”

“Artigo 19. O juiz, para instrução da causa, ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências

149 MADALENO, Rolf. Manual de Direito de Família. Forense, 2018. Versão kindle, p. 9776

necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias.”

Conforme consta no art. 528, §8º, que o exequente (credor), poderá optar ao promover o cumprimento da sentença, o pedido de prisão do devedor, conforme era previsto no rito procedimental os arts. 732 e 733 do CPC/73 (NETO, 2017, online).

5 A INAPLICABILIDADE DA REVELIA NA AÇÃO DE ALIMENTOS

De acordo com Cristiani Pereira de Moraes (2013, online) “A questão da revelia na ação de alimentos é um tema deveras polêmico e de fato de bastante discussão no meio da doutrina. Ressalve-se que a jurisprudência traz posicionamentos diversos sobre o tema, no entanto é quase unânime o entendimento que os alimentos por se tratarem de direito indisponível, à revelia não poderia ter eficácia quando presente em processo de alimentos”.

Ademais, não se trata apenas do direito indisponível, mas por que, quando caracterizada a revelia do Réu, não se reconhece, pois, como se sabe, a contumácia da parte, isto é, a sua inatividade em relação ao chamamento processual para responder à imputação, implica, em princípio, reputar verdadeiros os fatos contra ela apresentados.

Mas, a regra não é absoluta e comporta exceções, principalmente quando se observa que a tônica do processo civil moderno é procurar buscar a verdade real, competindo ao Magistrado cuidar para que seja estabelecido o pleno contraditório entre as partes, a fim de que se possa alcançar a verdade real.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. REVELIA. FILHOS MENORES. Revelia que não pode ser considerada em todos os seus efeitos, **considerando que se trata de uma ação de alimentos, versando, portanto, sobre direitos indisponíveis**. Força do art. 320, inciso II, do Código de Processo Civil. Caso em que o alimentante, apesar de revel, trouxe provas na apelação de que não conseguirá arcar com o valor fixado na sentença. Cabendo, portanto, reduzir os alimentos para valor que torne equilibrado o binômio alimentar. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70047721881, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 19/04/2012)

Vale lembrar, que são indisponíveis os direitos que emanam da própria personalidade da pessoa. São direitos irrenunciáveis e os fatos a eles relativos não podem

ser confessados.¹⁵⁰ Os alimentos são, indubitavelmente, irrenunciáveis e personalíssimos, de modo que, como direitos indisponíveis, não admitem a confissão, mesmo ficta, como a presunção de veracidade. O juiz não deve, com efeito, decidir apenas por considerá-la, importa fundamentalmente a valoração das provas existentes nos autos, tanto como dos fatos e fundamentos jurídicos trazidos à tona.

A aplicação da confissão ficta na ação de alimentos, pode-se concluir que desrespeita os princípios constitucionais, especialmente da dignidade humana e da proporcionalidade, posto que inviabiliza uma decisão justa e proporcional, guiada pelo binômio necessidade/possibilidade, impondo um encargo maior que o devido ao réu. O juiz deve, para a resolução do caso, valer-se de seu livre convencimento e apreciação racional, para então não deixar o alimentando padecer “com fome”, nem impor ao alimentante “a privação do mínimo que possui para sobreviver”

O Entendimento de Greco Filho (2007, p. 157), tem-se que:

Se as partes não puderem dispor dos direitos discutidos no processo, não poderão também apresentar confissão a respeito dos fatos que lhes servem de fundamento, porque a confissão poderia, indiretamente, importar em disponibilidade. A admissão expressa, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis não vale como confissão.

Tem-se, então que, a presunção de veracidade não deve ser aplicada na ação de alimentos, pelo simples fato de esta versar sobre direitos indisponíveis e haver dispositivo legal expresso excepcionando, neste caso, seu cabimento: art. 320, II, do CPC. Conforme exposto no último tópico deste trabalho, os alimentos constituem-se em direitos indisponíveis, que não admitem confissão, ficta ou real. Sendo assim, atendendo ao disposto no art. 320, II do CPC, à revelia decretada na ação de alimentos não impõe a presunção de veracidade, devendo o juiz analisar, segundo o princípio do livre convencimento motivado, o caso concreto e decidir da melhor forma possível, buscando atender ao binômio necessidade/possibilidade.¹⁵¹

Desta forma, a utilização da confissão ficta e sua eventual revelia nas ações de alimentos, não somente viola art. 320, II, do CPC, como também desrespeita os princípios constitucionais, principalmente a dignidade humana e a proporcionalidade, visto que impossibilita uma decisão justa e proporcional (guiada pelo binômio

¹⁵⁰ SANTOS, 2007, p.464

¹⁵¹ MORAIS, Cristiani. **Presunção de veracidade na ação de alimentos**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25173/presuncao-de-veracidade-na-acao-de-alimentos> Acesso em: 15.06/2021.

necessidade/possibilidade), instituindo um encargo maior que o devido ao réu (MORAIS, 2013, online).

6. CONCLUSÃO

No que se refere à revelia, ela é um dos cinco procedimentos processuais que o réu assumir no processo, após ser de imediato citado. Ao escolher ficar inerte, e não dar uma resposta ao processo, sem apresentar contestação em sua defesa, e permanecendo calado, portanto, o réu irá suportar todos os efeitos negativos e será tomado como verdade.

A revelia não era tão presente nos tempos antigos, sob o olhar no período romano na sua fase inicial, por exemplo, não havia o instituto da revelia como algo costumeiro, o autor quando iniciasse uma ação em desfavor do réu, o mesmo deveria se apresentar perante o juízo daquela época para que assim pudesse apresentar sua defesa. Ademais, o autor tinha como prerrogativa de poder obrigar a outra parte a se apresentar, e poderia inclusive usar a força para isso. No entanto, houve evolução na época, e logo teve sinais da revelia já presente nas ações romanas.

Alimentos, em Direito, denomina-se a prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, para que possa atender às necessidades da vida. A palavra tem conotação muito mais ampla do que na linguagem vulgar, em que significa o necessário para o sustento. Aqui se trata não só do sustento, como também do vestuário, habitação, assistência médica em caso de doença, enfim de todo o necessário para atender às necessidades da vida; e, em se tratando de criança, abrange o que for preciso para sua instrução.

A aplicação da confissão ficta na ação de alimentos, pode-se concluir que desrespeita os princípios constitucionais, especialmente da dignidade humana e da proporcionalidade, posto que inviabiliza uma decisão justa e proporcional, guiada pelo binômio necessidade/possibilidade, impondo um encargo maior que o devido ao réu.

7. REFERÊNCIAS

APELAÇÃO Cível N° 70047721881. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21528600/apelacao-civel-ac-70047721881-rs-tjrs>. Acessado em: 05/06/2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2018

BRASIL. **Código Civil**. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2018

CAHALI, Yusef Said. **Dos alimentos**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 16

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil: as relações processuais; a relação processual ordinária de cognição**. Com anotações de Enrico Tullio Liebman. Traduzido por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. vol. 3, p. 176.

DIAS, Maria Berenice: A cobrança dos alimentos no novo CPC. Fonte: <http://www.migalhas.com.br/Acobranca+dos+alimentos+no+novo+CPC>.

DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Efeitos e limites da revelia à luz dos códigos de processo civil de 2015 e de 1973. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, v. 28, n. 01, pp 169-194, Jan - Jun 2018 disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/27043/16414>, acesso em 21/06/2021.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Pág. 427.

Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito de Família (Coleção Sinopses Jurídicas)**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Vol. 2. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil (Famílias)**. 4. ed. São Paulo: 2011.

PASSOS, José Joaquim Calmon. **Comentários ao código de processo civil**: Arts. 270 a 331. Rio de Janeiro: Forense, 1998. vol. III, p. 335.

MORAIS, Cristiani Pereira de. Presunção de veracidade na ação de alimentos, 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25173/presuncao-de-veracidade-na-acao-de-alimentos>. Acesso em; 11/06/2021.

NETO, Josino Ribeiro. **Direito de Família – Lei de Alimentos e o Código de Processo Civil de 2015 – Aspectos**, 2017. Disponível em: <https://cidadeverde.com/semanariojuridico/85300/direito-de-familia-lei-de-alimentos-e-o-codigo-de-processo-civil-de-2015-aspectos>. Acesso em: 11/11/2019.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil: processo de conhecimento**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Silveira, Ana Paula Fischer Nogueira Paiva Barbosa. **Conceito de alimentos e suas especificações**, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64259/conceito-de-alimentos-e-suas-especificacoes>. Acesso em: 11/06/2021.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro TJ-RJ – **AGRAVO DE INSTRUMENTO**: AI0005400-34.2016.8.19.0000 RIO DE JANEIRO CAPITAL 35 VARA CÍVEL. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/342157547/agravo-de-instrumento-ai-4003420168190000-rio-de-janeiro-capital-35-vara-civel>. Acesso 15/06/2021.

VEGAS, Higor da Silva. **Os efeitos da Revelia com presunção relativa no CPC atual**: Rayes 2018. Disponível em: <http://http://www.rayesadv.com.br/pt/artigos/151> Acesso em: 08/06/2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito civil: direito de família**, 8ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, 2.008.

DA APLICABILIDADE DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO BRASIL E DA REJEIÇÃO ÀS SUAS INTERPRETAÇÕES DISTORCIDAS

PABLO VINÍCIUS GOMES NUNES:

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, UESB (2018). Advogado regularmente inscrito na OAB/BA.

LUCIANA SANTOS SILVA¹⁵²

(orientadora)

Resumo: O presente trabalho refere-se à possibilidade de aplicabilidade da teoria do domínio do fato na compreensão do concurso de pessoas do código penal brasileiro, como também à análise crítica de como a mesma vem sendo compreendida e utilizada no Brasil. Recentemente, em razão da AP 470 julgada pelo Supremo Tribunal Federal, tal questão tomou proporções midiáticas relevantes que acabaram por movimentar a sua discussão no meio judiciário e acadêmico. Por meio de uma análise teórica de obras clássicas, doutrinas, artigos, legislações, jurisprudências, e de direito comparado, evidenciou-se que, em que pese existam dificuldades de enquadramento, a teoria do domínio do fato é tecnicamente plenamente aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro; Razão pela qual, a jurisprudência em regra a tem utilizado acertadamente. Não o bastante, entre as teorias de autoria é a que melhor contempla a resolução das lides judiciais de forma justa, e, delimita com precisão necessárias terminologias ao concurso de pessoas. Conclui-se que, no entanto, as interpretações distorcidas da temática, como as existentes na AP 470, uma vez que em nada se coadunam com a teoria do domínio do fato em si, devem ser rejeitadas, rechaçadas, sob pena de violação de princípios básicos de direito.

Palavras-chave: Teoria do domínio do fato. Concurso de pessoas. Distorções interpretativas. Princípios.

Abstract: The present work refers to the possibility of applicability of the theory of the domain of fact in the understanding of the competition of people of the Brazilian penal code, as well as to the critical analysis of how it has been understood and used in Brazil. Recently, due to the AP 470 judged by the Supreme Federal Court, this issue took on relevant media proportions that ended up moving its discussion in the judicial and

¹⁵² Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP (2014). Mestre em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP (2009). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz, UESC (2002).

academic circles. Through a theoretical analysis of classic works, doctrines, articles, laws, jurisprudence, and comparative law, it was shown that, despite difficulties in framing, the theory of the fact domain is technically fully applicable to the Brazilian legal system; That is why, the jurisprudence as a rule has used it correctly. Not enough, among the theories of authorship it is the one that best contemplates the resolution of judicial disputes in a fair way, and, it accurately delimits the necessary terminologies for the contest of people. It is concluded that, however, the distorted interpretations of the theme, such as those existing in AP 470, since they are in no way consistent with the theory of the domain of the fact itself, should be rejected, under penalty of violation of basic law principles.

Keywords: Theory of fact domain. People contest. Interpretive distortions. Principles.

Sumário: Introdução. 1. Complexibilidades da tipificação penal e considerações sobre o concurso de pessoas. 2. Teorias acerca da autoria, coautoria e participação. 2.1. Teoria extensiva. 2.2 Teoria restritiva. 2.3. Adoção da teoria restritiva pelo código penal brasileiro e sua necessidade de complementação. 3. Teoria do domínio do fato. 3.1. Abordagem histórica. 3.2. Teoria do domínio do fato em Welzel e em Roxin. 3.3. Discussão da possibilidade de aplicabilidade da teoria do domínio do fato na interpretação do concurso de pessoas do código penal brasileiro. 3.3.1. Principais argumentos contrários. 3.3.2. Prevalência dos argumentos positivos. 3.4. Teoria do domínio do fato segundo a doutrina brasileira. 3.4.1. Principais espécies de autoria e a participação em face do domínio do fato no Brasil. 3.4.1.1. Autoria direta e indireta. 3.4.1.2. Autoria intelectual. 3.4.1.3. Coautoria. 3.4.1.4. Participação. 3.5. Teoria do domínio do fato na jurisprudência do Brasil. 3.5.1. Rejeição às interpretações distorcidas da teoria do domínio do fato na AP 470. 3.5.2. Julgados recentes. Conclusão. Referências.

Introdução

A AP 470, também vulgarmente conhecida como “mensalão”, tomou um caráter público/midiático impressionante no Brasil, muito em razão de envolver integrantes do Partido dos Trabalhadores, que é uma das siglas mais influentes no Executivo e Legislativo do país. Naturalmente, se percebe que a mesma não só causou fervor no meio comum como também movimentou grandes discussões por parte dos operadores e teóricos do direito pátrio.

Percebe-se que, parte relevante de renomados juristas brasileiros sustenta a ideia que o julgamento foi tido como de “exceção”, por compreenderem que razões políticas e os anseios populares acabaram por manifestamente desrespeitar normas e princípios do ordenamento jurídico brasileiro, o que concretizaria então uma configuração de clara seletividade penal.

Nesse contexto, foi visto que muitos dos ministros do Supremo Tribunal Federal fundamentaram seus votos na chamada Teoria do Domínio do Fato a fim de comprovar a responsabilização dos réus do processo. E, foi justamente essa fundamentação que, inegavelmente, se caracterizou como a mais criticada no meio acadêmico e do judiciário pátrio.

Por assim ser, cabe a este artigo esclarecer o que efetivamente se trata como teoria do domínio do fato, tanto em sua perspectiva original quanto na entendida pela doutrina pátria, como forma de se averiguar a possibilidade e viabilidade, do ponto de vista técnico normativo, da mesma, que é de origem alemã, ser comportada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, buscar-se-á por este trabalho analisar a incidência prática da teoria no judiciário canarinho, como forma de se ratificar ou não a possível legitimação da utilização do domínio do fato em lides como a da AP 470.

Em verdade, tal ensejo possui peculiaridades extremamente relevantes, pois, perpassa pela questão atinente à importação doutrinária oriunda de um sistema jurídico completamente distinto do brasileiro, e, ainda, envolve questões de concurso de pessoas, que para muitos, é considerado um dos temas mais complexos do direito penal. Essa percepção, inclusive, é perfeitamente compreensível na medida em que, quanto mais se expande as possibilidades de formas e peculiaridades de cometimento de infrações penais, mais difícil se torna tipificá-las, como também teorizá-las de maneira una e efetivamente razoáveis aos fatos.

A fim de se obter respostas plausíveis para aludida problematização proposta pelo trabalho, em arremate, usar-se-á um amplo estudo científico, comparativo, doutrinário e jurisprudencial, amparado na metodologia do tipo teórica, capaz de, diferentemente das opiniões do senso comum, solidificar um posicionamento amplificado e apegado a fatores efetivamente técnicos e práticos da temática. Até porque, no sentido do que nos indica José Saramago (2002): "O senso comum é demasiado comum para ser senso".

1 Complexidades da tipificação penal e considerações sobre o concurso de pessoas

Ab initio, é inquestionável a complexidade e necessidade de se delimitar parâmetros de tipificações penais para as diversas ações humanas, de forma que estes sigam uma linha de igualdade de tratamento do Estado para com seus cidadãos. Desta maneira, diversas são as formas de normatização que buscaram delimitar a conduta considerada como infração penal a fim de legitimar de fato o poder de punir.

Como exemplo de tipificação de condutas, a teoria analítica do crime, adotada no Brasil, busca dividir os requisitos de caracterização da ação criminosa, caracterizando-a como um fato típico, ilícito e culpável.

Sob a interpretação da mesma, cumulada com a teoria da culpabilidade finalista de Welzel, em síntese tem-se que o fato típico envolverá a análise da conduta, que poderá ser comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa; do resultado; do nexos de causalidade; e, da tipicidade, fragmentada em formal e conglobante. Por sua vez, a antijuridicidade diz respeito a não atuação em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou em exercício regular de direito. Por fim, na culpabilidade, são analisados aspectos referentes à imputabilidade, potencial consciência sobre a ilicitude do fato e exigibilidade da conduta diversa.

Mesmo com a vasta dilatação da forma de normatização citada, que busca abarcar o maior número possível de ações repreensíveis criminalmente pelo Estado, ainda assim, não é incomum que o operador do direito se depare com eventuais dificuldades de enquadramento de crimes. Tal realidade, inclusive, faz presumir que as tipificações de infrações penais, vistas como um todo, estão inseridas na mesma problemática.

Esta presunção é comprovada com a verificação da complexidade que até mesmo simples constatações podem trazer ao meio jurídico. Tal qual: assim como as infrações penais podem ser praticados individualmente, estas também poderão ser executadas por diversos agentes.

Vejamos que, foi justamente em razão dessas hipóteses em que duas ou mais pessoas concorrem para a prática de uma mesma infração penal, onde se entende que há o denominado "concurso de pessoas", que se constatou, por parte da doutrina, a necessidade de elaboração de um diverso arcabouço teórico para esclarecimento de tais questões. Arcabouço este, que é justamente um dos objetos de estudo imprescindíveis deste artigo.

Por oportuno, insta delimitar que, os pressupostos do concurso de pessoas são tidos como: a presença de diversos agentes e diversas condutas; a existência de certa relevância causal de cada conduta para com o resultado; a incidência em mesma infração penal (identidade de infração); e, o liame subjetivo entre os agentes, ou seja, é necessário que estes ajam de maneira combinada.

Em desfecho, para fins de identificação, assevera-se também que, enquanto nos crimes unissubjetivos ou de concurso eventual a infração penal pode ser praticada por uma só pessoa; nos crimes plurissubjetivos ou de concurso necessário há uma exigência de pluralidade de agentes para que se possa concretizar a infração, tal qual o delito de quadrilha do art. 288, CP.

2 Teorias acerca da autoria, coautoria e participação

Ao pensar no concurso de pessoas realizando qualquer ação, é perceptível que o cidadão médio possui uma noção de significados de questões atinentes à autoria, coautoria e participação. Embora não seja possível extrair dos mesmos os conceitos de tais temas na forma que foram edificados no meio científico jurídico, a sociedade naturalmente construiu conceitos relevantes acerca do concurso de pessoas.

Em exemplo, a comunidade consegue identificar claramente qual pessoa fez determinada comida, quem lhe ajudou. Ou mesmo quem cortou seu cabelo, quem, como partícipe, contribuiu para isso. Assim, a noção conceitual relativa à diferença entre proporção de atividades é, inegavelmente, de aferição social possível e existente.

Isto se dá, pois, na verdade, os conceitos científicos de autoria, coautoria e participação não são criados pelo direito penal por si só, e sim gerados a partir de noções construídas diariamente pelo corpo social, da realidade das coisas, da vida cotidiana. O que o direito penal faz, então, é formular tais questões cientificamente, já que não seria razoável deixá-las apenas a mercê de noção de conhecimento societária, embora importantíssima. Neste sentido, Pierangeli e Zaffaroni (2011, p. 574):

“Tudo isso demonstra que os conceitos de autor, cúmplice e instigador não são conceitos criados pelo direito penal, e sim tomados da vida cotidiana, da realidade, do ôntico. Numa conduta de escrever um livro o conceito de autor não se distingue, fundamentalmente, do conceito de autor na conduta de escrever uma carta injuriosa. Chamamos cúmplice ao que coopera com o autor, ao que lhe presta ajuda, e o conceito de cúmplice no direito penal não é distinto do que usamos quando nos referimos aos colaboradores em um prólogo e lhes agradecemos a ajuda. Tampouco aquele que nos incentiva com o conselho oportuno, ou com um oferecimento de dinheiro, para o empreendimento de uma obra, como conceito, se distingue do que nos incentiva a cometer um delito. Aqueles que nos ajudam e os que dirigem nossa vontade a uma empresa qualquer são designados de cúmplice e de instigador, respectivamente, quando se trata de uma empresa criminosa.”

Nesta linha, buscando-se edificar uma base científica ao já naturalmente construído, a doutrina jurídica formou algumas teorias sobre o conceito de autor, que envolve o de partícipe, quais sejam: extensiva; restritiva, que é subdividida em teórico objetivo formal e teórico objetivo material; e, a teoria do domínio do fato.

2.1 Teoria extensiva

A teoria extensiva trata-se de um raciocínio extremamente ligada a questão do nexo de causalidade, pois, trata o autor como todo aquele que, seja qual for a forma de incidência, produz o resultado. Neste sentido, toma-se a pena abstrata, do ponto de vista objetivo, como igual para todos os agentes do concurso.

Em que pese esta teoria não traga distinção conceitual entre autores e partícipes, na medida em que todos são causadores do resultado, isso não quer dizer que não possam ocorrer diferenças na dosimetria de penas dos agentes. Assim, subjetivamente, o *quantum* da aplicação da pena para aquele que não realiza a conduta típica, segundo o raciocínio extensivo, deve ser menor.

A constatação de não trazer diferenças conceituais entre os agentes do concurso, cumulada com a necessidade de se punir de forma atenuada a conduta do agente que não realizou a conduta típica trouxe embaraços práticos relevantes para os adeptos da teoria. Com a problemática, o ideal extensivo passou a se socorrer na chamada teoria subjetiva da participação, buscando uma melhor identificação subjetiva dos sujeitos e atender de forma mais atinente os casos de concursos de pessoas.

Como elucida de forma precisa Jescheck (2009, p. 895), "se autoria e participação não podem distinguir-se objetivamente porque ambas são equivalentes desde um prisma causal, somente resta a possibilidade de buscar a distinção num critério subjetivo."

Assim, a partir do momento em que há a adesão à teoria subjetiva de participação, a teoria extensiva incorpora a ideia de autoria ligada principalmente à vontade do agente. Ou seja, será autor aquele que tem o dolo de autor, enquanto o partícipe será aquele que tem o dolo de participar da infração. Em outras palavras, na teoria extensiva, a vontade do agente no sentido de autoria ou de participação é entendida como critério basilar para a aplicação subjetiva da dosimetria da pena, que deve ser menor para quem tem ânimo de participação:

Nesta perspectiva, Bittencourt (2008, p. 241):

"Por isso, a teoria "extensiva de autor" vem unida à teoria subjetiva da participação, que seria um complemento necessário daquela. Segundo essa teoria, é autor quem realiza uma contribuição causal ao fato, seja qual for seu conteúdo, com "vontade de autor", enquanto é partícipe quem, ao fazê-lo, possui unicamente "vontade de partícipe". O autor quer o fato como "próprio", age com o animus auctoris; o partícipe quer o fato como "alheio", age com animus socii."

Esclarece-se que mesmo com o complemento subjetivo de participação, a teoria extensiva foi amplamente rejeitada no meio jurídico. Isto, pois, acarretou evidentes casos de anomalias jurídicas. Como permitir, ser autor aquele que não tendo realizado a conduta típica quisesse o fato como próprio; bem como, partícipe, aquele que efetivou o comportamento do núcleo do tipo penal, mas desejou o crime como alheio. A lei da verdade é que, o critério da vontade da teoria extensiva é incapaz de enquadrar com razoabilidade as dimensões de coautoria e participação.

Em comprovação a esta ineficácia, Rogério Greco (2012, p. 421):

“Tal distinção pode, em algumas situações, tornar-se equívoca, quando, por exemplo, um matador de aluguel causa a morte da vítima não porque o desejava, mas, sim, porque fora pago para tanto, ou, no caso apontado por Santiago Mir Puig em que o tribunal alemão condenara como cúmplice o agente que causara a morte de um recém-nascido, a pedido da mãe deste último. Como praticara o fato atendendo a uma solicitação da mãe da criança, não queria o fato como próprio, mas, sim como alheio. Em razão do total subjetivismo dessa teoria, não foi condenado a título de autor, mas tão somente de cúmplice. Zaffaroni e Pierangeli nos fornecem outro caso, também julgado por um tribunal alemão, no qual se afirmou que um assassino profissional contratado num país estrangeiro, que fora enviado para matar asilados croatas com pistola de gás venenoso, não era autor, porque não queria o fato como seu, pois o interesse pelo resultado pertencia à potencia que o enviara.”

2.2 Teoria restritiva

A teoria restrita se predispôs a reconhecer desde o primeiro momento a diferença conceitual entre autor e partícipe. Para tanto, aduz que autor é aquele que pratica a conduta descrita no núcleo do tipo penal. E, todos os outros agentes do concurso que auxiliam, independentemente da forma, mas não realizam a conduta narrada pelo verbo do tipo penal, são considerados partícipes.

Diferentemente da teoria extensiva, que se vinculou a teoria subjetiva da participação; a teoria restritiva, de maneira evidente usa de artifícios de conceituação baseados em critérios extremamente objetivos. Neste sentido, a teoria restritiva está atrelada, inegavelmente, a teoria objetiva de participação. Em arremate, tal teoria objetiva possui duas vertentes diferentes, quais sejam: teoria objetivo formal e teoria objetivo material.

A teoria objetivo formal segue a noção propriamente dita da teoria restritiva, ou seja, considera autor aquele que pratica a conduta expressa no tipo, e todos os outros que não o fazem, mas concorrem para a infração penal, são partícipes.

Em estudos a teoria, Jesus (2002) entende que, no caso daquele que concorre para crime, mas não pratica a ação ou omissão do tipo, em princípio deveria ter sua conduta considerada como caso de atipicidade penal. No entanto, a norma de ampliação temporal expressa no artigo 29, caput, do Código Penal, que estabelece: "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.", é o que de fato respalda a teoria objetiva formal e restritiva como um todo no Brasil, tornando possível realmente caracterizar os partícipes como "todos os outros que não incidem no tipo, mas concorrem". Por fim, O autor chega a informar que esta era a teoria adotada pelos tribunais brasileiros até o surgimento da teoria do domínio do fato.

Já a teoria objetivo material, buscando romper com defeitos acarretados pela teoria objetivo formal, complementa a última ao passar a entender que a distinção entre os termos de autor e partícipe deve ser regida de acordo com a maior contribuição do primeiro no resultado da infração penal.

Fato é que, ambas vertentes analisam a conduta de um ponto de vista bastante material, e justamente por isso permitem penalizações de concurso de pessoas de maneira totalmente discrepantes das noções de autoria e participação que foram edificadas naturalmente pelo senso comum.

Sobre o exposto, Rogério Greco (2012, p. 420) elenca a seguinte suposição:

"Assim, suponhamos que A e B, agindo com animus furandi (dolo da subtração), unidos pelo liame subjetivo, resolvam furtar um televisor existente na residência de C. A tem a função de vigiar a porta de entrada da casa, bem como de transportar a res furtiva, enquanto B nela ingressa e efetua a subtração do televisor. Pela teoria objetivo-formal, como foi B quem praticou a conduta descrita no núcleo do tipo do art. 155 do Código Penal (subtrair), somente ele seria considerado autor, sendo A partícipe de um crime de furto, uma vez que, mesmo querendo a subtração, não realizou a conduta descrita no tipo."

Como se não bastassem os diversos casos existentes no mesmo sentido da exemplificação do Procurador de Justiça de Minas Gerais e os demais embaraços práticos possíveis, o problema principal da teoria restrita, tanto na vertente objetiva formal quanto objetiva informal, está em uma escala muito maior. Isto acontece, já que, por exemplo, foi percebido que tal teoria era consideravelmente incapaz de penalizar razoavelmente as

infrações penais quando realizadas na modalidade de autoria hoje denominada de mediata, como também na forma de autoria intelectual.

Em apertada síntese, já que os temas serão expostos de forma ampla no decorrer do artigo, segundo Nucci (2008, p. 358), a autoria mediata “Trata-se de uma modalidade de autoria, ocorrendo quando o agente se vale de pessoa não culpável, ou que atua sem dolo ou culpa, para executar o delito.” Já a chamada autoria intelectual, diz respeito ao agente que sem efetuar comportamento típico, planeja e decide a ação que será executada.

Assim vejamos, na hipótese de um pai que ordena seu filho inimputável a causar danos físicos a terceiro, a teoria restritiva traz o sentido de enquadrar o pai como partícipe, pois não praticou efetivamente o núcleo verbal expresso no título, nem tampouco é vista maior contribuição do pai ao verbo “causar” lesão corporal.

Para compreensão do tocante à autoria intelectual, basta imaginar a figura do personagem Vito Corleone da obra *The Godfather* (1969), produzida por Mario Puzo, em 1969. Este, em regra, não efetuava qualquer núcleo verbal tido como repreensível penalmente. Apenas planejava, decidia a ação que seria executada, e muitas vezes sequer saía de sua residência para tanto. Ora, se o critério meramente objetivo fosse utilizado para a denúncia criminosa do Corleone, jamais este seria visto como autor dos crimes, sendo responsabilizados penalmente então seus capangas.

O que se conclui, é que o uso da teoria restritiva proporciona diversas incongruências no concurso de pessoas, razão esta que, com o tempo tal teoria foi sendo refutada genericamente não só no Brasil, como no mundo.

2.3 Adoção da teoria restritiva pelo código penal brasileiro e sua necessidade de complementação

Como exposto, em que pese as noções conceituais de concurso de pessoas sejam primariamente originadas pelo senso comum, é notável que tanto a teoria extensiva quanto a restritiva possuem graves incapacidades e impossibilidades científicas de asseverar uma fórmula jurídica para os crimes cometidos por diversos agentes.

Frente a este quadro, o Código Penal do Brasil adotou a teoria restritiva, em função que, de fato, entre as duas possibilidades ela é a que abrange um maior número fatível de possibilidade de julgados de maneira razoável. No entanto, isto não significa que a teoria restritiva deve ser interpretada isoladamente. Muito pelo contrário, atualmente, entende-se majoritariamente pela doutrina que esta teoria poderá ser complementada por outras, para que se contemple uma melhor aplicabilidade às vastas possibilidades de

cometimentos de infrações penais existentes no meio social. No mesmo sentido, Jesus (2002, p. 16):

“Nosso Código Penal adotou a teoria restritiva, já que os arts. 29 e 62 fazem distinção entre autor e partícipe. Assim, o art. 62, IV, agrava a pena em relação ao agente que “executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa” (destaques nossos). Quem executa o crime é autor; quem induz, instiga ou auxilia considera-se partícipe. Isso, entretanto, não resolve certos problemas, como o da autoria mediata, em que o sujeito se vale de outrem para cometer o delito. Daí a necessidade de a doutrina socorrer-se da teoria do domínio do fato, que, aliada à restritiva, dá adequação apropriada aos casos concretos.”

Em arremate, foi neste contexto que a Teoria do Domínio do Fato passa a ganhar força na Jurisprudência Brasileira, consolidando-se como a principal teoria complementadora da teoria restritiva de autoria, capaz de propiciar uma interpretação mais próxima do apropriado aos casos concretos, na medida em que soluciona diversas incongruências, apresenta fórmulas mais claras conceituais, e inclusive, tipifica e ramifica diversas possibilidades fáticas de concursos de pessoas antes inexploradas.

3 Teoria do domínio do fato

Compreender a teoria do domínio do fato de forma amplificada se faz possível quando estabelecida a necessidade de percorrer por sua abordagem histórica e conceitual. Assim como também, dos seus usos mais relevantes na história, contribuições didáticas para o Ordenamento Jurídico brasileiro, perspectivas atuais, curiosidades, críticas e elogios.

3.1 Abordagem histórica

A terminologia “domínio do fato” foi usada por diversos autores em diferentes datas, e, sobretudo com significados e interpretações variadas. Esta última característica, inclusive, dificulta a preparação de um apanhado histórico acerca do tema. No entanto, fato é que, a teoria do domínio do fato teve sua alavancada doutrinária mais acentuada após as obras dos juristas alemães Hans Welzel e Claus Roxin, respectivamente. O que demanda, inevitavelmente, um estudo mais direcionado às ilações dos supracitados. Nesse diapasão, Aflen (2014, p. 139) pontifica detalhadamente:

“As expressões “domínio do fato” e “domínio sobre o fato”, como se tem conhecimento a partir dos trabalhos de Schroeder e de Roxin, foram empregadas pela primeira vez no direito penal alemão por Hegler, em 1915, no trabalho intitulado “Die Merkmale des

Verbreches"; logo após, por Bruns, em 1932, no trabalho intitulado "Kritik der Lehre vom Tabestand"; em seguida, por Lobe, em 1933, em seu "Reichs-Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar"; por Berges, em 1934, no trabalho intitulado "Der gegenwärtige Stand der Lehre vom dolosen Werkzeug in Wissenschaft und Rechtsprechung"; por von Weber, em 1935, no trabalho intitulado "Zum Aufbau des Strafrechtssystems" e por Eb. Schmidt, em 1936, no trabalho intitulado "Die militärische Straftat und ihr Täter". Todavia, como adverte Roxin, "os pontos de partida dogmáticos que levaram ao desenvolvimento da ideia de domínio do fato são muito diferentes". Daí a dificuldade em se proporcionar um histórico dogmático de tal teoria, de modo que seu avanço em direção a uma concepção predominante acaba necessariamente por se reportar a Welzel."

Cumulativamente, assevera-se que a teoria do domínio do fato tem seu ápice histórico de construção teórica e uso em um contexto de julgamentos dos crimes nazistas, após Segunda Guerra Mundial. Ainda, destacadamente, foi utilizado na Argentina a fim de condenar o alto comando da ditadura militar ocorrida entre 1966 e 1973 no país; e, no Peru, contra o ex-presidente Fujimori, em razão de crimes de corrupção e sequestro. Ademais, no Brasil, sua maior notoriedade midiática adveio com o julgamento da ação Penal 470, também veiculada com o nome de "Mensalão", com réus filiados ao Partido dos Trabalhadores (PT). Por fim, é citável que, atualmente, o Tribunal Penal Internacional reconhece o uso da teoria.

3.2 Teoria do domínio do fato em Welzel e em Roxin

Em abandono as especulações escritas até então, Welzel procurou elaborar uma teoria do domínio do fato com critérios mais bens definidos e por assim dizer mais robusta. Para tanto, o autor alemão desenvolve a ideia do finalismo, esta que rompe claramente com toda a ideologia exacerbadamente apegada ao nexos causal (sistema causal-naturalista de Liszt-Beling) difundida até então.

Nessa perspectiva, em sinopse, segundo o finalismo a ação não deve ser atrelada primordialmente ao nexos causal, e deve ser sim à finalidade do agente, sob pena de não contemplação da realidade do fato concreto. Em outras palavras, a adequação da conduta do agente ao que foi previsto pelo tipo penal, para os finalistas, só será realizada de maneira adequada quando for analisado o fim da ação.

Em termos práticos, o finalismo causa bastante impacto à estrutura do crime, pois transporta a análise de dolo e culpa do aspecto "culpabilidade" para "conduta", e, como

supracitado, consagra-se como peça ideológica básica para desenvolvimento de diversas outras teorias do direito penal. Nas palavras de Welzel (1987, p. 39):

“Ação humana é exercício de atividade final. A ação é, por isso, acontecer ‘final’, não somente ‘causal’. A finalidade ou o caráter final da ação se baseia em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua atividade, conforme o seu plano, a consecução desses fins. Em virtude de seu saber causal prévio, pode dirigir os distintos atos de suas atividades de tal modo que oriente o acontecer causal exterior a um fim e assim o determine finalmente. Atividade final é um agir orientado conscientemente ao fim, enquanto que o acontecer causal não está dirigido ao fim, senão que é a resultante dos componentes causais existentes em cada caso. Por isso a finalidade é – dita em forma gráfica – vidente, a causalidade, cega.”

Nesse sentido, uma das teorias que se baseou no finalismo foi justamente a teoria do domínio do fato do próprio Welzel, formulada em 1939. Isto, pois, foi o arcabouço ideológico de ação final que permitiu o autor alemão elaborar o pensamento basilar de que, já que o autor é o senhor sobre a decisão e sobre a execução de sua vontade final, o mesmo possui o domínio final do fato.

No contexto, a teoria do domínio do fato de Welzel claramente consegue trazer importantes construções teóricas acerca da diferenciação de termos como partícipes e autoria no concurso de pessoas, na medida em que determina a ideia de domínio final do fato como principal fator de diferenciação entre os conceitos.

Em resumo, Welzel entende que a autoria depende de dois pressupostos: pessoais e fáticos. Sendo que, os pessoais são subdivididos em objetivos e subjetivos. Valendo-se dessa égide, é considerado pressuposto pessoal objetivo a posição especial de dever de autor, como por exemplo, a posição de funcionário público, militar, médico. Já o pressuposto pessoal subjetivo diz respeito às intenções especiais, sentimento, tendências subjetivas do agente. Por fim, o pressuposto fático é, finalmente, o domínio final do fato, ou seja, a ideia que o autor é o senhor sobre a decisão e sobre a execução de sua vontade final. Em complementação, Busato (2017, p.103):

“Assim, para WELZEL, possui o domínio do fato quem é o senhor sobre sua decisão e execução e com isso o senhor sobre seu ato, o qual ele realiza de forma conscientemente final em sua essência e existência. No entanto, considerou que o domínio final do fato (finale Tatherrschaft) não seria o único critério necessário para determinar a autoria. Isso porque, segundo WELZEL, o conteúdo socialmente

relevante da autoria dependeria, ainda, de outros momentos pessoais do autor, a saber, os pressupostos objetivos e o momento subjetivo da autoria, como, por exemplo, a intenção de se apropriar. Segundo o referido autor, somente quando estes pressupostos existissem, o autor possuiria o mais amplo domínio (não meramente final, senão também) social.”

Ademais, constatado o fato que Welzel e Roxin são os principais teóricos internacionais desenvolvedores da ideia do domínio do fato, muitos juristas acabam por confundir suas teorias ou imaginar que Roxin simplesmente aprimora a concepção welzeliana, o que não é verdade.

Destarte, Claus Roxin leva sua concepção da temática ao público no ano de 1963, com a publicação da obra *Täterschaft und Tatherrschaft* (“Autoria e Domínio do Fato no Direito Penal”), e, esta se consubstancia como uma fundamentação extremamente nova e original, que por muitas vezes, confronta claramente com a perspectiva de Welzel. Inclusive, esclarece-se que Roxin aduziu que sua teoria foi construída devido ao rechaço à concepção meramente finalista da teoria do domínio do fato, que para o mesmo se mostrava de forma vaga e pouco explicativa das questões de concurso de pessoas. Dessa forma, Aflen (2014, p. 140) chega a direcionar a crítica aos juristas brasileiros:

“É fundamental, então, ter em vista que a teoria de Roxin não consistiu em um simples aprimoramento da concepção de Welzel, mas sim, em uma construção absolutamente nova e original, de modo que a doutrina brasileira deveria ter se preocupado em identificar sistematicamente as diferenciações teóricas e práticas de ambas as teorias, a fim de fornecer subsídios para a sua aplicação jurisdicional no âmbito nacional.”

Com detalhes, Roxin basicamente fundamenta sua teoria com base na percepção que o domínio do fato é critério suficiente para determinar a autoria, o que desde logo contradita seu precedente teórico, isto, pois, quebra com o fundamento de necessidade de verificação dos pressupostos pessoais welzelianos. Assim, Roxin assevera que é autor simplesmente quem domina o fato, ou seja, quem aparece como figura central, a figura chave na realização da conduta delitiva, por meio de sua influência decisiva para o acontecimento.

As diferenças não se encerram nessa comparação, enquanto Welzel por entender que o conceito de domínio do fato é um pressuposto fático da autoria, não traz distinções entre espécies ou formas de domínio do fato, limitando-se a reconhecer a existência das modalidades de autoria direta, autoria mediata e coautoria; Roxin é o responsável pela

tripartição teórica do domínio do fato, que é amplamente citada em doutrinas jurídicas, quais sejam: domínio da ação, domínio funcional e domínio da vontade, que, correspondem, respectivamente, à autoria direta, à coautoria e à autoria mediata. Na grafia do próprio Roxin (1994, p. 335):

“Com o propósito de preencher este conceito da espécie de cláusula geral, e, antes de tudo, formal com conteúdo, nós encontramos os critérios do domínio da ação, do domínio da vontade e do domínio do fato funcional, que se apresentam todos os três como formas de um princípio mais abrangente do domínio do fato.”

Em prosseguimento, para Welzel a coautoria se baseia na divisão de papéis em um plano elaborado conjuntamente. Coautoria esta que, cumulativamente deve analisar a existência de uma decisão e execução conjunta dos agentes para se concretizar. Já Roxin entende que, em que pese seja necessário que a coautoria observe a existência de execução baseada em divisão de trabalhos, a mesma deverá também contemplar a tripartição de pressupostos que construiu: a existência de um planejamento conjunto do fato; a execução conjunta do fato, de forma que não é suficiente uma participação na mera preparação (Diferente de Welzel, que entende que o concurso do coautor pode sim consistir em ato preparatório e de apoio); e, prática de uma contribuição essencial à etapa de execução.

É citável por fim que, existe ainda uma considerável diferença teórica entre os autores no que tange a possibilidade da autoria mediata poder ou não poder ocorrer valendo-se de sujeitos inimputáveis.

Nesse liame, no entendimento de Welzel, desde que o autor mediato tenha o domínio integral do fato, é plenamente possível o mesmo se valer de sujeitos puníveis como também de impuníveis, usando-os como instrumentos de execução. Para este autor alemão, o que não poderia ocorrer em hipótese alguma é o sujeito usado como instrumento passar a ter o domínio pleno do fato, pois, visivelmente, aquele que a princípio estava por trás da ação passaria a ser mero indutor ou instigador.

Já Claus Roxin, ao seu turno elucida que, já que autoria mediata falta uma conduta por parte do homem de trás, o domínio do fato só poderá ser baseado no efetivo poder de conduzir a vontade de terceiro. E, a manifestação deste poder só é imaginável em casos de uso de um indivíduo que não atua livremente. Em outras palavras, este autor limita a consideração de autoria mediata unicamente às hipóteses de uso de inimputáveis pelo autor.

Pelo exposto, frente à relevância dos doutrinadores percussores do conhecimento e suas ilações, torna-se inevitável perceber a diferença que tangencia suas teorias. Até

mesmo porque, essa básica percepção é pressuposto para esmiuçar o conhecimento do tema de forma amplificada e crítica.

3.3 Discussão da possibilidade de aplicabilidade da teoria do domínio do fato na interpretação do concurso de pessoas do código penal brasileiro

Realizada a explanação da sinopse do que a teoria do domínio do fato significa para os principais doutrinadores internacionais da temática, surge a discussão acerca da possibilidade de aplicabilidade da teoria na interpretação do concurso de pessoas do código penal brasileiro. Vejamos.

Ab initio, destaca-se que em regra a inclusão de uma teoria criada por um ordenamento jurídico em outro ordenamento jurídico diverso é inegavelmente uma tarefa que demanda um trato especial. E, mesmo que se tenha este último, muitas vezes não se é possível escapar de determinadas incongruências, interpretações distintas, pequenas incompatibilidades.

Isto acontece, pois, os doutrinadores de normas de direito interno legislam com base em seus próprios ordenamentos jurídicos. E por assim ser, suas ideias estão ligadas aos princípios e normas gerais do ordenamento jurídico que foi usado de base para construção intelectual. Acontece que, não raro, as normas, costumes e princípios valorados pela nação que virá a importar teorias estrangeiras podem ser completamente diferentes do Estado matriz, e assim, de fato, é inevitável que este contexto gere ao menos certas dubiedades ou aplicações jurisdicionais desvirtuadas, distintas no sistema do importador teórico. Nesse sentido, Aflen (2014, p. 139) nomeia a temática supra como desvirtuamento de concepções teórico-dogmáticas, pela qual se posiciona com uma postura crítica:

“No entanto, este último aspecto, qual seja, o desvirtuamento de concepções teórico-dogmáticas pelas práxis jurisdicional – embora não seja uma peculiaridade brasileira – é acentuado pelo fato de a doutrina penal brasileira – salvo raras exceções – manifestar um déficit de identidade, pois digere concepções dogmáticas estrangeiras, muitas vezes, de forma irrefletida e apartada do seu contexto. Isso se reverte em uma certa incongruência sistêmica, facilmente identificável nos manuais; ao mesmo tempo, porém, acaba por transferir à práxis jurisdicional o difícil encargo de concretizar tais concepções teóricas, de modo que seu desvirtuamento é consequências inevitável.”

Acontece que, em que pese a robustez lógica na problemática da importação de concepções estrangeiras, é também latente que em um mundo globalizado, menosprezar o aparato internacional ou criar embaraços desnecessários para seu uso, é sem sombra de

dúvidas, uma alternativa jurídica desarrazoada para uma nação que busca um crescimento intelectual jurídico capaz de atender as demandas das lides que lhe são postas da maneira mais atinente ao respeito dos princípios humanos.

Ao tratar da globalização inclusive, Milton Santos (2006, online) proclamou no meio midiático que “nunca na história da humanidade houve condições técnicas e científicas tão adequadas a construir o mundo da dignidade humana.”. O que ratifica que, o direito também, pode sim ser edificado sob uma perspectiva de aprendizado internacional. Em termos práticos, a criação de embaraços exacerbados para o uso e interpretações de ideias doutrinárias estrangeiras é, na verdade, um retrocesso intelectual.

De certo que, o uso de teorias estrangeiras requer uma maior atenção para o jurista e doutrinador brasileiro, mas tal necessidade precisa sim ser enfrentada, pois só assim, será plenamente possível a importação equilibrada (sem exageros desnecessários) de ideologias construídas internacionalmente. Servindo o conhecimento adquirido como complementação das nossas teorias, ter-se-á um direito garantidor de direitos e garantias.

Pois bem, adianta-se que, parte minoritária da doutrina, em alguns casos, fundamenta suas críticas a respeito do uso da teoria do domínio do fato no ordenamento brasileiro justamente por meio de criação de embaraços desnecessários, entendendo que a importação da teoria do domínio do fato só seria possível caso o sistema penal brasileiro possuísse diversas das características particulares do direito penal alemão. Quando o que se mostra coerente é que, a alternativa mais razoável em casos tais é um equilíbrio nas importações doutrinárias.

Assim, compreendido que realmente existe um processo árduo e argumentações no mínimo compreensíveis para ambos os lados, tanto as fundamentações contrárias quanto os entendimentos pela possibilidade da aplicabilidade da teoria do domínio do fato no código penal brasileiro serão expostos nos próximos subitens.

3.3.1 Principais argumentos contrários

Indiscutivelmente, o posicionamento contrário mais difundido no meio jurídico no que tange à aplicabilidade da teoria do domínio do fato na interpretação do concurso de pessoas do código penal do Brasil reside na ideia de que existe uma absoluta incompatibilidade entre os códigos penais da Alemanha e do Brasil. Em miúdos, enquanto o legislador penal brasileiro faz opção por um sistema unitário, a teoria do domínio do fato foi elaborada para incidir em um sistema diferenciador, qual seja, o código penal alemão. Dessa maneira, segundo os críticos, é visível a total impossibilidade de aproximação teórica, que, se feita, seria capaz de gerar preocupantes distorções no direito das privações de liberdade.

A fim de esclarecer a temática, faz-se necessário da forma mais breve possível conceituar as diferenças básicas existentes entre as teorias de normatização do concurso de pessoas, sendo estas, a unitária, a pluralista e a dualista. Nesse diapasão, a teoria unitária, traz a ideia de que o delito executado graças ao concurso de pessoas não se fraciona em uma série de crimes distintos, na verdade permanece único e indivisível. Nesses termos, entende-se por parte considerável da doutrina que tal teoria é a adotada no Brasil em razão da ilação do artigo 29, do Código penal, que esclarece: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.”. Nesse sentido, Mirabete e Frabbrini (2011, p. 212):

“Segundo a concepção tradicional de teoria monista, unitária ou igualitária, o crime, ainda quando tenha sido praticado em concurso de várias pessoas, permanece único e indivisível. (...) Essa posição foi adotada pelo Código Penal de 1940 ao determinar no art. 29 que “quem, de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a este cominada”.”

Já a teoria pluralista assevera que, haveria tantas infrações penais quantos fossem o número de autores e partícipes. Ao passo que, a teoria dualista, também denominada como diferenciadora e por assim dizer, adotada no ordenamento jurídico alemão, distingue o crime praticado pelos autores daqueles praticados pelos partícipes.

Em retomada, agora percebida a questão detalhada, Busato e Cavagnari (2017, p. 120) em estudos aos trabalhos de Pablo Rodrigo Aflen da Silva, ratificam o a crítica acima exposta:

“SILVA assinala que não há como transpor a teoria do domínio do fato de ROXIN ao plano brasileiro, devido à sua absoluta incompatibilidade com a ordem jurídica vigente e com a opção do legislador brasileiro por um sistema unitário funcional. Segundo o autor, a impossibilidade se dá por duas razões: (i) porque o próprio ROXIN não só rechaça categoricamente a adoção de um sistema unitário, como esclarece que desenvolve sua teoria sobre o pilar do sistema diferenciador; e (ii) porque a concepção de domínio do fato (tanto de WELZEL quando de ROXIN) está assentada no absoluto rechaço a premissas causais-naturalistas, as quais, diferentemente, são o pilar de sustentação do sistema unitário.”

Ademais, os críticos defendem amplamente também que a importação teórica da teoria do domínio do fato, em específico, ocorre de maneira bastante desapegada ao rigor metodológico que a mesma exige. Fundamentam assim que, a doutrina brasileira de

maneira não rara embaraça conceitos de Welzel e Roxin, entendendo-os como ideais cumulativas, e, no entanto, como já exposto, são antagônicas, se analisadas em um ponto de vista rigoroso intelectual. Nessa feita, misturam conceitos, ideias, quando segundo a crítica, deveriam ao menos escolher qual das duas teorias distintas seria a base de sua argumentação. Nessa perspectiva, inclusive, Bombardelli (2014, p. 53) alerta: "(...) pode-se perceber que, caso se "misture" as concepções de Welzel e de Roxin, pode-se chegar a uma teratía doutrinária cuja amplitude de delimitação de autoria é difícil de divisar."

De fato, não é raro perceber doutrinadores brasileiros, por exemplo, partirem de uma abordagem finalista da teoria do domínio do fato de Welzel e acabar por misturar com conceitos como domínio da ação, domínio funcional e domínio da vontade, que são conceitos próprios da teoria distinta de Roxin. Ou mesmo, doutrinadores que partem de uma abordagem da teoria do domínio do fato nos moldes de Roxin e acabem por considerar a possibilidade de autoria mediata com uso de terceiros imputáveis. Tal percepção exige a citação da extensa análise exemplificativa de Aflen (2014, p. 142):

"O esclarecimento de tais diferenças, por ora, já são suficientes para identificar os principais equívocos cometidos pela doutrina brasileira. Assim, por exemplo, Batista comete inúmeras falhas, pois designa a teoria do domínio do fato de "critério... final-objetivo" e refere ter sido "elaborada por Welzel, e mais tarde por Gallas e Maurach", bem como ressalta que, atualmente, "conta com o endosso, entre outros, de Roxin...". Quanto a isso seria suficiente ressaltar que Roxin afirmou ser sua teoria construída a partir do rechaço à concepção finalista, de modo que Batista já estaria incorreto em sua afirmação (não há "endosso" por parte de Roxin). Porém, tratar-se-ia de uma crítica limitada, sobretudo, em face de equívocos maiores cometidos pelo jurista brasileiro, a saber: refere Batista que "é autor direto aquele que tem o... domínio da ação... pela pessoal e dolosa realização da conduta típica", com isso, o jurista brasileiro faz referência à categoria desenvolvida por Roxin, qual seja, o *domínio da ação*, porém, prossegue afirmando que "o domínio do fato (na forma de domínio da ação) é apenas o elemento geral do autor..., ao qual se deverão agregar, como ensina Welzel, os elementos especiais da autoria". Evidentemente, trata-se de uma confusão inaceitável, uma vez que o jurista brasileiro funde duas concepções que não podem ser fundidas. Como já referido, para Roxin, o de domínio do fato é critério suficiente para determinar a autoria enquanto, para Welzel, é critério complementar. A incongruência, no entanto, é corroborada a partir da análise elaborada por Batista acerca da coautoria, pois afirma que o "fundamento dessa (co-) autoria reside também no domínio do fato,

especializado agora naquilo que Roxin chamou de *domínio funcional do fato* e, logo após, ressalta que “a co-autoria se sujeita a duas exigências: a comum resolução para o fato e a comum (sob divisão de trabalho) realização dessa resolução”, os quais são delineados por Welzel. Trata-se de uma absoluta contradição, pois Roxin, diferentemente de Welzel, estabelece três pressupostos para a coautoria, a saber: 1) a existência de um planejamento conjunto do fato; 2) a execução conjunta do fato, “não sendo suficiente uma participação na preparação”; 3) a prática de uma contribuição essencial à etapa da execução.”

Pelo exposto, admite-se que tais posicionamentos possuem sim base de sustentação argumentativa razoável de inteligência, no entanto, a análise do contraditório, como em toda formação de opinião, urge se tornar presente.

3.3.2 Prevalência dos argumentos positivos

Em contraposição aos argumentos dos doutrinadores que entendem pela total incompatibilidade de adoção de teoria oriunda de um sistema diferenciador (teoria alemã do domínio do fato) para um sistema brasileiro regido pela teoria unitária, faz-se necessário esmiuçar primeiramente algumas das normas do ordenamento jurídico brasileiro. Vejamos a grafia *ipsis litteris* dos artigos 29, *caput* e §1º, bem como o artigo 31, todos do código penal:

“Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.”

O que se percebe com a leitura dos citados é que, em que pese a princípio o código penal tenha adotado um sistema normativo unitário, já que os crimes ainda quando tenham sido praticados em concurso de pessoas, permanecem com tipos únicos e indivisíveis; o mesmo traz diversas terminologias consideravelmente vagas, que acabam por remontar a ideia de necessidade de diferenciação entre autores e partícipes, própria da teoria dualista.

Em outras palavras, as expressões “de qualquer modo”, “na medida de sua culpabilidade”, “participação de menor importância”, “o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio”, se analisadas sob uma perspectiva normativa penal unicamente

monista, nada mais seriam do que termos incompreensíveis, vagos, regados por um alarmante indeterminismo.

Nesse sentido, interpreta-se que determinadas normas do direito penal, como as transcritas, não se ajustam perfeitamente nem em um sistema unitário nem como também em um sistema diferenciador. Por consequência, parte considerável da doutrina brasileira passa a considerar que o Código Penal adotou a teoria monista de forma matizada ou temperada. De maneira lúcida, Greco (2012, p. 418):

“Embora o Código Penal tenha adotado como regra a teoria monista ou unitária, na verdade, como bem salientou Cezar Bitencourt “os parágrafos do art. 29 aproximaram a teoria monista da teoria dualista ao determinar a punibilidade diferenciada da participação”, razão pela qual Luiz Regis Prado aduz que o Código Penal adotou a teoria monista de forma “matizada ou temperada”.”

Realizadas as explanações, querendo ou não, o código penal na forma como foi estabelecido foi completamente indutor da ideia de possibilidade de se executar o direito normativo penal unitário valendo-se de diferenciação entre as modalidades de autoria e participação. Na verdade, a norma não só deixa claro isto, como acaba por obrigar aos operadores do direito, até mesmo os contrários, a realizarem a diferenciação, requerendo naturalmente para tanto, fundamentos e argumentos. Sobre a temática, Batista (2008, p. 54) conclui de forma crítica que: “(...) só nos resta a tentativa de, a partir dos dispositivos do código e de seus princípios fundamentais, empreender uma reconstrução dogmática extremamente dificultada pela pobreza da lei.”

Complementando o exposto, Busato e Cavagnari (2017, p. 122):

“O Código possui um conjunto de normas que não se ajusta concretamente nem a um sistema diferenciador, nem a um sistema unitário. De qualquer sorte, são estas as normas que existem e que cabe interpretar. Não é possível negar a existência das regras ou ignorá-las quando se pretende resolver os problemas concretos de concurso de pessoas. (...) As regras não podem ser desprezadas como tais, simplesmente porque considerar-se vedado utilizar um modelo teórico fechado. Gostemos ou não, o nosso legislador fez essa diferenciação. Vamos ignorá-lo porque as regras não correspondem ao sistema unitário? A regra está lá. E deve ser obedecida.”

Realmente, a regra está lá e deve ser obedecida. E, inegavelmente, a única forma plausível de seu fiel cumprimento é a consideração do código penal como um sistema unitário temperado. Uma vez que, pensar a problemática atrelada à idealização de

realização de uma ampla reforma que vá dirimir as incongruências teóricas que uma norma acaba por naturalmente acarretar, ou simplesmente negar os termos legais, não aparenta, ao menos por enquanto, ser opções razoáveis para atender as lides da sociedade, que simplesmente não aguardam a “boa hora”.

Visto isso, a indagação passa a ser, se a teoria do domínio do fato é, entre as outras ideologias de conceituação de autoria, coautoria e participação, a que melhor responde as necessidades de interpretação legal de concurso de pessoas no Brasil.

Em que pese o país canarinho tenha adotado a teoria restritiva para tanto, como visto no teor do artigo, tanto a teoria extensiva quanto a teoria restritiva possuem graves falhas em seus ditames. E, foi justamente isto que alavancou a movimentação doutrinária em direção à possibilidade de se aplicar a teoria do domínio do fato como forma de complementação a teoria restritiva do Brasil. De maneira sensata, Busato e Cavagnari (2017, p. 124) se posicionam:

“O fato é que o conjunto de critérios para a distinção de autores e partícipes que apresenta a teoria do domínio do fato, ainda que tenham sido criados em um sistema diferenciador, produzem resultados melhores do que o conjunto de critérios de uma teoria objetivo-formal ou por uma teoria subjetiva, quando aplicados para a interpretação do conjunto de normas do Código Penal brasileiro acerca do concurso de pessoas.”

Sem sombra de dúvidas, a veracidade da temática reside na constatação que, a teoria restritiva por si só é alarmantemente incapaz de gerir com precisão as diversas possibilidades de concurso de pessoas. E visivelmente, ainda que a teoria do domínio do fato tenha sido elaborada em um contexto de sistema diferenciador, e por assim ser, é natural que gere incongruências na ordem normativa brasileira, ela contempla de maneira muito mais satisfatória a delimitação de conceitos como autoria, coautoria e participação exigíveis na atuação jurídica penal.

Assim sendo, esta percepção levou a jurisprudência pátria majoritária a considerar como positiva a aplicação da teoria do domínio do fato no país canarinho como forma de complementação à teoria restritiva previamente adotada. Referencialmente, cita-se também que, Nilo Batista (1979) foi o primeiro doutrinador a conceber a teoria desta forma no Brasil, por meio de sua obra “Concurso de Agentes”.

Em desfecho, é de se destacar que Busato e Cavagnari (2017, p. 129) em argumentação que converge com o todo exposto, asseveram que, não admitir o uso da teoria alemã como legítimo suporte ideológico ao sistema unitário temperado brasileiro,

seria superestimar a mera dogmática a um patamar imodificável, impenetrável, que em nada se assemelha a promoção de resultados justos no concurso de pessoas. Estes que são melhor alcançados por meio do domínio do fato. Em citação literal:

“Postura contrária equivale a elevar tais critérios a um patamar sacrossanto e intocável tratando a dogmática com os postulados de ciência, em sentido de ciência natural, dotada de uma verdade intrínseca e convertendo-a em centro gravitacional do sistema penal. É preciso reduzir a pretensão dos juristas. (...) A dogmática deve ser funcional para isto e para produzir um mínimo de segurança nas decisões acerca da imputação e nada mais. No momento em que a dogmática, ensimesmada, deixar de promover os resultados mais justos possíveis, será ela, e não as normas que ela pretende interpretar, aquela fadada a desaparecer.”

Superado a primeira crítica, muitos doutrinadores contestam também o fato dos juristas brasileiros confundirem as teorias de Welzel e Roxin, por de forma equivocada interpretá-las como complementares, sendo que as duas são distintas. No entanto, em realidade, as doutrinas de Welzel e Roxin podem sim ser razoavelmente adaptadas, modificadas e por vezes até cumuladas para serem aplicadas no Brasil.

Isto acontece por uma razão lógica, os ordenamentos jurídicos em que a teoria foi criada e será transportada, bem como suas respectivas teorias normativas penais e costumes são completamente diferentes. Se amparar em crítica desse gênero é, dolosamente, criar embaraços desnecessários para uma evolução intelectual globalizada. Pois, se for necessário que ambos os ordenamentos sejam perfeitamente iguais, para que se possa introduzir a teoria estrangeira exatamente igual ao expresso por determinado autor, praticamente nenhuma teoria poderá sofrer o intercambio espacial.

Por exemplo, se a teoria do domínio do fato na perspectiva de Welzel realmente tivesse que ser transportada para o Brasil, sem nenhuma alteração na sua ideia base, sem se socorrer por vezes em concepções de Roxin, esse transporte nunca aconteceria, em razão das dissemelhanças, das incongruências. E, o sistema brasileiro até hoje estaria à mercê da limitada teoria restritiva no que se refere ao concurso de pessoas. Ou seja, ver a questão doutrinária com um rigor intelectual exacerbado, embora possa parecer, não é contribuir com a doutrinação intelectual; é sim, tornar o crescimento intelectual jurídico internacional morto.

Não o bastante, é compreensível também que ao se transportar uma teoria realizada com base em um ordenamento distinto, em uma língua diferente, alguns equívocos venham a se manifestar.

Assim, uma possível alternativa para todas as discussões postas no capítulo seria a criação de uma doutrina baseada na teoria alemã, no entanto, o direito urge por soluções ao presente. Aliás, a ideia de se criar uma nova teoria, com a devida discussão que se requer, em nada traz garantia de que a mesma seria justa e sem maiores contestações. Enquanto não acontece, a teoria do domínio do fato é sim justificadamente vigente.

Por todo exposto, é inegável o acerto da majoritária doutrina brasileira ao comportar a teoria do domínio do fato no ordenamento jurídico pátrio, como forma de complementação a sua teoria normativa restritiva. Em que pese realmente exista disparidades, equívocos em interpretações, ambiguidades, todos esses fatores são empecilhos naturais do crescimento internacional intelectual, que não só podem ser combatidos e minorados com a incidência de devidas e necessárias adaptações doutrinárias, como também se transformam em questões menores quando comparadas com a necessidade de se interpretar o concurso de pessoas da forma razoável, justa e garantidora de direitos.

3.4 Teoria do domínio do fato segundo a doutrina brasileira

Embora muitas vezes o operador do direito pátrio não se dê conta, excetuados os casos de delitos de violação de dever, crimes omissivos e crimes especiais, onde o ordenamento jurídico brasileiro possui regras próprias recortadas da teoria do domínio do fato, possivelmente tudo ou grande parte do que ele aprendeu a respeito do concurso de pessoas, isto é, conceitos, denominações, tipificações, só lhes foi passado em razão da existência da teoria do domínio do fato. Isto porque, como explicitado, a doutrina brasileira majoritariamente entende a mesma como principal pilar complementador ideológico da teoria restritiva no Brasil.

Com detalhes, mesmo com o esforço que será feito, conceituar a teoria do domínio do fato, sob a perspectiva adotada no Brasil, não é uma fórmula fechada, pois, o que se constata é que, a ideia do que é domínio do fato torna-se efetivamente nítida não em conceitos breves, mas sim nas verificações de lides, das circunstâncias. Este é o pensamento do jurista argentino Bacigalupo (1974, p. 119):

“O domínio do fato é um conceito regulativo (Roxin-henckel); não é um conceito onde é possível dar uma fórmula fechada, senão que depende das circunstâncias totais do fato mesmo. Somente na presença de todas as circunstâncias se pode estabelecer quem ‘dominou o fato’, quem é o que ‘tem as rédeas dos fatos’; ou bem quem é o que pode decidir que o fato chegará à consumação, o qual geralmente é correlativo de quem pode decidir se o fato continua ou

se desiste dele; o que possui o manejo dos fatos e o leva a sua realização, é autor; o que simplesmente colabora, sem ter poderes decisória a respeito da consumação do fato, é partícipe.”

Assim sendo, cumpre salientar que considerável parcela de juristas canarinhos compreende a teoria do domínio do fato como uma teoria que comunga os aspectos do conceito extensivo de autor (subjetivos) e os aspectos do conceito restritivo de autor (objetivos), podendo, desta feita, ser denominada também como objetivo-subjetivo. Ideia esta, que nada impede que a teoria do domínio do fato se solidifique como complementadora de uma teoria restritiva.

Em sinopse, a teoria do domínio do fato pátria reside na ideia principal que o domínio do fato é um atributo essencial ao autor, pois, em razão de ser o senhor de sua conduta, o mesmo é capaz de decidir se irá até o fim com a infração penal. Dessa forma, em caso de concursos de pessoas em que não é vislumbrável este domínio, o agente será tido como mero partícipe. Ou, se não forem atendidos os requisitos de concussão de pessoas no ato de infrações, e por assim dizer, principalmente o liame subjetivo, é possível que, inclusive, o agente executor do tipo seja tipo como não culpável.

Ademais, em regra, no concurso de pessoas, a teoria do domínio do fato brasileira adota a ideia de que é necessária uma divisão de tarefas na execução da infração penal. Pois, estabelecendo qual parte do crime foi atribuída para cada agente, é possível saber, individualmente, se cada sujeito será considerado como coautor ou partícipe. Na medida em que, será verificado se o agente possui o domínio funcional de sua parte, e, se ele é imprescindível ou não para realização do todo.

Nesse sentido, vejamos trechos conceituais de alguns dos principais doutrinadores do país. Segundo Greco (2012, p. 422):

“A teoria do domínio do fato é considera objetivo-subjetivo. Aquele que realiza a conduta descrita no núcleo do tipo penal tem o poder de decidir se irá até o fim com o plano criminoso, ou em virtude de seu domínio sobre o fato, isto é, em razão de ser o senhor de sua conduta, pode deixar de lado a empreitada criminoso. (...) A teoria do domínio do fato, adotada por grande número de doutrinadores, resolve o problema com argumentos das teorias objetiva e subjetiva, acrescentando, ainda um dado extremamente importante, qual seja a chamada divisão de tarefas. Quando nos referimos ao domínio do fato, não estamos querendo dizer que o agente deve ter o poder de evitar a prática da infração penal a qualquer custo, mas, sim, que, com relação à parte do plano criminoso que lhe foi atribuída, sobre esta deverá ter o domínio funcional. O domínio será, portanto, sobre as

funções que lhe foram confiadas e que tem uma importância fundamental no cometimento da infração penal.”

Para Bittencourt (2008, p. 422):

“Nem uma teoria puramente objetiva nem outra puramente subjetiva são adequadas para fundamentar a essência da autoria e fazer, ao mesmo tempo, a delimitação correta entre autoria e participação. A teoria do domínio do fato, partindo do conceito restritivo de autor, tem a pretensão de sintetizar os aspectos objetivos e subjetivos, impondo-se como uma teoria objetivo-subjetiva. Embora o domínio do fato suponha um controle final, "aspecto subjetivo", não requer somente a finalidade, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato. Autor, segundo essa teoria, é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato. E não só o que executa a ação típica, como também aquele que se utiliza de outrem, como instrumento, para a execução da infração penal (autoria mediata). Como ensina Welzel, "a conformação do fato mediante a vontade de realização que dirige de forma planejada é o que transforma o autor em senhor do fato". Porém, como afirma Jescheck, não só a vontade de realização resulta decisiva para a autoria, mas também a importância material da parte que cada interveniente assume no fato.”

Por sua vez, Pierangeli e Zaffaroni (2011, p. 577):

“Possui o domínio do fato quem detém em suas mãos o curso, o "se" e o "como" do fato, podendo decidir preponderantemente a seu respeito; dito mais brevemente, o que tem o poder de decisão sobre a configuração central do fato (SAMSON). Este critério exige sempre uma valoração que deve ser concretizada frente a cada tipo e a cada forma concreta de materializar uma conduta típica. Não pode ter fundamento em critérios puramente objetivos nem puramente subjetivos, mas abarca ambos os aspectos e requer uma concretização no caso efetivamente dado.”

Ainda, Nilo Batista (1979, p. 77):

“Só pode interessar como coautor quem detenha o domínio (funcional) do fato; desprovida deste atributo, a figura cooperativa poderá situar-se na esfera da participação (instigação ou

cumplicidade). O domínio funcional do fato não se subordina à execução pessoal da conduta típica ou de fragmento desta, nem deve ser pesquisado na linha de uma divisão aritmética de um domínio "integral" do fato, do qual tocaria a cada coautor certa fração. Considerando-se o fato concreto, tal como se desenrola, o coautor tem reais interferências sobre o 'se' e o seu 'como'; apenas, a finalisticamente conduzir o sucesso. Pode-se entretanto afirmar com Roxin que cada coautor tem a sorte do fato total em suas mãos, 'através de sua função específica na execução do sucesso total, porque se recusasse sua própria colaboração faria fracassar o fato."

Ao seu turno, cumpre delimitar que a teoria do domínio do fato cumulada com o conceito restritivo de autor no Brasil acaba por impedir indiscutivelmente sua aplicabilidade aos delitos culposos. Vejamos que, somente nas modalidades dolosas se pode falar em domínio final do fato, pois, os delitos culposos caracterizam-se justamente pela perda desse domínio.

Por fim, compreender melhor como o domínio do fato é versado na literatura pátria requer também a explanação, resumidamente, de partes do tema concurso de pessoas. Isso é possível, já que os principais doutrinadores tendem a convergir em muitos desses aspectos em suas ilações.

3.4.1 Principais espécies de autoria e a participação em face do domínio do fato no Brasil

3.4.1.1 Autoria direta e indireta

Entende-se como autor o sujeito que executa diretamente a conduta descrita pelo núcleo do tipo penal, por possuir o domínio do seu fato, o domínio de sua ação. Essa simples forma de autoria é denominada como direta, imediata ou propriamente dita. Entretanto, há casos em que o sujeito se vale de outra pessoa, que lhe serve como instrumento para a prática da infração penal. Já nestes, há o que se entende na doutrina como autoria indireta ou mediata.

Nesse sentido, se esclarece que, mesmo que na autoria mediata o fato concreto ocorra de maneira totalmente diversa, ainda assim é requisito basilar da mesma que o sujeito que usa terceiro como instrumento detenha o domínio do fato na situação, sob pena de descaracterizar sua condição de autoria no concurso, passando-se a configurá-lo como partícipe.

Segundo Greco (2012, p. 426):

“Nosso Código Penal prevê expressamente quatro casos de autoria mediata, a saber: a) erro determinado por terceiro (art. 20, §2º, do CP); b) coação moral irresistível (art. 22, primeira parte, do CP); c) obediência hierárquica (art. 22, segunda parte, do CP); d) caso de instrumento impunível em virtude de condição ou qualidade pessoal (art. 62, III, segunda parte, do CP). Além dessas hipóteses, pode ocorrer, ainda, a autoria mediata quando o autor se vale de interposta pessoa que não pratica qualquer comportamento – doloso ou culposos – em virtude da presença de uma causa de exclusão da ação, como ocorre nas situações de força irresistível do homem e no estado de inconsciência.”

3.4.1.2 Autoria intelectual

Considera-se como autor intelectual a figura do sujeito inteligente do concurso de pessoas, que em razão de suas características, elabora o plano criminoso, seus detalhes. Nesse sentido, aferindo maior reprovabilidade a tal especificidade, o Código Penal em seu artigo 62 se manifesta: “A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes”.

Complementa-se que, existe a possibilidade do autor intelectual não possuir nenhuma função executiva no plano do crime por ele pensado, possivelmente não sair nem mesmo de sua residência, no entanto, ainda assim, justamente em razão da teoria do domínio do fato, continuará sendo considerado autor.

3.4.1.3 Coautoria

A coautoria é, sem rodeios, autoria. A particularidade da coautoria está no fato de que, nela a autoria está atrelada a uma perspectiva de diversas pessoas, unidas pelo vínculo subjetivo, praticarem uma mesma infração penal. Em outras palavras, coautor se difere da autoria, por corresponder à hipótese de dois ou vários autores, unidos e combinados do ponto de vista doutrinário, executarem a mesma infração. Nesses casos, pode-se dizer que existem coautores a responder legalmente pela infração penal.

Como já citado, sob os ditames de parcela considerável dos doutrinadores da teoria do domínio do fato brasileira, a divisão de tarefas é requisito essencial para caracterização da coautoria. E por assim ser, enquanto o autor é aquele que possui o domínio do fato por ser o senhor de suas decisões; os coautores, por estarem imersos em uma realidade de concursos de agentes, são aqueles que detêm o domínio funcional dos fatos.

Destarte, entende-se configurado este domínio funcional do fato quando, um dos diversos agentes do concurso possui participação importante e necessária ao cometimento da infração, e, também detém o domínio da parcela de funções que lhe foi confiada para a efetivação ou tentativa da infração penal. Ou seja, no domínio funcional dos fatos, não se exige do agente um domínio completo da ação realizada em grupo, mas apenas das tarefas que lhe foram atribuídas individualmente para que fosse possível a consecução final do fato.

Em conclusão ao exposto, Mirabete e Fabbrini (2011, p. 217) consideram que: “A coautoria é, em última análise, a própria autoria. Funda-se ela sobre o princípio da divisão do trabalho; cada autor colabora com sua parte no fato, a parte dos demais, na totalidade do delito e por isso, responde pelo todo.”.

3.4.1.4 Participação

Ab initio, cumpre elucidar que a palavra participação possui duas denotações diferentes, sendo uma destas a mais comum, no entanto, o sentido que se busca empregar há de ser identificado de acordo com o contexto de sua atualização. É o que explica Ramos (1996, p. 61):

“O vocábulo partícipe pode ser empregado no sentido amplo, para significar, indistintamente, todos aqueles que participam da realização do crime: é o conceito extensivo de partícipe. Neste sentido, o tempo engloba tanto os autores quanto os partícipes propriamente ditos. Todos são participantes. [...]. Nesse sentido genérico pode-se dizer que participação e concurso são noções equivalentes. Para o efeito de distinguir entre os diversos agentes do crime, no entanto, a palavra partícipe é usada para destacar, dentre todos os agentes, somente aqueles que, embora concorrendo para a prática da infração penal, desempenham atividade diversa da do autor.”

Assim, no que tange ao sentido específico de autor, tem-se que partícipes são os coadjuvantes na história do crime. Uma vez que, um protagonista de uma infração penal pode receber auxílio daqueles que não desenvolvem atividades principais, mas, no entanto, influenciam na prática da infração penal.

Sob uma perspectiva da teoria do domínio do fato, será partícipe justamente aquele agente que influencia na prática da infração penal, mas não chega a ser considerado coautor, por não possuir o requisito do domínio da funcional do fato. À luz do conhecimento, a participação será sempre acessória, dependente de uma atividade principal.

Ademais, cita-se que a participação poderá ser moral ou material. Correspondendo, então, a modalidade moral aos casos de induzimento e instigação. Lado outro, a participação material diz respeito à prestação de auxílios materiais em que se evidencia uma cumplicidade necessária.

Em arremate à temática, Nucci (2009, p. 354) efetivamente consegue resumir com precisão quais são os critérios quanto à punição da participação:

“Para que seja o partícipe punido, impera, no Brasil, a teoria da acessoriedade limitada, ou seja, é preciso apurar que o autor praticou um fato típico e antijurídico, pelo menos, se faltar tipicidade ou ilicitude, não há cabimento em punir o partícipe. Outras teorias existem: acessoriedade extrema, que exige, para a punição do partícipe, tenha a o autor praticado um fato típico, antijurídico e culpável, bem como a acessoriedade mínima, exigindo que o autor tenha praticado apenas um fato típico.”

3.5 Teoria do domínio do fato na jurisprudência do Brasil

Superada a explanação de como a teoria do domínio do fato é compreendida pela doutrina canarina, bem como a discussão a respeito da necessidade e possibilidade da aplicabilidade da mesma no ordenamento jurídico brasileiro, é imprescindível analisar, neste momento, qual a maneira prática que a teoria está sendo veiculada no território nacional, ou seja, como a jurisprudência vem se portando nos processos atinentes ao tema.

Tal afirmação se ratifica com a consideração de que, em se tratando de campo científico, embora a prática tenha por objetivo materializar o plano teórico/ideológico, não muito raro, teorias podem acabar por se diferenciar consideravelmente das suas respectivas execuções. Nesse sentido, cabe justamente a este capítulo do artigo verificar os julgados pátrios, a fim de perceber se existem tais diferenciações, identificar quais as tendências jurídicas, e, destacar os acertos relevantes correspondentes à prática brasileira da teoria do domínio do fato.

3.5.1 Rejeição às interpretações distorcidas da teoria do domínio do fato na AP 470

A jurisprudência mais relevante da teoria do domínio do fato no Brasil, sem sombra de dúvidas, corresponde à Ação Pena 470, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 22 de agosto de 2012. Também denominada pela mídia como “mensalão”, a mesma gerou um alcance midiático assombroso em todo o mundo, principalmente em virtude de

envolver o julgamento de réus representantes do Partido dos Trabalhadores, uma das siglas mais populosas do país. Nesse sentido, não podendo ser diferente, inicia-se pela aludida este estudo prático.

Primeiramente, frisa-se que em função da razão apontada, a AP 470 como um todo causou bastante discussão jurídica não só entre os cidadãos tecnicamente leigos do direito, como também movimentou todo o campo de operadores do direito pátrio, servindo, inclusive, como incentivo para a produção deste artigo.

Com detalhes, foi percebido que parcela relevante dos juristas brasileiros se posicionou contrária à forma como diversos atos jurídicos foram conduzidos pelo STF no “mensalão”, alegando que o julgamento se concretizou como um verdadeiro tribunal de exceção, isto, pois, houve desrespeito a diversos princípios e leis materiais e processuais do país.

Indiscutivelmente, o tópico da Ação Penal 470 que mais foi objeto de críticas pelos juristas do Brasil reside, justamente, na maneira como a teoria do domínio do fato, tema desse artigo, foi utilizada para fundamentar os votos dos ministros da Corte Suprema. Exatamente por isso, a partir daqui, buscaremos analisar as referências à teoria do domínio do fato de alguns desses votos, com o objetivo primordial de elucidar, à luz da matéria, se essas específicas críticas são razoáveis ou não.

Nesse sentido, passemos a conferir como se posicionou no caso o ministro Enrique Ricardo Lewandowski (STF, 2013, online):

“Trata-se de uma tese, embora já antiga, ainda controvertida na doutrina. Não obstante a discussão que se trava em torno dela, muitas vezes é empregada pelo Parquet como uma espécie de panaceia geral, ou seja, de um remédio para todos os males, à míngua do medicamento processual apropriado. No caso de processos criminais em que a produção da prova acusatória se mostre difícil ou até mesmo impossível, essa teoria permite buscar suporte em um raciocínio não raro especulativo com o qual se pretende superar a exigência da produção de evidências concretas para a condenação de alguém. Não quero dizer com isso que tal teoria não tenha espaço em situações especialíssimas, como na hipótese de sofisticadas organizações criminosas, privadas ou estatais. Permito-me destacar, no entanto, por relevante, a criteriosa advertência feita pelo jurista Lenio Streck quanto ao uso abusivo dessa teoria, em artigo recentemente publicado sobre o tema: “(...) Como um mantra, repete-se a teoria do ‘domínio do fato’. Já não se fala de outra coisa. (...) (...) (...) O que me preocupa nisso tudo é a possibilidade de vulgarização de algumas teses. Mais: talvez o mais

importante nesse julgamento não seja 'o caso' do 'inominável', mas o modo como serão julgadas, no futuro, causas semelhantes no restante do Brasil. (...) Mas fixemo-nos no exemplo da tese do Domínio do Fato. Trata-se de uma tese complexa. (...) No plano da cotidianidade das práticas jurídicas, essa tese tem sido citada de soslaio. (...) Mas, com certeza, uma pequena pesquisa nas suas origens pode ajudar na elucidação e na tomada de um cuidado na sua aplicação. Portanto, a pretensão destas reflexões é auxiliar na compreensão da tese. Nada mais do que isso. Vamos lá: sua origem está em Welzel, mas foi Claus Roxin quem deu a ela uma efetiva direção/especificidade. Com certeza, há razões ideológicas sustentando as posições de cada um (Welzel e Roxin), devendo ser levada em conta, ainda, a distância temporal. [...] Em que pesem essas limitações, muitos juristas adotam tal teoria como uma "complementação" à chamada "teoria restritiva" – dominante entre os criminalistas –, em situações excepcionais, extremas, quando se coloca em xeque o próprio Estado de Direito. A mais abalizada doutrina, porém, rejeita quaisquer experimentalismos nesta delicada área da Dogmática Jurídica, qual seja, no Direito Penal, em que estão em jogo as liberdades fundamentais dos cidadãos. [...] O próprio Claus Roxin, autor que criou a citada teoria em 1963, ao proferir aula inaugural na Universidade de Lucerna, na Suíça, em 21 de junho de 2006, manifestou preocupação com o alcance indevido que alguns juristas e certas cortes de justiça, em especial o Supremo Tribunal Federal alemão, estariam dando a ela, especialmente ao estendê-la a delitos econômicos, sem observar que os pressupostos essenciais para sua aplicação – dentre os quais a fungibilidade dos membros da organização delituosa – "existem apenas no injusto do sistema estatal, no 'Estado criminoso dentro do Estado', assim como a Máfia e formas semelhantes de manifestação da criminalidade organizada". Feitas essas considerações, e analisados todos os elementos constantes dos autos, especialmente as condutas descritas na denúncia, chego à inelutável conclusão de que os fatos nela descritos não se revestem da excepcionalidade que o Parquet pretende lhes atribuir, razão pela qual tenho que a dita "teoria do domínio do fato" não comporta aplicação ao caso sob exame."

Por meio da leitura do voto, prontamente, percebe-se que o eminente ministro Lewandowski filia-se a corrente crítica, e por assim ser, contrária à aplicabilidade da teoria do domínio do fato nos autos da Ação Penal 470. Do ponto de vista técnico da matéria, vislumbra-se que sua fundamentação para tanto se mostra condizente ao que

efetivamente se entende por teoria do domínio do fato. Isto porque, acertadamente, o ministro alerta que a teoria aludida jamais pode se confundir com um instrumento capaz de suprimir as necessidades fático-probatórias dos processos penais, ou seja, que especulações disfarçadas sob a ideia de domínio do fato não são passíveis de superar a exigência da demonstração de evidências concretas, pois são estas últimas que respaldam o poder de punir do Estado.

De fato, por meio do que foi estudado a respeito da teoria do domínio do fato, ficou notabilizado que esta se trata uma teoria robusta, que necessita de diversos requisitos para seu fiel e útil enquadramento. Não se justifica, então, o seu uso genérico, de maneira desenfreada, com outros intuitos senão o de enquadrar de forma razoável e garantidora de direitos as peculiaridades dos concursos de pessoas. Em outras palavras, não é legítimo o uso da teoria nos moldes do que Lewandowski denomina de panaceia geral, sob pena de violação a princípios jurídicos, normas constitucionais, e, leis materiais e processuais penais.

A lei da verdade é que, a teoria do domínio do fato, em qualquer uma das suas perceptivas, em Welzel, em Roxin, na forma como ela é adotada e adaptada pela doutrina do Brasil ou mesmo em seu apanhado histórico, não se coaduna em momento algum com a exclusão da produção de provas para condenações. Qualquer interpretação que se valha desta ideia, não traduz o que a teoria representa de fato, mas sim uma completa distorção da matéria, que deve ser rejeitada, rechaçada.

Nesse sentido, Streck (2012, online) sobre a teoria do domínio do fato:

“Ela não revoga, e nem substitui, a questão fulcral da teoria do delito, que é a necessidade de se apurar efetivamente os pressupostos que a engendra(ra)m historicamente. Vejam: o que quero dizer é que a teoria (ou tese) não é aberta “em si”. Ela não foi engendrada para ser uma espécie de “cláusula aberta do Direito Penal”. Tampouco foi construída para ser um “mantra jurídico”. O problema, pois, é que a dogmática jurídica pode vir a transformá-la em uma “tese indeterminada”, algo como uma “teoria que sofre de anemia significativa”.”

Em moldes semelhantes, Filho (2016, n.p.) se manifesta:

“Assim, o que deve ficar claro é que a decisão de aplicar a Teoria do Domínio do Fato não diminui em nada a relatividade das provas testemunhais, como sempre foi no processo penal brasileiro. Para que não se cometam injustiças, em qualquer julgado que envolve reputação e a liberdade de outrem, ao expedir uma sentença o juiz não pode se utilizar apenas de provas subjetivas para formar sua

convicção. (...) Sem elas, qualquer julgado ficará à mercê de opiniões valorativas por convicções ideológicas, pressões, medos e convicções morais – ferindo de morte os princípios da presunção da inocência e da segurança jurídica. (in dubio pro reo).”

Já nas peculiaridades das palavras de Ucha (2016, p. 2):

“Observa-se que a teoria do domínio do fato, nos moldes considerados por Claus Roxin, não permite que a ocupação de um cargo de chefia dentro de uma organização de poder, tal qual fez a Acusação, faça presumido o domínio funcional. Para que essa correlação se demonstre possível, seria necessário não somente a consideração de mais de um autor para os delitos ora imputados, mas também a suficiência probatória das respectivas participações nos atos executórios.”

No sentido das ilações expostas, em retomada ao voto de Lewandowski, uma vez não percebido pelo mesmo a presença de material probatório suficiente a ensejar a condenação dos réus da AP 470, outra atitude senão a inaplicabilidade da teoria do domínio do fato no caso não lhe seria razoável tomar. Pois, como bem frisou, a teoria do domínio do fato não é uma prova em si mesma, mas sim um arcabouço que depende de outros requisitos.

Ademais, o eminente ministro continua com sensatez em suas arguições, esmiuçando questões técnicas da temática, e, clarificando que não buscou com seu voto negar o uso total da teoria, mas sim que ele seja feito em situações realmente necessárias, apenas em moldes cabíveis, evitando-se assim criar uma espécie de jurisprudência infundada aplicável aos casos futuros.

Contrário à posição adotada pelo ministro Lewandowski, o eminente ministro José Celso de Mello Filho (STF, 2013, online) expôs seu voto pela condenação dos réus da AP 470:

“A teoria do domínio do fato, cuja formulação vem sendo progressivamente construída pela doutrina penal, tem um de seus marcos inaugurais situado no período que se segue ao término da Primeira Guerra Mundial, muito embora as reflexões em torno de seu conceito e de sua aplicabilidade tivessem merecido maior aprofundamento a partir de 1939 com Hans Welzel, que buscou desenvolvê-la no contexto da doutrina do finalismo, bem assim com outros autores voltados ao seu estudo (Richard Lange, Hans-Heinrich

Jescheck, Johannes Wessels, Reinhart Maurach, Kai Ambos, “inter alios”), vindo a ser aperfeiçoada, já na década de 1960, por Claus Roxin, cuja obra (“Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal”, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2000), editada em 1963, representa notável avanço científico no trato da tormentosa questão concernente à noção de autoria em Direito Penal, posta em perspectiva e análise com as outras formas de intervenção humana no fenômeno delituoso. O fato relevante, Senhor Presidente, é que a utilização da teoria do domínio do fato já vem sendo examinada, pela doutrina penal brasileira, há algum tempo (NILO BATISTA, “Concurso de Agentes”, 1979, Liber Juris; DAMÁSIO E. DE JESUS, “Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas”, 1999, Saraiva, v.g.), sendo certo, ainda, que a própria jurisprudência dos Tribunais – a desta Suprema Corte, inclusive – não tem sido indiferente a essa construção teórica, mas, ao contrário, vem dela se utilizando em diversos julgados, considerando-a sob diversas perspectivas: (a) a do domínio de ação, (b) a do domínio de vontade, (c) a do domínio funcional e (d) a do domínio das organizações (ou dos aparatos organizados, tanto os aparatos governamentais quanto os aparatos empresariais). 44 Trata-se, em suma, de formulação doutrinária compatível com a organização política de Estados, como o Brasil, revestidos de perfil democrático e cuja aplicabilidade não supõe a ocorrência de situações anômalas ou de exceção, para lembrar, quanto a esse aspecto, observação feita pelo próprio Claus Roxin em sua conhecida monografia, cabendo enfatizar, ainda, por necessário, que essa concepção doutrinária não se coloca em relação de antagonismo com o direito penal da culpabilidade nem elide, porque inadmissível, a presunção constitucional de inocência, inerente ao nosso modelo constitucional.”

Embora na primeira leitura aparente que o ministro Celso de Mello se valeu de uma fundamentação plausível ao contexto, analisando-se cuidadosamente, avista-se que ao referir-se à teoria do domínio do fato em seu voto, em nenhum instante o mesmo aborda quais os motivos e provas específicas que efetivamente levaram à aplicabilidade da mesma no caso concreto.

É bem verdade que toda a explanação feita pelo douto em questão encontra-se fidedigna ao tema, a essa altura não restam dúvidas que a teoria do domínio do fato é amplamente aceita como também cabível no ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, esses fatos por si só não se configuram como motivação justificadora de imputações de infrações penais.

Na hipótese, o que o ministro Celso de Mello fez foi justamente ir de encontro ao todo alertado por seu colega de Corte ministro Lewandowski, isto porque, acabou por usar a teoria do domínio do fato como uma verdadeira panaceia geral.

Sem devaneios, o voto do eminente ministro Celso de Mello concretizou-se inevitavelmente como falho, pois terminou por amparar-se unicamente em meras abordagens generalizadas para aferir condutas criminosas aos réus do processo, na medida em que, não delimitou comprovações indispensáveis à condenação, como também não esclareceu quais os motivos que ensejaram o uso da teoria do domínio do fato na singularidade da lide.

Outro voto também manifestado no sentido da condenação dos réus da AP 470 foi o proferido pela ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa (STF, 2013, online, grifo nosso):

“Uma divisão é indispensável nesse campo, de todo aplicável ao que interessa à presente ação penal, pois há crimes que têm em seu polo ativo vários agentes, caso dos chamados crimes empresariais, em que se utiliza a pessoa jurídica para a ação delituosa. Neste processo, detectam-se as duas hipóteses. Acusam-se, v.g., José Dirceu, José Genoíno e Delúbio Soares por várias condutas típicas. Cada um merece saber o conteúdo dos fatos pelos quais há de responder no juízo penal. E isso foi respeitado na 45 denúncia, especificando e esclarecendo o parquet a imputação feita relativamente a cada um. O mesmo se diga quanto a Marcos Valério e seu grupo. No tocante, porém, ao Banco Rural, a descrição se limitou a dimensionar todos os atos operados por meio da referida instituição financeira, com a presumida decisão de seus administradores responsáveis. [...] Em verdade, a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. Nisso está a ação final. Assim, o que se há de verificar, no caso concreto, é quem detinha o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito. Se a resposta for negativa haverá de concluir-se pela inexistência da autoria. Volta-se ao magistério do uruguaio Raul Cervini: “En ese caso, el ejecutor es un

mero instrumento ciego del hombre de atrás y, entonces parece posible imputar la autoría mediata a éste.” (ob. cit. p. 146) Importante salientar que, nesse estreito âmbito da autoria nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes. Disso resultam duas consequências: a) é viável ao acusado comprovar que inexistia o poder de decisão; b) os subordinados ou auxiliares que aderiram à cadeia causal não sofrem esse juízo que pressupõe uma presunção juris tantum de autoria. Tais considerações são feitas em função da suscitada – e rechaçada – nulidade da denúncia por não individualizar as condutas dos delitos imputados aos dirigentes à testa da empresa, especialmente do Banco Rural. **Ora, se a vontade do homem de trás, sobre quem recai a presunção de autoria do crime, constitui a própria ação final da ação delituosa da empresa, o que se há de descrever na denúncia é como referida empresa desenvolveu suas ações. Basta isso. A autoria presumida do ato é de seus dirigentes. Isso, como se viu, não se aplica aos auxiliares cujo comportamento em nível de colaboração tem de ser esclarecido na peça inicial do acusador.** Na hipótese sub judice, é de clareza meridiana o que a denúncia atribui ao Banco Rural, especificando todo o roteiro das atuações no sentido de desacatar as regras exigíveis no tráfico regular das operações bancárias, de modo a tipificar o crime de gestão fraudulenta. Presumidamente, aos detentores do controle das atividades do Banco Rural, conforme dispõe o ato institucional da pessoa jurídica, há de se imputar a decisão (ação final) do crime. Nessa ação coletiva dos dirigentes é interessante a lição de CLAUS ROXIN sobre a configuração do domínio do fato: “Bajo la influencia de su maestro, JAKOBS, han discutido DERKSEN y LESCH la necesidad de resolución común del hecho de la coautoría. A su juicio, “basta una resolución de ajustarse, por medio de la cual el interviniente que no ejecuta directamente, pero colabora configurando, enlaza su aportación con el obrar del executor”. En la acción conjunta de varias partes del hecho, estos autores llevan a cabo una imputación objetiva en la que no há de atenderse a elementos subjetivos como el de la resolución común del hecho. No cabe compartir este planteamiento, puesto que la “comisión conjunta” requerida por la ley (§ 25.2) presupone un dominio del hecho conjunto y, por tanto, una división del trabajo consciente por ambas partes.” (Autoria y Dominio Del Hecho en Derecho Penal, Ed. Marcial Pons, 2000, Barcelona, p. 733) 46 Essa resolução consciente e conjunta partiu, na espécie, da direção do Banco Rural, como atesta a prova colhida. Não subsiste, pois, o argumento de que omissa a denúncia, a

prejudicar a defesa. Aliás, pelos termos em que vazadas as alegações finais, denunciado algum deixou de saber com exatidão do que estava sendo acusado. A denúncia é clara quanto ao conjunto de fatos dos autores individuais e a responsabilidade pelas ações delituosas empresariais, o que se mostra suficiente ao exercício da ampla defesa.”

Por sua vez, o supracitado, entre os votos da AP 470, talvez seja o que mais traz interpretações distorcidas à concepção da teoria do domínio do fato. Senão vejamos.

Esmiuçando-se, identifica-se que a ministra Rosa Weber interpreta que na teoria do domínio do fato é possível que se recaia uma espécie de “presunção de autoria” ao chamado “homem de trás” da infração penal. Nesse sentido, a douta em foco entendeu que no caso dos autos do “mensalão”, uma vez descrita na denúncia a forma como a empresa desenvolvia suas atividades criminosas, seria fatível presumir que suas respectivas autorias seriam aferíveis aos seus dirigentes. Ainda, em verificação ao mesmo voto, Souto (2015, p. 47) concluiu que a ministra Weber, em sua explanação, se ampara unicamente nas noções de ocupações de cargos dos réus da empresa, à época dos fatos, para enquadrar as respectivas autorias e participações dos réus da AP 470.

Acontece que, as assimilações expressas pela ministra Weber em nada se correlacionam aos ditames da teoria do domínio do fato, esta que jamais versou sobre as presunções de culpabilidade indicadas pela doutora. Inclusive, destaca-se que a ideia de presunção de culpabilidade por si só vai de afronta ao princípio da presunção de inocência, este que a teoria do domínio do fato, na forma como foi elaborada, em total contraponto, se propôs resguardar. Razões pelas quais, por óbvio, faz-se arrematar que o voto da eminente ministra Weber, assim como o do ministro Celso de Mello, terminou por se configurar como uma espécie de mantra jurídico incriminador, imerso em uma imprecisão interpretativa completamente despreocupada com o apego fático probatório que é essencial ao direito penal.

Encerrados os comentários a respeito dos votos, que em sua totalidade acabaram por incriminar os réus do “mensalão”, consuma-se irrefutável que as críticas realizadas por considerável parte dos operadores do direito brasileiro aos votos dos ministros do STF, ao menos no tocante às fundamentações amparadas na teoria do domínio do fato, são bastante razoáveis.

Nesses termos, leia-se a relevante indignação de Ucha (2016, p.2):

“Diante das expostas distorções às quais foi submetida a concepção teórica roxiniana, pode-se evidenciar a existência de motivações sociológicas que transcendem não apenas o puro silogismo jurídico,

mas o comprometimento racional do julgador. Manifestações advindas do STF durante toda a ação penal n°. 470 certificaram a imersão do respectivo julgamento num cenário transbordante de populismo penal, culminando na sobreposição do posicionamento moral e movido à paixão, em detrimento da análise técnica. (...) Neste esmero, é observado que aqueles que se socorrem das lições de Claus Roxin, em muitos casos, têm interesses escusos de ganho de causa e as utilizam erroneamente, diante da alta complexidade teórica que apresentam, em desconhecimento típico sobre sua composição. Portanto, é certo que somente por consequência desta malferida aplicação pode a teoria do domínio do fato ser considerada como o famigerado remédio para todos os males.”

Aliás, a razoabilidade das críticas é tanta que, até mesmo Claus Roxin, um dos criadores da teoria do domínio do fato, se posicionou de forma preocupada com as conotações que sua teoria vinha tomando à época. Coincidentemente, tal manifestação ocorreu em palestra no Brasil, poucos anos após o julgamento do “mensalão”. Assim, segundo notícia de Scocuglia (2014, online):

“O jurista alemão Claus Roxin, criador da teoria do domínio do fato, criticou, nesta segunda-feira (1º/9), em São Paulo, a aplicação que tem sido dada à sua tese. O professor reclamou da interpretação de que a teoria teria sido desenvolvida para tornar mais severas as penas das pessoas que comandam as estruturas políticas. A real proposta, diz Roxin, é punir os responsáveis pelas ordens e as pessoas que as executam em uma estrutura hierarquizada que atue fora da lei.”

Partindo-se para o desfecho do subcapítulo, há de se elucidar que, mesmo que em primeiro momento possa aparentar o contrário, a aplicação da teoria do domínio do fato na AP 470, ainda que tenha ocorrido de maneira lamentável, nem mesmo sob essa característica é capaz de deslegitimar o uso da teoria no Brasil.

A veracidade da problemática supra reside na constatação de que, embora a teoria do domínio do fato tenha sim sofrido inúmeras desaprovações em virtude do “mensalão”, o que se se apercebe é que os votos incriminadores proferidos pelos ministros da Corte Suprema brasileira, sob o fundamento da teoria deste artigo, nada mais se configuram do que meras interpretações distorcidas da matéria, que em nada a coaduna.

Ou seja, considerar a teoria do domínio do fato como legítima mesmo em detrimento da existência da AP 470, não significa que se busca contraditar a ideia de que objetivos políticos, influências de populismo penal, presunções de culpabilidade e parcialidades de julgadores, são incompatíveis com a efetivação jurisdicional brasileira

asseguradora de princípios do direito; Mas sim que, essas anomalias não estão presentes na aplicabilidade da teoria do domínio do fato em si, senão nas suas aludidas interpretações distorcidas, estas que devem ser o verdadeiro objeto de rejeição, repúdio, a ser rechaçado pelos operadores do direito na discussão atinente ao uso do termo domínio do fato no judiciário tupiniquim.

3.5.2 Julgados recentes

Não obstante as fundamentações dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal na AP 470 tenham se materializado como de imprecisão técnica alarmante no condizente ao uso da teoria do domínio do fato; Em caráter de surpresa, felizmente, é perceptível que os entendimentos desta específica jurisprudência não estão sendo reproduzidos nos últimos julgados brasileiros. Configuração esta que inclusive, cita-se, aparenta ser uma tendência jurisprudencial geral.

Nessa perspectiva, por meio de uma postura madura que impressiona, frente ao risco de se reeditar erroneamente o antecedente do “mensalão”, aduz-se que a jurisprudência pátria vem tratando a teoria do domínio do fato, em regra, de forma bastante razoável. Pois, em um número considerável de casos concretos, não é vislumbrável uma diferença relevante entre a aplicação teórica e os ditames que foram estabelecidos pela doutrina brasileira em relação ao tema, como também, estão sendo dispensadas quaisquer referências às interpretações distorcidas da AP 470. Claro que, esta afirmação é tomada sob a análise de uma estimativa de números relevantes de processos, ou seja, não se busca com ela excluir os descompassos que ainda são existentes em determinadas lides.

No contexto, percebe-se que até mesmo o próprio STF vem decidindo por não manter as distorções que restou por criar no caso “mensalão”, acabando assim por, inevitavelmente, dar respaldo às alegações daqueles que afirmam que o processo dos réus do Partido dos Trabalhadores tratou-se de um julgamento político em real caráter de exceção.

Nesse diapasão, mencionemos que em total contraponto ao seu precedente já explanado, o STF recentemente entendeu que a mera posição de um agente de escala hierárquica ou tão somente conjecturas sob o fundamento de aplicação da teoria do domínio do fato, não são suficientes para demonstrar ou reforçar o dolo da conduta. Nesses termos:

“PENAL. PROCESSO PENAL. AÇÃO PENAL. APELAÇÃO. EX-GOVERNADOR. ATUAL DEPUTADO FEDERAL. DENÚNCIA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA. INOCORRÊNCIA. CONFORMIDADE COM O ART. 41 DO

CPP. CONDENAÇÃO POR FATOS NÃO NARRADOS NA EXORDIAL ACUSATÓRIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. RECONHECIMENTO DE NULIDADE ABSOLUTA, QUE SE IMPÕE. MATÉRIA DE MÉRITO. CRIME DE DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO, LOCUPLETAMENTO ILÍCITO DECORRENTE DE DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO E PECULATO-DESVIO. CONSTATAÇÃO DE SOBREPREÇO E DIVERGÊNCIA DE QUANTITATIVOS. MATERIALIDADE COMPROVADA. AUTORIA NÃO DEMONSTRADA. PROVA DOCUMENTAL INSUFICIENTE. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. INAPLICABILIDADE. A MERA POSIÇÃO DE UM AGENTE NA ESCALA HIERÁRQUICA É INSUFICIENTE PARA, DE FORMA ISOLADA, COMPROVAR A AUTORIA DELITIVA. ABSOLVIÇÃO. 1. Não é inepta a denúncia que, em respeito ao art. 41 do Código de Processo Penal, descreve o fato imputado ao réu com todas as circunstâncias que possibilitem a individualização da conduta e o exercício da ampla defesa. Precedentes. 2. Deve-se reconhecer a nulidade absoluta de sentença que, em descompasso com os limites traçados pela exordial acusatória, condena o réu por fatos não narrados na denúncia. A sentença incongruente padece de vício irremediável, na medida em que compromete as garantias de direito de defesa, devido processo legal e ainda usurpa o monopólio da ação penal, concedido constitucionalmente ao Ministério Público. Precedentes. 3. Não são enquadráveis como notórios, ao ponto de prescindir de maior substrato probatório, fatos que demandam tarefa intelectual do autor para serem compreendidos e aceitos, como é o caso de irregularidades relacionadas a complexo procedimento licitatório. **5. Deve ser refutada imputação centrada, unicamente, na posição de um dado agente na escala hierárquica governamental, por inegável afinidade com o Direito Penal Objetivo.** **6. Não se admite a invocação da teoria do domínio do fato com vistas a solucionar problemas de debilidade probatória ou a fim de arrefecer os rigores para a caracterização do dolo delitivo, pois tais propósitos estão dissociados da finalidade precípua do instituto.** **7. Não tendo o órgão acusatório se desincumbido do ônus probatório, de forma necessária e suficiente, e não tendo logrado demonstrar, de modo conclusivo, a autoria delitiva, a absolvição é medida que se impõe.** 8. Apelação provida, a fim de, preliminarmente, declarar a nulidade parcial da sentença condenatória, por afronta ao princípio da correlação, e no mérito, absolver o réu, por ausência de provas de ter concorrido para o delito

(art. 386, V, do CPP). (STF, 2018, on-line, grifo nosso, sublinhado nosso).”

Em prosseguimento, na mesma perspectiva diversa à antiga posição da ação que envolvia os réus do “mensalão”, a Corte Suprema determinou que a denúncia do direito penal deve apresentar, suficiente e adequadamente, a conduta atribuível a cada um dos agentes, de modo a possibilitar a identificação do papel desempenhado pelos denunciados na estrutura dos crimes. Isto porque, esta é indispensável para o correto uso da teoria do domínio do fato. Vejamos:

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. WRIT SUBSTITUTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ADMISSIBILIDADE. CRIME SOCIETÁRIO. DENÚNCIA GENÉRICA FUNDAMENTADA NA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO: ACUSAÇÃO INÉPTA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. I - Embora o presente habeas corpus tenha sido impetrado em substituição a recurso extraordinário, esta Segunda Turma não opõe óbice ao seu conhecimento. **II – A denúncia que se ampara em mera conjectura inviabiliza a compreensão da acusação e, por conseguinte, o exercício da ampla defesa. III - As atividades da indigitada empresa de telefonia não estão direcionadas à prática de ilícitos, por isso, inaplicável a teoria do domínio do fato como fundamento único a embasar a acusação.** IV – Ordem de habeas corpus concedida. (STF, 2017, on-line, grifo nosso, sublinhado nosso).”

Ao seu turno, o Superior Tribunal de Justiça seguiu a mesma ótica recente do STF, de completa amnésia à incriminação dos réus AP 470, e ratificou de forma louvável a necessidade do revolvimento da matéria fático probatória para o enquadramento da teoria do domínio do fato às lides. *Ipsis litteris*:

“HABEAS CORPUS Nº 308.225 - SC (2014/0282391-0) RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ IMPETRANTE: LINDIANA BRANCO DZIACHAN ADVOGADO: LINDIANA BRANCO DZIACHAN IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA PACIENTE: RAFAEL BETTONI DOS SANTOS (PRESO) ADVOGADO: LINDIANA BRANCO DZIACHAN DECISÃO RAFAEL BETTONI DOS SANTOS, paciente neste habeas corpus, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pela 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Apelação Criminal n. 2011.062766-6).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 18 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 3º, in fine, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal. A impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a conduta praticada pelo paciente não configura latrocínio tentado, porquanto "a infração resultou, nada mais, nada menos, do que em lesões leves" (fl. 5). Alega que, embora o Ministério Público tenha pleiteado, em sede de alegações finais, a condenação do paciente pelo delito previsto no art. 157, § 3º, primeira parte, do Código Penal, pugnou, nas razões da apelação, pela alteração da condenação para o crime descrito no art. 157, § 3º, segunda parte, em inobservância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, visto que o paciente se defendeu, tão somente, do delito de tentativa de roubo qualificado por lesões. Pondera que "O juiz de primeiro grau, que era quem estava mais próximo das provas e dos fatos, entendeu que era necessária a condenação pelo delito previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II c/c art. 14, II, ambos do Código Penal. Como justificar, então, uma condenação posterior pelo delito de tentativa de latrocínio?" (fl. 10). Destaca que o paciente não quis, em nenhum momento, o resultado naturalístico causado, tendo em vista que se evadiu do local antes mesmo que o fato ocorresse, de modo que houve "ruptura do nexo biopsicológico" (fl. 27). Assim, considera que a reprimenda aplicada ao paciente não obedeceu ao disposto no art. 29, § 2º, do Código Penal (cooperação dolosamente distinta), em violação ao princípio constitucional da individualização da pena. Enfatiza que a redução da pena pela tentativa deve ser efetivada a partir da análise do iter criminis, o que não aconteceu no presente caso, porque "antes mesmo de ocorrer a suposta 'tentativa de latrocínio' (...), o paciente já havia desistido de consumir a subtração" (fl. 19). Nesse contexto, aduz que a reprimenda do paciente deveria ser reduzida na fração máxima de 2/3, e não em 1/3, como procedido pelas instâncias ordinárias. Por fim, salienta que não é cabível a aplicação da teoria do domínio do fato, pois "o domínio sequer restou demonstrado, quando deveria ser efetivamente provado" (fl. 25). Requer, liminarmente e no mérito, seja: a) cassado o acórdão impugnado (Apelação Criminal n. 2011.062766-6) e, conseqüentemente, seja restabelecida a sentença de primeiro grau; b) reconhecida a figura da desistência voluntária, prevista no art. 15 do Código Penal; c) aplicado o disposto no art. 29, § 2º, do Código Penal; d) reduzida a reprimenda, em razão da tentativa, no patamar máximo de 2/3; e) desclassificado

o delito atribuído ao paciente para o crime de tentativa de roubo qualificado por lesões graves. Decido. Da análise dos autos, ao menos em um juízo de cognição sumária, não vislumbro manifesto constrangimento ilegal a ensejar o deferimento da medida de urgência. No que tange à alegação de que o paciente não poderia ter sido condenado pelo crime de latrocínio tentado, verifico que a Corte estadual salientou que "o fato de os apelantes não terem participado diretamente do ataque à vítima não tem o condão de eximi-los da responsabilidade pelo crime, porquanto, em face da norma de extensão do art. 29 do Código Penal, todos são igualmente responsáveis, sendo irrelevante a execução direta ou indireta do delito, pois a conduta deles se revestiu de relevante papel para o evento lesivo" (fl. 145). **Na ocasião, destacou que "uma vez que os apelantes deram cobertura à ação de Ângelo, inclusive com Jeyson portando uma arma de fogo, resta demonstrado que detinham completo domínio do fato criminoso, podendo, segundo a conhecida teoria de Welzel, aprimorada por Claus Roxin, serem considerados coautores do delito, ainda que não tenham diretamente praticado o verbo nuclear do tipo penal" (fls. 145-146, grifei). Tais elementos evidenciam, à primeira vista, que o paciente efetivamente tinha o domínio funcional do fato, o que afasta a plausibilidade jurídica do direito tido como violado. Ademais, é imperioso salientar que a análise sobre o adequado enquadramento da conduta do paciente ao tipo legalmente previsto demanda, inevitavelmente, revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento que, conforme cediço, é vedado na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária.** Quanto às demais matérias aqui suscitadas, entendo que se confundem com o próprio mérito da impetração, razão pela qual deverão ser analisadas em momento oportuno pelo órgão colegiado, quando serão minuciosamente examinados os fundamentos embasadores da pretensão. À vista do exposto, indefiro a liminar. Estando devidamente instruídos os autos, dispensei a solicitação de informações à autoridade apontada como coatora. Encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal para manifestação. Publique-se. Brasília (DF), 13 de novembro de 2014. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ Relator. (STJ, 2014, on-line, grifo nosso, sublinhado nosso)."

Ademais, em consonância ao que vem realizando as supracitadas Cortes Superiores em seus julgados recentes, complementa-se que outros tribunais vêm adotando conceitos da teoria do domínio do fato de maneira bastante acertada em seus processos. Como exemplo, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na apelação criminal a que segue, amparou expressamente sua decisão no conceito de coautoria e em outras explanações oriundas da teoria em foco. Nas linhas:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. ART. 299 DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. LEI Nº 8.137/90, ART. 1º, I. PRESCRIÇÃO NÃO OCORRIDA. NULIDADE NÃO VERIFICADA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. Ausência de interesse recursal dos apelantes José Batista e João Bosco do Nascimento, tendo em vista a extinção da punibilidade declarada em favor de José Batista em face do reconhecimento da prescrição, e a absolvição o réu João Bosco com fundamento no art. 386, IV, do Código de Processo Penal. 2. In casu, ocorreu a prescrição da pretensão punitiva estatal no tocante ao crime tipificado no art. 299 do Código Penal, nos termos dos artigos 109, IV, 110, §§ 1º e 2º (nos termos da redação anterior à Lei nº 12.234/10) e 114, II, todos do Código Penal. Entre a data do fato e a do recebimento da denúncia transcorreu lapso superior a 08 (oito) anos. Reconhecida extinta a punibilidade do réu Francisco Eli do Nascimento em relação ao mencionado delito com fundamento no art. 107, IV, do Código de Processo Penal. 3. No delito de sonegação fiscal considera-se como termo inicial para a contagem da prescrição a data da constituição definitiva do crédito tributário. Considerando-se que no presente caso a constituição definitiva do crédito ocorreu em 04/08/2004 (cf.doc. De fl.593 - Apenso), não há que se falar em prescrição, uma vez que não se vislumbra o transcurso do lapso prescricional entre os marcos interruptivos. 4. Não há que se falar em nulidade por violação ao disposto no art. 155 do Código de Processo Penal. A responsabilidade penal do acusado Francisco Eli foi apurada mediante o cotejo das provas documentais colhidas no procedimento administrativo fiscal, que foram devidamente submetidas ao crivo do contraditório, bem assim das provas testemunhais e do depoimento do réu colhidas em juízo. 5. A materialidade e a autoria do tipo penal previsto no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90 restaram suficientemente demonstradas nos autos. 6. O dolo do tipo previsto no art. 1º, inciso I da Lei nº 8.137/90 é o genérico, que consiste na vontade livre e consciente do agente de

suprimir ou de reduzir tributo, mediante a omissão - igualmente dolosa - de informação ou prestação de declaração falsa à autoridade fazendária. O delito em exame é de ação múltipla ou de conteúdo variado, de tal sorte que as condutas arroladas nos incisos do art. 1º, da Lei 8.137/1990 não constituem, de per si, figuras delitivas autônomas, são apenas condutas de crime contra a ordem tributária que se subsumem nos verbos "suprimir ou reduzir", que constituem o núcleo do tipo (TRF 4, Apelação Criminal 9504262341 RS, Primeira Turma, julgado em 05/11/96, Rel. Juiz Gilson Dipp). **7. O conjunto probatório revela, ainda, a presença do elemento subjetivo do tipo - o dolo, consistente na vontade livre e consciente do réu em praticar o delito que lhe foi imputado na denúncia. O acusado era o responsável pela gestão da empresa e tinha o domínio pleno quanto à prática dos atos relativos a sua administração, inclusive daqueles atinentes ao recolhimento dos tributos. 8. Segundo a teoria do domínio final do fato, deve ser responsabilizado o réu ou réus que detêm o domínio da prática do fato; isto é, aquele detém em suas mãos o curso, o 'se' e o 'como' do fato, podendo decidir, preponderantemente, a seu respeito; dito mais brevemente, o que tem o poder de decisão sobre a configuração central do fato.** 9. Mantida a v. sentença apelada em relação à dosimetria da pena. Vê-se que a pena-base foi fixada em montante pouco superior ao mínimo legal, em virtude da violação negativa da culpabilidade, considerando o expressivo montante que o réu deixou de recolher aos cofres públicos com sua conduta. O aumento da pena pela continuidade delitiva no patamar máximo foi devidamente justificado pelo período de quatro anos em que o acusado praticou os delitos. 10. Apelações dos acusados José Batista e João Bosco do Nascimento não conhecidas. 11. Apelação do réu Francisco Eli do Nascimento parcialmente provida. (TRF-1, 2016, on-line, grifo nosso, sublinhado nosso)."

Em arremate, também precisamente, o Tribunal de Justiça da Bahia asseverou ainda que o comportamento do autor, segundo a teoria do domínio do fato, não pode ser dispensável para a concretização ou tentativa da conduta delitiva, sob pena de descaracterização de sua autoria. Literalmente:

"APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, I E II, DO CP)– CONDENAÇÃO DO RÉU EM 05 (CINCO) ANOS E 07 (SETE) MESES DE RECLUSÃO, ALÉM DE 59 (CINQUENTA E NOVE) DIAS

MULTA. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA - PLEITO DE ABSOLVIÇÃO - COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - INVIABILIDADE. EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS - IMPOSSIBILIDADE. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA - NÃO CONFIGURAÇÃO. PENA REDUZIDA, DE OFÍCIO, PARA 05 (CINCO) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO. RECURSO DESPROVIDO. 1- Autoria e materialidade comprovadas. A alegação de que o Apelante foi coagido a participar do delito, além de estar isolada das demais provas, não é suficiente para constituir a coação moral irresistível, visto que o Réu, que a alega, deveria demonstrar efetivamente de que forma restou impossibilitado de agir de modo diverso. 2. A prova coligida aos autos demonstra que houve ação ativa de ambos os agentes, com divisão de tarefas, pois enquanto um permanecia com o revólver ameaçando a vítima, o outro recolhia os pertences do mercadinho. Logo, não há como acolher a pretensão defensiva de desclassificar o delito para sua forma simples. **3- De acordo com a teoria do domínio do fato, recepcionada pelo nosso ordenamento jurídico, considera-se autor não somente aquele que realiza a conduta típica, mas também aquele que, por meio de formas de participação, pratica comportamento sem o qual a consumação não teria ocorrido. No caso sub examine, impossível a configuração da participação de menor importância, pois restou evidenciada a participação direta do Apelante na ação delitiva, que deslocou-se juntamente com seu comparsa até o estabelecimento comercial, e utilizando do emprego de arma de fogo, renderam o operador de caixa e subtraíram os pertences.** 4- Considerando que a fração do aumento de pena utilizada na terceira fase de dosimetria - 2/5 (dois quintos), se deu exclusivamente com base no número de majorantes, em total afronta a Súmula 443, do STJ, impõe-se a sua redução para 1/3 (um terço), tornando-a definitiva em 05 (cinco) anos e 04 (meses) de reclusão, em regime inicial semiaberto. Pena pecuniária de 59 (cinquenta e nove) dias multa, no valor mínimo legal - mantida em virtude da impossibilidade da reformatio in pejus. 5- Efetivada a detração da pena, nos mesmos moldes que restou consignado na sentença, resta ao apelante 04 (quatro) anos e 19 (dezenove) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. PENA REDIMENSIONADA, DE OFÍCIO. (TJ-BA, 2017, on-line, grifo nosso, sublinhado nosso)."

A discussão acerca da possibilidade de aplicabilidade da teoria do domínio do fato na compreensão do concurso de pessoas do código penal brasileiro, como também a análise de como a mesma vem sendo compreendida e utilizada no Brasil, como na lide da AP 470, não só foi de suma importância para uma postura crítica deste autor, como se mostra essencial para a construção de um direito penal compreendido como legítimo pela sociedade.

Com esta artigo, que conseguiu obter interessantes respostas ao que se propôs no pleito introdutório, não se buscou esgotar as discussões atinentes à aludida discussão, mas tão somente contribuir cientificamente com aspectos técnicos e práticos ao tema, que, deve sim ser bastante explorado ainda por outros autores.

Nesse sentido, pelo estudo ficou comprovado que, em pese os argumentos contrários sejam relevantes, existe uma clara prevalência dos argumentos favoráveis à aplicabilidade da teoria do domínio do fato no ordenamento jurídico do Brasil, pois, a mesma, ainda que tenha sido construída sob a perspectiva de um sistema jurídico distinto e internacional, é a que melhor contempla a resolução das lides judiciais pátrias de forma justa, e, delimita com precisão necessárias terminologias ao concurso de pessoas, sem com isso suprimir quaisquer direitos garantidos pela Constituição e leis do país tupiniquim.

No que tange à questão prática, vislumbrou-se que a jurisprudência brasileira recente vem ratificando a legitimação da incidência da teoria no país, uma vez que efetivamente está por aplicá-la de forma bastante condizente aos ditames pelos quais a doutrina pátria interpretou a teoria do domínio do fato, e, às particularidades das lides.

Ademais, em que pese tenha-se notabilizado que as fundamentações dos votos dos ministros do STF na AP 470 tenham sido imersas em uma alarmante imprecisão técnica, concluiu-se que, nem mesmo esta jurisprudência específica é capaz de deslegitimar a aplicabilidade da teoria do domínio do fato no Brasil. Isto porque, foi comprovado que os votos da Suprema Corte nos autos do denominado “mensalão” na verdade são interpretações distorcidas da teoria, que em nada a representa, ou contribuem para o direito.

Por assim ser, reside justamente em tais interpretações distorcidas o verdadeiro objeto de rejeição, a ser rechaçado pelos operadores do direito brasileiro. Não a teoria do domínio do fato em si, que se mostra como instrumento elementar na garantia de uma prestação jurisdicional plena, atinente à realidade, cumpridora de seu papel social, e, plenamente possível de se configurar nos tribunais brasileiros.

Referências

AFLEN, P. R. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira: considerações sobre a APN 470 do STF. **Revista eletrônica de direito penal AIDP-GP**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 138-164, dez. 2014.

BACIGALUPO, Enrique. **Lineamentos de la teoría del delito**. Buenos Aires: Astrea, 1974.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. Rio de Janeiro. Liber Juris, 1979.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: volume 1: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOMBARDELLI, P. **Domínio do fato em Welzel e em Roxin**: critérios de conceito restritivo de autoria. 2014. 125 f. Monografia (Bacharelado de Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2014.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vade mecum Saraiva**: OAB e concursos. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUSATO, P.C; CAVAGNARI, R. A teoria do domínio do fato e o código penal brasil. **Delictae**, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 83-132, jan.-jun. 2017.

FILHO, J. A. da S. **O sujeito oculto do crime?** Considerações sobre a teoria do domínio do fato. São Paulo: Editora Verbatim, 2016. E-Book. ISBN: 978-85-8399-034-5. Disponível em: < <https://ler.amazon.com.br/?asin=B01LY0IYDY>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 14. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: estudos e pareceres. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

JESUS, Damásio E. de. **Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MILTON Santos, Encontro com. Direção e Produção de Silvio Tendler. Rio de Janeiro: Caliban Produções, 2006. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=-UUB5DW_mn>. Acesso em: 22 abr. 2018.

MIRABETE, J. F; FABBRINI, R. N. **Manual de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do CP. 27. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PIERANGELI, J. H; ZAFFARONI, E. R. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1: parte geral. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PUZO, Mario. **The godfather**. New York: GP Putnam's Sons, 1969.

RAMOS, B. V. **Do concurso de pessoas**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ROXIN, Claus. **Täterschaft und tatherrschaft**. 6. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, 1994.

SARAMAGO, José. **O homem duplicado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

SCOCUGLIA, L. **Claus Roxin critica aplicação atual da teoria do domínio do fato**. São Paulo, Brasil. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-set-01/claus-roxin-critica-aplicacao-atual-teoria-dominio-fato>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

SOUTO, R. F. R. **Da aplicação da teoria do domínio do fato em face à deficiência do conjunto probatório na ação penal 470 julgado pelo pretório excelso**. 2015. 54 f. Monografia (Bacharelado em direito) – Fundação Universidade Federal de Rondônia, Cacoal, RO, 2015.

STF, Segunda Turma. AÇÃO PENAL: AP 975 AL. Relator: Ministro Edson Fachin. DJ: 03/10/2017. **STF**, 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AP+975%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y76wpoyo>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

STF, Segunda Turma. HARBEAS CORPUS: HC 136250 PE. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 23/05/2017. **STF**, 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+136250%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ycl7fsgx>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

STF. AÇÃO PENAL: AP 470 MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ: 22/08/2012. **STF**, 2013. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em 15 abr. 2018>. Acesso em: 15 abr. 2018.

STJ. HARBEAS CORPUS: HC 308225 SC 2014/0282391-0. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. DJ: 18/11/2014. **Jusbrasil**, 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152384959/habeas-corpus-hc-308225-sc-2014-0282391-0/decisao-monocratica-152384979>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

STRECK, L L. **O mensalão e o "domínio do fato — tipo ponderação"**. Revista Consutor Jurídico, ISSN 1809-2829. São Paulo, 6 ago. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-ago-06/lenio-streck-mensalao-dominio-fato-algo-tipo-ponderacao>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

TJ-BA, Primeira Turma. APELAÇÃO CRIMINAL: APL 00000074620168050218 0000007-46.2016.8.05.0218. Relator: Aracy Lima Borges. DJ: 01/11/2017. **Jusbrasil**, 2017. Disponível em: <<https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/516859233/apelacao-apl-74620168050218/inteiro-teor-516859326>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

TRF-1, Quarta Turma. APELAÇÃO CRIMINAL: APR 00002880320084013815 0000288-03.2008.4.01.3815. Relator: Juiz Federal Henrique Gouveia da Cunha. DJ: 19/09/2016. **Jusbrasil**, 2016. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/393495837/apelacao-criminal-apr-2880320084013815-0000288-0320084013815>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

UCHA, L G. **O Supremo Tribunal Federal e a teoria do domínio do fato**: retomada técnica da Ação Penal 470. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4723, 6 jun. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49207>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução de Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Pérez. Chile: Jurídica de Chile. 1987.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 76 DA LEI Nº 9.099/1995 NO QUE TANGE AO MOMENTO DE OFERECIMENTO DO BENEFÍCIO DA TRANSAÇÃO PENAL

MARCOS TAUMATURGO DE OLIVEIRA:
Bacharelado em Direito pelo Centro universitário
UNA.

GUSTAVO FARIA SILVA¹⁵³

(coautor)

VIRGÍLIO QUEIROZ

(orientador)

RESUMO: O presente tema tem grande relevância, por se tratar de benefício exposto na constituição federal, e, à vista disso, trataremos de conceitualizar e caracterizar a transação penal, as suas competências e os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Desta forma, o presente artigo objetiva pesquisar acerca da inconstitucionalidade do momento processual do oferecimento do instituto da transação penal, mostrando que não é entregue no momento do oferecimento do benefício a devida oportunidade para que o indiciado possa se defender e contrariar sobre as acusações feita contra ele, e ter conhecimento de todos os atos e informações processuais, para que, desta forma, possa aceitar o que lhe for mais benéfico, e, conseqüentemente, mostrar também o desrespeito a princípios básicos e norteadores da constituição. Ao final, conclui-se que o momento processual adequado para o oferecimento do instituto da transação penal é após o oferecimento das alegações finais, o que está em consonância com os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. A metodologia utilizada foi a doutrinária, sob o método sistemático-bibliográfico.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade, transação penal, devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

ABSTRACT: This theme is highly relevant, as it is a benefit exposed in the federal constitution, and, in view of this, we will try to conceptualize and characterize the criminal transaction, its competences and the principles that guide it. Thus, this article aims to research about the unconstitutionality of the procedural moment of the offering of the institute of the criminal transaction, showing that the opportunity is not delivered at the moment of offering the benefit so that the accused may have knowledge of all acts and

153 Acadêmico de Direito na Faculdade Una

procedural information opportunity to defend himself, so that, in this way, he can accept whatever is most beneficial to him, and, consequently, also show disrespect to basic and guiding principles of the constitution. In the end, it is concluded that the appropriate procedural moment for the offer of the institute of the criminal transaction is after the offer of the final allegations, which is in line with the constitutional principles of due, contradictory and ample defense. The methodology used was doctrinal, under the systematic-bibliographic method.

Keywords: Unconstitutionality, criminal transaction, due to legal, contradictory process and wide defense.

SUMÁRIO: Sumário: Introdução. 1. Competência dos Juizados especiais criminais. 2. Transação penal. 2.1 Conceito; 2.2 Natureza jurídica; 2.3 Aceitação da transação penal e homologação do acordo; 2.4 Efeitos do cumprimento ou descumprimento da transação penal; 3. Lei 9099/1995. 4. Princípios. 4.1. Conceito. 4.2. Devido processo legal; 4.3. Contraditório; 4.4. Ampla defesa. 5 Inconstitucionalidade do artigo 76 da lei nº 9099/1995; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

A transação penal foi o meio pelo qual o legislador procurou acelerar o processo, desafogar os tribunais e despenalizar o agente que pratica crime de menor potencial ofensivo, estando prevista na Constituição Federal de 1988, em seu art. 98, inciso I.

Apesar da previsão, a Carta Magna não estabelece de que forma os tribunais vão proceder em relação ao benefício, e, sendo assim, a Lei nº 9.099/1995, mais especificamente em seu artigo 76, traz regramentos para o oferecimento da mesma.

Tal ato, é formulado nos moldes da lei pelo representante do Ministério Público, sendo esse oferecimento pré-processual, antes mesmo da produção de provas ou mesmo da oitiva das testemunhas.

AMORIM (2007, s/p), em seu artigo denominado "Considerações sobre a (in)constitucionalidade da transação penal", diz que:

No momento da homologação da transação penal, o réu é impelido a aceitar a retirada dos seus direitos para não ter que enfrentar o processo, mesmo que ainda não tenha apresentado sua defesa ou tenha produzido provas contra si.

Então, nesta perspectiva, diante do momento processual do oferecimento do benefício, percebe-se que não existe nenhum tipo de oportunidade ou mesmo informações suficientes, para que possa, ou não, escolher o que lhe é mais benéfico, ou

muito menos de se defender. Sendo assim, não são respeitados os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Portanto indaga-se: o momento processual do oferecimento da transação penal é inconstitucional?

Deste modo, o objetivo geral vem avaliar a inconstitucionalidade da transação penal no que tange ao momento do seu oferecimento.

Para tanto, foram delineadas os seguintes objetivos específicos: descrever a competência dos juizados e do benefício da transação penal, como também o momento de seu oferecimento; conceitualizar os princípios constitucionais do devido processo legal contraditório e ampla defesa; identificar a existência ou não da inconstitucionalidade do benefício citado.

Portanto, parte-se da hipótese de que o momento atual do oferecimento da transação penal é infrutífero, tendo em vista que não existem oportunidades suficientes, para que o indiciado se defenda ou contrarie as alegações feitas contra ele, ou mesmo que tenha conhecimento total dos autos, e que possa escolher o que lhe for mais benéfico, ferindo então princípios básicos do nosso ordenamento jurídico.

Assim, a opção processual nesse momento desrespeita princípios constitucionais, sendo assim, o mais adequado para o oferecimento deste instituto, seria após o oferecimento das alegações finais, o que daria oportunidade ao indiciado de se informar sobre os autos, de oferecer a sua defesa, e escolher o que lhe for mais benéfico, o que estaria em consonância com os princípios constitucionais.

Desta forma, para viabilizar o teste da hipótese, realizou-se uma pesquisa com finalidades doutrinárias, sob o método sistemático-bibliográfico.

Na primeira seção, são descritos as competências dos juizados especiais, bem como, descrever o benefício da transação penal e o momento de seu oferecimento, diante do acusado.

Na segunda seção, realiza-se a conceitualização dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Na terceira seção, faz-se uma identificação da existência ou não da inconstitucionalidade do benefício, diante do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Ao final, concluiu-se que os objetivos foram atendidos e a pergunta-problema foi respondida com a confirmação da hipótese trazida ao artigo, indicando que se faz necessário a utilização de um novo momento processual para o oferecimento do benefício da transação penal, sendo ele após as alegações finais, permitindo com que o parquet tenha condições de avaliar se o indiciado está apto para o oferecimento do benefício da transação penal, evitando que o mesmo seja considerado culpado sem os trâmites legais estipulados em lei, dando também oportunidade ao indiciado para que saiba de todas as alegações feitas contra ele, e permitindo nas alegações finais a oportunidade de contrariar e se defender das alegações feitas contra ele, e só assim, escolher o que lhe foi mais benéfico, sanando assim a inconstitucionalidade do momento do oferecimento do benefício.

1 COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Os Juizados Especiais foram criados com base no artigo 98, I, da Constituição Federal de 1988:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (CF, 1988).

Desta forma, com base na determinação da Carta Maior, foram criados os Juizados Especiais Criminais, através da lei infraconstitucional 9.099/1995, em seu artigo 76, com competência para processar e julgar infrações penais de menor complexidade, traduzidos como aqueles crimes ou contravenções penais nas quais as penas máximas não superem aos 2 (dois) anos de reclusão.

Sendo assim, COUTO, (2017, s/p), diz que:

(...) a realidade não é tão simples assim, se levarmos em conta que o parquet, ao sugerir a transação penal, por algumas vezes não faz um estudo mais aprofundado do caso, fazendo-o somente depois que a transação penal é recusada. Só então é que o Ministério Público decide pelo não oferecimento da denúncia, visto que não foram encontrados elementos que a justifiquem. Ou seja, o acusado, sabendo da sua condição, vai aceitar a transação penal quando se considerar culpado e julgá-la mais benéfica para si. Por outro lado, o

tão alardeado fato de não produzir nenhum efeito em desfavor do acusado, pode terminar por não se cumprir, em consequência de certas mazelas do nosso sistema jurídico, que não consegue garantir efetivamente o sigilo que esse processo merece.

Com a transação penal, o legislador buscou um meio para dar celeridade ao processo penal, desafogando os tribunais e despenalizado o agente que pratica crimes de pequeno potencial ofensivo, evitando o aumento do encarceramento, que deixa o autor de delito à margem da sociedade, dificultando a sua reinserção no convívio social, já que o fato de possuir antecedentes, priva o indivíduo de oportunidades no futuro.

2. TRANSAÇÃO PENAL

2.1 CONCEITO DO INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL

O instituto da transação penal está previsto na nossa constituição federal em seu Art. 98, I, mas quem trará os regramentos para esse instituto será a Lei nº 9.099/1995, mais especificamente em seu artigo 76.

Desta forma, dispõe o artigo 76 da lei nº 9.099/1995:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Para Aury Lopes Jr. (2020, p.1196), a transação penal consiste no oferecimento ao acusado, por parte do Ministério Público, de pena antecipada, de multa ou restritiva de direitos. Não há, ainda, oferecimento de denúncia.

Nesse mesmo sentido, Luiz Antônio Francisco Pinto (2015), em seu artigo denominado "O que é transação penal" diz que:

(...) a transação penal tem o objetivo de desburocratizar o processo penal; fazendo com que a justiça criminal seja mais célere; evitando que o suposto infrator enfrente um processo criminal que poderá culminar com uma condenação, com todas as consequências negativas que uma condenação criminal podendo trazer a um indivíduo, como gerar maus antecedentes e reincidência, suspensão dos direitos políticos pelo prazo de cumprimento da pena; etc.

Em outras palavras, o instituto da transação penal se iguala a um benefício, sendo que para aqueles que cometerem crimes de menor potencial, não cominando pena máxima não superior a 2 (anos), ou mesmo que se encaixam nos moldes do artigo 76 da lei nº 9.099/1995, será oferecido esse instituto pelo representante do Ministério Público, fazendo com que seja resolvido a infração da forma mais rápida possível, não sofrendo a instauração do processo e muito menos gerando antecedentes criminais.

2.2 NATUREZA JURÍDICA

Matéria importante é a distinção da natureza jurídica do instituto da transação penal. Nota-se que logo após sua homologação ela já produz uma sentença que põe fim ao procedimento, enquanto ainda está na sua fase preliminar, mas que, contudo, não tem uma clara definição da sua natureza jurídica, para o caso de seu descumprimento. Assim sendo, e para uma melhor compreensão, vamos voltar um pouco e conhecer as suas bases, pois, como ensina César Fiuza (2002, p.146), “para que se entenda a natureza jurídica de um instituto é preciso conhecer a sua essência”, e neste diapasão, partindo do direito comparado, vamos analisar as diferenças entre o *plea bargaining* e o *guilty plea*, no intuito de que se possa formular uma concepção mais abrangente.

Ambos institutos pertencem ao sistema jurídico norte americano. O chamado *plea bargaining* acontece com a intenção de se barganhar com o acusado, baseado no princípio da oportunidade, no qual é possível a exclusão dos delitos do denunciado. Todavia, por lá, acusação e defesa podem negociar com uma abrangência maior sobre os fatos, a conduta, tipicidade e pena, sendo aplicada sobre qualquer delito, e, inclusive, também feito extrajudicialmente. Já o *guilty plea*, é um verdadeiro reconhecimento de culpa sem processo, pois nele não existe nenhum acordo, onde o réu concorde com a acusação. Quando a defesa admite a culpa, o julgamento acontece imediatamente, sem processo, abrindo mão de alguns direitos constitucionais, mas observando-se que a confissão precisa ser voluntária.

Isto posto, fica claramente perceptível a influência desses institutos jurídicos norte americanos na essência da elaboração da transação penal tupiniquim, sendo a nossa mais restritiva que a *plea bargaining* e diferente também do *guilty plea*, pela não exigência da confissão do acusado.

Conhecendo-se suas bases, ou seja, de onde veio a inspiração, vamos agora analisar a natureza jurídica do instituto da transação penal do ponto de vista da controvérsia criada em torno da hipótese do não cumprimento, por parte do acusado, da transação penal acordada. Essa controvérsia divide-se basicamente em duas correntes que serão aqui apresentadas a fim de que se possa compreender a direção que o processo seguirá, de acordo com a corrente adotada pelo julgador.

A primeira corrente, minoritária, tem o entendimento de que aquilo que ficou ajustado entre as partes e foi ratificado pelo julgador, é meramente homologatório e não possui natureza condenatória. Entre seus defensores, temos Ada Pellegrini Grinover (2005, p.167), para quem a natureza jurídica da sentença não pode ser considerada condenatória, já que não houve acusação e a aceitação da imposição da pena não tem consequências no campo criminal.

Sendo essa também a linha adotada por Guilherme Nucci (2006, p.393). Para ele, a transação penal é apenas uma decisão homologatória, porque não houve o devido processo legal.

Para estes, “a decisão após homologada é terminativa e, após transitada em julgado, não há como ser revista, nem mesmo para o oferecimento da denúncia ou queixa com intenção de dar prosseguimento no processo.”

Como consequência dessa linha de pensamento, não havendo outra solução jurídica para forçar a execução do que foi acordado, a solução seria o arquivamento do termo circunstanciado no qual a ação corretiva foi descumprida.

A outra corrente, que é majoritária, entende que essa homologação tem uma natureza condenatória. E é assim que entende Fernando Capez (2006, p.558), que a natureza jurídica da transação penal é condenatória, porque faz coisa julgada formal e material.

Corroborando com ele temos a 5ª e 6ª turmas do STJ, que tem ido no mesmo sentido em suas decisões, entendendo que a homologação da transação penal tem natureza condenatória, gerando eficácia de coisa julgada formal e material.

A consequência dessa linha de pensamento é de que, se houver o descumprimento da ação corretiva adotada na transação penal, essa deverá ser desconstituída, dando a chance ao Ministério Público de oferecer a denúncia criminal.

2.3 ACEITAÇÃO DA TRANSAÇÃO PENAL E HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO

Após todos os trâmites pré-processuais, os autos chegam para análise do representante do Ministério Público, sendo que os processos que não forem arquivados, serão encaminhados para secretaria, sendo assim marcadas as audiências preliminares para o oferecimento do instituto da transação penal.

Para Vinicius Borges Meschick da Silva (2016, s/p) que em seu artigo denominado “Lei 9.099/95 e o instituto da Transação Penal”, traz que:

(...)a proposta ocorrerá quando o Ministério Público entender que deva o processo penal ser instaurado, ou seja, nos casos de ação penal pública incondicionada ou condicionada (caso haja representação da vítima) e, nesse último caso, logo após infrutífera tentativa de conciliação entre as partes.

Para Alexandre Lima (2016), o procedimento após oferecimento de tal benefício se da seguinte forma:

(...) depois de feita a composição será homologada pelo magistrado, reduzida a termo e valerá como título executivo. O Ministério Público poderá se manifestar e requerer o arquivamento, se não existir indícios suficientes de autoria e de materialidade ou propor pena de multa ou restritiva de direitos (transação penal), caso presentes os requisitos legais necessários. Caso o infrator aceite a proposta feita pelo MP, ela será homologada pelo juiz, sem nenhuma alteração, a não ser que entender incabível a transação. Nesse caso, irá remeter ao procurador-geral da justiça, que poderá concordar com o juiz ou insistir na proposta (o juiz será obrigado a homologar).

Melhor dizendo, após o trâmites pré- processual e a avaliação dos autos pelo representante do Ministério Público, as audiências preliminares são marcadas nos processos nos quais não coube arquivamento, desta forma, no momento da audiência o representante do Ministério Público fará oferecimento da prestação pecuniária ou da prestação de serviços comunitário.

Nesse mesmo sentido, em casos de ação pública incondicionada ou condicionada, sendo que a condicionada à prévia representação da vítima, o magistrado deverá tentar a composição entre as partes, sendo ela negativa, o mesmo partirá para o oferecimento da transação penal.

Diante disso, após o oferecimento da transação penal e o aceite do mesmo, o representante do Ministério Público, redigirá os termos em ata, valendo como título executivo e encaminhando-o para a devida homologação feita pelo Magistrado após a assinatura de todos os presentes em audiência. Já no caso do não aceite da transação penal, cabe ao representante do Ministério Público receber a denúncia para os devidos procedimentos legais.

2.4 Efeitos do cumprimento ou descumprimento da transação penal.

Quanto à transação penal, os efeitos do seu cumprimento serão aqueles onde o processo é extinto e o autor do fato não será considerado culpado. A transação penal não

irá gerar reincidência e nem poderá figurar como maus antecedentes para o autor. Ou seja, ele sai teoricamente ileso, sem nenhuma mancha em seu histórico, a não ser o registro da pena de restrição de direitos, tão somente para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

Quanto ao seu descumprimento, apesar de que não existe ainda uma clara posição da lei, o posicionamento majoritário concorda que a mera homologação da transação penal pelo juiz não faz coisa julgada, e, dessa forma, o seu descumprimento autoriza o Ministério Público a dar prosseguimento no processo contra o autor. Neste sentido, a súmula vinculante 35 do STF estabelece, textualmente:

A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

Sabe-se que ainda existem correntes divergentes, com relação ao resultado do descumprimento da transação, mas que são posições minoritárias e que portanto não prevalecem perante à maioria.

3. Lei 9099/1995.

A constituição federal brasileira, expõe em seu artigo 98, I, a criação dos Juizados Especiais, mas quem trará todos os regramentos dos atos processuais será a lei nº 9099/1995, mais conhecida como Lei dos Juizados Especiais.

Em termos gerais, para Danilo Alves da Silva em seu artigo denominado “ Principais aspectos da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (9.099/95)”, diz que:

(...) a Lei nº 9099/05 é um instrumento normativo que institui e disciplina o funcionamento dos Juizados Cíveis e Criminais na esfera Estadual da Justiça brasileira. Estes são órgãos do poder Judiciário que se constituem em um verdadeiro microsistema e possuem a finalidade de processar e julgar questões de menor complexidade.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr (2020, p. 1188), discorre sobre a inovação da lei 9.099 da seguinte forma:

(...) a Lei n. 9.099/95 não inovou apenas na criação dos Juizados Especiais Criminais (JECrim). Junto com eles, outros institutos importantes foram inseridos no sistema processual penal brasileiro,

como a composição dos danos civis, a transação penal e a suspensão condicional do processo, que serão abordados a seu tempo.

Em outros termos, a lei nº 9.099/1995 foi um marco para a justiça penal, não só apenas por se tratar de trazer os regramentos dos Juizados Especiais, julgando infrações de menor potencial, e desafogando a Justiça comum de casos de menor complexidade. Além disso, ainda traz novos institutos, tais como o que estamos falando no presente artigo, e os institutos da Composição Cível e Suspensão Condicional do Processo (Suspro).

4. Princípios.

4.1. Conceito.

Um princípio é a base fundamental de uma norma jurídica. É o alicerce onde toda norma jurídica encontra a sua sustentação.

Nesse sentido, Miguel Reale (2003, apud CASTRO, 2012, sp), aduz que:

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

Os princípios são a fonte de inspiração onde legisladores e juristas vão se basear para a criação de leis e de normas.

Corroborando com esse entendimento, Carem Barbosa de Castro (2012, sp) declara que um princípio sempre será o primeiro degrau na escada da construção de uma nova normatização, ao passo que outros deverão segui-lo.

Um princípio não se trata de uma regra simplesmente, pois vai muito além, posto que limita e provê as diretrizes que vão delinear uma exata compreensão e interpretação das normas.

Complementando, essa idéia, Frederico Fernandes dos Santos (2015, sp), leciona que:

(...) o princípio não proíbe nem obriga, ele deixa o sistema aberto – visando um determinado estado de coisas - sem informar como se

chega a esse resultado. Deixa margem para que a situação concreta demonstre o que é melhor. Ele está em consonância com o ordenamento vigente como um todo. E, sendo este alterado, seguindo uma evolução social, o seu entendimento pode levar a uma nova interpretação do princípio. E o princípio, como conceito aberto que é, consegue perpetuar a norma que dele se extrai.

Como foi dito, um princípio é passível de interpretações, de acordo com a conjuntura do momento, seguindo a evolução social e podendo ter um novo entendimento.

4.2. Devido processo legal.

O Princípio do devido processo legal é um dos mais importantes princípios que regem todo arcabouço processual, sendo ele o principal princípio que assegura a todo cidadão a um processo, contendo todas as etapas processuais asseguradas em lei.

O referido princípio tem previsão constitucional no artigo 5º, LVI, que diz:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Em características históricas, Guilherme de Souza Nucci (2020, p.129), traz que:

(...) o princípio regente concentra-se no devido processo legal, cuja raiz remonta à Magna Carta de 1215 (“Nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares ou pela lei da terra”). A célebre expressão “by the lay of the land” (lei da terra), que inicialmente constou da redação desse documento histórico, transmudou-se para “due process of law” (devido processo legal).

Já em aspectos específicos, Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 143), diz que o devido processo legal, no âmbito do direito penal, delinea-se pela aplicação efetiva dos princípios penais, mormente os de alçada constitucional, interligando-se a aspectos fundamentais do conceito de crime.

Nesse mesmo sentido, Paulo Rangel (2019 p. 57), traz que o princípio significa dizer que se devem respeitar todas as formalidades previstas em lei para que haja cerceamento da liberdade (seja ela qual for) ou para que alguém seja privado de seus bens.

À vista disso, podemos dizer que o princípio referido tem uma grande importância do mundo processual penal, trazendo garantia de que todos os procedimentos legais e princípios penais sejam assegurados a ambas as partes. Esse princípio tem como função garantir procedimentos como: à citação, à comunicação eficiente acerca dos fundamentos da instauração do processo, à ampla defesa, à defesa oral, à apresentação de provas na defesa de seus interesses, como outros.

Desta forma, vale salientar que o não respeito a esse princípio pode acarretar diretamente o percurso processual até a sentença e não ocasionando o encontro de uma sentença justa.

4.3. Contraditório.

Nem sempre o princípio do contraditório foi tão abrangente, englobando o direito processual e o administrativo, já que na constituição federal de 1969 essa garantia só estendia suas asas ao direito penal. Mas, graças às manifestações em sentido contrário, esse direito foi estendido aos demais ramos do direito, como está ratificado na Carta Maior de 1988, em seu artigo 5º, LV:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

A garantia constitucional do contraditório assegura que todos terão direito de conhecer os atos das partes no processo, dando-lhes a possibilidade de reagir aos atos contra si.

Validando, menciona Gabriela dos Santos Barros (2021, sp), que o princípio do contraditório é fundamental para o direito de informação, para todos os eventos processuais e para o direito de se manifestar no processo.

Reafirmando essa posição, o Novo Código de Processo Civil, em seus artigos 7º, 9º e 10º expõe que:

Art. 7º – É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 9º – Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Art. 10 – O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Sendo assim, no caso da transação penal, o autor da conduta não tem a oportunidade de apresentar a sua versão dos fatos, sendo induzido a decidir entre o aceite ou um tenebroso processo que, muitas vezes, até poderia não resultar em condenação, mas que acaba não sendo escolhido por falta de oportunidade do contraditório.

Portanto, fica aqui demonstrado que o juiz, ao formar a sua decisão, tem o dever de analisar as provas e argumentos jurídicos trazidos pelas partes, desde que sejam pertinentes, trazendo dessa forma, uma lisura ao processo.

4.4. Ampla defesa.

O princípio da ampla defesa é não menos importante que os demais princípios, e uma garantia constitucional que traz ao acusado a oportunidade de se defender das acusações feitas contra ele. Tal defesa poderá ser feita pelo advogado ou mesmo exercida pelo próprio acusado.

Tal garantia tem previsão constitucional, prevista em seu artigo 5º, LV, que diz:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Desta forma, Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 155), traz que:

(...) a ampla defesa, isto é, vasta possibilidade de se defender, propondo provas, questionando dados, contestando alegações,

enfim, oferecendo os dados técnicos suficientes para que o magistrado possa considerar equilibrada a demanda, estando de um lado o órgão acusador e de outro uma defesa eficiente.

Nesse sentido, vale dizer que “deve ser assegurada a ampla possibilidade de defesa, lançando-se mão dos meios e recursos disponíveis e a ela inerentes (art. 5º, LV, CF), sendo, ademais, dever do Estado “prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIV, CF)”.TAVORA(2013.p.59).

Mas nesta perspectiva, o direito à defesa inclui a defesa técnica feita pelo advogado, impedindo que colidem interesses dos réus, garantido assim a ampla defesa a todos aqueles que comiam como réus no processo judicial.

A vista disso Eugênio Pacelli (2021, p.77),dispõe:

(...) E, exatamente por isso, não temos dúvidas em ver incluído, no princípio da ampla defesa, o direito à participação da defesa técnica – do advogado – de corréu durante o interrogatório de todos os acusados. Isso porque, em tese, é perfeitamente possível a colisão de interesses entre os réus, o que, por si só, justificaria a participação do defensor daquele corréu sobre quem recairiam acusações por parte de outro, por ocasião do interrogatório.

Deste modo, ainda garante a ampla defesa o art. 8º, 1, do Pacto de San José da Costa Rica – Decreto nº 678/92, que diz:

Art. 8º, 1 - Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

Desta forma, e não obstante dos demais princípios referidos neste artigo, é importante dizer que o não cumprimento desse princípio, fere diretamente a justiça, impedindo com que aquele processo tenha uma sentença justa, ainda mais se tratando de garantia assegurada na constituição.

5. Inconstitucionalidade do artigo 76 da lei nº 9099/1995

Em se tratando da transação penal nos Juizados Especiais Criminais, sob uma visão constitucional, ela é maculada de inconstitucionalidade, já que não permite o contraditório,

o devido processo legal e a ampla defesa, aplicando-se a pena sem antes mesmo ter analisado os fatos e o mérito da acusação.

Apesar da celeridade que oferece ao sistema judiciário, a transação penal desde sempre sofre com questionamentos por parte de ilustres juristas e doutrinadores, acerca da inconstitucionalidade do seu artigo 76, onde autoriza que o Ministério Público possa propor a aplicação imediata da pena, atropelando os direitos fundamentais do cidadão, garantidos no artigo 5º, LV, da constituição federal, já que no instituto supracitado não existe o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e a presunção de inocência.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV. aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Dessa forma, de acordo com Corteletti (2019, sp):

O artigo 76 da lei 9.099/95 merece ser objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), por parte do Supremo Tribunal Federal, pois é incontestável o seu desalinho com a nossa Carta Maior, culminando com condenações impostas antecipadamente, sem que o autor do fato possa ter o mérito das acusações lhe impostas analisadas no processo.

A solução para esse imbróglio foi apresentada por Amorim (2007, apud Corteletti, 2019, sp) e Piva (2016, apud Corteletti, 2019, sp), onde defendem que:

O momento ideal para a apresentação da proposta da transação penal seria no momento da manifestação das alegações finais feitas pelo Ministério Público, quando, após a instrução processual, terá condições de avaliar se o acusado merece a culpa, e então o parquet estará apto para o oferecimento da proposta de transação, a fim de evitar-se a condenação do mesmo.

Diante disso, vale salientar também, que esse novo momento processual do oferecimento da proposta da transação penal, permite que o indiciado tenha conhecimento de todos os atos processual e se informe sobre o processo como um todo, como também permite oferecer nas alegações finais a sua ampla defesa e o seu contraditório, trazendo assim um

total respeito aos princípios que estão sendo feridos pelo pela transação penal nos moldes atuais.

Conclusão.

Quando iniciou-se o artigo científico, constatou que o momento do oferecimento do benefício da transação penal não é propício para o devido prosseguimento do processo e que por isso foi importante o estudo sobre inconstitucionalidade do art. 76 da Lei nº 9.099/1995 no que tange ao momento de oferecimento do benefício da transação penal.

Diante disso, a pesquisa teve como objetivo geral, identificar a inconstitucionalidade da transação penal no que tange ao momento do seu oferecimento, e constou-se que o objetivo geral foi atendido, trazendo efetivamente identificar que o momento estipulado para o oferecimento da transação penal pelo art. 76 da Lei 9.099/95, fere integralmente princípios constitucionais.

Para tanto, a pesquisa também teve como objetivo específico, descrever a competência dos juizados e do benefício da transação penal, como também o momento de seu oferecimento, sendo ele atendido, mostrando a grande importância da lei nº 9099/1995 para os juizados especiais, e também a grande importância do Juizados especiais e do benefício da transação penal em si, desafogando a justiça comum de crimes de menor complexidade.

Já no segundo objetivo específico, teve como meta conceitualizar princípios constitucionais que norteiam o benefício da transação penal, sendo ele também atendido, explicando a grande importância do respeito às garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, como também a importância de cada princípio citado para o encontro da justiça ao final do processo.

No terceiro e último, teve como propósito analisar a existência ou não da inconstitucionalidade do benefício citado, sendo ele também atendido, mostrando que princípios constitucionais, como devido processo legal, contraditório e ampla defesa não estão sendo respeitados pelo benefício da transação penal.

Diante disso, a pesquisa partiu da hipótese de que o momento atual do oferecimento da transação penal é infrutífero, tendo em vista que não existem oportunidades suficientes naquele momento, para que o indiciado possa ser defender, ou mesmo que tenha conhecimento total dos autos, ferindo então princípios básicos do nosso ordenamento jurídico.

A vista disso, foi feito o teste da hipótese, e durante o trabalho verificou-se que no momento do oferecimento do benefício da transação penal, estipulado no artigo 76 da lei nº 9.099/1995, sendo ele ao início do processo, não traz ao parquet as condições suficiente

para avaliar se o indiciado seja culpado ou não, permitindo também que o indiciado fique praticamente às cegas, não sabendo por inteiro as afirmações feitas contra ele e muito menos tendo a oportunidade de se defender sem que o mesmo perca a possibilidade do benefício, ferindo diretamente princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, sendo assim, confirmada a hipótese.

Desta forma, a partir do problema apresentado, foi entendido a necessidade da utilização de um novo momento processual para o oferecimento do benefício da transação penal, sendo ele após as alegações finais, permitindo primeiramente ao parquet condições de avaliar se o indiciado está apto para o oferecimento do benefício da transação penal, evitando que o mesmo seja considerado culpado sem os trâmites legais estipulados em lei, permite também ao indiciado a possibilidade de saber sobre todos os trâmites e de todas as alegações feitas contra ele, como também ter nas alegações finais a oportunidade de contrariar e se defender das alegações feitas contra ele, e só assim, escolher o que lhe foi mais benéfico, sanando assim a inconstitucionalidade de tal benefício.

Vale dizer, que esse estudo procurou fazer apenas uma discussão prévia à inconstitucionalidade do momento do oferecimento da transação penal, diante do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Sugere-se que estudos posteriores, especialmente aqueles aplicados possam se interessar por este artigo, introduzindo a transação penal como figura inconstitucional.

Para conclusão desse artigo, foi utilizado pesquisas com finalidades doutrinárias, sob o método sistemático-bibliográfico.

REFERÊNCIAS

1 ed. Sage Publications, Inc, 2008. Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos ("**Pacto de San José de Costa Rica**"), 1969.

AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Considerações sobre a (in)constitucionalidade da transação penal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1280, 2 jan. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9341/consideracoes-sobre-a-in-constitucionalidade-da-transacao-penal>> Acesso em: 11 out. 2020.

BARROS, Gabriela dos Santos. **Análise poliédrica do princípio do contraditório**. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/22829-2/>> Acesso em: 01 maio. 2021

BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> acesso em: 07 de maio. 2021

BRASIL. Constituição (1969). **Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Brasília. DF. Senado Federal, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm Acesso em: 12 de mai. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 11 de out. 2020.

BRASIL. Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995. Juizados Especiais. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Publicado em 27 Set de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm> Acesso em: 11 de out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 35**. disponível em: <<https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/sumula35stf.pdf>> Acesso em 29 de abr. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Legislação Penal Especial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CASTRO, Carem Barbosa de. **Teoria geral dos princípios**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-104/teoria-geral-dos-principios>> Acesso em: 01 mai. 2021.

CHINI, Alexandre; COUTO, Ana Paula; COUTO, Marco; FLEXA, Alexandre; ROCHA, Felipe Borring. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais – Lei 9.099/1995 Comentada**. 3º ed. Salvador, BA. Ed. Juspodivm. 2021.

CORTELETTI, Gabriel Botelho. **Transação Penal nos Juizados Especiais Criminais sob a ótica constitucional**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/76045/transacao-penal-nos-juizados-especiais-criminais-sob-optica-constitucional>> Acesso em: 02 mai. 2021

COUTO, M. J. (2017). **Devido Processo Legal ou Due Process of Law (Transação Penal X Plea Bargaining)**. **Revista Da Faculdade De Direito De São Bernardo Do Campo, 23(1)**. Disponível em: <<https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/883>> Acesso em: 11 out. 2020.

DELLAQUA, Leonardo Goldner. **Transação Penal nos Juizados Especiais Criminais**. 1º ed. Rio de Janeiro, RJ. Ed. Lumen Juris. 2019.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**, 5 ed. Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais - Lei 9.099/95**. 3° ed. Porto Alegre, RS. Ed. Livraria do Advogado. 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. e outros. **Juizados Especiais Criminais**. Comentários à Lei 9.099/95. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 17° ed. São Paulo, SP, Ed. Saraiva, 2020.

LEITE, Gisele. **O princípio do contraditório**. Disponível em: <https://amp.ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/sobre-o-principio-do-contraditorio/> Acesso em 01 mai. 2021.

LIMA, Alexandra. **Procedimento comum sumaríssimo e o juizado especial criminal**. Disponível em: <https://alexandracolima.jusbrasil.com.br/artigos/311631614/procedimento-comum-sumarissimo-e-o-juizado-especial-criminal#:~:text=O%20Juizado%20Especial%20Criminal%20tem,a%20lei%20preveja%20procedimento%20especial.> Acesso em 15 de abril. 2021.

NOGUEIRA, Fernando. **Juizados Especiais criminais – Lei 9.099/95. Doutrina, Jurisprudência e enunciados criminais do Fonaje**. 2° ed. Rio de Janeiro, RJ. Ed. Lumen juris. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 7° ed. Rio de Janeiro. RJ. Ed. Forense. 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25° ed. São Paulo, SP, Ed. Atlas, 2021.

PIVA, Ana Carolina Graciano. **Transação penal nos Juizados Especiais Criminais sob a ótica constitucional**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 30 maio 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46750/transacao-penal-nos-juizados-especiais-criminais-sob-a-otica-constitucional>>. Acesso em: 07 de mai. 2021

PRADO, Geraldo Azevedo. **Elementos para uma análise crítica da transação penal**. 1° ed. Rio de Janeiro, RJ. Ed. Lumen Juris. 2003.

PINTO, Luis Antonio Francisco. **O que é transação penal?** . Disponível em: - <https://luizantoniofp.jusbrasil.com.br/artigos/148612891/o-que-e-transacao-penal#:~:text=Assim%2C%20a%20transa%C3%A7%C3%A3o%20penal%20tem,pode%20tazer%20a%20um%20indiv%C3%ADduo%2C>. Acesso em: 01 maio. 2021

QUEIROZ, Vinícius. **O que ocorre se a transação penal for descumprida?** disponível em: <https://juridicocerto.com/p/vinicius-queiroz/artigos/o-que-ocorre-se-a-transacao-penal-for-descumprida-5198>. Acesso em: 01 mai. 2021.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27º ed. São Paulo, SP, Ed. Atlas, 2019.

SANTOS, Frederico Fernandes dos. **O que são princípios? Suas fases, distinções e juridicidade**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45194/o-que-sao-principios-suas-fases-distincoes-e-juridicidade>. Acesso em: 01 mai. 2021

SILVA, Vinicius Borges Meschick da. **Lei 9.099/95 e o instituto da Transação Penal**. Disponível em: : <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/lei-9-099-95-e-o-instituto-da-transacao-penal/#:~:text=enfoque%20desta%20pesquisa,-A%20transa%C3%A7%C3%A3o%20penal%20tem%20como%20fim%20evitar%20a%20instaura%C3%A7%C3%A3o%20do,uma%20pena%20restritiva%20de%20direitos>. Acesso em: 15 de abril. 2021

SILVA. Danilo Alves. **Principais aspectos da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (9.099/95)**. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/lei-9099/> Acesso em 05 de abril. 2021.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 8º ed. Salvador, BA, Ed. Jus Podivm, 2013.

TAVARES, José Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10º ed. São Paulo, SP, Ed. Saraiva, 2012.

AS MULTIFACETÁRIAS CAUSAS DE OPRESSÕES CONTRA AS MULHERES NEGRAS FUNCIONÁRIAS DO LAR, RACISMO E INTERSECCIONALIDADES

ELIAIDINA WAGNA OLIVEIRA DA SILVA:

Mestra em Políticas Públicas e Desenvolvimento Local. Advogada especialista em Diversidade Ético-Racial, Direito Público, Direito Tributário, Direito Civil e Tutoria de Educação a Distância. Estudante de História e Antropologia, Membro da Comissão de Igualdade Racial, Comissão de Direitos e Prerrogativas e Comissão de Diversidade Sexual e Gênero da OAB-ES

Resumo: artigo bibliográfico apresenta uma leitura do racismo, sexismo e do preconceito de classe como multifacetárias causar de estigmatização contra os corpos das mulheres negras que as empurram para o lugar social de empregada doméstica. A análise descritiva é feita das percepções de intelectualidades do feminismo negro e dialogada com notícias do comportamento racista de parcela significativa da sociedade brasileira. A observação de comportamentos racistas noticiados das mídias sofre a leitura das temáticas raciais para compreender que a maior exposição das funcionárias do lar a contaminação pelo covid-19. Compreende-se daí, que a colonização desumanizou mulheres negras e que as incongruências do feminismo universalizado e retratado na mulher branca classe média/alta é fator de fragilidade contra as lutas representativas a reclamar uma necessária interserccionalidade para que a emancipação seja uma via solidária e efetiva.

Palavras-Chave: Negra; Doméstica; Covid-19; Feminismo; Racismo.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento; 2.1 . A empregada doméstica desumanizada e exposta ao Covi-19; 2.2 . a dissimulação opressiva do “quase da família”; 2.3 . A ausência da mulher negra da categoria feminista universalizada. 3 . Conclusão. 4 . Referências

1 . INTRODUÇÃO

Será que pode haver diálogo feminista e uma democracia feminista num país que vive ancorado no Mito da Democracia Racial. Ou não pode. Acredito que sim. É possível. A democracia feminista pressupõe inserir mais mulheres nos espaços de poder. E Nós, Mulheres Pretas, estamos nessa. Então vamos ter que dialogar com essa ausência. Dororidade. E, ainda, como construir uma democracia feminista sem

dialogar com o racismo [...] a faxina ainda tem cor no Brasil? E a faxina tem cor no Brasil. Tem Gênero. Tem Raça. É Preta. Temos um grande desafio nessa construção. Precisamos continuar a discutir essa equação – Feminismo. Racismo. Branquitude. Opressão e Privilégios. Acredito ser uma equação perfeita para a viabilidade da construção do Feminismo Negro. Do Feminismo Dialógico Interseccional. (PIEDADE, 2017, “n. p.”)

O feminismo negro é uma corrente política contra a supremacia do patriarcado branco. Ao trazer uma nova visão das lutas representativas sob o enfoque interseccional, feministas negras denunciam que as fragmentações das vozes enfraquecem os movimentos representativos e acentuam as marginalizações. Um dos resultados disso é a estigmatização dos corpos das mulheres negras no lugar social de empregada doméstica desumanizada e neutralizada dos terrenos intelectuais, ainda que elas representem a maior numerosidade do povo brasileiro.

Carneiro (2019), Davis (2016, 2020), Gonzales (2019), Lorde (2019), Preta-Rara (2019), Ribeiro (2018, 2019) apresentam que o racismo e sexismo interligados, contínua e permanente, abstraem as causas das mulheres negras até mesmo nos movimentos representativos, com fragmentações dos discursos que resultam na fragilização das vozes. A leitura de Fernandes (2008, 2013, 2017), Souza (2017, 2018) e Nascimento (2016) é dialogada com Lerner (2020) e Beauvoir (2009) para acrescer o persistente feminismo universalizado na retratação da mulher classe média/alta e branca como fator de fortalecimento do patriarcado branco.

O artigo apresenta uma análise extraída das temáticas de conteúdo étnico-racial e observações de notícias expostas nos jornais com divulgações nas mídias, para compreender como parte significativa da sociedade desumaniza a mulher negra que trabalha em casas de famílias. A reflexão sintomatiza a vulnerabilidade de corpos à contaminação do covid-19 por práticas racistas, por meio do estudo comparado das pesquisas acadêmicas com a realidade assistida em veículos de notícias. Sob a perspectiva dos estudiosos das questões raciais estudadas nessa pesquisa, as noticiadas depreciação das funcionárias do lar, de maioria negra, é compreendida como o resquício da cultura colonizadora em perpetuação das condições escravagistas.

Esclarece que o termo “empregada doméstica”, no contexto dessa pesquisa denuncia a negação com que parte da sociedade brasileira desumaniza as mulheres negras em um lugar de servidão, que não se distancia das antigas mucamas coisificadas e domesticadas para a serventia das mulheres brancas. Porém, as aparentes vantagens auferidas pelas mulheres brancas sobre as mulheres negras não eliminam o sexismo, mantendo todo o gênero feminino subjugado pelo patriarcado heteronormativo. A reflexão expõe que a emancipação, para ser plena, só se consegue de maneira conjunta

e solidária dentro de um feminismo que represente a todos e a todas - é o feminismo negro.

2. DESENVOLVIMENTO

Combinávamos as tarefas, o horário pra entrar, o horário pra sair, o dia do pagamento, mas minhas patroas nunca cumpriam. Foram sete anos convivendo com pessoas que eu não queria conviver. Pessoas que mataram meus sonhos um pouquinho a cada dia, mesmo elas insistindo que eu era “quase” da família. A Dona Sueli, professora universitária, gostava que eu secasse o chão de joelho, pra deixar bem sequinho o rejunte do piso. Eu limpava a casa toda, deixava para lavar a cozinha por último, secava com o pano no rodo, e ao acabar ia trocar de roupa para ir embora. Nessa casa não tinha banheiro de empregada, então eu não podia tomar banho. (PRETA-RARA, 2019, “n. p”)

Dentre todos os oprimidos, a mulher negra se localiza no grupo que mais acumula estigmatizações opressivas. Cordeiro (2020) diz que o passado escravagista construiu nelas a retratação de uma resistência permanente atravessada de escravizações estabilizadas no senso comum. Com isso, ainda que pertença a parcela mais numerosa da população brasileira, mulheres negras seguem exploradas e negligenciadas dos projetos sociais.

Até nos movimentos das causas minoritárias, as mulheres negras apresentam uma baixa representatividade como vozes de decisão. Apesar de representarem a imensa massa populacional, elas são as maiores vítimas de violências domésticas e as mais sacrificadas pelas crises econômicas. Reis (2014) menciona que a sociedade escravagista patriarcalista forçou nessas mulheres uma perseverança. O histórico de superação destacou as escravizadas em comparação com os escravizados na aquisição de alforrias. Quando libertas, elas ainda obtinham mais êxito na quantidade de bens adquiridos.

Nascimento (2016) reporta que a estrutura patriarcal repassada às terras tropicais impôs um preço extremo para a população africana e gerou, em especial sobre as mulheres negras, uma nítida naturalização dos seus corpos nos espaços periféricos, sentidos no imaginário popular como seus lugares por natureza. Foi assim, construída a desumanização dos corpos femininos negros, subjugados e marcados pela ausência de status social.

Ao participar que o trabalho servil foi única forma de aferição de renda para as mulheres negras no período imediato a abolição, Fernandes (2013) informa dados do censo de 1893 em que se indica que elas ocupavam 42% das vagas de empregadas

domésticas. Essa circunstância contribuiu para calcificar o lugar social das mulheres de pele preta como pertencentes às atividades grosso modo.

Para Fernandes (2013), a mobilidade social nas relações raciais foi aderida no Brasil por uma ideia de ausência de preconceitos e inexistência de um sistema de casta. Todavia, a revolução burguesa foi desfavorável aos libertos da escravização tanto no meio rural quanto nos setores urbanos. A impossibilidade de competir com o imigrante europeu empurrou os negros para os setores residuais e lugares periféricos.

Então Fernandes (2013) compreende que a situação de pretos e pardos no mercado de trabalho não pode ser interpretada sem fazer tábula rasa do período escravista e da instauração da política segregacionista do pós-abolição para afetar a mobilidade do liberto. A revolução social, diz ele, foi feita pelo branco e para o branco, com exclusão negra, sem nenhuma indenização ou assistência. Este negro se viu, em súbito, na competição inglória com o imigrante branco, moído por um mercado de trabalho racista impenetrável.

Dentro desse sistema de esmagamento dos resíduos escravagistas, a liberta ingressou na única brecha disponibilizada pelo mercado de trabalho que foi por meio das atividades servis de continuções domesticadas e a serviço da mulher branca, vinculada ao papel que já exercia no sistema colonialista não superado, mantendo-a presa a uma colonização permanente.

Se desde a abolição, a fresta dos trabalhos domésticos possibilitou a manutenção da família e elevou a mulher negra a uma condição de provedora do lar, por outro lado, o mecanismo de manutenção dos privilégios eternizou nela, a imagem de subalterna. Sujeitadas pelas vulnerabilidades sociorraciais, essas mulheres foram desprovidas de suas feminilidades.

O próprio termo “empregada doméstica”, designação usual na sociedade brasileira, já indica uma coisificação que remota a animalização das escravizadas domesticadas para a serventia das famílias brasileiras (BRASIL, 2019). A terminologia apropriada, em termos do que é politicamente correto, seria funcionária do lar. Porém esse artigo é uma denúncia ao tratamento degradante que parte significativa da elite brasileira direciona aos corpos das mulheres negras pobres que trabalham em ambientes domésticos, lugar em que são persistentemente desumanizadas. Logo, o uso da nomenclatura “empregada doméstica” indica, nesse estudo, a posição que essas mulheres negras ocupam dentro da sociedade patriarcalista branca e racista.

2.1 . A empregada doméstica desumanizada e exposta ao Covi-19

Existe uma pessoa que esteve transitando por essa cidade o tempo todo e não tem a oportunidade de cuidar de si e dos seus dentro deste cenário; ela percorreu seu caminho dentro de ônibus, vans ou mesmo a pé nas ruas e esquinas do centro e das periferias. E, por isso, quero te (re)apresentar a pessoa invisível, que continuou ocupando o meio urbano; quero falar sobre a mulher negra [...] e também sobre o motivo de pensarmos em gênero e raça para entendermos o acesso à cidade para mulheres dentro do contexto da pandemia. (JINKNSS, 2019, documento online)

Em tempos de covid-19, o isolamento social forçado veio como medida para a contenção do contágio. Alguns serviços considerados essenciais foram mantidos por meio de decretos governamentais e ficaram de fora dessa quarentena. Os serviços domésticos da funcionária do lar foram umas das polêmicas porque algumas não foram dispensadas. Conforme Jinknss (2019) registra, a primeira morte pela pandemia no Rio de Janeiro foi de uma empregada doméstica: “[...] lembro que a mulher negra foi a primeira vítima do COVID-19 no Brasil, tendo sido infectada exatamente por exercer trabalho doméstico no início da pandemia”. (JINKNSS, 2019, documento online).

Embora a maioria dos jornais omitam a raça da falecida, os dados estatísticos já seriam mais do que suficientes para indicar a marcação com forte presunção racial. O IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada demonstra que as trabalhadoras dos setores domésticos são mulheres de esmagadora densidade negra. (BRASIL, 2019). Desse modo, não é insensato concluir a cor da iniciação simbólica das fatalidades da peste.

Segundo Furtado, Carvalho e Santos (2020), o trabalho doméstico no Brasil emprega 5,8 milhões de mulheres. Nessa ocupação, 66% das funcionárias do lar são mulheres negras residentes nas favelas que atravessam as zonas periféricas para os bairros nobres nos transportes públicos. Essas trabalhadoras sobrevivem nas margens da ilegalidade e com cumulativas discriminações de cor, gênero e classe. Todas essas tecnologias de dominação são operadas para a naturalização de suas imagens em posições subalternizadas.

A marcação das mulheres negras nos serviços de grosso modo é o resquício de um passado escravocrata que, no imaginário popular, naturalizou os corpos negros em uma zona de desvalor, fixo, periférico e invisibilizado. O modo como o racismo foi manipulado, serviu para responsabilizar as mulheres negras pelas suas sinas, sob o argumento de inexistência de percalços raciais que justifiquem suas mazelas. A dissimulada harmonia entre as raças é discurso usual para legitimar a isenção das políticas afirmativas.

Dentro do contexto doméstico e até mesmo da representação da mulher universalizada no padrão branco, a harmonia das raças no Brasil é implicada em considerar a informalidade que retira garantias trabalhista, como se esse fosse uma peculiaridade normal das relações familiares. A frase “como se fosse da família”, recorrente nas convivências na intimidade dos lares, é artifício comum para afligir constrangimento ao exercício legítimo que tem as trabalhadoras do âmbito doméstico, de exigirem a formalização dos contratos de trabalho e os cumprimentos dos deveres trabalhistas.

Furtado, Carvalho e Santos (2020) denunciam que as funcionárias do lar de pele branca recebem uma diferença de 13% a mais do que as empregadas negras. A assertiva simboliza que o privilégio da brancura apresenta diferenciação até mesmo na pobreza. As desvantagens foram produzidas pelo histórico escravagista que indicam o racismo como um marcador a crescer uma contínua operação desigual relacionada às raças, em uma configuração que não se sustenta com a desculpa da discriminação meramente socioeconômica e de classe.

Nascimento (2019) interpreta o critério racial como um mecanismo de seleção em uma sociedade cuja dinâmica de sistema econômico estabelece a hierarquia de classes, gênero e raça. Segundo ele relata, as estruturas raciais antecipam quais pessoas irão preencher determinados espaços e fazem com que mesmo em condições de igualdade acadêmica, as raças negras sejam preteridas em relação as brancas.

Feitas estas considerações, volta-se ao caso da primeira vítima fatal de covid-19 no Estado do Rio de Janeiro. Embora os jornais não mencionem a cor da falecida, além da predominância de mulheres negras nesse ofício, as mídias sociais mostraram a imagem dos parentes negros a chorarem o luto. É a confirmação da mortandade caindo sobre os corpos das gentes pretas. Essa maior letalidade da população negra derruba a narrativa de democratização dos impactos da peste (BARBOSA, 2020; G1 SP., 2020; OXFAN, 2020; VERDÉLIO, 2020).

Consoante Santos e Rosa (2020), a primeira vítima fatal do covid-19 no Rio de Janeiro, trabalhava em uma casa de família, cujos patrões chegaram de viagem da Itália contaminados e, mesmo cientes da contaminação e letalidade da doença, sequer se importaram em comunicar esse fato à empregada exposta de modo involuntário. O curioso é que os jornais não noticiaram se o contágio mortífero ao empregador, mas noticia a contaminação de um homem de 61 anos vindo da Itália como primeiro caso de contágio e participa a morte de uma empregada doméstica.

Não se pode dizer com isso, que a contaminação pelo covid-19 seja mais agressiva sobre corpos de pessoas de pele escura, ao que parece a peste é democrática para contaminar a quem tiver acesso. O grande problema é que circunstâncias de ordem

socioeconômicas e culturais não estruturam as mesmas condições de tratamento a ambos os grupos raciais. Nesse cenário, a mortalidade da população negra é mais acentuada.

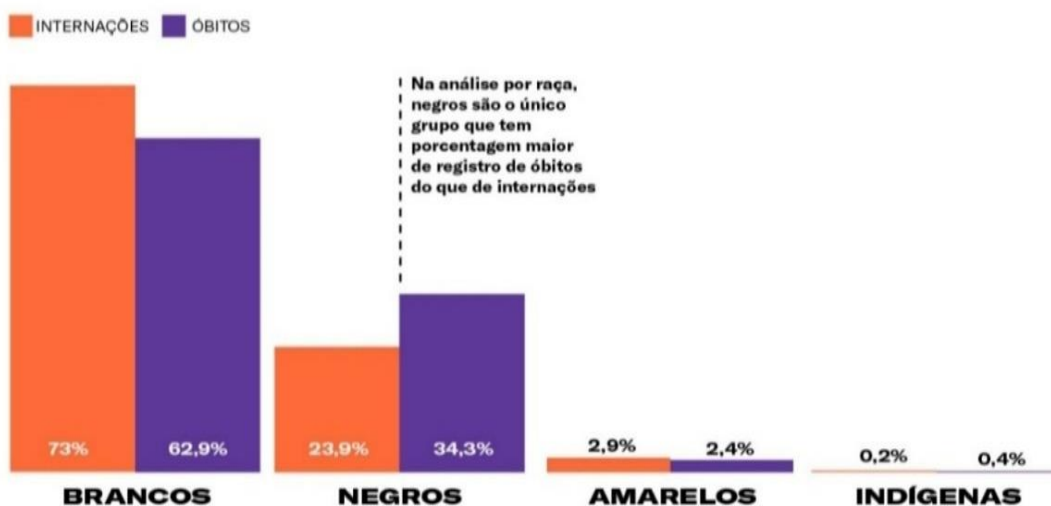
Enquanto as classes privilegiadas dispõem de recursos para o isolamento social, as camadas desfavorecidas cuidam de garantir comodidades para o fiel cumprimento da quarentena dos favorecidos. Além das classe média e alta dispor, com mais prontidão, de recursos para o tratamento da doença em caso de contágio, as políticas universalistas lhes são mais proporcionadas por questões de logística, uma vez que os melhores serviços públicos são, no usual, localizados nos bairros nobres.

À respeito, Bertoldo (2020) apresenta boletim do Ministério da Saúde a confirmar que o acesso ao tratamento favorece a população branca enquanto os negros, membros das camadas carentes do Brasil, padecem falta de estrutura econômica para as intervenções médicas e hospitalares necessárias:

Figura 1: Efeito no coronavírus

EFEITO DO CORONAVÍRUS EM INDIVÍDUOS DIVIDIDOS POR RAÇA/COR

No Brasil, a covid-19 é proporcionalmente mais letal entre os negros (pretos + pardos)



FONTE: BOLETIM EPIDEMIOLÓGICO DO MIN DA SAÚDE, 11/04/2020

AZMina revista

data_labe

ÉNOIS

Gⁿ

Fonte: BERTOLDO, 2020. Disponível: <http://www.generonumero.media/entrevista-o-coronavirus-nao-tem-nada-de-democratico-ele-tem-preferencias-e-os-negros-sao-um-dos-grupos-preferidos-dele/>

O cenário demonstra fatores culturais do passado escravocrata e posteriores políticas de segregação informal, mas nítida expressividade racista, que contribuíram na manipulação das massas sob uma dissimulada democracia racial. Porém, essa harmonia é camuflada e nunca existiu nas terras brasileiras. A farsa pode ser facilmente desmascarada na constatação das disparidades estatísticas que separam os povos negros e brancos em pontos antagônicos da pirâmide socioeconômica.

Acresce-se à falta de estrutura para intervenções médicas e sanitárias, no caso de contaminação, o fato de a população negra ser mais vulnerável em termos sociais e econômicos e, com isso, ficam mais expostas diante da impossibilidade de cumprirem o isolamento social. Dentre as causas que expõem a favela à maior vulnerabilidade do covid-19, os transportes públicos lotados, os difíceis acessos aos postos de saúde, por questões de logísticas, e até a estrutura das residências periféricas com mais moradores em menos espaços, são fatores de propagação mais acentuada da pandemia.

Todavia, a ferramenta mais eficaz na propagação pandêmica, a desfavorecer a população negra, é o racismo dissimulado em harmonia de convivência das raças, discurso que é comumente usado contra as ações afirmativas para validar a ausência de políticas específicas. Com a enunciada democracia racial, manipulam-se argumentos contrários às políticas inclusivas para o fim de se manter inviolada a bolha dos privilégios dos dominantes.

Embora negada, a cultura de descarte dos corpos negros por uma parcela significativa da elite é notada e expressada, em particular, na forma como as mulheres negras são tratadas com desvalor pelas classes empregadoras (PENA, 2020). O desprezo a elas e aos seus descendentes, por reflexo, é percebido em situações narradas pelas notícias veiculadas nas mídias, como o que ganhou recente projeção internacional.

O caso do menino Miguel foi revoltante. A criança negra de 5 anos de idade deixada pela patroa branca, sozinha no elevador de um prédio de luxo, acabou morrendo de uma queda do nono andar (PENA, 2020). Mirtes, a mãe, era a empregada da casa, recebeu ordem para passear com o cachorro e deixou a criança com sua empregadora. Esta, por sua vez, irritada com o choro do garoto, deixou-o sozinho no elevador, exposto ao perigo.

Mirtes levou Miguel para o trabalho porque com o isolamento social, as creches foram fechadas. A patroa, moradora de um bairro nobre, exigia conforto e cuidados com alimentação, higiene e até mesmo trato dos animais domésticos e não a dispensou das atividades. Em posição antagônica, empregada e filho não tinham como cumprir quarentena e se deslocavam todos os dias em transporte público, de um bairro periférico

para o prédio do bairro nobre. Ambos chegaram a ser contaminados pelo covid-19 (PENA, 2020).

Outro caso que ganhou repercussão na mídia foi a escravização de uma mulher negra durante 38 anos na cidade de Patos de Minas – MG. Uma família de classe média alta, recebeu a vítima quando ela tinha apenas 8 anos de idade e foi doada pela mãe biológica com a promessa de que dariam a menina uma vida digna. Por denúncia dos vizinhos, foi constatado que Madalena não recebeu estudos e foi escravizada para as tarefas doméstica (EVANGELISTA; ALVES, 2020; RABELO, 2021).

Domesticada, Madalena nunca teve qualquer tratamento digno de membro da família como estudo, conforto e interação. A família Milagres providenciou até mesmo um casamento dela com um parente deles, um homem bem mais velho que ao falecer, deixou uma pensão que deveria ser da viúva, mas serviu para financiar o curso de medicina para um membro da família. Assim, Madalena não tinha acesso ao benefício e foi fonte de renda daquela casa enquanto que, reclusa em um quarto de empregada, recorria a pedidos de doações de vizinhos para higiene pessoal (EVANGELISTA; ALVES, 2020; RABELO, 2021).

Emerge das narrativas, o retrato de parte substancial da elite brasileira, tanto nos descasos com o menino Miguel e na mencionada morte de uma empregada contaminada pelo covid-19, quanto na escravização de Madalena desde os 8 anos de idade. Os constantes relatos de desumanizações dos corpos negros revelam uma sociedade racista, debilitada de valores. Pena (2020) denuncia esses comportamentos como os remanescentes de um apego a uma cultura colonizadora escravagista, indiferentes para com as vidas negras usadas ao bel prazer e ao descarte dos favorecidos, de maioria branca. Consoante a autora, existe um ranço escravocrata enraizado na mentalidade brasileira por uma elite que se recusa a se desapegar do passado colonialista e sofre dos delírios do colonizador em pleno século XXI.

Não obstante o jogo de dominação brasileira seja manifesta nos papéis sociais bem definidos pela hierarquia piramidal, Amâncio (2020) chama a atenção que as disparidades sociorraciais no Brasil é reforçada pelo silenciamentos das questões raciais mesmo diante de uma Carta Cidadã que reconhece a existência do racismo, a necessidade de combater a discriminação pela redução das desigualdades e promoção das diversidades.

2.2 . A dissimulação opressiva do “quase da família”

[...] Estudei, mas estou aqui. [...] Porque não me contratam no shopping, eu não entendo... Esforcei tanto para pagar o curso de secretária e nunca entrei em um escritório. [...] já entrei sim! Para arrumar tudo e lavar o banheiro. [...] Por favor moço! me dê uma

chance! O senhor não irá se arrepender. Ele me disse tudo bem. A senhora vire à esquerda, entre naquele quartinho apertado e a vassoura está à sua espera, seja bem-vinda. (Preta-Rara, 2019, "n. p")

A datar do ano zero da invasão portuguesa, o Brasil constituiu-se na hierarquização racial desde a família, economia, política até suas instituições públicas e privadas. Com essa historicidade, a auto interpretação dominante toma a abolição como um marco de cessação dos seus efeitos nefastos. Souza (2017) analisa que em terras brasileira, falam-se da escravização de um jeito datado e localizado em tempos longínquos, como se a segregação sociorracial vigente não fosse resultante de explorações seculares. A escravização é vista como superada pelo passado distante e a segregação sociorracial não é considerada como uma decorrência da exploração africana. Essa particularidade passa a ideia de uma espécie de presente contínuo que aparenta não guardar relação orgânica com o antecedente.

Souza (2018) participa que Rui Barbosa, ao determinar a queimar de arquivos da escravidão, levou a imolação escrava ao esquecimento, quando o caminho para a superação da vergonha histórica repassa um memorial reflexivo às gerações posteriores. Essa letargia das mazelas do cativo ganhou um traçado peculiar na nacionalidade brasileira envolvida por uma particularidade sintomática e psicanalítica de negação da realidade. Nada obstante, a longa escravidão, cujo domínio senhoril ficava acima das instituições, "[...] trouxe consigo a semente da forma social que se desenvolveria mais tarde. Qual seria essa semente? [...]" (SOUZA, 2017, "n. p.").

A consequência retornou em uma sociedade adotada de patologia social indiferente para com a dor alheia a tratar todas as questões sociais em um estreitamento universalizado e sem empatia para com as diferenças. No dizer de Souza (2017), essa falta de concepção crítica gerou o culturalismo racista que impregna nossa cultura. Sua assertiva aparenta ser o cumprimento profético daquilo que foi enunciado por Nabuco (2011), de que a tragédia da escravização ainda perpetuaria na segregação sociorracial que acomete a população negra como uma característica da nacionalidade brasileira.

Dentro desse recorte, o culturalismo racista perpetuou o lugar social da mulher negra no decorrer das décadas pós-abolição com as estruturas hierárquicas da preservação do esqueleto da branquitude patriarcalista. A negação dos fatos não significa a ruptura dos seus efeitos, e as estatísticas das disparidades desvantajosas dos povos negros é o suficiente para desmentir o mito da democracia racial.

Wentzel (2018) questiona as razões que fazem o Brasil ter a maior população de funcionárias do lar do mundo que, segundo ela, maior até do que a população da Dinamarca, correspondendo a 14,6% dos empregos formais das brasileiras, cujo perfil predominante é feminino, afrodescendente e de baixa renda. Trata-se de um legado da

escravização mantido pela sociedade brasileira para impedir a ascensão negra na estagnação dos trabalhos rudimentares, como os que condicionam mulheres negras no lugar social de empregada doméstica.

Um dos mecanismos das classes de estratificação racial foi a preferência de preenchimento das vagas de empregadas domésticas por pessoas negras, as atividades formais foram reservadas às pessoas brancas. Quando da vigência da Lei Afonso Arinos (BRASIL, 1951), a discriminação de contratação pela cor foi transformada em contravenção penal, com isso veio o uso do termo “boa aparência”, tecnologia que, no relato de Pereira (2011), segregou negros dos empregos formais diante da ditadura da beleza imposta sob o conceito da branquura.

Preta Rara (2019) apresenta uma série de relatos comoventes das empregadas domésticas com narrativas de desventuras como trabalhadoras em casas de terceiros. As entrevistas retratam uma distância daquela ideia de membro da família, onde até mesmo comidas e talheres são separados, A dissimulação dos afetos são, no mais das vezes, estratégias para subterfúgio do cumprimento dos deveres trabalhista, disfarçando-se de afetividades, mas com histórico de descartes e rupturas após cessados os vínculos de trabalho.

Nas tantas narrativas de empregadas domésticas observada na pesquisa de Preta-Rara (2019), o que se vê é uma sociedade que se isenta das responsabilidades para com a cidadania precária das mulheres negras. As sequelas escravagistas são, para a geração de agora, sentidas como se fossem o resultado de um passado bastante remoto e já superado. O discurso de superação é contraditório à realidade. Acrescenta-se a essa apatia, uma persistente cultura colonialista cujo maior simbolismo da interiorização hierárquica são os minúsculos quartos de empregada dos apartamentos das classes médias/altas. Para autora, o Brasil ainda se banha na servidão desde a escravização.

Destarte, a servidão extrapola os limites éticos e legais, com vidas negras absorvidas pela rotina familiar alheia. Planos, sonhos, projetos são deixados em segundo plano por uma necessidade de envolvimento com os cuidados dos outros. Acentua que os chamados “quase da família” não se consideram assim tão próximos diante da distância social demarcada por contextos de humilhação, conforme depõem Preta-Rara (2019), mulher negra que viveu essa domesticação, criada por mãe e avó também estigmatizadas pelo ofício das funcionárias do lar.

No filme brasileiro “Que horas ela vem?”, a produtora Muylaert (2015) explora essas desigualdades sociais ao protagonizar na personagem principal, a retratação das tantas mulheres negras, pobres e desumanizadas por suas patroas. O roteiro apresenta como essa categoria é obrigada a deixar a criação de suas proles para se dedicarem aos filhos das

mulheres brancas. A protagonista da produção vive a reprodução da escravização dos tempos atuais que converteu mucamas em empregadas domésticas.

Nota-se que os serviços das casas de família repetem a mesma trajetória das escravizadas que no Período Colonial amamentavam os filhos das sinhás. Os cuidados com a intimidade são feitos com a negação de suas maternidades, tal qual os ventres das escravizadas eram destinados a parirem filhos vendidos como bezerros (DAVIS, 2016).

Desse modo, o trabalho doméstico revela uma estrutura excludente entrelaçada de gênero, raça e classe social, cuja presença negra não é mera coincidência, mas é originada pelas escravizações portuguesas com uma reprodução da cultura colonialista. Essa invisibilidade das empregadas domésticas é artefato para a ausência de segurança jurídica. Desde a abolição da escravatura, elas perpassam históricos de obscurantismo das leis trabalhistas. Até recentemente, ficavam no desabrigo da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 (MOTODA, 2017; BRASIL, 1943).

Apenas em 2013, a Emenda Constitucional n.º 72 (BRASIL, 2013) equiparou os trabalhadores do âmbito domésticos as demais atividades profissionais. Houve demora na regulamentação da Lei Complementar n.º 150/2015 (BRASIL, 2015) e as minguadas conquistas são ainda insuficientes. Pouca mudança houve desde que Nascimento (2019) acusou que a mulher negra ainda é o “[...] elemento que expressa mais radicalmente a cristalização dessa estrutura de dominação, vem ocupando os mesmos espaços e papéis que lhe foram atribuídos desde a escravidão.” (NASCIMENTO, 2019, “n. p.”).

Ainda que equiparadas às demais categorias, o grande obstáculo para a concretização e igualdade desses setores aos demais campos de trabalho reside na aproximação das tarefas dentro de um ambiente familiar muito próximo da intimidade com a vida do empregador. Essa dinâmica é somada com a equivocada crença de ausência de segregação em decorrência da raça, que leva mulheres negras a serem exploradas com descumprimento dos direitos trabalhistas.

Acostumou-se a validar a ausência da formalidade como algo desnecessário para um “quase membro da família”. Todavia, as dificuldades de se furar a bolha do mercado de trabalho afinado com indicações feitas pelos grupos privilegiados nos seus entornos, para a ocupação das vagas de status no mercado de trabalho, não alcançam os nominados “quase membros da família”. Estes ficam encarregados das atividades periféricas garantidoras das comodidades colonialista.

A realidade é que a ausência de reciprocidade mútua das relações raciais na herança colonialista converteu, no dizer de Fernandes: “[...] o outro em ‘meio para atingir fins pessoais imprevistos’ [...]” (FERNANDES, 2008, “n. p.”). A situação de desigualdade sociorracial possibilita o proveito da massa negra desfavorecida. A exemplo, o socialista

menciona que os imigrantes europeus e as famílias tradicionais logravam mão de obra permanente por custos iníquos sob a desculpa de adotar para criar, como se fosse da família.

Nessa lógica, a marcação social da mulher negra persiste. Ainda é bem comum narrativas de mulheres negras condicionadas a empregadas domésticas na informalidade, com a desculpa de ser “quase da família” ou “filhos de criação”. Casos como o de Madalena escravizada pelos Milagres não é coisa rara. O curioso dessa ocorrência é que a vítima foi doada para uma professora. E o filho desta senhora, com quem a vítima estava quando foi resgatada, é um professor universitário. Mais inusitado ainda, foi o depoimento do dito docente que escravizou Madalena. Ele, um educador, depôs na delegacia que não investiu nos estudos dela, porque não enxergava como ela poderia se beneficiar da educação. A condição acadêmica da família Milagres derruba o senso comum de que as relações racistas são produzidas pela ignorância da sociedade e que na medida em que esta alcança melhores níveis acadêmicos, o racismo será superado sem mais problemas (BRASIL247, 2020).

As tantas estigmatizações impostas às mulheres negras faz com que Tiburi (2017) questione a assertiva de Lorde (2019), de não existir hierarquia na opressão porque todas as formas de intolerâncias se sedimentam nas mesmas crenças de superioridade para dominar e subjugar. A ativista americana anuncia: “[...] não posso me dar ao luxo de lutar contra uma única forma de opressão. Não tenho como achar que estar livre da intolerância é direito de apenas um grupo específico.” (LORDE, 2019. p. 284).

No entender de hooks (2018), a realidade do racismo ecoa um sentimento mais flexível nos grupos dominantes em relação as mulheres brancas porque a divisão de alguns espaços políticos e de status social com o componente do sexo oposto e mesma raça social, implica na manutenção da supremacia branca. Contudo, essa maximização da liberdade que esse feminismo universal ostenta, implica na subordinação das mulheres pobres e negras para o serviço sujo.

Outrossim, Tiburi (2017) assinala que divisões enfraquecem os movimentos frente ao paradoxo de transformar em opressor aquele que é oprimido. Acaba-se por constituir um discurso vazio contrário à luta mesmo quando se aparenta fazer parte dela. Ante essas colocações, a feminista expressa que “[...] A ética da luta leva necessariamente à defesa da luta do outro e da outra. [...] um feminismo que seja mais do que individualismo e protagonização luta pelo empoderamento das outras [...]” (TIBURI, 2019, documento online).

A pandemia obrigou alguns a escolherem entre a dispensa da funcionária do lar (muitas sem remuneração) e os riscos de exposição de todos à contaminação. De certa

forma, o cenário desnudou a sobrecarga das mulheres e trouxe à tona a reflexão quanto a divisão sexual do trabalho. À vista disso, Melo (2020) questiona se a ida maciça do universo feminino ao mercado de trabalho significou a emancipação do gênero e o fim das opressões pela construção das igualdades quando o que houve, foi o acúmulo perverso de ciclos das tarefas profissionais e domésticas.

Beauvoir (2009) marcou a segunda onda do feminismo ao compreender a opressão e a submissão como uma artificialidade manipulada por bandeiras opressoras. A autora convoca o senso crítico, tão crucial na luta emancipatória, ao denunciar mulheres de classes superiores cúmplices de seus senhores, em troca dos benefícios que lhes asseguram espaços dentro da aristocracia.

Ciente dessas mazelas das fragmentações das lutas e sua nocividade ao coletivo, Davis (2016) aspira a consciência indissociável de todas as opressões como via única de libertação ao dizer que a desagregação esvazia o discurso. Essa solidariedade é para Piedade (2017), o palco das lutas negras construídas em volta do apoio, união e irmandade entre as mulheres. Precisa-se ir além, na construção de um novo conceito de que se denomina de doloridade, conceituação de sementeira da empatia pela dor da pretitude.

2.3 . A ausência da mulher negra da categoria feminista universalizada

Sinto tua dor irmã. Porque ela se repete tantas vezes, que parece uma ferida que se recusa a cicatrizar. Sinto tua dor irmã, porque os tombos que levamos, pelos empurrões dos outros, pelas palavras dos outros, pelas ações dos outros, ralam também o meu joelho. Sinto tua dor irmã, porque tuas lágrimas clamam pelas minhas, porque teu grito ecoa em minhas paredes, porque teu pedido não atendido assemelha-se ao meu. (ARAÚJO, 2020, p. 100)

“Quando você percebe, ou se sente desconfortável, é sua obrigação se informar e tomar posição, porque a ignorância deixa de ser desculpa.” (HARRY, 2020, p. 22). Ao se manifestar sobre a questão do racismo, o ex-príncipe do Reino Unido fala do preconceito inconsciente das pessoas privilegiadas que, como ele, teve pouca vivência com pessoas negras ou se manteve alheio a esse fator que não o afetava. Na sua bolha de monopólio branco, Harry (2020) só se incomodou com a sua condição de favorecido pela branquitude quando se colocou no lugar da esposa negra.

Miranda (2017) apresenta que o silêncio branco quanto ao racismo sobrevém de uma negativa dos privilegiados em perfurar a autoimagem de uma decantada competência e mérito a justificar seu lugar de conforto. A razão é que a meritocracia retira dos grupos dominantes, a culpa para com as segregações de natureza racista.

Jesus (2017) expõe que a brancura instalou-se como um padrão normativo e cultural movimentado na sustentação das vantagens estruturais da identidade racial branca. Porém, seu mecanismo de manutenção de privilégios se escora na naturalização da inferiorização de determinadas categorias. A superioridade hierárquica é um artifício manipulado em desfavor dos demais grupos oprimidos por raça e gênero, na garantia de uma supremacia heteronormativa patriarcalista e branca. Outra questão a exigir análise é provocada por Piedade (2017) que denuncia a grande questão feminista prejudicada por se negar em perceber que o movimento de luta foi, em termos históricos, modulado em um projeto único da mulher branca, classe média e instruída. Acresce-se que essa inflexão não se protagoniza com a luta racial e, mesmo em tempos atuais, é observada no Brasil.

Ao ver de Fernandes (2017), o mito da democracia racial é uma ferramenta de dominação por manipulação em que se pretende ocultar a perversa estratificação racial de extrema disparidade socioeconômica que exterioriza o racismo brasileiro e nega a necessidade de políticas específicas. Dentro dessa dinâmica, a destinação dos mitos é maquiar e negar a veracidade para a manutenção do *status quo*. E justo por isso, diz ele, que a lógica da existente mitologia acaba por revelar mais ainda a realidade íntima daquilo que essa mesma sociedade pretende omitir.

Gonzalez (2019) vai na mesma reflexão de Fernandes (2017) ao acusar que os mitos se prestam à manutenção dos privilégios remanejados pela ocultação daquilo que existe mas se nega. Para a autora, a relação do Brasil com a mulher negra é destacada pelo endeusamento de uma imagem hipersexualizada no carnaval e, em posterior, transfigurada no cotidiano servil da domesticada na casa de família. Constata-se que os termos mulata e empregada doméstica são as marcações de uma mesma sujeição sobre o mesmo corpo.

Desse modo, Piedade (2017) profetiza que o diálogo feminista, para ser interseccionalizado, tem que se desmontar do mito da democracia racial e assim, construir um feminismo inclusivo de todos os tons de pretas. A autora questiona as fragmentações das causas que contribuem na acumulação de estigmas a determinados grupos, como as mulheres negras, que ficam mais expostas aos trabalhos mais pesado, doenças, moradias periféricas, baixa renda e desprestígio.

Carneiro (2019) narra que a mobilidade vertical é uma experiência vivenciada pelas mulheres brancas. Também na comparação ao homem negro, a condição sexual impõe relativa vantagem ao sexo masculino por conta da ideologia machista a beneficiá-lo por via indireta. Conforme a autora observa, os mecanismos diferenciadores dentro da linha de renda, por questões de múltiplas estigmatizações é mais significativa em alargamento no comparativo entre homens e mulheres negras do que se contrastada com a menor distância entre homens e mulheres brancas.

Essa condição de deficiente acesso à mobilidade é mais alarmante, segundo Carneiro (2019), porque as melhores cabeças negras são cooptadas para dentro dos espaços brancos por meio dos casamentos interraciais e do embranquecimento. Nessa conta, porém, o machismo nos níveis de exploração sobre a mulher negra não beneficia seu correspondente racial do sexo oposto porque seu resultado se concretiza no fechamento de oportunidade de acessão social dentro da raça.

Ribeiro (2019) confirma essa assertiva ao demonstrar que dentro da linha de cor e gênero existe a sobreposição das mulheres brancas na escala socioeconômica acima dos homens negros. Esse fator traz à tona o porquê de a questão de raça ser a prioridade na pauta das mulheres negras frente a percepção nítida, observada também por Ferreira e Nunes (2020), de que as desigualdades relacionadas às classes sociais são imbricadas com as relações raciais.

A respeito, o IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, comprova que em 2016, 39% das mulheres negras estavam inseridas em relações de trabalho precárias. Segue-se nessa ordem, os homens negros (31,6%), mulheres brancas (26,9%) e homens brancos com (20,6%). Acrescenta-se que a mulher de cor preta representa o maior contingente de desempregados e de trabalhadores domésticos (RIBEIRO, 2019).

Essa precariedade faz com que Ribeiro (2019) questione um feminismo, de cuja insistência em falar das mulheres de uma forma universal, expressa-se sob a ótica da branquitude assenhorando as vozes nas tribunas em nome de todas, sem representá-las. A universalidade não marca as diferenças existentes, acaba por excluir a imensa maioria das mulheres que compõem a população brasileiras e as neutraliza nas pautas de problematizações e priorizações.

Silva (2020) aponta, no contexto atual, mulheres brancas a lutar pela emancipação consistente em uma vida livre do patriarcado e independência financeira. No outro extremo, as negras reivindicam igualdade racial, alfabetização e reconhecimento como mulher dentro de outra conjuntura. Os interesses diversos denunciam a necessidade urgente da desconstrução da base feminista exclusivista que, desde a primeira onda do feminismo, é focada na representação feminina da classe média.

Observa-se que essa luta universalista pela autonomia feminina é sedimentada na invisibilidade negra mantida no papel de subordinação às mulheres brancas. Da incongruência dessas lutas fragmentadas processam-se um feminismo universal que ao buscar a independência da mulher classe média, vale-se da condição-lugar de cuidadora das mulheres negras domesticadas para o cuidado dos lares e crianças brancas, mas sem dispor de espaço para autocuidado e dedicação aos próprios filhos.

O paradoxal do movimento feminista branco pode ser notado na naturalização da mulher negra responsabilizada pelos afazeres domésticos das mulheres brancas. Lerner (2019) escreveu: “[...] tradicionalistas ignoram as mudanças tecnológicas, que tornaram possível dar mamadeiras a bebês de maneira segura e criá-los [...] com cuidadores que não sejam as próprias mães.” (LERNER, 2019, p. 41). A visão de independência feminina, dentro do contexto universalizado, transmitida nessa fala não é priorizada na divisão sexual do trabalho em equilíbrio com os homens.

Ao contrário de ser uma libertação do sistema opressivo, a emancipação da mulher branca escora-se no repasse dos cuidados dos filhos a terceiros, sem se cogitar em uma honesta divisão sexual das tarefas domésticas com o gênero masculino. Ocorre que tarefa de cuidar do alheio é a marcação histórica e cultural atribuída à mulher negra, na maioria das vezes sem proteção trabalhista e desvalorizada por uma baixa remuneração em péssimas condições de trabalho.

Percebe-se como a garantia desse privilégio branco exclui a mulher de pele preta do projeto da independência emancipatória dentro do contexto do feminismo universalista. Elas ficam inviabilizadas e reféns no secular papel das mucamas, repaginado na figura da empregada, babá, faxineira e lavadeira que se perpetua nesses tempos nada modernos de vidas que seguem subordinadas. Por isso, Petrone (2020) alerta que nem todo feminismo liberta porque o movimento universalizado da mulher classe média branca não consegue atender as necessidades da imensa massa de mulheres negras que representam muito mais da metade da população feminina que é pobre e nem é vista na sua condição de mulher:

[...] não é possível que nosso feminismo deixe corpos pelo caminho. Não há liberdade possível se a maioria das mulheres não couber nela. [...] Nosso feminismo precisa enfrentar a pobreza. A pobreza no Brasil é feminina e negra. (PETRONE, 2020, “n. p.”)

Para Gonzalez (2019), “[...] não dá pra fingir que a outra função da mucama tenha sido esquecida. Está aí.” (GONZALEZ, 2019, p. 33). Segundo a autora, o feminismo negro é o caminho da redenção porque ao extrapolar classe e gênero, expõem os crescentes casos de mulheres negras qualificadas a sofrerem para obstruir a bolha do mercado de trabalho. Surge aí, a querela da boa aparência imposta como mecanismo do poder, conceito de beleza atribuível sob o padrão da mulher branca a perpetuar grupos sociais privilegiados. A assertiva é corroborada com a leitura de Ferreira e Nunes (2020), de que a condição social das mulheres negras é configuradas em um signo negativo construído por olhares discriminatórios de uma sociedade que normalizou a desigualdade das relações sociais sob

o manto de uma dissimulada democracia racial. Nessa passagem a condição da população feminina de pele escura foi desumanizada.

Todavia, casos como o estupro de Mariana Ferrer, repercutidos nas mídias por causa da absolvição de um homem branco e rico, onde provas como material genético e confirmação da ruptura do hímen, mostrou ser insuficiente para fazer valer a palavra da vítima (MIGALHAS, 2020). Ou escândalo como do médium João de Deus que estuprou no decorrer de 40 anos mais de 300 mulheres, mas foi preciso um escarcéu de denúncias para que as vozes femininas tivessem credibilidade (UNIVERSA, 2019). Ocorrências assim, revelam que a versão tóxica da masculinidade do patriarcado branco só se combate no seu conjunto de opressões, sem discursos fragmentados.

Embora a primeira vista o discurso do feminismo universal pareça favorecer as mulheres brancas, as estatísticas de violência contra o gênero feminino de todas as idades, cores e classes sócioeducacionais são reveladoras de que a emancipação tem um caminho único com todas e todos em solidariedade. Conquanto o movimento faça-se no conjunto, não se pode perder do foco que mulheres negras representam a base de todas as opressões. Por esse motivo, Cardoso (2018) esclarece que as mulheres negras, enquanto integrante dos grupos oprimidos, são as detentoras das maiores vantagens epistêmicas para se posicionarem, em termos políticos, na apresentação de projetos inclusivos, por serem dotadas de um ponto de vista mais amplo das opressões. Com o acúmulo de estigmatizações, elas somam mais conhecimento, lugar de fala e experiência sobre as múltiplas formas de marginalizações.

Para Cardoso (2018), os corpos colonizados e desumanizados das mulheres negras foram “[...] destituídos do *status* do ‘ser’ excluídos da condição de sujeitos sociais [...]” (CARDOSO, 2018, p. 318). Com isso, a complexidade das intervenções reproduziu a negação da história dessas mulheres afetadas de forma negativa e transformadas na representação das atualidades do outro feminino racializado. Extrai-se daí, a ausência de empatia total do dominante porque essas categorias em nada se identifica com nenhum dos eixos do patriarcalismo branco. Destarte, a autora defende a grande contribuição do feminismo sob o enfoque negro para além do estrangulamento das opressões vivenciadas pelas mulheres negras. Esse é o movimento que tem a visão mais acurada da sociedade racista e sexista. As experiências vivenciadas pelas mulheres negras permitem uma noção carregada de maior criticidade realista dos problemas oriundos dos grupos discriminados.

À vista disso, Davis (2020) discursou que a mobilização vertical das mulheres negras é a forma mais eficaz de desestruturação da pirâmide que sustenta o patriarcado branco. O porquê disso é que, quando uma mulher negra se desloca dessa estrutura racializada, toda a organização piramidal opressiva do dominante tem que se desestruturar de seus lugares de conforto, e nesse momento, ocorre uma efetiva quebra de paradigma.

3. CONCLUSÃO

A maior exposição de mulheres negras à mortalidade do covid-19 resulta da precariedade de políticas específicas a suprir toda uma historicidade de estigmatizações escravagistas que abandonou corpos subjugados como servientes na figura da empregada domesticada, desumanizada, desvalorizada e vulnerabilizada. Essa pesquisa escancara narrativas de exploração das mulheres negras e demole a falsa percepção que a discriminação racial é fruto de pouca instrução. O que se atribui à ignorância e falta de conhecimento do racista é, na verdade, uma forma de se maquiar a estruturação social que segrega e marginaliza. Mostra-se que o mito da democracia racial atua em favor da domesticação nos corpos negros.

Outra questão vinda a tona com covid-19, é que a ocupação do mercado de trabalho por mulheres brancas não significou emancipação uma vez que a divisão sexual das atividades do lar consiste em uma dupla jornada ou na substituição dela, pela mão de obra mal remunerada e negra. Cria-se uma categoria de mulher não abrangida na universalidade padronizada na classe média branca. Soma-se na acentuação das vulnerabilidades a desguarnecer a população feminina de pele escura, o fato de elas serem apagadas dos movimentos feministas universalizado. Nessa histórica luta política, mulheres negras não são contempladas para remediar suas deficiências socioeconômicas identificadas por carências diversas daquelas reivindicadas pelas mulheres brancas classes média e alta.

Esse dado coloca os movimentos feministas em rota de colisão com a luta pela libertação da população feminina negra ao reproduzir uma domesticação que desumaniza as mulheres negras inferiorizadas pela cultura colonizadora. Com isso, ocorre uma exploração do trabalho doméstico desprotegido das garantias trabalhistas sob dissimulação de afetividades que as constroem nas reivindicações dos direitos.

Contudo, a violência contra as mulheres não diferencia classe social e muito menos nível acadêmico. As vantagens auferidas pelas mulheres brancas em relação às mulheres negras não representam uma verdadeira emancipação, conquanto não as libertam das amarras opressivas. Em maior ou menor escala, todo o gênero feminino sofre opressão com alta potencialidade de serem vitimadas nas suas integridades físicas, psicológicas e moral.

Em relação ao homem negro, as estatísticas também denunciam que fatores raciais sobrepõem-se ao gênero. De modo que a manutenção do sistema patriarcalista de opressão do gênero disponibiliza vantagens insignificantes aos correspondentes masculinos de pele escura. Isso importa que o patriarcado não beneficia a ninguém que não esteja no grupo heteronormativo branco do patriarcalismo.

A crítica social que o feminismo branco se põe a levantar só surte êxito se for conjunta, porque a fragmentação enfraquece as vozes e se converte em ferramenta a serviço da opressão. O cenário de intolerância demonstra que o único caminho para a redenção de todos os oprimidos é uma trilha única com solidariedade, empatia e interseccionalidade. As lutas de todas as minorias é o caminho a um céu de justiça cujo poder de voz seja em posição de igualdade, porque a hierarquização das opressões tem, por paradoxo, atuar em favor do dominante.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMÂNCIO, Hélder Pires. ENSINO SUPERIOR E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL: DECOLONIZAR A UNIVERSIDADE NA PERSPECTIVA DA IGUALDADE RACIAL. *Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores/as Negros/as (ABPN)*, [S.l.], v. 12, n. 34, p. 627-657, out. 2020. ISSN 2177-2770. Disponível em: <https://abpnrevista.org.br/index.php/site/article/view/823>. Acesso em: 06 jan. 2021.

ARAÚJO, Gabriela, Soloridade. In. ARAÚJO, Gabriela. *Mulheres das Letras*. 2ª ed., Brasil: Perla de Castro, 2020.

BARBOSA, Francisco. *Mulheres negras são as mais afetadas pelas condições impostas pela pandemia*. Para a professora do IFCE, Rafaella Florencio, isso se dá pela condição de vida da população negra. Publicada em 28/08/2020. Disponível em <https://www.brasildefato.com.br/2020/08/28/mulheres-negras-sao-as-mais-afetadas-pelas-condicoes-impostas-pela-pandemia>. Acesso em: 30 out. 2020.

BERTOLDO, Sanny. *Depoimento da Coordenadora da ONG Criola*, Lúcia Xavier que reafirma a importância da divulgação dos dados de raça/cor na pandemia para que se possa cobrar políticas públicas para a população negra. Publicado 16/04/2020. Disponível em <http://www.generonumero.media/entrevista-o-coronavirus-nao-tem-nada-de-democratico-ele-tem-preferencias-e-os-negros-sao-um-dos-grupos-preferidos-dele/>. Acesso em 07 nov. 2020.

BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo*. Tradução de Sérgio Milliet, 2ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. 2v.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Publicada em 1º mai. 1943. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso: 18 mai. 2020.

BRASIL. *Lei n.º 1.390, de 3 de julho de 1951*. Publicada em 10 jul. 1951. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1390.htm. Acesso em: 3 mai. 2021.

BRASIL. *Emenda Constitucional de 29 de novembro de 2012*. Publicado: 29/11/ 2012. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc71.htm. Acesso em 18 mai. 2020.

BRASIL. *Lei Complementar n.º 150 de 01 de junho de 2015*. Publicada: 02/06/2015. Disponível em <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicom/2015/leicomplementar-150-1-junho-2015-780907-publicacaooriginal-147120-pl.html&ved=2ahUKEwj7aiyy4ztAhWOGbkGHbf7ChYQFjAAegQIBBAB&usg=AOvVaw3R0O4uOrNahW5YKzk2XNPY>. Acesso 18 mai. 2020.

BRASIL. IPEA. *Estudo do Ipea traça um perfil do trabalho doméstico no Brasil*. As desigualdades são maiores para as mulheres negras. Número de trabalhadoras que se dedicam a essa atividade caiu de 1995 para 2018. Publicado: 23/12/2019. Acesso: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35255&catid=10&Itemid=9. Acesso em 04 dez. 2020.

BRASIL. MPDFT. *O racismo sutil por trás das palavras*. Publicada em 2020. Brasília: Secretaria de Justiça e Cidadania. 2020. Disponível em <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://sisejufe.org.br/wp-content/uploads/2020/07/Alt-O-racismo-sutil-por-tra%25CC%2581s-das-palavras-1-1-2.pdf&ved=2ahUKEwjXnNPelJ7tAhWzIbkGHVRRDXsQFjAAegQIAhAB&usg=AOvVaw3VQm8TOHURuxFHocR4kOVd>. Acesso em 24 dez. 2020.

CARDOSO, Claudia Pons. EXPERIÊNCIAS DE MULHERES NEGRAS E O FEMINISMO NEGRO NO BRASIL. *Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores/as Negros/as (ABPN)*, [S.l.], v. 10, n. 25, p. 317-328, jun. 2018. ISSN 2177-2770. Disponível em: <https://abpnrevista.org.br/index.php/site/article/view/618>. Acesso em: 05 jan. 2021.

CARNEIRO, Sueli. *Escritos de uma vida*. São Paulo: Pólen Livros, 2019.

CORDEIRO, Ana. *Mulheres negras em movimento*. São Bernardo do Campo/São Paulo:APMC, 2020.

DAVIS, Ângela. *Mulheres, raça e classe*. Tradução Heci Regina Candiani. - 1. ed. - São Paulo: Bomtempo, 2016.

DAVIS, Ângela. *A empregada e a desigualdade de raça e gênero*. Publicada em 25/05/2020. Disponível em <https://www.justificando.com/2020/05/25/a-empregada-domestica-e-a-desigualdade-de-raca-e-genero/>. Acesso em 24 dez. 2020.

EVANGELISTA, Renata; ALVES, Lara. *Professor é suspeito de manter doméstica em situação análoga à escravidão em MG*. Publicada em 21/12/2020. Disponível em https://www.otempo.com.br/mobile/cidades/professor-e-suspeito-de-manter-domestica-em-situacao-analoga-a-escravidao-em-mg-1.2427429?utm_source=whatsapp. Acesso em 05 jan. 2021.

FERNANDES, Florestan. *A Integração do Negro na Sociedade de Classes: (o legado da raça branca)*, Volume 1, 5. ed. São Paulo: Globo, 2008.

FERNANDES, Florestan. *O Negro no mundo dos brancos*. São Paulo: Global, 2013.

FERNANDES, Florestan. *Significado do Protesto Negro*. São Paulo: Expressão Popular co-edição Editora da Fundação Perseu Abramo. 2017.

FERREIRA, Cláudia Aparecida Avelar; NUNES, Simone Costa. MULHERES NEGRAS: UM MARCADOR DA DESIGUALDADE RACIAL. *Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores/as Negros/as (ABPN)*, [S.l.], v. 12, n. 33, p. 508-534, ago. 2020. ISSN 2177-2770. Disponível em: <<https://abpnrevista.org.br/index.php/site/article/view/674>>. Acesso em: 05 jan. 2021

FURTADO, Odair; CARVALHO, Mônica Gurjão; SANTOS, Winnie Nascimento dos. Quase da família: perspectivas interseccionais do emprego doméstico. *Rev. psicol. polít., São Paulo*, v. 20, n. 48, p. 355-369, ago. 2020. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-549X2020000200008&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 04 maio 2021.

G1 SP. *Primeiro caso confirmado de Covid-19 no Brasil ocorreu em SP e completa seis meses nesta quarta*. Homem de 61 anos, residente da capital paulista, tinha feito viagem para a Itália foi o primeiro registro de contaminação da doença. Pandemia evoluiu e atingiu a marca de 3.674.176 casos e já provocou a 116.666 mortes no país. Publicada em 26/08/2020. Disponível em <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/08/26/primeiro-caso-confirmado-de-covid-19-no-brasil-ocorreu-em-sp-e-completa-seis-meses-nesta-quarta.ghtml>. Acesso em: 01 de nov. 2020.

GONZALES, Lélia. Racismo e sexismo na cultura brasileira. In. HOLLANDA, Heloisa Buarque de. *Interseccionalidades: pioneiras do feminismo negro brasileiro*. Org. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019.

HARRY, Charles Albert David. Quando você percebe, ou se sente desconfortável, é sua obrigação se informar e tomar posição, porque a ignorância deixa de ser desculpa. Publicada em 04/11/2020. *Revista Veja* n.º 45, ed. 2.711, ano 53. São Paulo: Editora Abril, 2020.

HOOKS, bell. *O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras*. Tradução: Ana Luiza Libânio. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

JESUS, Camila Moreira de. A persistência do privilégio da brancura: notas sobre os desafios na construção da luta antirracista. In. *Branquitude: estudos sobre a identidade branca no Brasil* / Tânia Mara Pedroso Müller, Lourenço Cardoso. - 1. ed. - Curitiba: Appris, 2017.

JINKNSS, Nayara, *A cidade da mulher invisível: a mulher negra e os serviços essenciais*. Publicada: 2020. Disponível em <https://laboratoriodacidade.org/2020/06/10/a-cidade-da-mulher-invisivel-a-mulher-negra-e-os-servicos-essenciais/>. Acesso em 03 nov. 2020.

LERNER, Gerda. *A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens*. Tradução Luiza Sellera. - São Paulo: Cultrix, 2019.

LORDE, Audre. Não existe hierarquia de opressão. In. *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. 440 p.

MELO, Hildete Pereira de. "*A vida das mulheres em tempos de pandemia*".

Fundação Friedrich Ebert. Publicada: 14/04/2020. Disponível em <https://www.fes-brasil.org/detalhe/a-vida-das-mulheres-em-tempos-de-pandemia/>. Acesso em 06 nov. 2020.

MIGALHAS. *Estupro culposo e a cultura do estupro*. Publicada: 3/11/2020. Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/quentes/335846/estupro-culposo-e-a-cultura-do-estupro>. Acesso em 06 nov. 2020.

MIRANDA, Jorge de Assis. Branquitude Invisível – pessoas brancas e a não percepção dos privilégios: verdade ou hipocrisia? *Branquitude: estudos sobre a identidade branca no Brasil* / Tânia Mara Pedroso Müller, Lourenço Cardoso. - 1. ed. - Curitiba: Appris, 2017.

MOTODA, Érika. *Na casa dos outros: histórias vividas por trabalhadoras s: livro-reportagem*/ Érika Motoda, Lauana Viana, Nathalia Fabro. 2017. 224p.

MUYLAERT, Anna. *Que horas ela volta?* Publicado em 20/09/2015. Disponível em https://youtu.be/xJ40jj_uDqk. Acesso em 06 nov. 2020.

NASCIMENTO, Abdias do. *O genocídio de negro brasileiro: Processo de um racismo mascarado*, São Paulo: Perspectivas, 2016. 232 p.

NASCIMENTO, Beatriz. A mulher negra no mercado de trabalho. In. *Interseccionalidades: pioneiras do feminismo negro brasileiro*. Org. Heloisa Buarque de Hollanda. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019.

OXFAM, Brasil. *Primeiro caso de morte por covid-19 no Rio é o retrato da vulnerabilidade das mulheres na pandemia*. Live da Oxfam Brasil no Youtube reuniu a historiadora Wania Sant'Anna e a antropóloga Debora Diniz para discutir o impacto do coronavírus sobre as mulheres no Brasil. Publicada em 28/05/2020. Disponível em <https://www.oxfam.org.br/noticias/primeiro-caso-de-morte-por-covid-19-no-rio-e-o-retrato-da-vulnerabilidade-das-mulheres-na-pandemia/>. Acesso em 06 nov. 2020.

PENA, João Soares. O quarto de empregada e a morte de Miguel. *Epistemologias do Sul*, v. 3, n.1, p. 110-117, 2019. Disponível em <https://revistas.unila.edu.br/epistemologiasdosul/article/download/2445/2109>. Acesso em 06 nov. 2020.

PEREIRA, Bergman de Paula. De escravas a empregadas domésticas - A dimensão social e o "lugar" das mulheres negras no pós- abolição. In: *XXVI Simpósio Nacional de História ANPUH: Anais... 50 anos*, São Paulo, 2011.

PETRONE, Talíria. Prefácio à edição brasileira. In. *Feminismo para os 99%*, um manifesto. Cinzia Arruzza; TiThi Bhattacharya, Nancy Fraser. Tradução de Heci Regina Candiani. [s. l.] Boi Tempo, 2020.

PIEIDADE, Vilma. *Dororidade*. São Paulo: Editora Nós, 2017, 64pp.

PRETA-RARA. *Eu, empregada: a senzala moderna é o quartinho da empregada*. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

RABELO, Thiago. *Família usava pensão de R\$8 mil de mulher escravizada, dizem auditores*. Publicada em 03/01/2021. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2021/01/03/mpt-familia-manteve-mulher-escrava-e-usou-renda-dela-em-faculdade-e-imovel.htm>. Acesso em 06 jan. 2021.

REIS, Adriana Dantas. Mulheres "afro-ascendentes" na Bahia: gênero, cor e mobilidade social (1780-1830). In. *Mulheres negras no Brasil escravista e do pós-emancipação*. Organização Giovana Xavier, Juliana Barreto Farias, Flavio Gomes. 1. ed. – São Paulo: Selo Negro, 2014.

RIBEIRO, Djamila. *Lugar de fala*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. 112 p.

SANTOS, Lucas Gabriel de Matos; ROSA, Pedro. Máscara e homem negro: entre o contágio e o racismo em um regime necropolítico. *Psicologia & Sociedade. Psicol. Soc. vol.32*. Belo Horizonte. 2020. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822020000100416&script=sci_arttext. Acesso em 06 nov. 2020.

SILVA, Luana Caroline Rocha. *Coisa mais linda e a invisibilidade da mulher negra*. Publicada em 23/07/2020. Disponível em <https://www.geledes.org.br/coisa-mais-linda-e-a-invisibilidade-da-mulher-negra/>. Acesso em 06 nov. 2020.

SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

SOUZA, Jessé. *Subcidadania brasileira: para entender o país além do jeitinho brasileiro*. Rio de Janeiro: Leya, 2018.

TIBURI, Marcia. *Hierarquia de opressão: sobre o lugar da luta*. Publicada em 22/03/2017. Disponível em <https://revistacult.uol.com.br/home/hierarquia-de-opressao-sobre-o-lugar-da-luta/>. Acesso em 06 nov. 2020.

UNIVERSA, Marcos Candido da. *João de Deus: 45 anos de estupros e vítimas menores de 13 anos*. Publicado: 01/03/2019. Disponível em <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2019/03/01/45-anos-dividem-primeira-e-ultima-vitima-que-acusa-joao-de-deus-de-estupro.htm>. Acesso em 06 nov. 2020.

WENTZEL, Marina. *O que faz o Brasil ter a maior população de domésticas do mundo*. Publicada: 26 /02/2018. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43120953>. Acesso em 06 nov. 2020.

VERDÉLIO, Andréia. *Primeira morte por covid-19 no Brasil aconteceu em 12 de março*, Até este fim de semana, acreditava-se que havia sido em 16 de março. Publicada em 28/06/2020. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-06/primeira-morte-por-covid-19-no-brasil-aconteceu-em-12-de-marco>. Acesso em 06 nov. 2020.

BANKOE, Katherine. Mulheres africanas nos Estados Unidos. In: NASCIMENTO, Elisa Larkin (Org.). *Afrocentricidade: uma abordagem epistemológica inovadora*. São Paulo: *Selo Negro*, 2009. (Sankofa: matrizes africanas da cultura brasileira; 4).

CARNEIRO, Sueli. *Escritos de uma vida*. Belo Horizonte (MG): *Letramento*, 2018.

GOMES, Nilma Lino. Por uma indignação antirracista e diaspórica: negritude e afrobrasilidade em tempos de incertezas. *Revista da Associação Brasileira de*

Pesquisadores/as Negros/as (ABPN), v. 10, n. 26, p. 111-124, out. 2018. ISSN 2177-2770. Disponível em: <<http://abpnrevista.org.br/revista/index.php/revistaabpn1/article/view/642>> Acesso em: 20/01/2020.

Referência da Publicação do Original:

OLIVEIRA DA SILVA, Eliaidina Wagner. A MULHER NEGRA E O ESTIGMA DE EMPREGADA DOMÉSTICA, CAUSAS DE VULNERABILIDADES E EXPOSIÇÃO AO COVID-19. **Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores/as Negros/as (ABPN), [S.l.], v. 13, n. 36, p. 729-755, maio 2021.** ISSN 2177-2770. Disponível em: <<https://abpnrevista.org.br/index.php/site/article/view/1170>>. Acesso em: 01 jun. 2021.

(DES)NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA ESPECÍFICA PARA EXTINÇÃO DE EMPRESAS ESTATAIS? ANALISANDO COM CAUTELA O DECIDIDO NA ADI Nº 6241/DF.

ANDRÉ DOS SANTOS LUZ: Bacharel em Direito pela PUC-SP. Pós-graduado em Direito pela FGV-SP. Advogado concursado da Proguaru S/A.

A pandemia da Covid-19 alterou profundamente os métodos de trabalho nos setores público e privado. Particularmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal é notável a quantidade de julgamentos proferidos no âmbito do plenário virtual¹⁵⁴.

Causas que antes levavam meses, quiçá anos, para serem julgadas no plenário físico, hoje são julgadas em questão de dias no ambiente virtual. Parece-nos tratar de fenômeno irreversível e que não se alterará mesmo depois da pandemia, ou seja, é necessário acompanhar cada vez com mais atenção os julgamentos oriundos do plenário virtual.

Neste sentido, vale a pena destacar o importante julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6241/DF, de que foi relatora a Ministra Carmen Lúcia, finalizado em 06/02/2021, e que pode ter passado despercebido em função do também importante julgamento do RE nº 1.010.606 onde o STF decidiu que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal.

Voltando à ADI nº 6241/DF, tratou-se de ação ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) arguindo a inconstitucionalidade da inclusão de empresas públicas e sociedades de economia mista federais no Programa Nacional de Desestatização. No caso, o PDT defendeu que a desestatização da Casa da Moeda do Brasil, do Serpro, da DataPrev, da ABGF, da EMGEA e da Ceitec necessitava de edição de lei específica autorizativa para cada uma dessas estatais.

O argumento central do PDT foi no sentido de que o art. 37, inciso XIX, da Constituição Federal determina que a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista depende de autorização legislativa específica e, pelo paralelismo das formas, a extinção de tais entidades também demandaria a autorização em lei específica.

A doutrina caminha exatamente nesta direção quando ensina que: *“Para a extinção das entidades administrativas, pela aplicação do princípio da simetria, segue-se o procedimento inverso: (...) para as fundações públicas de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista, à lei específica caberá autorizar a extinção, que será efetivada pela*

¹⁵⁴ <https://www.conjur.com.br/2021-jan-12/ampliacao-plenario-virtual-gerou-explosao-repercussoes-gerais> Acesso em 16.02.2021.

baixa do registro dos atos constitutivos da entidade. Com o desfazimento do registro, a pessoa jurídica extingue-se¹⁵⁵”.

Todavia, a Min. Carmen Lúcia não concordou integralmente com os argumentos do PDT. De acordo com ela *“é desnecessária, em regra, lei específica para inclusão de sociedade de economia mista ou de empresa pública em programa de desestatização. Para a desestatização é suficiente a autorização genérica prevista em lei que veicule programa de desestatização. (...) No entanto, com relação às empresas estatais cuja lei instituidora tenha previsto, expressamente, a necessidade de lei específica para sua extinção ou privatização, é necessário que o administrador público observe a norma legal¹⁵⁶”.* Com base em tais argumentos, a relatora conheceu em parte da ADI e, na parte conhecida, julgou-a improcedente no que foi acompanhada pela maioria dos demais ministros.

A última observação constante do voto da relatora é de fundamental importância. Explica-se: para a maioria dos ministros do STF a desestatização de empresas estatais demanda, como regra, autorização legislativa genérica não havendo necessidade de autorização legislativa específica para cada uma das estatais envolvidas no processo. Porém, se a lei específica que autorizou a instituição da estatal previu também que a sua extinção necessita de lei específica é necessário que o administrador público observe tal comando normativo não havendo que se falar, portanto, em autorização legislativa genérica.

Ficaram vencidos no julgamento os Ministros Edson Fachin e Ricardo Lewandowski para quem é sempre necessária autorização legislativa específica para extinção de empresas estatais.

Do voto do Min. Edson Fachin, colhe-se a seguinte passagem: *“Com efeito, sem que um processo legislativo específico seja instaurado, os cidadãos – no fiel exercício político que se dá por meio dos seus representantes – perdem o direito de discutir, caso a caso, se o especial interesse público que antes existira deixa, efetivamente, de existir. A hipótese de paralelismo entre criação/autorização e extinção/alienação é, em verdade, a exigência de que cada ato específico seja condicionado por mecanismos legítimos de formação da vontade¹⁵⁷”.*

Assim, temos que a interpretação mais adequada deste julgamento do STF é um sonoro: depende. Isto é: se a lei que autorizou a instituição da empresa estatal é silente no que diz respeito à sua extinção ou desestatização a mera autorização legislativa genérica para que tais fenômenos ocorram já é o bastante. Como o é no caso das estatais citadas na ADI nº 6241/DF.

Por outro lado, se há norma expressa na lei que autorizou a criação prevendo que a extinção também necessita de lei específica tal comando legal tem que ser observado. Conclui-

155 Barchet, Gustavo Felkl. Resumo de Direito Administrativo, p. 85. 03ª Ed. 2020, Cia do Ebook.

156 ADI nº 6241/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário Virtual, j. 06.02.2021.

157 ADI nº 6241/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário Virtual, j. 06.02.2021. (voto vencido)

se, portanto, que o STF não deu um cheque em branco ao administrador público para extinguir empresas estatais da forma como melhor lhe convier.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: CONTEMPLAÇÃO COMO ATO LIBIDINOSO PARA CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

THAYS ANNIELY SOUSA DA SILVA:
Bacharelada em Direito pelo Centro
Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

CARLA THAMYRES DE CASTRO VIDAL SILVA¹⁵⁸

(coautora)

ROGÉRIO SARAIVA XEREZ¹⁵⁹

(orientador)

RESUMO: O crime de estupro de vulnerável, tipificado no artigo 207-A, foi introduzido no Código Penal somente no ano de 2009, por meio da lei nº 12.015/2009. Em recente decisão judicial, a contemplação foi considerada ato libidinoso capaz de configurar o crime de estupro de vulnerável, o que trouxe discussão no meio jurídico. Assim, o objetivo deste artigo é apresentar as principais características do crime de estupro de vulnerável, analisar o novo entendimento sobre a contemplação como ato libidinoso capaz de configurar o crime, e verificar as consequências deste entendimento em outros crimes sexuais que possuem o ato libidinoso como elemento normativo. Para tanto, se pesquisou as principais fontes da literatura penal, bem como o conteúdo da decisão judicial em questão, procurando identificar o entendimento na doutrina e jurisprudência. Para o desenvolvimento do presente estudo foram feitas pesquisas bibliográficas com abordagem indutiva. Verificou-se, portanto, que, a maior parte da doutrina penalista e da jurisprudência citada sustenta a tese de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo do tipo do artigo 207-A, sendo irrelevante para a configuração do delito o contato físico entre o ofensor e o ofendido vulnerável.

Palavras-chave: estupro de vulnerável, contemplação lasciva, ato libidinoso.

ABSTRACT: The crime of rape of vulnerable person typified in the article 207-A was introduced in the Criminal Code only in 2009, through the law nº12.015/2009. In a recent

¹⁵⁸ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. E-mail: thamyres012@hotmail.com.

¹⁵⁹ Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: rogerioxerezadv@hotmail.com.

court decision, contemplation was considered a libidinous act capable of constituting the crime of rape of vulnerability, which brought discussion in the legal environment. Thus, the objective of this article is to present the main characteristics of the crime of rape of vulnerable, to analyze the new understanding on contemplation as a libidinous act capable of constituting the crime, and to verify the consequences of this understanding in other sexual crimes that have libidinous act as a normative element. To do so, the main sources of criminal literature were researched, as well as the content of the judicial decision in question, seeking to identify the understanding in doctrine and jurisprudence. For the development of the present study, bibliographical research was carried out with an inductive approach. It was verified, therefore, that most of the penal doctrine and jurisprudence cited sustains the thesis that lascivious contemplation configures the libidinous act constitutive of the type of that lascivious contemplation configuration of the offense the type of article 2017-A, being irrelevant for the configuration of the offense the physical contact between the offender and the vulnerable offended, that is, under 14 (fourteen) years.

Keywords: Rape of vulnerable, lascivious contemplation, libidinous act.

Sumário: **1** Introdução – **2** O crime de estupro de vulnerável: 2.1 O objeto jurídico; 2.2 Sujeitos do crime; 2.3 Elementares do crime; 2.4 Consumação; 2.5 Crime hediondo – **3** Contemplação lasciva à luz da doutrina e de jurisprudências: 3.1 Conceito de ato libidinoso no crime de estupro de vulnerável; 3.2 Contemplação lasciva e estupro de vulnerável na literatura; 3.3 Contemplação lasciva e estupro de vulnerável na jurisprudência – **4** Contemplação lasciva e os crime de corrupção de menores e satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente: 4.1 Consequências para o crime de corrupção de menores; 4.2 Consequências para o crime de satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente – **5** Conclusão – Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a possibilidade da utilização da contemplação lasciva como ato libidinoso capaz de configurar o crime de estupro de vulnerável. Para tanto, tem-se como base uma decisão judicial do Superior Tribunal de Justiça em Recurso de *Habeas Corpus* 160, bem como a literatura penal sobre o tema.

O objetivo principal deste estudo, portanto, é analisar o crime de estupro de vulnerável, comparando entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a possibilidade da utilização da contemplação lasciva como ato libidinoso previsto no artigo 217-A.

Para tanto, a primeira seção abordará alguns pontos relevantes sobre o crime de estupro de vulnerável, por meio de entendimentos doutrinários e legislação penal, para que haja uma melhor compreensão.

Em seguida, será tratado sobre a contemplação lasciva como espécie do gênero ato libidinoso, para caracterização do crime previsto no artigo 217-A, sob a perspectiva da doutrina e jurisprudências controversas sobre o tema.

Por fim, na terceira seção, serão tratadas as consequências da caracterização da contemplação lasciva como ato libidinoso e em que isso acarretaria para os crimes de Corrupção de menores e satisfação de lascívia, mediante presença de criança e adolescente, previstos, respectivamente, nos artigos 218 e 218-A do atual Código Penal.

2 O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Este capítulo visa analisar o crime de estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A do Código Penal. Neste sentido, abordará alguns pontos relevantes sobre o crime, como o objeto jurídico, os sujeitos do crime, elementares, bem como a consumação e sua entrada nos crimes hediondos.

2.1 O Objeto Jurídico

O crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A, está presente no título VI, capítulo V do atual Código Penal, e sua redação é oriunda da Lei nº 12.015/09, denominada "Dos crimes contra a dignidade sexual". Todavia, antes, o bem jurídico tutelado era a liberdade sexual da mulher, e não a dignidade humana, visto que o crime estupro enquadrava somente as mulheres no polo passivo e os homens no ativo, e visava o controle moral e a liberdade sexual do indivíduo, além do pudor coletivo (ALVES, p.3, 2018).

Assim, houve uma reforma legislativa com a entrada da Lei nº 12.015/09, que visava realçar a sexualidade como elemento da dignidade humana. Segundo Alves (2018, p.7), a dignidade humana é um dos bens mais preciosos, e é um princípio fundamental garantido pela Constituição Federal, que deve ser respeitado e protegido.

Bitencourt (2019, p.100) fala que a dignidade sexual é o bem jurídico protegido pela nova redação do Título VI do Código Penal, que comporta a liberdade sexual da vítima, ou seja, o consentimento. No entanto, quando se refere à liberdade do menor ou incapaz, tem o objetivo de agir preventivamente, para manter sua integridade psicológica e física, garantindo um desenvolvimento normal de sua personalidade.

Masson (2014, p.132) também entende que o bem jurídico tutelado pelo atual Código Penal é a dignidade sexual dos vulneráveis, e tem como finalidade a proteção da integridade e da privacidade de tais pessoas no âmbito sexual.

Dessa forma, configuram-se como vulneráveis, de acordo com o artigo 217-A, os menores de catorze anos, enfermos ou portadores de deficiência mental que não tenham o discernimento necessário para a prática do ato, ou quaisquer que por outra causa não possam oferecer resistência.

2.2 Sujeitos do Crime

O crime de estupro de vulnerável é um delito comum, e qualquer pessoa pode ser imputada quando age como sujeito. Porém, em se tratando do polo passivo, o sujeito precisa estar enquadrado no que o Código Penal delimitou como vulnerável, especificamente no artigo 217-A.

A respeito disso, Bitencourt (2019, p.101) pontua que o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa que apresente a qualidade ou condição especial de vulnerabilidade exigida pelo tipo penal, seja por conter idade inferior aos 14 (catorze) anos, por se tratar de alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o discernimento para a prática do ato sexual, ou ainda, qualquer outra pessoa que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Cunha (2017, p.496), por sua vez, estabelece que no *caput* do artigo 217-A, a lei admite que a vítima, ao completar 14 (catorze) anos, adquire a capacidade de consentimento para a relação sexual.

Masson (2014, p.126) ainda apresenta que a escolha, no critério etário, é objetiva, e que dessa forma não há a possibilidade de afastar os menores de 14 (catorze) anos da definição de vulneráveis. Assim, não se fala mais em presunção de violência, mas de vulnerabilidade, que decorre do incompleto desenvolvimento físico, moral e mental do menor de 14 (catorze) anos.

Há, ainda no parágrafo 1º do artigo 217-A, a alegação de que aquele que possui alguma enfermidade ou deficiência mental, ou que por qualquer outra causa não pode oferecer resistência não tem o discernimento necessário para a prática do ato. Neste caso, Bitencourt (2019, p.108) explica que o enfermo ou deficiente mental também são sujeitos de direito, e recebem tratamento destacado na Constituição Federal de 1988, o que também inclui o direito à sexualidade e à própria dignidade sexual.

Masson (2014, p.127) dispõe que a enfermidade ou deficiência mental podem ser tanto temporárias como permanentes, de natureza congênita ou adquirida. Assim, é necessário que haja perícia médica, que descartará ou não a existência de discernimento do ato.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/15, em seu artigo 6º, inciso II, expõe que a deficiência não implica na plena capacidade de exercer seus direitos sexuais e reprodutivos. Nesse passo, Aguiar e Silva (2017) estabelecem que o artigo 217-A os inserem como vulneráveis para que haja defesa da integridade e dignidade ao serem submetidos a uma situação de vulnerabilidade. A respeito desse assunto, o Código Penal não produz interferências nos direitos assegurados, de forma que, quando tais situações chegam a juízo, devem ser apreciadas por magistrados (BRASIL, 2015).

Cunha (2017, p.499) propõe que a relação sexual não pode ser punida apenas por ocorrer com uma pessoa que possua enfermidade ou deficiência mental, de forma que só há a caracterização do crime quando o agente pratica conjunção carnal ou ato libidinoso com enfermo ou deficiente mental que não tem discernimento necessário para a prática do ato. Portanto, isso torna necessária a verificação concreta da condição da pessoa, e neste raciocínio, o Estatuto da Pessoa com Deficiência não interfere na caracterização do crime estupro de vulnerável.

A propósito, deve-se atentar à expressão “qualquer outra causa” e interpretá-la no sentido amplo, com o intuito de alcançar todos os motivos que retirem de alguém a capacidade de resistir ao ato sexual (MASSON, 2014, p.128).

2.3 Elementares de Crime

Para que haja caracterização do estupro de vulnerável, basta que o agente pratique conjunção carnal ou ato libidinoso com pessoas caracterizadas como vulneráveis pelo ordenamento jurídico, como já apresentado anteriormente, e não se faz necessário o emprego de violência ou ameaça grave.

Nucci (2019, p.132) separa em duas condutas: a primeira trata da conjunção carnal com menor de 14 (catorze) anos. Nesse contexto, o verbo “ter” possui o sentido de “realizar” ou “efetuar”, e a conjunção carnal consiste na introdução total ou parcial do pênis na vagina, o que torna imprescindível a existência de uma relação heterossexual; a segunda conduta é a prática de atos libidinosos, em que “praticar” tem sentido de “manter” ou “desempenhar” ato libidinoso, revestido de conotação sexual, como sexo oral, sexo anal, masturbação, etc.

Dessa forma, o ato libidinoso vai além da conjunção carnal, e engloba quaisquer atos que satisfaçam a lascívia do agente, de modo que existem situações que dispensam inclusive o toque e o contato físico.

O artigo 217-A estabelece as formas qualificadas do crime, e assim, o agente responde por crime de estupro de vulnerável qualificado. Caso sua conduta resulte em lesão corporal de natureza grave ou até morte, sua pena será aumentada.

No tipo penal, mesmo que a vítima menor de 14 (catorze) anos tenha consentido com o ato sexual, a infração penal é configurada. O Superior Tribunal de Justiça, na Súmula nº 593, apresenta o seguinte posicionamento:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. (BRASIL, 2017b).

Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça afirma não haver a necessidade do eventual consentimento da vítima. Ademais, menciona ainda que não é relevante a existência prévia de um relacionamento amoroso, ou mesmo de relação sexual anterior ao delito. Diante disso, o STJ demonstra que não há necessidade de uma investigação da vida pessoal da vítima.

2.4 Consumação

Segundo o artigo 217-A, o ato é consumado por meio da prática da conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, com enfermo ou deficiente mental que não tem o necessário discernimento, ou que por qualquer outra causa não pode oferecer resistência.

Estabelece Masson (2014, p.135) que o estupro de vulnerável é crime material, na modalidade “ter conjunção carnal”, e se consuma com a introdução parcial ou total do pênis na vagina. Em sequência, na variante “praticar ato libidinoso”, o crime se consuma no momento em que o ato libidinoso desejado pelo agente é praticado com o corpo da vítima.

O ato libidinoso abrange tanto a relação sexual em que a vítima tem comportamento passivo e permite a prática dos atos, ou ainda o comportamento ativo, quando a vítima pratica os atos libidinosos no agente.

De acordo com Bitencourt (2019, p.118), é admissível a tentativa do crime, que se caracteriza pela interrupção da execução, causada por uma reação eficaz da vítima, ou ainda por intervenção de terceiros, o que, portanto, seria consequência de circunstâncias alheias à vontade do agente.

2.5 Crime Hediondo

Crime hediondo é uma expressão que deriva da promulgação da Constituição Federal de 1988, o que levou o legislador a definir e sujeitar um rol legal. Com o interesse de proteger a dignidade sexual da pessoa vulnerável, o ordenamento jurídico, passou a inseri-lo entre os delitos neste rol de crimes, com o intuito de proteger as pessoas que não estão aptas para obter relações sexuais, o que se presume que haja violência em todos os casos.

O crime de estupro de vulnerável faz parte dos crimes elencados na Lei 8.072/90, dessa forma, ao torná-lo um crime hediondo, mesmo na forma simples, sua pena será exercida, inicialmente, em regime fechado (BRASIL, 1990; GENTIL, 2010).

Firma Nucci (2019, p.170) que o estupro de vulnerável é um delito hediondo, que traz como consequência todas as privações impostas pela Lei 8.072/90, dentre as quais: o cumprimento de pena inicial é em regime fechado, há a impossibilidade de obtenção de liberdade provisória com fiança, além de um considerável aumento de prazo para a obtenção do livramento condicional, entre outros fatores.

Contudo, de forma explícita, a lei nº12.015/09 inseriu o estupro de vulnerável na lista dos crimes hediondos, pois com a revogação do artigo 224 do Código Penal, o que antes era considerado de violência presumida, passou a ser visto como crime autônomo. Assim, a hediondez do crime de estupro de vulnerável tem a ver tanto com a evolução histórica como com a presunção da violência (BRASIL, 2009).

3 CONTEMPLAÇÃO LASCIVA À LUZ DA DOCTRINA E DE JURISPRUDÊNCIAS

O estudo da contemplação lasciva aborda o ato de observar a vítima menor de 14 (catorze) anos ou vulnerável, sem que haja o contato físico entre o ofensor e o ofendido para que seja caracterizado como crime de estupro de vulnerável.

Sendo assim, o presente capítulo abordará o cabimento da contemplação lasciva dentro do gênero de ato libidinoso, previsto como elemento normativo do artigo 217-A. Ainda, serão abordados e comparados entendimentos oriundos da literatura e de jurisprudências sobre o tema.

3.1 Conceito de Ato Libidinoso no Crime de Estupro de Vulnerável

A legislação do artigo 217-A não traz expressa a definição exata do que seria o ato libidinoso, apenas estabelece que cometerá estupro de vulnerável aquele que praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos.

De acordo com Greco (2017, p.95), "Na expressão outro ato libidinoso estão contidos todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham por finalidade satisfazer a libido do agente[...]", e portanto, o ato libidinoso é gênero que possui espécies, incluindo a conjunção carnal ou qualquer ato com conotação sexual.

Dessarte, Fernando Capez (2012b, p.295) complementa que o ato libidinoso compreende outras formas do ato sexual diferentes da conjunção carnal, e são quaisquer atos que se destinam a satisfazer a lascívia e prazer sexual do ofensor. Prado (2019, p.1464) ainda afirma que ato libidinoso é a conduta praticada pelo agente, que se consolida por meio de seus prazeres sexuais. Dessa forma, conforme o que foi apresentado, conclui-se que a contemplação lasciva é espécie de ato libidinoso que se enquadra no crime de estupro de vulnerável.

3.2 Contemplação Lasciva e Estupro de Vulnerável na Literatura

Como se sabe, o ato libidinoso diverso da conjunção carnal foi acrescido ao crime de estupro art. 217-A do Código Penal (Lei 12.015/2009), unificando qualquer conduta sexual contra vulneráveis em um mesmo tipo penal. Entretanto, a definição do que é ato libidinoso e o que se encaixa dentro deste ato ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência, como discutido anteriormente.

Dito isso, busca-se entender o conceito de contemplação lasciva e como esta se insere no ato libidinoso, tornando-se um ato sexual capaz de configurar o crime de estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A.

À vista do conhecimento de ato libidinoso explicado por Prado (2019, p.1464), é possível compreender que a contemplação lasciva está inclusa no gênero ato libidinoso, visto que este ato é a conduta praticada pelo agente que se consolida com seus prazeres sexuais. Com isso, para que seja consumado o crime de estupro de vulnerável é preciso que o autor do crime tenha apenas praticado qualquer conduta de natureza sexual com vítima, mesmo que não tenha possuído contato corpóreo com a vítima.

Destarte, Luciana Pimenta (2016) aduz que, “contemplação” tem sentido de olhar atenciosamente ou por admiração algo ou alguém, já lascívia carrega a ideia de comportamento inclinado aos prazeres sexuais. Dessa forma, pode-se dizer que contemplação lasciva é o ato de, sem tocar outrem, satisfazer sua libido e prazer sexual a partir da nudez alheia. Logo, o simples fato de olhar a vítima desnuda com o objetivo de satisfazer sua lascívia (contemplação lasciva) já será suficiente para caracterizar ato libidinoso e, portanto, configurar o delito de estupro de vulnerável, de modo que, mesmo sem tocar a vítima, o agente infringe a legislação (POLTRONIERI, 2016; GONÇALVES, 2019).

Por sua vez, Paciornik (2016 apud CUNHA, 2018, p.516) explica que:

A conduta de praticar com menor de idade atos libidinosos abrange tanto o ato sexual tendo a vítima um comportamento passivo (permitindo que com ela se pratiquem os atos) ou ativo (praticando os atos de libidinagem no agente), implicando, interpretação diversa. De acordo com o que decidiu o STJ, o crime de estupro de vulnerável pode ser caracterizado inclusive em situações nas quais não há contato físico entre o agente e a vítima (RHC 70.970/MS, Rel. Min. Joel Ian Paciornik, Dje 10/08/2016).

Dessa maneira, o autor encontra-se em conformidade com o entendimento de que contemplação lasciva está inclusa no gênero ato libidinoso. Destarte, é possível compreender que, caso o agente ofensor, por meio de sua conduta delituosa sem anuência do ofendido, tiver seu prazer sexual satisfeito, com ou sem contato corpóreo com a vítima, estará praticando um ato libidinoso capaz de configurar o crime de estupro de vulnerável (NUCCI, 2019, p.144).

Lopes (2017, p.13) determina que, como o crime de estupro de vulnerável é tido como crime de forma livre, pode ser praticado por qualquer meio, e assim pode ser consumado pela mera contemplação lasciva. Desta forma, mesmo que não haja o contato físico entre o agente e a vítima, esta tem sua liberdade sexual violada.

Em contrapartida, Fernando Capez (2012a, p.34-35) sustenta que o ato libidinoso compreende outras formas de realização do ato sexual que não a conjunção carnal, e afirma que o ato possui: "conceito bastante abrangente (...), não se incluindo nesse conceito as palavras, os escritos com conteúdo erótico, pois a lei se refere a ato, ou seja, realização física concreta".

Dessa forma, a simples conduta de obrigar a vítima a despir-se, sem obrigá-la a praticar qualquer ato que tenha natureza sexual configura o crime de Constrangimento Ilegal, e não estupro de vulnerável, visto que apenas ficar desnudo não se configura como ato libidinoso. Além disso, também não se configura como estupro de vulnerável palavras e propostas que tenham fins eróticos (GONÇALVES, 2011, p.516).

No entanto, Nucci (2019, p.144) explica que qualquer pessoa que realize ato libidinoso com outra pessoa, com ou sem o consentimento desta, satisfazendo seu prazer sexual, cometerá crime de Importunação sexual previsto no art.215-A do Código Penal. Ainda, segundo o autor, sem o consentimento da vítima várias condutas podem ser incluídas no crime de Importunação sexual, como a masturbação na presença da vítima, ficar desnudo na presença do ofendido, entre outras.

Do ponto de vista de Damásio (2020, p.190), há atos que não são revestidos de natureza sexual e que somente uma análise das circunstâncias do fato poderá concluir de que se trata ou não de ato libidinoso capaz de configurar o estupro de vulnerável.

3.3 Contemplação Lasciva e Estupro de Vulnerável na Jurisprudência

A mesma controvérsia na literatura, paira também nas decisões judiciais. Acerca do crime estupro de vulnerável, há entendimentos jurisprudenciais que aceitam ou não a contemplação como ato libidinoso capaz de configurar tal delito, pois há divergências quanto a necessidade de contato corpóreo entre o criminoso e a vítima vulnerável.

Isto posto, de acordo com Angelo (2020)⁶ a 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. João Morenghi, decidiu a partir de um caso concreto, que quando¹⁶¹

não há conjunção carnal, o ato libidinoso cometido contra menor de 14 (catorze) anos não é considerado como estupro de vulnerável, mas sim como o crime de importunação sexual, previsto no artigo 215-A do Código Penal.

O caso supracitado ocorre em sigilo judicial, logo, não se tem acesso a todas as informações. Todavia, na situação em questão, a menor vulnerável possuía apenas 08 (oito) anos de idade, e fora induzida a sentar no colo do seu tio, que além de apalpar seus seios, a movimentava para cima a fim de friccionar-se nela. Tal entendimento firmado pelo TJ-SP encontrou amparo no fato de não ter ocorrido conjunção carnal entre o ofensor e a vítima, o que enquadrava a conduta no crime de importunação sexual, e desclassificou o crime de estupro de vulnerável (ANGELO, 2020).

O crime de importunação sexual foi incluído pela lei 13.718/18 (BRASIL, 2018b), que afirma que quem “praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”, comete este crime. Ocorre que, no caso em que a vítima é menor vulnerável, ou seja, menor de 14 (catorze) anos, e devido a sua total privação de resistência, o crime cometido trata-se do estupro de vulnerável. (MASSON, 2014, p.1509).

Isto posto, a 1ª Turma do STF, no HC 134591, processo nº 4000832-1720161000000, relator Min. Marco Aurélio e o relator Min. Alexandre de Moraes¹⁶² publicado em 2019, já decidiu pela impossibilidade de desclassificação do crime de estupro de vulnerável para o crime de importunação sexual. De acordo com o inteiro teor da decisão, a configuração do crime de importunação sexual só é possível se a vítima não for vulnerável. (BRASIL, 2019)

O STJ posicionou-se a respeito do Recurso Especial nº 1684167/SC, relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, autuado em 2017, dando o entendimento de que é impossível a desclassificação do crime de estupro de vulnerável para o crime de importunação sexual, por se tratar de menores de 14 (catorze) anos (BRASIL, 2018a).

¹⁶¹ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-02/estupro-vulneravel-ocorre-quando-conjuncao-carnal-tj-sp>. Acesso em: 31 de mar. de 2021

¹⁶² Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862017472/habeas-corpus-hc-134591-sp-sao-paulo-4000832-1720161000000/inteiro-teor-862017477> . Acesso em: 07 de jun. de 2021.

O STJ, em outro julgamento da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no RHC 70.976/MS, processo nº1400826-75.2016.8.12.0000, Rel. Min Joel Ilan Paciornik, relata sobre o caso de uma menor de 14 (catorze) anos, em que a vítima foi obrigada a despir-se para que outrem pudesse contemplá-la e satisfazer sua libido. Neste processo foi homologado o conceito de contemplação lasciva, entendendo que não há necessidade de contato físico entre a vítima e o agente ofensor para configuração do crime de estupro de vulnerável.

De acordo com essa decisão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no RHC 70.976/MS Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 2016:

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E ATIPICIDADE DA CONDOTA. CONTEMPLAÇÃO LASCIVA DE MENOR DESNUDA. ATO LIBIDINOSO CARACTERIZADO. TESE RECURSAL QUE DEMANDA REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO. O Parquet classificou a conduta do recorrente como ato libidinoso diverso da conjunção carnal, praticado contra vítima de 10 anos de idade. Extraí-se da peça acusatória que as corrés teriam atraído e levado a ofendida até um motel, onde, mediante pagamento, o acusado teria incorrido na contemplação lasciva da menor de idade desnuda. Discute-se se a inocorrência de efetivo contato físico entre o recorrente e a vítima autorizaria a desclassificação do delito ou mesmo a absolvição sumária do acusado. A maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do Código Penal - CP, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido. O delito imputado ao recorrente se encontra em capítulo inserto no Título VI do CP, que tutela a dignidade sexual. Cuidando-se de vítima de dez anos de idade, conduzida, ao menos em tese, a motel e obrigada a despir-se diante de adulto que efetuara pagamento para contemplar a menor em sua nudez, parece dispensável a ocorrência de efetivo contato físico para que se tenha por consumado o ato lascivo que configura

ofensa à dignidade sexual da menor. Com efeito, a dignidade sexual não se ofende somente com lesões de natureza física. A maior ou menor gravidade do ato libidinoso praticado, em decorrência a adição de lesões físicas ao transtorno psíquico que a conduta supostamente praticada enseja na vítima, constitui matéria afeta à dosimetria da pena, na hipótese de eventual procedência da ação penal. In casu, revelam-se pormenorizadamente descritos, à luz do que exige o art. 41 do Código de Processo Penal - CPP, os fatos que, em tese, configurariam a prática, pelo recorrente, dos elementos do tipo previsto no art. 217-A do CP: prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal com vítima menor de 14 anos. A denúncia descreve de forma clara e individualizada as condutas imputadas ao recorrente e em que extensão elas, em tese, constituem o crime de cuja prática é acusado, autorizando o pleno exercício do direito de defesa e demonstrando a justa causa para a deflagração da ação penal. Nesse enredo, conclui-se que somente após percuciente incursão fática-probatória seria viável acolher a tese recursal de ausência de indícios de autoria e prova de materialidade do delito imputado ao recorrente. Tal providência, contudo, encontra óbice na natureza célere do rito de habeas corpus, que obsta a dilação probatória, exigindo que a apontada ilegalidade sobressaia nitidamente da prova pré-constituída nos autos, o que não ocorre na espécie. Assim, não há amparo para a pretendida absolvição sumária ou mesmo o reconhecimento de ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal para apuração do delito. Recurso desprovido (BRASIL, 2016).

No caso supracitado, o agente ofensor fora acusado de ter atraído e levado a menor de 14 (catorze) anos até um motel, forçá-la a tirar a roupa e submetê-la, mediante pagamento de R\$400 (quatrocentos reais), a satisfazer seu desejo sexual por meio da contemplação lasciva. Observa-se que a vítima teria sido obrigada a ficar desnuda para que o acusado pudesse contemplá-la e, mesmo sem contato corpóreo, obtivesse o prazer sexual desejado.

De acordo com informações acerca do parecer do Ministério Público Federal¹⁶³ tratando-se do caso, o ato de observar, ou seja, contemplar uma criança nua, preenche os requisitos previstos na legislação brasileira para ser classificado como um caso de estupro de vulnerável, visto que a vítima se trata de uma menor, que não possuía compreensão exata do ocorrido e nem tinha chances de defesa.

Em acréscimo, o Ministro Ribeiro Dantas decidiu em Recurso Especial nº 1640087/MG 2014/0059863-3, no caso concreto, que a contemplação com o intuito de satisfazer a lascívia configura ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Mais uma vez, demonstrando que não é necessário o contato físico entre ofensor e ofendido para que haja consumação de crimes contra a dignidade sexual, o STJ decidiu:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ART. 214, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONTATO FÍSICO ENTRE O AGENTE E A VÍTIMA. DESNECESSIDADE. CONTEMPLAÇÃO LASCIVA. CONSUMAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. De acordo com o novel entendimento consagrado por esta 5ª Turma, à unanimidade de votos, em julgamento de caso semelhante, decidiu-se que a "contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do Código Penal, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido" (RHC 70.976-MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016). 2. **No caso concreto, a conduta do agente que, valendo-se de sua condição de conselheiro tutelar, tranca o adolescente nas dependências do Centro de Triagem e lhe ordena, mediante graves ameaças, que tire toda a roupa e se masturbe (entregando-lhe inclusive uma revista pornográfica, com o escopo de estimular a libido), que faça poses para fotografias de cunho pornográfico e mostre seu órgão genital, além de obrigar a vítima, contra sua vontade, a assistir esse mesmo agente se masturbando, tudo com o propósito de obter a satisfação da lascívia do recorrido,**

¹⁶³ Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/369348656/estupro-de-vulneravel-pode-ser-caracterizado-ainda-que-sem-contato-fisico> . Acesso em: 15 de abr. de 2021.

configura, sim, o "ato libidinoso diverso da conjunção carnal" descrito no tipo do art. 214 do Código Penal, em sua modalidade consumada. 3. Recurso especial provido para condenar o réu como incurso nas penas do art. 214, *caput*, do Código Penal e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que proceda à dosimetria da pena (BRASIL, 2017a, grifo nosso).

Tal caso se enquadra nos termos do artigo 214 do Código Penal, atentado violento ao pudor, que fora revogado pela lei nº12.015/2009. Dessa forma, de acordo com as declarações e decisão dadas, o crime cometido pelo agente configura-se atualmente como estupro de vulnerável, devido aos atos praticados pelo agente capazes de configurar a contemplação lasciva, bem como porque a vítima é vulnerável menor de 14 (catorze) anos.

4 CONTEMPLAÇÃO LASCIVA E OS CRIMES DE CORRUPÇÃO DE MENORES E SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA MEDIANTE PRESENÇA DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE

Com o estudo da contemplação lasciva e a possibilidade de seu uso como ato libidinoso para a caracterização do estupro de vulnerável, é possível compreender a necessidade de analisar as consequências em outros crimes tipificados no Código Penal.

Neste sentido, no presente capítulo, serão pontuados os crimes 218 e 218-A, previstos no atual Código Penal, e a decorrência da utilização da contemplação lasciva como ato libidinoso.

4.1 Consequências para o Crime de Corrupção de Menores

O Código Penal dispõe no artigo 218 o crime de corrupção de menores, em que o delito é caracterizado quando o agente induz "alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem" (BRASIL, 2009). Esse delito fora introduzido pela lei 12.015/2009, revogando a antiga redação.

O artigo supracitado trata do envolvimento de vítima menor de 14 (catorze) anos no momento em que o delito é praticado pelo agente. Isso acontece, por exemplo, quando o ofendido é induzido a satisfazer a lascívia e desejo sexual de outrem. Em complemento a este entendimento, Masson (2014, p.138) determina que o núcleo do tipo "induzir" consiste em criar na mente do menor de 14 (catorze) anos a vontade de satisfazer a lascívia alheia.

À vista disso, é preciso que se saiba as consequências da possibilidade da existência da contemplação lasciva como ato libidinoso nesse delito, visto que o seu ponto principal é a ausência de contato físico do agente ofensor com menor de 14 (catorze) anos.

Masson (2014, p. 138 e 139) estabelece que, a satisfação da lascívia está relacionada a atividades sexuais meramente contemplativas, tais como assistir a vítima dançar nua ou fazer poses eróticas, e nesses casos, o terceiro busca o prazer sexual mediante a observação.

Desta forma, Masson (2014, p.138) aduz que se o agente induzir o menor de 14 (catorze) anos a realizar conjunção carnal ou ato libidinoso com terceira pessoa, deverá responder como estupro de vulnerável, tipificado no artigo 217-A do Código Penal, na condição de partícipe. Portanto, na corrupção de menores não se faz necessário o contato corpóreo.

Dito isso, o tipo penal previsto no artigo 218 fica esvaziado, pois sua elementar “satisfazer lascívia de outrem” pode caracterizar um ato libidinoso, assim como a contemplação lasciva, sendo espécies do gênero ato libidinoso presentes no crime de estupro de vulnerável.

Portanto, a contemplação lasciva, entendida como espécie de ato libidinoso capaz de configurar o estupro de vulnerável, descaracteriza a conduta do crime de corrupção de menores, visto que os atos libidinosos desse delito constituem condutas que não envolvem o contato físico entre o agente e a vítima vulnerável.

Ademais, ressalta-se que são similares as condutas de induzir, instigar e auxiliar, todas são formas de participação, e não de coautoria, ficando claro que todos os agentes envolvidos no delito, ora em apressado, responderão pelo crime de estupro de vulnerável. (NUCCI, 2019, p. 194)

Portanto, o agente que induzir a vítima a presenciar o ato, concorre na condição de partícipe no delito, portanto, responderá pelo crime de estupro de vulnerável, assim como o agente do crime em si. Desta forma, afasta a existência do crime de corrupção de menores, pois qualquer comportamento que a vítima fosse induzida a realizar, o terceiro estaria praticando o crime de estupro de vulnerável, assim como induz.

4.2 Consequências para o Crime de Satisfação da Lascívia Mediante Presença de Criança ou Adolescente

Assim como o artigo 218, o artigo 218-A também foi incluído no Código Penal por meio da lei 12.015/2009, dispondo sobre a satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, em que o agente comete o crime ao “praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem” (BRASIL, 2009).

O delito supracitado trata do envolvimento da vítima menor de 14 (catorze) anos no momento em que o delito é praticado pelo agente, quando é obrigada ou induzida a presenciar ato libidinoso para que terceiro ou o próprio ofensor satisfaça sua lascívia.

Desta forma, Masson (2014, p. 143) aborda que os núcleos deste artigo são “praticar” e “induzir”, e cada um se relaciona uma conduta distinta. O verbo “praticar” tem sentido de realizar, ou seja, realizar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, conjunção carnal ou ato libidinoso. Assim, entende-se que nessa situação há a compreensão de que a relação sexual está sendo assistida pelo menor.

Por conseguinte, no verbo “induzir” possui sentido de convencer ou persuadir o menor de 14 (catorze) anos de presenciar a atividade sexual. Sobre isso, Greco (2017), em conformidade com Masson (2014) afirma que, embora o agente não tivesse induzido a vítima vulnerável a presenciar o ato sexual, estava ciente de que o menor assistia a tudo, mas mesmo assim, permitiu que ali permanecesse, visto que isso também era uma forma de satisfazer a sua própria libido ou mesmo a de outrem.

Destarte, compreende-se que a presença física da vítima no local onde a conjunção carnal ou ato libidinoso se realiza não é exigível, e basta que a relação sexual ou ato libidinoso sejam realizados à vista do menor, que pode estar fisicamente distante, mas visualizando tudo por meio de webcam, e a situação contrária também é viável.

Neste tipo penal “deve-se utilizar interpretação extensiva: onde se lê induzir (que é o menor), leia-se também instigar (fomentar, incentivar) e auxiliar (dar suporte material ou moral)” (NUCCI, 2019, p.198).

Assim como mencionado anteriormente, o ponto principal do delito é a ausência de contato físico do agente ofensor com o menor ou qualquer vulnerável, portanto, se faz necessário que as consequências da possibilidade da existência da contemplação lasciva como ato libidinoso no crime de estupro de vulnerável fiquem claras.

À vista disso, considera-se que a contemplação lasciva é espécie de ato libidinoso capaz de configurar o estupro de vulnerável, e quando se trata especificamente do menor

de 14 (catorze) anos, acaba abrangendo também as condutas do crime de satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, visto que os atos libidinosos desse delito constituem condutas que não envolvem o contato físico entre o agente e a vítima vulnerável, a mesma prevista no artigo 217-A.

Dito isso, assim como ocorre com o crime de corrupção de menores, o crime de satisfação de lascívia mediante presença de criança e adolescente deve ser descaracterizado, pois suas elementares “satisfazer lascívia própria ou de outrem”, assim como a contemplação lasciva, são espécies do gênero ato libidinoso, previsto no delito de estupro de vulnerável.

É válido salientar que, levando em consideração que “são similares às condutas de induzir, instigar e auxiliar, tanto que todas são formatos de participação, e não de coautoria” (NUCCI, 2019, p.194), é evidente que todos os agentes envolvidos no delito, ora em apressado responderão pelo crime de estupro de vulnerável.

Isto posto, o agente que induzir a vítima a presenciar ato sexual concorre como terceiro no delito, logo, responderá pelo mesmo crime que o agente, e também responderá pelo crime de estupro de vulnerável. Dessa maneira, o crime previsto no artigo 218-A fica inexistente, pois qualquer conduta destinada a induzir a vítima a presenciar determinado ato libidinoso, estaria o agente e o terceiro praticando o crime de estupro de vulnerável previsto no artigo 207-A.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo buscou analisar a possibilidade da inclusão da contemplação lasciva como um ato libidinoso, capaz de se configurar como crime de estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A do atual Código Penal. Abordou também as consequências da inclusão da contemplação lasciva no ato libidinoso inserido no crime de estupro de vulnerável.

Posto isto, o crime de estupro de vulnerável está previsto no art. 217-A do atual Código Penal. Assim, responde pelo referido crime quem praticar conjunção carnal ou ato libidinoso com vulneráveis, aqueles que são apresentados pelo artigo 217-A, como o menor de 14 (catorze) anos, enfermo ou deficiente mental que não tenha discernimento necessário para a prática do ato, ou outro que por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Portanto, com base em uma decisão judicial do Superior Tribunal de Justiça em RHC 70.976-MS, foi considerado pelo relator ministro de um caso concreto que contemplação lasciva é um ato diverso da conjunção carnal, capaz de configurar o crime de estupro de vulnerável. Dessa forma, com o objetivo de entender a decisão firmada pelo STJ, foram analisados posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema.

Dito isto, foi abordado inicialmente, na primeira seção, os entendimentos doutrinários relevantes sobre o crime de estupro de vulnerável, previstos no artigo 217-A do Código Penal. Foram demonstrados os aspectos principais do delito, para ensejar a compreensão sobre a possibilidade de considerar a contemplação lasciva como espécie do gênero ato libidinoso para configurar estupro de vulnerável.

Com isso, os entendimentos doutrinários, bem como os das jurisprudências, expostos na segunda seção, mostraram-se divergentes a respeito do tema. À vista disso, verificou-se o conflito de posicionamentos, pois há discordância sobre a necessidade do contato físico entre o agente e a vítima menor de 14 (catorze) anos para configurar o crime de estupro de vulnerável. Entretanto, verificou-se que a maior parte da doutrina orienta que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso capaz de configurar o artigo 217-A, sendo irrelevante para a configuração do delito o contato físico entre o ofensor e o ofendido vulnerável.

Na terceira seção pôde-se verificar que, assim como na doutrina, a jurisprudência também diverge sobre o tema, e conflita sobre a possibilidade de incluir a contemplação lasciva como um ato libidinoso capaz de configurar o delito, pois há entendimento sobre a necessidade do contato corpóreo entre o criminoso e o vulnerável.

Não obstante, foi constatado que a jurisprudência citada entende pela ausência do contato corporal para a configuração do crime previsto no artigo 217-A. Então, o ato de contemplar a vítima vulnerável desnuda preenche os requisitos previstos na legislação brasileira para ser classificado como um ato libidinoso, capaz de configurar o estupro de vulnerável por se tratar de menor sem chances de defesa e compreensão exata do ocorrido.

Por consequência, a contemplação lasciva, entendida como ato libidinoso capaz de configurar o crime de estupro de vulnerável, ocasiona mudanças no crime de Corrupção de Menores, como verificado na quarta seção, pois esse delito também trata do menor de 14 (catorze) anos, bem como da ausência de contato físico entre o agente e a vítima vulnerável. Com isso, mostrou-se coerente reconhecer a inexistência do delito, pois suas elementares estão abarcadas pela contemplação lasciva do crime de estupro de vulnerável.

O crime de satisfação de lascívia mediante presença de criança e adolescente também sofre mudanças com a contemplação lasciva como ato libidinoso capaz de configurar o crime de estupro de vulnerável. Este delito também trata do menor de 14 (catorze) anos, assim como do não contato físico entre o agente e a vítima. Sendo assim, o presente trabalho conclui que este delito pode ser reconhecido inexistente, pois as suas elementares já são contempladas na contemplação lasciva, presente no crime de estupro de vulnerável.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, T. J. P. de L.; SILVA, T. P. S. da. O estupro de vulnerável frente ao estatuto da pessoa e do deficiente: uma luz da capacidade civil e dos direitos sexuais. **Âmbito Jurídico**, 01 jul. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-estupro-de-vulneravel-frente-ao-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-uma-analise-a-luz-da-capacidade-civil-e-dos-direitos-sexuais>. Acesso em: 30 maio 2021.
- ALVES, T. C. C. **Análise do crime de estupro de vulnerável**. 2018. 41 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - UniEVANGÉLICA, Anápolis. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/jspui/handle/aee/791>. Acesso em: 18 abr. 2021.
- ANGELO, T. Estupro de vulnerável só ocorre quando há conjunção carnal, diz TJ-SP. **Conjur**, 02 nov. de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-02/estupro-vulneravel-ocorre-quando-conjuncao-carnal-tj-sp>. Acesso em: 31 mar. 2021.
- BARBOSA, R. M. Cultura do estupro e cultura do deturpo são a mesma coisa? **Conjur**, São Paulo, 28 mar. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-28/academia-policia-cultura-estupro-cultura-deturpo-sao-mesma-coisa>. Acesso em: 22 out. 2020.
- BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**: Rio de Janeiro, p. 2391, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 22 out. 2020.
- BRASIL. Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009. Altera o título VI da parte especial do decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII

do art. 5º da Constituição Federal e revoga a lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, ano 146, n. 151, p. 1, 10 ago. 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 10 maio. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, ano 152, n. 127, p. 2, 7 jul. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, ano 155, n. 185, p. 2, 25 set. 2018b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm. Acesso em: 7 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, ano 128, n. 143, p. 1, 26 jul. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 7 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 593.** (Terceira seção) O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, Diário de Justiça eletrônico, 06 nov. 2017b. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf. Acesso em: 30 maio. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso em Habeas Corpus 134591/SP.** Estupro de vulnerável. Pedido de desclassificação acolhido pela corte estadual. sentença condenatória restabelecida em sede de recurso especial. Insurgência quanto ao

enquadramento jurídico da conduta no tipo penal. Pretendida desclassificação para a contravenção penal prevista no art. 65 do decreto-lei. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 dez. 2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862017472/habeas-corporis-hc-134591-sp-sao-paulo-4000832-1720161000000/inteiro-teor-862017477>. Acesso em: 7 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Justiça. (5. turma). **Recurso Especial nº 70976/MS**. Estupro de vulnerável em continuidade delitiva. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa e atipicidade da conduta. Contemplação lasciva de menor desnuda. Ato libidinoso caracterizado. Tese recursal que demanda reexame fático-probatório. Ausência de flagrante. Recurso desprovido. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, DF, 10 ago. 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862564530/recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-70976-ms-2016-0121838-5/inteiro-teor-862564541?ref=juris-tabs>. Acesso em: 7 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Justiça. (5. turma). **Recurso Especial nº 1640087 MG**. Penal. Recurso especial. Atentado violento ao pudor. Art. 214, *caput*, do Código Penal. Ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Contato físico entre o agente e a vítima. Desnecessidade. Contemplação lasciva. Consumação. Recurso especial provido. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, DF, 01 fev. 2017a. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/425523653/recurso-especial-esp-1640087-mg-2014-0059863-3/inteiro-teor-425523663>. Acesso em: 7 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Justiça. **Recurso Especial nº 1684167/SC**. Apelação criminal. Crime contra a dignidade sexual. Acusado denunciado pela prática do crime de estupro de vulnerável cometido contra vítima de 06 (seis) anos de idade (art. 217-A, *caput*, c/c art. 226, inciso II, do Código Penal). Sentença desclassificatória para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 do decreto-lei n. 3.688/1941). Recurso do Ministério Público. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 13 ago. 2018a. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/612012851/recurso-especial-esp-1684167-sc-2017-0174084-4/decisao-monocratica-612012859>. Acesso em: 7 jun. 2021.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal, parte especial**: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H), 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a. v. 3.

CAPEZ, F. **Direito penal simplificado**: parte especial. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

CUNHA, R. S. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

CUNHA, R. S. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

DAMÁSIO, J. de. **Direito penal**: parte especial: crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a paz pública – arts. 184 a 288-A do CP. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 3.

GENTIL, P. A. B. O novo estupro e a lei dos crimes hediondos: problemas de sobra. **Migalhas**, 03 maio 2010. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/106489/o-novo-estupro-e-a-lei-dos-crimes-hediondos--problemas-de-sobra>. Acesso em: 4 abr. 2021.

GONÇALVES, V. E. R. **Direito penal esquematizado**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, V. E. R. **Direito penal esquematizado**: parte especial. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GRECO, R. **Código Penal**: comentado. 11. ed. Niterói: Impetus, 2017.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017. v. 3.

LOPES, J. R. **O estupro de vulnerável independente do contato físico com o agressor**. 2017. 23 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Paranaense, Umuarama. Disponível em: <https://tcc.unipar.br/files/tccs/547af75c2ef2a4375608d15fe9ab8bb6.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2021.

MASSON, C. **Direito penal esquematizado**: parte especial, arts. 213 a 359-H. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. v. 3.

NUCCI, G. de S. **Curso de direito penal**: parte especial, arts. 213 a 361 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PIMENTA, L. A expressão "contemplação da lascívia" e o que o STJ entende por ela. **Migalhas**, 19 out. 2016. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/247514/a->

expressao--contemplacao-da-lascivia--e-o-que-o-stj-entende-por-ela. Acesso em: 14 out. 2020.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DIREITO PENAL MÍNIMO COMO GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

THIAGO BENTO XIMENDES:

Bacharelado pelo Centro
Universitário Luterano de
Manaus.

INGO DIETER PIETZSCH

(orientador)

RESUMO: Esta pesquisa trata do Direito Penal Mínimo como instrumento garantidor da dignidade da pessoa humana, pugnando que sua intervenção se dê, excepcionalmente, para a proteção de bens e interesses considerados de grande valor social. Nessa linha, problematiza-se o tema com a seguinte indagação: Em que medida o enfoque minimalista do Direito Penal contribui para a garantia da dignidade da pessoa humana? Após a realização de uma digressão histórica acerca das ideias penais no decorrer da humanidade, instaura-se a discussão sobre a crise da dogmática penal, culminando, após a análise dos princípios basilares do direito penal, na consagração do Direito Penal Mínimo como mecanismo garantidor da dignidade da pessoa humana. A relevância de tal estudo ressalta na medida em que ao direito penal, tem sido atribuída uma função meramente simbólica e negativa, sendo utilizado, equivocadamente, como um mecanismo solucionador dos problemas sociais ante a inegável impotência Estatal.

Palavras-chave: Direito Penal Mínimo. Intervenção Mínima. Dignidade da Pessoa Humana. Princípios penais.

SUMÁRIO: Introdução. Capítulo I – Evolução Histórica das Ideias Penais. 1.1. O Direito Penal nos Diversos Países e Épocas. 1.2. O Período Humanitário, as Escolas Penais e a Crise da Dogmática Penal. Capítulo II – Direito Penal e os Princípios Constitucionais. 2.1. Princípios Básicos do Direito Penal. 2.2. Princípios da Dignidade da Pessoa Humana. Capítulo III – Direito Penal Mínimo e a Dignidade da Pessoa Humana. 3.1. A Manipulação Política do Caráter Punitivo do Direito Penal. 3.2. O Direito Penal Mínimo e a Jurisprudência dos Tribunais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O homem comum, nos dias atuais, encontra-se em uma área de conflito no que concerne às questões jurídicas. Questiona-se a razão pela qual as penas que são previstas, no Código Penal, nas leis extravagantes ou na sentença de um Juiz, provavelmente não serão aquelas cumpridas pelos infratores, fato este que tem como consequência a banalização do Direito Penal e o sentimento de descrédito inculcado na sociedade no que diz respeito a efetiva e real ação do judiciário.

Nesse contexto viceja o ideal do Direito Penal como *ultima ratio*, voltado para a proteção tão somente dos bens necessários e vitais ao convívio da sociedade, ideia que não tem conseguido controlar a descomedida tendência expansiva do Direito Penal Simbólico e do punitivismo exacerbado, olvidando-se a adoção de princípios que deveriam servir de norte para o legislador.

O que se considera de maior relevância para a eleição dos tipos penais é a importância do bem jurídico a ser tutelado, podendo-se enquadrar, dentre estes bens dignos de proteção, a vida, a propriedade, a liberdade, o casamento, a família, a honra, a saúde, enfim, todos os valores importantes para a sociedade.

Vale dizer, assim, que não são todos os bens da vida que merecem ser tutelados pelo Direito Penal, reservando-se a proteção apenas aos bens de maior relevo para a coletividade, só incidindo quando nenhum outro mecanismo jurídico, existente em nosso ordenamento, funcionar como elemento de prevenção e de repressão para determinadas condutas.

Nessa senda, a sanção característica do Direito Penal é a pena, que sem sombra de dúvidas configura-se como a principal consequência jurídica do crime, sendo desta forma, o sistema punitivo do Estado, o mais rigoroso instrumento de controle social. Diante de tal premissa, a incriminação de determinados comportamentos deve se destinar a proteger certos bens e interesses considerados de grande valor para a vida social.

Apesar disso, há muito tempo, a sociedade está enfrentando uma grande crise relativa a efetividade do direito penal, na medida em que se sabe que não é possível emendar o criminoso através da pena, mas pelo contrário, a prisão avilta e deforma a personalidade do condenado. Há, portanto, uma verdadeira incongruência entre a aparência do magistério punitivo Estatal e suas dramáticas realidades.

Também é pacífico e nota-se na sociedade, que os problemas de que cuida o Direito Penal são de ordem social, ou seja, resultantes das desigualdades geradas pela própria ineficiência do Estado em proporcionar aos cidadãos o mínimo de dignidade humana necessária para a vida em comum. Tais problemas não serão resolvidos pelo direito penal, nem tão pouco por uma hipertrofia legiferante criminalizadora, mas pela atividade Estatal voltada para a mitigação dessas desigualdades.

Deve-se atentar, para uma política criminal em que se deixe para o âmbito do Direito Penal as condutas mais graves, em que seja realmente necessário impor a aplicação da pena, afastando-se a criminalidade de bagatela e os fatos puníveis que se situam no aspecto puramente moral, bem como as contravenções penais que, por não gozarem do status de indispensabilidade, fogem à lógica do enfoque minimalista do Direito Penal.

É exatamente sobre tal premissa que se apresenta o presente estudo, objetivando-se assim, trazer a assertiva de que o direito penal deve orientar-se no sentido de uma nova humanização, revelando-se como a *ultima ratio* do sistema jurídico, de modo a atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa, sob pena de condenar o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa.

A dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa, somente será respeitada na esfera penal, se a liberdade do homem for suprimida em casos de extrema necessidade, vez que a privação da liberdade não cumpre a sua função maior que é a ressocialização do condenado, ao contrário e como anteriormente afirmado, deforma e avilta a personalidade daquele que a ela se submete.

Para tanto, em atenção a este postulado maior – dignidade da pessoa humana – do qual derivam outros princípios (Intervenção mínima, lesividade, adequação social, fragmentariedade e insignificância), abstrai-se a premissa de que o Direito Penal não serve para toda e qualquer lesão a determinados bens e valores, mas sim, somente para aqueles que forem necessários para uma vida harmônica em sociedade.

Nessa teia, a presente pesquisa terá como ponto central analisar o Direito Penal Mínimo como instrumento garantidor da dignidade da pessoa humana, pugnano que sua intervenção se dê, excepcionalmente, para a proteção de bens e interesses considerados de grande valor social.

De forma mais específica no primeiro capítulo será abordada uma digressão histórica acerca das ideias penais no decorrer da humanidade, indicando o momento em que se instaurou a crise da dogmática penal. Já no segundo capítulo o tema central trará uma análise sobre os princípios basilares do direito penal, na consagração do Direito Penal Mínimo como mecanismo garantidor da dignidade da pessoa humana. Finalizando a pesquisa, o terceiro capítulo irá demonstrar criticamente a manipulação política do caráter punitivo do Direito Penal expondo como o Direito Penal Mínimo tem influenciado as decisões dos Tribunais.

Este trabalho comportará um referencial teórico que seguirá as diretrizes do método dedutivo e comparativo e, como técnica de coleta de dados, utilizará a pesquisa bibliográfica, dessa maneira para a fundamentação teórica do trabalho, será realizada uma investigação tanto em livros, como em periódicos, além da rede mundial de computadores. Também haverá pesquisa na legislação e consulta às jurisprudências.

Assim espera-se que os objetivos traçados neste trabalho sejam alcançados, de forma a contemplar necessariamente os pontos imprescindíveis para o completo entendimento e esclarecimento do tema proposto.

CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS IDÉIAS PENAIS

1. 1 O DIREITO PENAL NOS DIVERSOS PAÍSES E ÉPOCAS

A correta compreensão do direito no contexto da sociedade atual não pode ser corretamente assimilada se for ignorado o seu passado. O direito como verdadeiro fenômeno histórico, resulta de inúmeros fatores que condicionam a vida dos povos, sendo sua forma atual produto de um largo desenvolvimento.

Assim também se dá com a história do direito penal, em que embora não se possa falar em uma continuidade histórica, pode-se reconhecer na sua evolução uma luta da qual vai surgindo a concepção do homem como pessoa e não como coisa.

Desde os tempos mais antigos da humanidade, pode-se verificar que o homem tem alcançado progresso em todos os sentidos. Através do desenvolvimento da razão, o homem tem estado sempre organizado em grupos ou sociedades, sendo considerado por excelência um ser gregário. No entanto, a interação social nem sempre é harmônica, pois nela o homem revela o seu lado instintivo que é a agressividade, fator que desencadeia inúmeros conflitos.

Afirma-se, assim, que através dos tempos o homem tem aprendido a viver verdadeiro caldeirão de delitos. É aí que surge o Direito Penal, com o intuito de defender a coletividade e promover uma sociedade mais pacífica. O Direito, segundo o Fragoso¹⁶⁴, como regra de conduta social, surge juntamente com a sociedade, sendo o primeiro ramo criado o Direito Penal e sendo a primitiva ideia de pena a reação vindicativa do ofendido.

Desta feita, percebe-se a evolução do Direito Penal, sendo inegável que tal evolução caminha passo a passo com a humanidade, surgindo desde os primórdios segue acompanhando a sociedade atual. Sendo assim, tendo em vista que o crime sempre esteve presente na vida do homem e na sociedade, chega-se a conclusão de que o Direito Penal evoluiu junto a estes.

De acordo com Prado¹⁶⁵:

As etapas da evolução da justiça punitiva podem ser assim resumidas: na primeira época o crime é atentado contra os deuses, sendo a pena meio de aplacar a cólera divina; Na segunda época o

¹⁶⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, 2006, p. 31.

¹⁶⁵ PRADO Luiz Regis. Tratado de Direito Penal Brasileiro. vol. 1, 2019, p.103

crime é agressão violenta de uma tribo contra outra, sendo a pena uma vingança de sangue de tribo a tribo; em uma terceira época o crime é visto como transgressão da ordem jurídica estabelecida pelo poder do Estado, sendo a pena uma reação do Estado contra a vontade individual oposta à sua.

Fica claro o acompanhar do Direito Penal em cada fase da vida do homem. O conceito de pena e, como se daria sua aplicação em cada fase da humanidade, balanceava-se na proporção do nível de conhecimento alçado pelos homens, havendo concordância com seus costumes e suas crenças.

Continuando com Prado¹⁶⁶, as etapas da evolução sobredita podem apresentar-se, ainda:

[...] como uma concepção bárbara, na qual os delitos são divididos em delitos públicos, punidos com penas corporais cruéis; e delitos privados, sendo perseguidos e reprimidos pela vítima ou sua família; uma concepção teocrática, na qual o delito sempre é um atentado à ordem religiosa e, finalmente, uma concepção política, na qual o delito é considerado como uma lesão da ordem social e a pena como um meio de preveni-la e repará-la.

Conclui-se desta forma, que a evolução penal processou-se no sentido de restringir a vingança privada ou a chamada justiça pelas próprias mãos, para em seguida o Estado assumir o controle da justiça punitiva, começando a definir a concepção de crime e a maneira de reprimi-lo no ceio da sociedade, objetivando que sua atuação tivesse o poder de prevenção pedagógica e ao mesmo tempo o intuito de corrigir os males causados por tal conduta.

Direito Penal Romano

Nos primórdios de Roma, o Direito Penal teve uma origem sacra, sendo a pena uma expiação pela falta praticada contra a comunidade religiosa e meio de aplacar a ira dos deuses, sendo o transgressor considerado como um maldito, sujeito à vingança dos deuses ou de qualquer pessoa, que poderia matá-lo impunemente.

Segundo as lições de Fragoso¹⁶⁷, a separação entre a religião e o Estado deu-se com a instauração da República (509 a.C.). Em virtude da luta entre patrícios e plebeus

¹⁶⁶ Ibidem, mesma página.

¹⁶⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, 2006, p. 33-36.

surge a lei das XII Tábuas, promulgada em 453-51 a.C., delimitando os crimes chamados privados, determinando assim a pena de talião, e trazendo consigo uma restrição nas ações de vingança privada.

De acordo com mesmo autor, a essência do Direito Penal romano clássico vai se estabelecendo com o surgimento de varias leis penais no fim da república, leis que se devem a Cornelio Sila (*leges Corneliae*), promulgadas entre 82 e 80 a.C.. Em tal fase os crimes privados vão sumindo e a vingança privada igualmente vai desaparecendo. Fragoso declara que o magistério penal é exercido pelo Estado exclusivamente, salvo a disciplina doméstica do *pater familias* que se mantém. As penas são grandemente mitigadas, de modo que as penas de morte são praticamente abolidas.¹⁶⁸

Fragoso¹⁶⁹ sobre o sistema das *quaestiones perpetuae* expõe que:

[...] permaneceu em vigor até o século III, começando a sofrer desde o principado de Augusto (27 d.C.) a concorrência de um processo mais conforme à nova constituição e ao novo espírito do Estado, iniciando-se o chamado processo extraordinário no qual era dispensada a acusação formal, procedendo de ofício os órgãos do Estado com grande liberdade de forma e latitude na apreciação dos delitos e imposição de penas.

Assim, aos crimes mais graves volta a ser utilizada a pena de morte. Durante o império estabelece-se a aplicação da pena segundo a condição do réu, de molde a abolir a igualdade democrática anterior, que remontava à Lei das XII tábuas.

O Direito Penal desta época distingue nitidamente a culpa, o dolo e o caso fortuito, considerando inclusive, na aplicação da pena, circunstâncias agravantes e atenuantes.

Direito Penal Germânico

O Direito Penal germânico divide-se, conforme Fragoso¹⁷⁰, em duas partes fundamentais, que constituem a época germânica e a época franca, sendo que o seu sistema (anterior à invasão de Roma) não era composto de leis escritas, sendo constituído apenas pelo costume. Característica do Direito Germânico é a grande extensão em que o crime é considerado assunto privado, sujeito à vingança e à composição.

¹⁶⁸ Ibidem.

¹⁶⁹ Ibidem.

¹⁷⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, 2006, p. 37.

De acordo com Prado¹⁷¹, outra relevante característica desse sistema vem a ser sua objetividade, sendo o resultado causado, ou seja, o elemento objetivo do delito o mais importante. A responsabilidade penal é objetiva, pelo evento ou simplesmente pelo resultado material. O fundamental é, tão somente, o resultado prejudicial da ação, a sua consequência, sendo assim, nenhuma alteração há no formato da pena se o resultado ocorre de forma voluntária ou não, ou por motivo eventual.

Direito Canônico

A formação do Direito Penal canônico teve proveniência de diversas fontes, tratando de sintetizar o conceito público de pena dos romanos e o privado dos germanos, sendo que sua principal virtude, conforme Zaffaroni e Pierangeli¹⁷², a considerar o elemento intencional do crime, ou seja, seu aspecto subjetivo, em uma medida muito maior que a do Direito Germânico.

Justo é também apontar-se, além do elemento voluntarístico do crime, já mencionado, a finalidade que empresta à pena, objetivando a regeneração ou emenda do criminoso, pelo arrependimento ou purgação da culpa. Ao se referir sobre o sistema punitivo canônico, asseverou Noronha¹⁷³, que “punições rudes e severas tolerou, mas com o fim superior da salvação da alma do condenado.”

Enquanto em outras ordenações a prisão era apenas uma maneira de segurar o acusado ou condenado antes de cumprir sua pena, que geralmente era corporal, no Direito Canônico dá-se início ao uso da prisão como pena-fim, onde os monges ficavam presos em mosteiros, rezando para se redimirem de seus pecados. Então, por influência da Igreja é que se acolheu a pena de prisão, provindo daí o nome de penitenciária, usado até os dias de hoje.¹⁷⁴

Dá-se preferência, no presente trabalho, na análise desses três direitos em detrimento de ordenações de outros povos, pois esses juntos constituíram as bases para a formulação do Direito moderno.

1.2 PERÍODO HUMANITÁRIO E ESCOLAS PENAIS

Período Humanitário

171 PRADO Luis Regis. Tratado de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral, vol. 1, 2019, p. 122.

172 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, 2004, p.185.

173 NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal, 1997, p. 23.

174 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, mesma página.

O movimento de reforma nas leis e na administração da justiça penal surgido ao final do século XVIII é resultado do extraordinário movimento de ideias que constituiu o iluminismo, movimento este que se revelou por ser uma corrente de pensamento que afirma que as leis naturais regulam as relações sociais e considera os homens naturalmente bons e iguais entre si – quem os corrompe é a sociedade. Tem como principais idealizadores, de acordo com Prado¹⁷⁵, os filósofos franceses – enciclopedistas - John Locke, Montesquieu, Voltaire, Rousseau e Diderot, que pugnavam contra a situação reinante na defesa veemente da liberdade, igualdade e justiça.

Nesse período surge em Milão, recebendo uma grande influência das obras de Montesquieu e Rousseau, César Bonesana, o Marquês de Beccaria, que publicou em 1764, sua maravilhosa obra *Dos Delitos e das Penas*, que teve o grande mérito de estabelecer as bases do Direito Penal moderno, na medida em que protestou contra os horrores das leis penais de sua época, insistindo sobre a separação entre a justiça divina e a justiça humana e indicou uma série de reformas, mais ou menos profundas, a começar pela abolição da pena de morte e da tortura, além de defender ideias que fundamentam o que se chama hoje em dia de princípios da legalidade e da presunção da inocência, mostrando que o propósito da pena, além de intimidar o cidadão, seria também o de recuperar o delinquente, entre outros.¹⁷⁶

Nessa seara, Beccaria palestra acerca do poder que há na Lei, liderando um movimento de vanguarda contra a tortura, como dito acima, e o que mais afiança a esse respeito funda-se no pensamento de que a Lei deveria ser o remédio para os males jurídicos da sociedade.

Nessa trilha assim afirma Beccaria¹⁷⁷ em sua obra:

Eis uma proposição muito simples: ou o delito é certo, ou é incerto. Se é certo, só deve ser punido com a pena que a pena fixada pela lei, e a tortura é inútil, pois já não se tem necessidade das confissões do acusado. Se o delito é incerto, não é hediondo atormentar um inocente? Com efeito, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não se provou.

¹⁷⁵ PRADO Luis Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*, vol.1, 2019, p. 142.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Edipro, 2015, p. 41.

Conforme preleciona Fragoso¹⁷⁸, Beccaria utiliza a teoria do Contrato Social de Rousseau para esclarecer a origem das penas e, assim, delimitar o direito de punir, afirmando que o fim da pena é apenas o de evitar que o criminoso cause novo mal e que os demais cidadãos o imitem, sendo tirânica toda punição que não se funde na absoluta necessidade. Sendo assim, emerge a necessidade de punir aqueles que desrespeitam as normas do bom convívio e invadindo esferas alheias. Nessa toada, são estabelecidas penas para os infratores das leis.

Afirma Beccaria¹⁷⁹ em sua obra que as penas não podem exceder a porção mínima de liberdade depositada por cada indivíduo:

[...] O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício de poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo.

Defendia a conveniência de leis claras e precisas, não permitindo sequer ao juiz o poder de interpretá-las, opondo-se, dessa forma, ao arbítrio que prevalecia na justiça penal. Combateu a pena de morte, a tortura, o processo inquisitório, defendendo a aplicação de penas certas, moderadas e proporcionais ao dano causado à sociedade.

Nessa esteira Beccaria¹⁸⁰ asseverou em sua obra o seguinte entendimento:

[...] e, no momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois aumenta um novo castigo novo ao que já foi determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão.

É nesse ambiente que o homem moderno toma consciência crítica do problema penal como problema filosófico e jurídico e é a partir de tal, que surgem transformações ditadas pela Escola Clássica.

Escolas e Tendências Penais

Escola Clássica

178 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, 2006, p. 48-49

179 BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Edipro, 2015, p. 24.

180 Ibidem, p.25.

Segundo Prado¹⁸¹, o século XIX é marcado pelo surgimento de inúmeras correntes de pensamento estruturadas de forma sistemática, conforme determinados princípios fundamentais. Para o autor, são as escolas penais, definidas como o corpo orgânico de concepções contrapostas sobre a legitimidade do direito de punir, sobre a natureza do delito e sobre o fim das sanções.

Nota-se que os pensadores da Escola Clássica adotaram os ideais iluministas e os instrumentaram no ramo das ciências jurídicas. Sua denominação foi elaborada de modo pejorativo pelos positivistas. Essa doutrina se caracteriza por sua linha filosófica, de cunho liberal e humanitário. Para esta escola crime não é um ente de fato, mas entidade jurídica; não é uma ação, mas infração. É a violação de um direito.¹⁸²

Coube a Beccaria, conforme Prado¹⁸³ (2013, p. 98), traçar as linhas basilares desse sistema, retomadas e desenvolvidas, de certo modo, por Feuerbach, Filangieri, Bentham e Lardizabal.

Na obra de Beccaria¹⁸⁴, em suas linhas iniciais já era possível apurar seu ímpeto na defesa dos ideais democráticos. O autor manifesta com relevo sua indignação para com as leis de sua época por tipificarem penas desumanas e as falhas no Processo Penal, como a seguir expõe:

Não houve um que se erguesse, senão fracamente, contra a barbárie das penas que estão em uso em nossos tribunais. Não houve quem se ocupasse em reformar a irregularidade dos processos criminais, essa parte da legislação tão importante quanto descuidada em toda a Europa.

Fragoso¹⁸⁵ diz que são postulados dessa escola os seguintes princípios básicos:

- a) O direito tem uma natureza transcendente, segue a ordem imutável da lei natural; b) o delito é um ente jurídico, já que constitui a violação de um direito. É dizer: o delito é definido como infração; c) a responsabilidade penal é lastreada na imputabilidade moral e no livre-arbítrio humano; d) a pena é vista como meio de tutela jurídica

181 PRADO Luis Regis. Tratado de Direito Penal Brasileiro. Vol. 1, 2019, p.148.

182 Ibidem, p. 149.

183 Ibidem, mesma página.

184 BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Edipro, 2015, p.20.

185 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, 2006, p. 52.

e como retribuição da culpa moral comprovada pelo crime. O fim primeiro da pena é o restabelecimento da ordem externa na sociedade, alterada pelo delito. Em consequência, a sanção penal deve ser afliativa, exemplar, pública, certa, proporcional ao crime, célere e justa; e) o método utilizado é o dedutivo ou lógico-abstrato; f) o delinquente é, em regra, um homem normal que se sente livre para optar entre o bem e o mal, e preferiu o último; g) os objetos de estudo do Direito Penal são o delito, a pena e o processo.

Como suplemento as características da Escola Clássica cita-se o livre arbítrio, entendimento este que se mostra como base única da responsabilidade penal.

Evidente que, para tal Escola, como ensina Basileu Garcia¹⁸⁶, o livre arbítrio constitui um dogma, o fundamento da culpa moral, sem o qual resta impossível a construção do direito penal. O livre arbítrio representa a vontade livre e consciente do ser humano, a capacidade para optar diante dos motivos apresentados, por determinada conduta, inclusive as delituosas.

Escola Positivista

Como bem leciona Prado¹⁸⁷, com o despontar da filosofia positivista e o florescimento dos estudos biológicos e sociológicos, nasce a escola positiva. Essa escola, produto do naturalismo, sofreu influência das doutrinas evolucionistas, materialista, sociológica, dentre outras.

A Escola Positivista, como sobredito, foi influenciada pelos avanços científicos do século XIX, pelas ideias de Darwin e Lamarck, e com grande volume por Auguste Comte, pai da sociologia. Os grandes nomes desta escola são: César Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo.

A investigação experimental indutiva foi o método escolhido, diferindo dos clássicos que utilizavam o dedutivo. O crime era considerado como um fato humano e social e como tal devia-se chegar aos motivos que levava cada indivíduo a delinquir, assim havia uma individualização, ou seja, adequava-se personalidade do delinquente. A pena teria por fim a defesa social e não a tutela jurídica.¹⁸⁸

¹⁸⁶ GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal, v. I, tomo 1, Saraiva, 7ª Ed. 2008, p. 89.

¹⁸⁷ PRADO Luis Regis. Tratado de Direito Penal Brasileiro. vol. 1, 2019, p. 155.

¹⁸⁸ <<http://jus.com.br/revista/texto/2795/pseudo-evolucao-do-direito-penal>>. Acesso em 16 de junho de 2021.

Seu programa de reforma, de acordo com Fragoso¹⁸⁹ tem por base a ineficácia do sistema penal clássico, como meio de repressão à criminalidade, defendendo a substituição do princípio de retribuição, por um sistema de prevenção especial.

No entender de Prado¹⁹⁰, cita-se dentre os principais postulados desta escola:

- a) o Direito Penal é um produto social, obra humana; b) a responsabilidade social deriva do determinismo (vida em sociedade); c) o delito é um fenômeno natural e social (fatores individuais, físicos e sociais); d) a pena é um meio de defesa social, com função preventiva; e) o método é o indutivo ou experimental; e f) os objetos de estudo do Direito Penal são o crime, o delinquente, a pena e o processo.

Desta feita, pela concepção positivista, não há vontade humana, sendo que o pensamento e o querer não são mais que manifestações físicas de um processo físico-psicológico que se desenvolve por meio de condutores no sistema nervoso, sendo, portanto, o homem um ser irresponsável.

Escola Moderna Alemã

Conforme os ensinamentos de Fragoso¹⁹¹, surgida na Alemanha, por volta do último quartel do séc. XIX, sob a influência cultural da Escola Positiva italiana, a Escola Alemã considerava o crime um fato jurídico, com implicações humanas e sociais, sustentando a necessidade de uma pesquisa em torno das causas da criminalidade, a fim de que a pena, como medida de combate ao crime, possa ser posta em seu devido lugar.

Para o supracitado autor, tal escola opõe-se as ideias de Lombroso rejeitando a tese do criminoso nato, contudo aceita que são motivos para a formação do delinquente os fatores individuais e externos (físicos e sociais) com especial relevo os econômicos.¹⁹²

Segundo Prado¹⁹³, dentre as principais características desta Escola, podem ser destacadas as seguintes:

¹⁸⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, 2006, p.55.

¹⁹⁰ PRADO Luis Regis. Tratado de Direito Penal Brasileiro. vol. 1, 2019, p. 156.

¹⁹¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, 2006, p. 58.

¹⁹² Ibidem, mesma página.

¹⁹³ PRADO Luis Regis. Tratado de Direito Penal Brasileiro. vol. 1, 2019, p. 159.

a) a distinção entre o Direito Penal e as demais ciências criminais – criminologia; b) o método lógico-abstrato para o Direito Penal e o método indutivo-experimental para as ciências criminais; c) o delito como um fenômeno humano-social e fato jurídico; (d) a imputabilidade e a periculosidade; (e) a pena e a medida de segurança como um duplo meio de luta contra o delito; (f) o caráter defensivo da pena, orientada conforme a personalidade do delinquente: é a denominada pena finalística ou pena de fim (*Zwecktrafe*), em que coexistem a prevenção geral e a prevenção especial (intimidação/adaptação/adaptação artificial), com prevalência da última

Mostra-se, assim, em consonância com o supracitado autor, como um tipo de política criminal, propondo a imposição da pena com um ânimo intimidativo para os “delinquentes normais” e como medida de segurança para “os mais perigosos e reincidentes”, com escopo de manter a ordem social e a justiça.¹⁹⁴

Escola Finalista

Várias outras escolas surgiram no decorrer da evolução do Direito Penal, dentre elas a do finalismo, desenvolvido por H.Welzel entre 1930 e 1939, que constituiu seu elemento basilar e fundamental no critério valorativo e fundamental do respeito à dignidade humana.¹⁹⁵ Dessa concepção do homem como pessoa, capaz de agir como ser livre e responsável, destaca-se como essencial para a valoração jurídica, a estrutura final da ação humana.¹⁹⁶

Constata-se, destarte, que após sua construção doutrinária, não surgiram novas concepções dogmáticas de caráter inovador, podendo-se asseverar a primazia do sistema jurídico-penal finalista, fundado em sólidas bases metodológicas e humanísticas para assegurar os valores de segurança jurídica e de justiça material.¹⁹⁷

Inegável, portanto, que o Direito, mais especificamente o Direito Penal, não cessará de evoluir, na medida em que o mesmo existe para a sociedade e evolui *pari passu* com a mesma, devendo ser condizente com a realidade da época em que se propõe a reger as atividades humanas, sob pena de cair em desuso.

194 Ibidem, mesma página.

195 GRACÍA MARTÍN, L. Prefácio à obra Teoria de La imputação objetiva Del resultado em el delito doloso de acción de RUEDA MARTÍN, M.A., p.31.

196 WELZEL, H. O novo sistema jurídico-penal, p. 32.

197 PRADO Luis Regis. Tratado de Direito Penal Brasileiro. vol. 1, 2019, p. 180.

Circunscrevendo-se no caso brasileiro, o atual Código Penal já não mais está espelhando na sociedade, nem tão pouco a real finalidade da aplicação do Direito Penal em determinadas situações, havendo, pois, uma extrema necessidade por aprimoramentos, sob pena de incorrer-se em um evidente retrocesso.

Com a evolução do pensar sobre a real finalidade de aplicação do Direito Penal, chegou-se também como inevitável consequência, a uma evolução sobre a necessidade, e modo de aplicação da pena, que se traduz em rigoroso instrumento de controle social. Várias foram às teorias que surgiram na tentativa de explicar o fundamento da pena.

Como a pena de prisão é algo tão drástico que marca o condenado de forma indelével pelo resto de sua vida e não atinge os fins a que se destina, a proposta de um Direito Penal Mínimo parece ser a mais indicada em determinados casos, devendo a tutela penal ser relegada aos bens jurídicos mais importantes para uma vida harmônica em sociedade.

Crise da Dogmática Penal

Meio necessário à defesa social, o Direito Penal apresenta atuação paradoxal: tutela a liberdade privando alguém dela e garante bens jurídicos essenciais com a privação destes mesmos bens.

Neste contexto encontra vez o Direito Penal Simbólico, quando o Direito Penal se apresenta de modo rígido, indubitável a ocorrência de prescrição de penas excessivas, de modo até mesmo de modo desproporcional, causando prejuízos a sociedade ao invés de cumprir um de seus grandes escopos, a proteção coletiva.

Por Direito Penal Simbólico, entende-se aquele que, sendo rigoroso demais, acaba por ser ineficaz na prática, trazendo meros símbolos de rigor excessivo que, efetivamente, caem no vazio, diante de sua não aplicação efetiva.

O Brasil, hodiernamente, enfrenta uma fase na qual o legislador infraconstitucional, de maneira excessiva, cria leis penais que apresentam claramente uma face simbólica. Segundo Grinover, a existência de forte carga moral e emocional trazida por estas leis, revelando uma manifesta intenção pelo Governo de manipulação da opinião pública, ou seja, tem o legislador infundindo perante a sociedade uma falsa ideia de segurança, mediante a substituição do Estado Social pelo Estado Penal.¹⁹⁸

¹⁹⁸ GRINOVVER, Ada Pellegrini. Eficácia e Autoridade da Sentença Penal. 1 edição, São Paulo, RT, 1978. p 58.

Conforme esclarece Prado¹⁹⁹:

A primazia do sistema -penal finalista, dotado de grande coerência lógica e fundado em sólidas bases metodológicas e humanísticas (conceito de pessoa) para assegurar os valores impares de segurança jurídica e de justiça material, objetivo maior de toda ordem jurídica democrática realmente comprometida com os postulados de um Direito Penal liberal.

Em consonância com artigo que foi publicado no IBCrim, nº 74 de janeiro de 1999, intitulado Sobre a Função do Juiz Criminal na Vigência de um Direito Penal Simbólico, Paulo Queiroz, citando Garcia-Pablos declara que:

Um Direito Penal simbólico carece, evidentemente de toda legitimidade, pois, manipula o medo ao delito e à insegurança, reage com rigor desnecessário e desproporcionado e se preocupa, exclusivamente com certos delitos e infratores, introduzindo um sem fim de disposições penais, apesar de inúteis ou de impossível cumprimento, desacreditando o próprio sistema penal.²⁰⁰

De tal arte, o Direito Penal apresenta-se em situação de inevitável crise. Proclama-se que o Direito Penal constitui-se em instrumento a ser usado com parcimônia, diante do alto custo social que a pena apresenta, sendo tendência generalizada à redução da área de incidência do Direito Penal, afirmando-se seu caráter subsidiário.

Por isso mesmo, modernamente, busca-se um Direito Penal de intervenção mínima, excluindo do âmbito de sua proibição as infrações leves e insignificantes. Uma nova política criminal requer o exame rigoroso dos casos em que convém impor a pena, e dos casos em que convém excluir, em princípio, a sanção penal, suprimindo a infração, modificando ou atenuando a pena existente.

Desta feita, segundo Fragoso²⁰¹:

Deve-se procurar excluir do sistema penal a chamada criminalidade da bagatela e os fatos puníveis que se situam puramente na ordem moral. Não é mais possível admitir incriminações que resultam de certa concepção moral da vida, de validade geral duvidosa,

199 PRADO Luis Regis. Tratado de Direito Penal Brasileiro. vol. 1, 2019, p. 190..

200 QUEIROZ, Paulo. Sobre a Função do Juiz Criminal na Vigência de um Direito Penal Simbólico. IBCrim, nº 74, janeiro de 1999.

201 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, 2006, p. 5.

sustentada pelos que têm o poder de fazer a lei. Orienta-se o Direito Penal de nosso tempo no sentido de uma nova humanização, fruto de larga experiência negativa.

O Direito Penal, de acordo com tal concepção minimalista, deve constituir a *ultima ratio* do sistema, devendo ser reservada com exclusividade para os casos em que os ramos do ordenamento jurídico não apresentarem solução, haja vista o enorme malefício social que ela carrega e cuja finalidade será alcançada somente de maneira ideológica.

CAPÍTULO II – DIREITO PENAL E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

2.1 PRINCÍPIOS BÁSICOS DO DIREITO PENAL

É cediço que o Direito Penal não é composto somente por normas jurídicas (proibições e sanções), mas também por determinados princípios fundamentais, próprios do Estado Democrático de Direito.

Assim sendo, torna-se necessário, em atenção aos objetivos do presente trabalho, uma análise, ainda que breve, sobre alguns princípios que, analisados no âmbito do fato supostamente típico, vêm exercer uma função limitadora acerca dos bens que merecem a tutela do Direito Penal, dando-se assim, atenção a sua função garantista, isso porque, o papel do Direito Penal não é o de combater o crime, mas sim o de limitar o *jus puniendi* Estatal, sendo umas das faces dessa limitação a seletividade de bens merecedores da atenção penal.

Princípio da Intervenção Mínima

Como mais importante princípio penal derivado da dignidade humana, temos o princípio da intervenção mínima, postulado esse que se revela próprio e adequado ao Estado Democrático de Direito, na medida em que exige que o mais gravoso mecanismo de controle social - Direito Penal - constitua o braço estatal derradeiro para a solução dos conflitos emergentes em sociedade.

Assim sendo, o princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade, segundo Prado²⁰² veio estabelecer a seguinte premissa:

O Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Desse modo, a

202 PRADO Luis Regis. Tratado de Direito Penal Brasileiro. vol. 1, 2019, p. 285.

lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, ou seja, como *ultima ratio*.

Tal princípio vem surgir como uma orientação político-criminal restritiva do *jus puniendi*, tendo como origem a própria natureza do Direito Penal e da ideia material de Estado de Direito Democrático, sendo certo que o uso excessivo da sanção criminal não garante uma maior proteção social, sendo que ao revés, vem condenar o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa²⁰³, ferindo ainda, de morte, a dignidade da pessoa humana, um dos maiores e mais importantes fundamentos de nossa Republica Federativa do Brasil.

O princípio da intervenção mínima mostra-se, destarte, responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito penal, mas se presta, também, a fazer com que ocorra a chamada descriminalização.

Para Bitencourt²⁰⁴, o princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que:

[...] O princípio da intervenção mínima, também conhecido *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Nessa esteira, deve-se compreender que a proteção de bens jurídicos não pode ser somente relegada ao Direito Penal, na medida em que tal tarefa deve ser desempenhada mediante uma ação cooperativa de todo o ordenamento jurídico, sendo o Direito Penal a última dentre todas as medidas protetivas que devem ser consideradas nesse mister, revelando-se, portanto, como uma proteção subsidiária de bens jurídicos.

Contudo o que se pode ver na legislação brasileira é uma realidade totalmente inversa ao que prega o modelo atual, esta age no sentido de descriminalizar certas

203 Ibidem (2019, p.285).

204 BITENCOURT, Cezar Roberto. Lições de direito penal – Parte Geral, p. 32.

condutas e com o foco na mínima intervenção do direito penal, aquelas punem contravenções que, por definição, tocam a proteção de bens não tão importantes para a sociedade.

Como já afirmado alhures, esse uso excessivo da pena, estendendo de forma absurda a legislação, maximizando a intervenção penal, não garante uma maior proteção de bens, mas ao contrário, acaba reduzindo a força intimidadora da sanção, condenando o sistema a uma função meramente simbólica e negativa, além de violar o princípio que deve orientar todo o Direito Penal moderno que é a dignidade da pessoa humana.²⁰⁵

Após um aprofundamento no tema, perceptível que a limitação na criação de leis penais incriminadoras é fundamental para que a democracia nacional encontre pouso e se estabeleça consoante almeja.

Quando se está sob a égide de um Estado Democrático de Direito há que se ter em mente que a intervenção do Estado na vida dos indivíduos deve ser mínima. Desta forma, o Estado, e conseqüentemente o Poder Legislativo, não podem intervir de forma máxima na vida da sociedade.

O Direito Penal, tendo-se presente o seu caráter sancionador e repressor, atinge o bem mais precioso do homem após a vida, sua liberdade. Registre-se aqui, que a Carta Magna, assegura em seu artigo 5º, *caput*, a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, tais direitos protegidos e ordenados hierarquicamente pela Constituição Federal, tendo como parâmetro o seu valor para a vida do homem.

Portanto, o sacrifício à liberdade ou a vida deve ser reduzida ao máximo, haja vista que se encontram no ponto mais alto de importância, constituindo valores supremos do homem, o que leva à conclusão de que o Direito Penal, só deve intervir na proteção de bens jurídicos vitais para a vida em sociedade do ser humano.

Desta forma, o princípio da intervenção mínima apresenta-se de um lado, orientando o legislador na proteção dos bens jurídicos mais importantes ao convívio social e de outro, no sentido de incentivar a descriminalização de condutas que não revelem tanta importância ao ponto de merecer reprimenda penal, podendo assim, receber a tutela dos demais ramos do ordenamento jurídico.

Princípio da Lesividade

O princípio da lesividade tem elevada importância para o Direito Penal, tendo em vista que foca o ferimento aos bens protegidos juridicamente. Sendo assim, aplicador da

205 PRADO Luis Regis. Tratado de Direito Penal Brasileiro. vol.1, 2019, p.286.

norma deverá analisar se o ato executado resultou lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado.

Greco²⁰⁶ afirma o que se segue sobre tal princípio:

Os princípios da intervenção mínima e da lesividade são como duas faces de uma mesma moeda. Se, de um lado, a intervenção mínima somente permite a interferência do Direito Penal quando estivermos diante de ataques a bens jurídicos importantes, o princípio da lesividade esclarecerá, limitando ainda mais o poder do legislador, quais são as condutas que deverão ser incriminadas pela lei penal. Na verdade, nos esclarecerá sobre quais são as condutas que não poderão sofrer os rigores da lei penal.

Desta forma, em consonância com o princípio da lesividade, só poderá ser penalizado aquele comportamento que venha lesionar direitos de outrem e que não seja apenas um comportamento que se situa apenas na esfera da moral.

Nessa esteira, o princípio da insignificância revela uma relação importante com o princípio da lesividade, porque através daquele o Direito Penal só pode ser utilizado se afetar bens jurídicos relevantes, ou seja, o fato deve causar uma lesividade tal que legitime a intervenção penal.

Pelo princípio da lesividade, pode-se concluir que ninguém poderá ser punido pelo que pensa ou em decorrência de seus sentimentos pessoais, vedando-se, assim, a incriminação de uma atitude interna.

Da mesma forma, o Direito Penal não poderá punir condutas que não excedam o âmbito do próprio autor, como por exemplo, a autolesão, a tentativa de suicídio, ou condutas que, embora desviadas, não afetem qualquer bem jurídico de terceiros, por exemplo: as que embora reprovadas moralmente não possuam repercussão sobre bem de terceiros.²⁰⁷

Uma das funções deste princípio seria também o de impedir que o agente seja punido por aquilo que ele é, e não pelo que fez, sendo defeso ao Direito Penal penalizar o ser de uma pessoa, na medida em que o direito regula as condutas dos homens²⁰⁸.

206 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, 2018, p. 101.

207 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, 2018, p. 101.

208 Ibidem.

Nessa toada está o pensar de Zaffaroni²⁰⁹:

Seja qual for a perspectiva a partir de que se queira fundamentar o direito penal de autor (culpabilidade de autor ou periculosidade), o certo é que um direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o 'ser' de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana.

Desta forma, o princípio da lesividade vem atuar no sentido de impedir a atuação do Direito Penal diante de condutas que somente venham agredir o senso comum da sociedade e não atinjam bens jurídicos relevantes de terceiros, ou seja, o que for da esfera íntima do agente deverá ser respeitado e tolerado pela sociedade e pelo Estado, sob pena de o convívio social tornar-se impossível diante da natural diferença existente entre os seres humanos.

Princípio da Fragmentariedade

A fragmentariedade apresenta-se como uma consequência lógica dos princípios da intervenção mínima, lesividade e adequação social. Nesse entendimento, após a seleção dos bens mais importantes que serão merecedores de proteção penal, tais bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal, sendo essa a manifestação do caráter fragmentário do Direito Penal.²¹⁰

Assim sendo, chega-se a conclusão de que o Direito Penal não se preocupa e nem poderia se preocupar com todo e qualquer bem jurídico, na medida em que existem vários outros ramos que podem tutelar determinados bens que não o Direito Penal, por exemplo, o Direito Administrativo, Direito Civil, Direito do Trabalho, dentre outros.²¹¹

Para a tutela dos bens mais importantes existe o Direito Penal, e tais bens que receberão a sua tutela serão como fragmentos de um universo jurídico que por exceção receberão a intervenção penal, posto que, são bens de grande importância.

Na opinião de Muñoz Conde²¹²:

²⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl apud GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, 2018, p. 103.

²¹⁰ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, 2018, p. 109.

²¹¹ Ibidem.

²¹² MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al derecho penal, p.71-72.

Nem todas as ações que atacam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, nem tampouco todos os bens jurídicos são protegidos por ele. O Direito Penal repito mais uma vez, se limita somente a castigar as ações mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, daí seu caráter 'fragmentário', pois que de toda a gama de ações proibidas e bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, o Direito Penal só se ocupa de uma parte, fragmentos, se bem que da maior importância.

Princípio da Insignificância

O princípio da insignificância possui origem remota, segundo Akel Filho²¹³, para quem tal postulado já vigorava no Direito Romano, onde o pretor não cuidava, de modo geral, de causas ou delitos de bagatela, consoante a máxima contida no brocardo *minima non curat praetor*.

Francisco de Assis Toledo²¹⁴, em seu estudo sobre o tema expõe que o seu desenvolvimento teve por paladino o professor alemão Claus Roxin, e assim preleciona:

Welzel considera que o princípio da adequação social bastaria para excluir certas lesões insignificantes. É discutível que assim seja. Por isso Claus Roxin propôs a introdução, no sistema penal de outro princípio geral para a determinação do injusto, o qual atuaria igualmente como regra auxiliar de interpretação. Trata-se do princípio da insignificância, que permite na maioria dos tipos, excluir danos de pouca importância.

De acordo com tal orientação principiológica, devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetem infimamente um bem jurídico-penal. A irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a tipicidade em caso de danos de pouca monta.

Discorrendo sobre o assunto Mañas²¹⁵ assevera que:

[...] o mesmo possui uma verdadeira natureza de exclusão da tipicidade penal, na medida em que a concepção material do tipo

213 FILHO, Akel apud LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípio da Insignificância no Direito Penal, 1997, p. 85.

214 TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal, 1994, p. 133.

215 MAÑAS, Carlos Vico. O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal, 1994, p. 53-54.

seria o caminho mais correto para que se possa obter a necessária descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas estas, não são mais objeto de reprovação social, nem tão pouco, produzem danos significativos aos bens jurídicos protegidos pelo direito penal.

Importante também colacionar os dizeres de Lopes²¹⁶ sobre o assunto:

O juízo de tipicidade, para que tenha efetiva significância e não atinja fatos que devam ser estranhos ao Direito Penal, por sua aceitação pela sociedade ou dano social irrelevante, deve entender o tipo na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob o seu aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo. Para dar validade sistemática à irrefutável conclusão político-criminal de que o Direito Penal só deve ir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando de bagatelas, é preciso considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade [...].

Nesse ponto, se faz necessário tecer alguns esclarecimentos sobre um dos elementos integrantes da chamada estrutura jurídica do crime, qual seja, o fato típico.

Como definido por Zaffaroni e Pierangeli²¹⁷, “o tipo penal é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas)”.

Desta forma, quando a conduta do agente se amolda ao modelo abstrato previsto na lei, ou seja, no tipo penal, surge a chamada tipicidade, que pode ser caracterizada como a subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, isto é, a um tipo penal incriminador.

Entretanto, a esse conceito de simples acomodação do comportamento do agente ao tipo não é suficiente para que se possa concluir pela tipicidade penal, dado que para a caracterização do fato típico, necessária se faz a conjugação da concepção da tipicidade formal com a tipicidade conglobante (antinormatividade e tipicidade material).²¹⁸

²¹⁶ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípio da Insignificância no Direito Penal, 1997, p. 117 e 118.

²¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, 2004, p.421.

²¹⁸ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, 2018, p.112.

Por tipicidade material, deve-se entender segundo Greco²¹⁹ como o critério valorativo por meio do qual o Direito Penal afere a importância do bem no caso concreto.

De tal arte, pelo critério da tipicidade material é que pode o interprete aferir a real importância do bem no caso concreto, no sentido de concluir se determinado bem merece ou não ser protegido pelo Direito Penal.

Assim sendo, para que se possa falar em tipicidade penal, necessário se faz que a tipicidade seja compreendida em seu duplo aspecto, tanto a tipicidade formal como a tipicidade material, sendo que somente desta forma um determinado fato poderá ser considerado penalmente típico.

Portanto, tem-se no princípio da insignificância um mecanismo que, diante da análise do caso concreto, vem atuar como um instrumento de interpretação restritiva do tipo penal revelando a natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal, possuindo, destarte, a natureza de causa excludente da tipicidade do fato.

Sob a ótica do Supremo Tribunal Federal²²⁰, conforme se pode inferir do julgamento do HC 84.412-0/SP, analisa-se o postulado da insignificância com base nos seguintes fundamentos:

[...] a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiando-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público em matéria penal. [...].

Isso significa, pois, consoante ao raciocínio da Egrégia Corte, que a estrutura jurídica deve levar em conta a hipótese de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo justificam-se quando absolutamente primordial para efetivar a proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos fundamentais, principalmente em situações nas quais tais bens albergados penalmente corram grave risco de dano por causa da prática de atos lesivos.

219 Ibidem, mesma página.

220 STF, HC 84.412-0/SP, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 19-10-2004, DJU de 19.11.2004, RT 834/477.

Retomando os ensinamentos de Lopes²²¹ este aduz que:

O princípio da insignificância se ajusta assim, à equidade e correta interpretação do Direito. Por aquela, acolhe-se um sentimento de justiça, inspirado nos valores vigentes em sociedade, liberando-se o agente, cuja ação, por sua inexpressividade, não chega a atentar contra os valores tutelados pelo Direito Penal. Por esta, exige-se uma hermenêutica mais condizente do Direito, que não se pode ater a critérios inflexíveis de exegese, sob pena de desvirtuar o sentido da própria norma e se conduzir a graves injustiças.

Desta forma, o princípio da insignificância vem auxiliar na tarefa de reduzir ao máximo a incidência do Direito Penal diante de condutas que podem receber uma proteção eficiente de outros instrumentos jurídicos não penais, de modo que somente seja atribuída ao Direito Penal, em observância ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da sua própria natureza fragmentária, a tutela jurídica dos bens e valores mais importantes ao convívio em sociedade, na medida em que sua aplicação em determinadas infrações penais, nos dizeres de Greco²²², afastará a injustiça do caso concreto, pois que a condenação do agente, simplesmente pela adequação formal do seu comportamento a determinado tipo penal importará em gritante aberração.

2.2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Dentre os princípios abordados neste capítulo cita-se com relevo o da Dignidade da Pessoa Humana, princípio vetor do qual derivam os demais princípios penais garantidores da própria dignidade da pessoa humana.

Não se pode analisar a adequação típica, conforme ficou exposto, sem antes passar os olhos sobre os relevantes princípios ou fundamentos do Direito Penal.

A Constituição Federal de 1988, denominada de Constituição Cidadã, adotou o conceito de "Estado Democrático de Direito", preconizado em seu artigo 1º, bem como fincou como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.²²³

O modelo adotado implica a obrigação do Direito Penal em guardar obediência aos princípios constitucionais, respeitando o Estado Democrático de Direito, sendo ponto

²²¹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípio da Insignificância no Direito Penal, 1997, p.55.

²²² GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, 2018, p.115.

²²³ BRASIL. Constituição Federal, 31. ed - São Paulo: Ridell, 2020, art. 1º, III, CF.

central desta ideia, o princípio da dignidade da pessoa humana. Qualquer fato típico que contrariar a dignidade humana será declarado materialmente inconstitucional.

Conforme leciona Prado²²⁴, “como postulado fundamental, peculiar ao Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana há de plasmar todo o ordenamento jurídico positivo como dado imanente e limite mínimo vital à intervenção”.

Por tal paradigma, crime não é só o que está transcrito na legislação, mas o que também colocar em risco os valores fundamentais da sociedade democrática, sendo certo que o legislador deve se orientar na definição de condutas humanas típicas que possuam relevância social.

Desta forma, segundo Greco²²⁵, “como princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana deverá ser entendida como norma de hierarquia superior, destinada a orientar todo o sistema no que diz respeito à criação legislativa, bem como para aferir a validade das normas que lhe são inferiores” [...].

Nessa ordem de ideias, defeso seria ao legislador infraconstitucional a criação de tipos penais incriminadores que cominassem penas cruéis, de natureza aflitiva, bem como que consagrasse a intervenção máxima e desnecessária do direito penal em nossa sociedade.²²⁶

Assim sendo, de acordo com Prado²²⁷, pode-se chegar à seguinte assertiva: “se o Direito não quiser ser mera força, se quiser obrigar a todos os cidadãos em sua consciência, há de respeitar a condição do homem como pessoa, como ser responsável”.

Verifica-se assim, que um Direito Penal calcado em uma máxima intervenção será um verdadeiro atentado à dignidade da pessoa humana, na medida em que além de privar o indivíduo de um de seus maiores bens após a vida, que é a sua liberdade, provocará inúmeros malefícios àquele que se submete às suas garras, como a marginalização e estigmatização quando do retorno ao convívio social.

Nunca é excessivo lembrar que o princípio da dignidade da pessoa humana tem com objetivo precípuo conferir uma dose balanceada de justiça e solidariedade. Inegável é que o Direito Penal brasileiro funda-se em tal princípio, considerando-o como um valor máximo e supremo, uma vez que, homem possui qualidades inerentes a si que são verdadeiras balizas inegociáveis ao Estado, tais como a outrora citada liberdade, dignidade

224 PRADO, Luis Regis. Tratado de Direito Penal Brasileiro. vol. 1, 2019, p. 275.

225 GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal, 2009, p. 59.

226 Ibidem, mesma página.

227 PRADO, Luis Regis. Tratado de Direito Penal Brasileiro. vol. 1, 2019, p.274

pessoal, o direito de livremente viver em sociedade conquistando seus objetivos, dentre outros direitos elementares firmados pela Constituição.

O cidadão atemorizado, a procura de uma sociedade estável e segura, exige, ainda que de maneira disfarçada, um remédio eficaz para combater a criminalidade. Tem-se visto nos noticiários o aumento das condutas criminosas, e diante disso, a solução hipócrita e equivocada aplicada tem sido a edição de normas penais repressivas, muitas vezes ocasionando de forma desequilibrada o cerceamento de direitos e garantias individuais famigerados pela Lei Máxima – Constituição Federal de 1988.

Considerando a imiscuição punitiva estatal, que encontra fundamento no apelo popular intenso, vê-se ferida a dignidade da pessoa humana estabelecida no rol de direitos e garantias fundamentais do artigo 5º da Carta Magna. Por conta da proteção às liberdades individuais, esses direitos atuam como limite às ingerências do poder coercitivo do Estado na vida dos cidadãos, pois tal poder mostra-se, quando inadequadamente usado, afrontoso aos princípios democráticos adotados pela Constituição, além de agravar ainda mais a situação precária das atividades de controle social.

Ressaltando o que já fora dito no decorrer deste trabalho, restringe-se ao Estado punir tão somente os atos que de alguma forma machuquem os bens jurídicos tidos como socialmente essenciais ao convívio pacífico entre os cidadãos, cuja utilização justifica-se na inaplicabilidade de todos os demais ramos do direito, sendo, deste modo, compatível com os ideais do Estado democrático de Direito, assim configurando a intervenção mínima.

A repressão aguçada, que objetiva silenciar a voz de uma sociedade insegura e amedrontada com o crescimento da criminalidade, produz um perigoso pensamento da existência de impunidade, altamente lesiva à conservação da ordem social, uma vez que, de uma forma ou de outra, excita o exercício de novos delitos ao mesmo tempo em que alimenta ideias de justiça privada.

Nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet²²⁸ entende-se assim por princípio da dignidade humana:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a

²²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 60.

Ihe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunidade com os demais seres humanos.

A noção de dignidade da pessoa humana funde-se com a definição material de Constituição, já que a preocupação com o ser humano consagrou-se como uma das finalidades constitucionais.²²⁹

O sistema penal deve ter como fulcro e parâmetro o princípio da dignidade da pessoa humana. O Direito Penal para que se conserve constitucional e justo deve erigir tal princípio e levar todo raciocínio jurídico penal ao filtro da dignidade humana, tendo como razão a obediência a Carta Magna.

Dessa forma, para que o sistema penal seja humanitário deve exercer com excelência as suas devidas funções tais como as de proteger do crime os bens jurídicos essenciais à sociedade e ao homem, de garantir efetivamente uma política criminal eficiente e de executar os intentos jurídicos-políticos do Estado. Além de todos esses deveres contempla também o incentivo da atividade policial respeitosa, de um processo penal teleológico e constitucional, de uma aplicação eficaz das leis penais justas, e de um sistema prisional digno.²³⁰

Ademais, a sua aplicação indiscriminada, somente servirá para condenar o Direito Penal a uma função meramente simbólica e negativa, mediante a falsa percepção do combate à criminalidade, enquanto seu papel garantista será deixado de lado para dar lugar ao arbítrio Estatal, essencialmente malferidor da dignidade da pessoa humana.

CAPÍTULO III - DIREITO PENAL MÍNIMO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Após toda a digressão histórica sobre as ideias penais, bem como sobre os princípios fundamentais, inerentes a qualquer Estado Democrático de Direito e essenciais à garantia da dignidade da pessoa humana, chega-se ao entendimento de que o Direito Penal, sendo o mais repressor de todos os ramos do ordenamento jurídico brasileiro, somente poderá ser aplicado com o escopo de garantir bens de alto relevo na sociedade, bem como quando os demais ramos se mostrarem insuficientes para tal mister. No entanto, tal Direito tem tido sua essência distorcida, sendo utilizado como meio eficaz para

²²⁹ < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4498&revista_caderno=3 > Acesso em 16 de junho de 2021.

²³⁰ Ibidem.

aqueles que se aproveitam do poder para assegurar planos políticos e manobrar o pensar da população.

3.1 A manipulação política do caráter punitivo do Direito Penal

No continuar dos pensamentos, pode-se dizer que a única causa que justifica a utilização do Direito Penal é a proteção dos, já ditos, bens jurídicos essenciais, na medida em que pune ou impede a prática de certas infrações, despertando uma determinada consciência na sociedade.

O conhecido simbolismo do Direito Penal está no fato da sua utilização de forma errônea, distorcendo esta utópica proteção, quando em termos reais deveria contribuir para uma convivência pacífica, no entanto, o próprio legislador quase sempre não está preocupado com o bem estar social da população, sim com seus interesses e planos políticos. Ocorre que, surge para a sociedade, uma falsa sensação de segurança, tendo em vista as numerosas leis penais que são criadas, causando assim, uma manipulação da opinião pública.

No texto de Patricia Veloso de Gusmao Santana Rassi²³¹ há uma clara compreensão da conjuntura atual:

A denominada inflação legislativa no âmbito do direito penal, desproporcional à realidade que a recebe, e desacompanhada de qualquer estruturação administrativa para a aplicação efetiva das normas, gerou o caos normativo e a desordem prática, de maneira que não se pode afirmar, com segurança, qual o pensamento do legislador penal brasileiro; qual a finalidade do direito penal brasileiro, e de consequência, qual a finalidade da pena no direito brasileiro. É preciso delimitar o âmbito de interesse do direito penal, e saber que o sucesso da intervenção mínima pressupõe, também, um mínimo de condições de aplicabilidade das normas, o que reclama, no mínimo, uma legislação técnica e coerente, além da necessidade de estruturação dos órgãos de jurisdição, e aparelhamento dos mecanismos de execução das penas.

231

<http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4498&revista_caderno=3>. Acesso em 16 de junho de 2021.

Necessário, portanto, que se obste no sistema jurídico a chamada política da tolerância zero, uma das vertentes do chamado movimento de Lei e Ordem, sobre o assunto Greco²³² afirma que:

Por intermédio desse movimento político-criminal, pretende-se que o Direito Penal seja o protetor de, basicamente, todos os bens existentes na sociedade, não se devendo perquirir a respeito de sua importância. Se um bem jurídico é atingido por um comportamento antissocial, tal conduta poderá transformar-se em infração penal, bastando, para tanto, a vontade do legislador. (pode ser a pag 2?)

Nesse raciocínio do movimento Lei e Ordem, procura-se educar a sociedade sob a ótica do Direito Penal, fazendo com que comportamentos de importância irrelevante, sofram as consequências graves desse ramo do ordenamento jurídico, tendo como consequência lógica um Direito puramente simbólico, vê-se, é o que se apresenta hodiernamente nas ações políticas interessadas em refletir para a sociedade a pseudos sensação de uma política atuante.

Ao tratar sobre o simbolismo penal, Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar²³³ prelecionam que:

Para a lei penal não se reconhece outra eficácia senão a de tranquilizar a opinião pública, ou seja, um efeito simbólico, com o qual se desemboca em um Direito Penal de risco simbólico, ou seja, os riscos não se neutralizam, mas ao induzir as pessoas a acreditarem que eles não existem, abrandam-se a ansiedade ou, mais claramente, mente-se, dando lugar a um Direito Penal promocional, que acaba se convertendo em um mero difusor de ideologia.

É preciso ter em mente, que com o advento da nova ordem constitucional, a dignidade da pessoa humana foi calcada a categoria de valor fundamental do nosso sistema de direitos fundamentais, consoante artigo 1º III, Constituição Federal da República.

Desse modo, o Estado democrático de Direito deve consagrar e garantir o primado dos direitos fundamentais, abstendo-se de práticas a eles lesivas, como também propiciar

232 GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal, 2009, p. 14.

233 BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro apud GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal, 2009, p. 14-15.

condições para que sejam respeitados, visando à remoção de quaisquer obstáculos à sua total realização.

Desta forma, um sistema normativo em que prepondere a máxima aplicação do Direito Penal, será indubitavelmente afrontoso ao princípio da dignidade humana, isso porque, a figura do ser humano ao ser perseguido, pelo Direito Penal de tolerância zero, ou da Lei e Ordem, servirá como instrumento promocional de um Estado que, aparentemente, retribui de forma adequada a criminalidade, mas que em realidade não faz mais que dar revide a uma reação meramente simbólica.

Nos dizeres de Greco²³⁴ sobre essa ação legislativa:

Contudo, de acordo com o enfoque minimalista, não só a importância do bem permite a criação da figura típica, mas além de tal aferição, mister se faz que, ainda em um plano abstrato, o legislador chegue a conclusão de que os outros ramos do ordenamento jurídico, caso tentem protegê-lo, sozinhos, sem a intervenção do Direito Penal, não terão sucesso.

Na verdade, o número excessivo de leis penais, que nos trazem a promessa de uma maior punição para os delinquentes infratores, somente culmina em enfraquecer o próprio Direito Penal, que perde seu prestígio e valor, em razão da certeza, quase absoluta, da impunidade.

É bom que se deixe claro, que ao se falar em Direito Penal Mínimo, não se está fazendo apologia à impunidade, nem tão pouco ao abolicionismo penal, ao contrário, apregoa-se somente sua utilização de modo subsidiário à ineficácia dos demais ramos jurídicos, para que aí sim, a falsa percepção de punidade (impunidade) – simbolismo penal – venha ser ao menos amenizada pela sociedade. Conforme leciona Greco²³⁵, sobre o assunto deve-se “apontar e esclarecer os erros de um pensamento voltado para um Direito Penal Máximo, que conduz a uma insuportável situação de inflação legislativa, cujo único resultado é fazer com que cada vez mais o Direito Penal seja desacreditado.”

Percebe-se no pensar de grande parte das pessoas o equivocado entendimento, segundo Greco²³⁶, de que “todos os problemas sociais serão resolvidos por intermédio do Direito Penal, desde que este seja aplicado da forma mais dura possível, tendo a

²³⁴ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*, 2009, p. 74.

²³⁵ *Ibidem*, p. 1.

²³⁶ *Ibidem*.

finalidade de amedrontar aqueles que, possivelmente ousariam a praticar determinada infração penal.” Desta feita o legislador, ávido por mostrar-se como um exímio político, aproveita-se de tal fragilidade.

Esse Direito Penal simbólico, para Greco²³⁷ “se transformou na ferramenta preferida dos governantes, sendo utilizado com a finalidade de dar uma satisfação à sociedade, em virtude do aumento da criminalidade.”

Assim, reduzir a aplicação desnecessária e cruel do sistema penal repressivo, ante os efeitos devastadores sobre o ser humano, infrator (estigmatização do egresso, as dificuldades de sua reinserção ao convívio social, sua marginalização, dentre outros), aos casos extremamente necessários e indispensáveis ao convívio em sociedade, torna-se exigência de racionalidade, bem como imperativo de justiça social, isso porque, um Estado que se define como Democrático de Direito, e que declara como sendo um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, deve fazer valer seu poder de punir (*ius puniendi*) sem que para isso, tenha que agir como um tirano, ofendendo e desprezando o maior e mais importante de todos os princípios contidos em nossa Constituição Federal - Constituição cidadã - o postulado da dignidade da pessoa humana.

3.2 O Direito Penal Mínimo e a Jurisprudência dos Tribunais

Para que se possa ter uma melhor noção de como tem sido aplicado o Direito Penal mínimo, teve-se por importante e pertinente colacionar aqui algumas jurisprudências.

Em especial, há algumas do Supremo Tribunal Federal e de alguns Tribunais, admitindo a aplicação do princípio da insignificância, desde que preencha, concomitantemente, quatro fatores, a saber: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) relativa inexpressividade da lesão jurídica. Confira-se:

1) STF - HABEAS CORPUS: HC 107638 PE

Dados Gerais

Processo: HC 107638 PE

Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA

Julgamento: 13/09/2011

237 Ibidem, p. 141

Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação: DJe-187 DIVULG 28-09-2011 PUBLIC 29-09-2011

Parte(s): MIN. CÁRMEN LÚCIA
JORGE CLEITON ALVES DA SILVA
DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Ementa

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PENAL. CRIME MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECONHECIMENTO NA INSTÂNCIA CASTRENSE. POSSIBILIDADE. DIREITO PENAL. ULTIMA RATIO. CONDUTA MANIFESTAMENTE ATÍPICA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A existência de um Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, por uma busca constante de um direito penal mínimo, fragmentário, subsidiário, capaz de intervir apenas e tão-somente naquelas situações em que outros ramos do direito não foram aptos a propiciar a pacificação social.

2. O fato típico, primeiro elemento estruturador do crime, não se aperfeiçoa com uma tipicidade meramente formal, consubstanciada na perfeita correspondência entre o fato e a norma, sendo imprescindível a constatação de que ocorrera lesão significativa ao bem jurídico penalmente protegido.

3. É possível a aplicação do Princípio da Insignificância, desfigurando a tipicidade material, desde que constatados a mínima ofensividade da conduta do agente, a inexistência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a relativa inexpressividade da lesão jurídica. Precedentes.

4. O Supremo Tribunal admite a aplicação do Princípio da Insignificância na instância castrense, desde que, reunidos os pressupostos comuns a todos os delitos, não sejam comprometidas a hierarquia e a disciplina exigidas dos integrantes das forças públicas

e exista uma solução administrativo-disciplinar adequada para o ilícito. Precedentes.

5. A regra contida no art. 240, § 1º, 2ª parte, do Código Penal Militar, é de aplicação restrita e não inibe a aplicação do Princípio da Insignificância, pois este não exige um montante prefixado.

6. A aplicação do princípio da insignificância torna a conduta manifestamente atípica e, por conseguinte, viabiliza a rejeição da denúncia.

7. Ordem concedida.

No caso em tela, assim como disposto no Acórdão, a juíza-auditora enfatizou que o valor dos bens visados (R\$ 215,22) era desproporcional à pena prevista (três a quinze anos de reclusão cumulativamente com a pena acessória de exclusão das forças armadas), especialmente diante da inexistência de qualquer prejuízo à União e da possibilidade de aplicação da sanção disciplinar, o que evita restem comprometidas a hierarquia e a disciplina, princípios basilares das Forças Armadas.

No Tribunal Superior Militar, o voto vencido enfatizou que os gêneros alimentícios eram “sobras do rancho para ajudar sua (paciente) família que estava em necessidade, no interior de Pernambuco (...) cuja falta sequer fora notada pelos responsáveis pelo depósito de alimentos do rancho.”

Nesse diapasão, fica claro no Acórdão que o Estado não pode valer-se do Direito Penal, instrumento de controle notadamente rígido, para se ocupar de condutas sem expressão material. Ele é a *ultima ratio* para a prevenção de comportamentos delituosos.

2) TJSP - Apelação: APL 8853720118260484 SP 0000885-37.2011.8.26.0484

Dados Gerais

Processo: APL 8853720118260484 SP 0000885-37.2011.8.26.0484

Relator(a): Paulo Rossi

Julgamento: 08/08/2012

Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal

Publicação: 10/08/2012

Ementa

APELAÇÃO CRIMINAL FURTO QUALIFICADO CONCURSO DE AGENTES E ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO - SENTENÇA CONDENATÓRIA AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS INEXPRESSIVA LESIVIDADE AO BEM JURÍDICO TUTELADO PEQUENO VALOR DA RES FURTIVA FRAGMENTARIEDADE DO DIREITO PENAL INTERVENÇÃO MÍNIMA RECURSO IMPROVIDO.

No presente caso, excepcionalmente, a aplicação do princípio da insignificância se justifica quando a coisa furtada é de ínfimo valor; a quantia objeto da apropriação é por demais insignificantes para causar qualquer dano. Recurso provido.

O caso acima apresentado, consoante o Acórdão, trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedente denúncia, condenando um dos apelantes a cumprir pena de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, no regime inicial semi-aberto, e ao pagamento de 35 (trinta e cinco) dias-multa, fixados no mínimo legal, e o outro a cumprir a pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial semi-aberto, e ao pagamento de 23 (vinte e três) dias-multa, fixados no mínimo legal. Pleiteia a Defesa do recorrente a absolvição nos termos do artigo 386, incisos III e/ou V, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, pugna pelo reconhecimento do princípio da insignificância.

Segundo restou apurado, na data dos fatos, o vizinho e responsável pelo imóvel violado, escutou o barulho no local percebendo a presença dos acusados em suas dependências, razão pela qual acionou os policiais, os quais lograram encontrá-los ali, sendo constado o arrombamento da porta da cozinha e a subtração de um botijão de gás, motivo pelo qual foram presos em flagrante e conduzidos à Delegacia.

Nas palavras do relator, em que pese a *res furtiva* não ter sido avaliada indiretamente nos autos, é sabido que um botijão de gás novo, corresponde a um valor muito abaixo de R\$100,00 (cem reais), valor que pode seguramente ser considerado irrisório. Ademais, verifica-se que a dinâmica dos fatos não se revestiu de relevante periculosidade social. Por esta razão, a absolvição em casos como estes, excepcionalíssimos, a meu ver, deve ser aplicado o princípio da bagatela ou o princípio da insignificância. Nesse sentido deu-se provimento ao apelo.

3) TJRS - Apelação Crime: ACR 70038919031 RS

Dados Gerais

Processo: ACR 70038919031 RS

Relator(a): Diogenes Vicente Hassan Ribeiro

Julgamento: 19/01/2012

Órgão Julgador: Quinta Câmara Criminal

Publicação: Diário da Justiça do dia 03/02/2012

Ementa

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO. ESTELIONATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. INTERVENÇÃO MÍNIMA DO DIREITO PENAL. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. PRECEDENTE.

O Direito Penal encontra guarida no ícone da intervenção mínima, bem como há que se ressaltar o reconhecimento de que esse âmbito das Ciências Jurídicas não se preocupa com acontecimentos corriqueiros e que podem ser resolvidos fora do âmbito jurídico.

No caso, embora da análise do conjunto probatório não se vislumbre a alegada insuficiência de subsídios a referendar a materialidade e a autoria, exsurge cristalina a viabilidade de aplicação do princípio da insignificância.

As ações delitivas atribuídas à apelante, que é primária, não se afiguram lesivas. A toda a evidência, trata-se de situação que refoge ao âmbito de interesse de atuação do Direito Penal, ou seja, não se está frente à conjuntura que perquiria a intervenção do Estado. Não vislumbrada a lesividade na conduta descrita na denúncia, a conclusão pelo reconhecimento do princípio da insignificância pela atipicidade é inarredável.

In casu, a denunciada em diversas oportunidades, subtraiu, para si, da vítima, dinheiro e gêneros alimentícios, tais como salame, frango, leite, enlatados, entre outros.

O Acórdão dispôs que para executar o delito, a denunciada, que era funcionária da vítima e atuava na função de doceira, em diversas oportunidades, deslocou-se até a parte frontal da padaria, onde ficavam expostos os produtos alimentícios e o caixa. Passo seguinte, a denunciada aproveitava-se de momentos de ausência da funcionária que

atuava no balcão de atendimento e no caixa do estabelecimento e subtraía dinheiro do caixa e gêneros alimentícios, colocando-os dentro de uma bolsa.

Nas mesmas circunstâncias de tempo e local acima descritas, a denunciada obteve, para si, vantagem ilícita, no valor de R\$ 99,61 (noventa e nove reais e sessenta e um centavos), em prejuízo da vítima, induzindo-a em erro, mediante meio fraudulento.

No voto há a constatação de que o caso é de absolvição, como pretendido pela defesa, embora por outro fundamento.

Também declara o relator que, embora da análise do conjunto probatório não se vislumbre a alegada insuficiência de subsídios a referendar a materialidade e a autoria, exsurge cristalina a viabilidade de aplicação do princípio da insignificância. Com efeito, ressaltando-se que o Direito Penal encontra guarida no ícone da intervenção mínima, bem como há que se enfatizar o reconhecimento de que esse âmbito das Ciências Jurídicas é daqueles que não se preocupa com acontecimentos corriqueiros e que podem ser resolvidos na esfera privada, atinente aos próprios envolvidos.

Diante do exposto foi provido o apelo de absolvição da ré.

4) TJSP - Apelação: APL 48073320098260201 SP 0004807-33.2009.8.26.0201

Dados Gerais

Processo: APL 48073320098260201 SP 0004807-33.2009.8.26.0201

Relator(a): Salles Abreu

Julgamento: 14/02/2012

Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal

Publicação: 16/02/2012

Ementa

Apelação Desobediência Artigo 330 do C.P. Condenação em primeiro grau Recurso Defensivo Pretendida a absolvição por ausência de dolo Procedência Conduta atípica Infração administrativa de trânsito prevista no artigo 195 do CTB O descumprimento da ordem de parada emanada de policial militar na função fiscalizadora de trânsito não configura o crime de desobediência. Isto porque cominada sanção administrativa sem que prevista sua cumulação com a

tipificação penal. Aplicação do princípio da intervenção mínima do direito penal, sempre invocado como 'ultima ratio'. Sentença reformada. Recurso provido.

De acordo como o exposto na apelação do caso acima, trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença que julgou procedente a ação penal e o condenou ao cumprimento da pena de 15 (quinze) dias de detenção, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, no valor mínimo legal, por infração ao artigo 330 do C.P., substituída a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos consistente no pagamento de mais 10 dias-multa, sem prejuízo da pena anteriormente aplicada, perfazendo o total de 20 dias-multa. O réu recorreu alegando ausência de dolo.

Segundo apurado, policiais militares efetuavam patrulhamento de rotina quando presenciaram o acusado na condução de uma motocicleta, que ao avistar a viatura policial se portou de maneira suspeita, fazendo menção de ingressar no acesso. Ato contínuo, os policiais solicitaram sua parada, tendo o acusado desobedecido à ordem emanada dos milicianos, empreendendo fuga até sua residência. Segundo denunciado, após perseguição, o acusado foi abordado e ofereceu resistência aos policiais.

De acordo com o voto, certo é que o acusado descumpriu a ordem de parada emanada dos milicianos, contudo, atípica a conduta praticada. Isto porque, para a conduta em comento existe a sanção administrativa prevista no artigo 195 do CTB, sem previsão de aplicação cumulativa com o delito previsto no artigo 330 do C.P. Desta forma, atípica a conduta do denunciado, a absolvição é medida que se impõe.

Por derradeiro, restou constatado que o princípio da insignificância tem sido aplicado pelos Tribunais em inúmeros casos, vislumbrando-se, assim, a presença do Direito Penal Mínimo, a considerar a necessidade de aplicação deste ramo às hipóteses que acarretam maior perplexidade no ser social.

CONCLUSÃO

Orienta-se o Direito Penal neste tempo no sentido de uma nova humanização, como resultado de uma larga experiência negativa. A utilização do Direito Penal máximo ou da Lei e ordem, com uma função promocional ou meramente simbólica, devem ser rechaçadas apregoando-se em seu lugar o chamado Direito Penal Mínimo.

Não se deve olvidar que a atual tendência do Direito Penal deve ser avessa a chamada neocriminalização ou neopenalização, propostas estas voltadas ao aumento das hipóteses típicas ou ao recrudescimento das penas já existentes.

A criminalidade no país cresce de forma assustadora, assim como os meios e os modos usados pelos criminosos são a cada dia mais complexo. Tudo decorre da atual crise em que se vive e do sistema em que se está inserido.

Com o fim de solucionar esse problema é que surge o legislador ansioso em dar uma resposta plena e imediata à sociedade, acabando por tipificar condutas, criando novas leis - ou agravando as antigas - muitas vezes no calor do clamor público. Na grande maioria das vezes fica ele distante da real função do Direito Penal que é a proteção dos direitos fundamentais do homem.

O Direito Penal somente deverá ser invocado, desta forma, para intervir nos casos em que há uma grave violação social, já que ele deve cuidar dos bens mais caros para o homem, tais como a vida e a liberdade, sendo certo que sua invocação somente será tida por legítima, quando todos os demais meios de controle social apresentar-se ineficiente, porquanto, quando houver uma grave violação a um bem jurídico importante, far-se-á mister a necessária e inafastável resposta estatal por intermédio do Direito Penal.

Portanto, nada mais correto do que fazer uso do Direito Penal Mínimo, mediante a utilização de seus princípios fundamentais, a exemplo da intervenção mínima, lesividade, adequação social, fragmentariedade e insignificância todos derivados e voltados para o postulado da dignidade da pessoa humana.

Deve-se lutar para que o direito penal não seja utilizado de forma desvirtuada pelo legislador, que tem tipificado condutas que poderiam ser perfeitamente solucionadas pelos demais ramos do ordenamento jurídico. É para que o Direito Penal cumpra a função que lhe é inerente que deve ser promovida a sua mínima (entenda-se necessária) aplicação, evitando-se que o Estado Social seja transmudado em um Estado Penal, decorrendo daí um verdadeiro caos social.

Os bens mais relevantes para a sociedade são aqueles dispostos na Constituição Federal da República, e é por estes bens que o ser humano luta durante toda a sua vida e exige para eles a proteção sensata de um Estado Democrático de Direito: a Mínima Intervenção. Somente respeitando-se esse preceito é que a sociedade desenvolver-se-á conforme os estatutos da atual democracia vigente, exigindo do Estado a proteção devida aos bens jurídicos que ele mesmo tutelou. Porém, que o faça de forma mínima para que não se atente contra àquele que é o bem maior, após a vida, do Estado Democrático em que vivemos: a liberdade.

Para tanto, não se deve esquecer que o Direito Penal deve ser a *última ratio* e que, por isso, somente deverá ser invocado quando todas as demais possibilidades falharem na proteção do bem jurídico que o Estado tutelou.

REFERÊNCIAS

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal** – 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006

PRADO, Luis Régis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral, vol. 1** – 3. ed., - Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: RT, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1997. v.1.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**, v. I, tomo 1, Saraiva, 7ª Ed. 2008.

RASSI, Patrícia Veloso de Gusmão Santana
<http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4498&revista_caderno=3>. Acesso em 16 de junho de 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, vol. 1: parte geral. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – 20. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2018.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, p.71-72.
<<http://jus.com.br/revista/texto/2795/pseudo-evolucao-do-direito-penal>>. Acesso em 16 de junho de 2016.

QUEIROZ, Paulo. **Sobre a Função do Juiz Criminal na Vigência de um Direito Penal Simbólico**. IBCrim, nº 74, janeiro de 1999.

GRACÍA MARTÍN, L. **Prefácio à obra Teoría de La imputación objetiva Del resultado em el delito doloso de acción de RUEDA MARTÍN**, M.A. Barcelona/Bogotá, 2001.

WELZEL, H. O novo sistema jurídico-penal – 3ª Ed. São Paulo: RT, 2011.

GRINOVVER, Ada Pellegrini. **Eficácia e Autoridade da Sentença Penal** – 1ª edição, São Paulo, RT, 1978.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *apud* GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, 2018, p. 103.

FILHO, Akel *apud* LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípio da Insignificância no Direito Penal, 1997, p. 85.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MAÑAS, Carlos Vico. **O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRASIL. Constituição Federal, 31. ed - São Paulo: Ridell, 2020, art. 1º, III, CF.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro *apud* GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal, 2009, p. 14-15.

A RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL COMO O NOVO TURNAROUND NO BRASIL

CAIO FREITAS PEIXOTO:

Graduando do Curso de Bacharel em Direito na Universidade Federal do Amazonas. Estagiário de direito do escritório Costa Advocacia. Foi estagiário da 4ª UPJ do Tribunal de Justiça.

HAMILTON GOMES DE SANTANA NETO 238

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo o estudo a lei de recuperação judicial, a questão tributária, dívidas externas, economia do país, são impasses que dificultam a resolução da falência no Brasil. Visualizar as causas fáticas, econômicas e jurídicas, identificar o que levou a empresa em questão a entrar em um processo de falência e como a lei de falências auxilia as empresas e seus donos durante esta fase, as quantificações de danos. É de conhecimento geral a demora dos tribunais em realizar a análise dos processos e mesmo com tanto tempo de espera a maior parte das sentenças costuma ser genérica e não supre as necessidades das partes envolvidas. Tendo isso em mente, buscar diferentes formas de aplicar o direito é uma solução de ouro, ainda mais que para um meio que o tempo é dinheiro. No decorrer da pesquisa o leitor poderá entender o ecossistema do empresário diante de uma situação extrema e as diversas formas que esse problema pode ser resolvido além do judiciário. O principal objetivo desta pesquisa é desenvolver um pensamento crítico e explicar as etapas para atingir tais soluções em tempo recorde.

Palavras – Chave: Recuperação Judicial. Economia. Tributação. Evolução Legislativa. Procedimentos

ABSTRACT: The present work aims to study the law of judicial recovery, the tax issue, foreign debts, the country's economy, these are impasses that make it difficult to resolve bankruptcy in Brazil. View the factual, economic and legal causes, identify what led the company in question to enter in bankruptcy and how bankruptcy law helps companies and their owners during this phase, the quantification of damages. It is common knowledge that the courts take a long time to analyze the cases, and even with such a long wait, most sentences are usually generic and do not meet the needs of the parties involved. Keeping this in mind, looking for different ways to apply the law is a golden solution, even more so

238 Advogado. Professor de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Amazonas. Mestre em Direito pela Universidade. Servidor Público do Tribunal de Justiça. Endereço eletrônico: ribeirojunior753@hotmail.com.

when time is money. During the research, the reader will be able to understand the ecosystem of the entrepreneur facing an extreme situation and the different ways that this problem can be solved beyond the judiciary. The main objective of this research is to develop critical thinking and explain the steps to reach such solutions in record time.

Keywords: Judicial recovery. Economy. Taxation. Legislative Evolution. Procedures.

SUMÁRIO: Introdução. I. A Recuperação Judicial e Seus Procedimentos. II. Viabilidade Econômica. III. Tributação das Empresas Durante o Processo de Recuperação Judicial. IV. Reintegração após a Recuperação Judicial. V. O Novo Viés interpretativo. Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Empresas vão a falência por inúmeros motivos, e muitas vezes o tramite do processo no judiciário leva anos e acarretam prejuízos exorbitantes para os donos das empresas. Custos estes que podem ser evitados ou redistribuídos em jogadas empresariais²³⁹ como *distresses deals*²⁴⁰, *turnaround*, acordos extrajudiciais, liquidação de ações, contratos coligados²⁴¹, mediação e muitos outros, que agora tornaram-se uma realidade por conta da nova lei.

Como é diversificar as possíveis soluções á empresas que estão em processo de falência junto com a nova lei. Mas e se tudo der errado? Como é possível solucionar uma possível falência? Tem como superar as dificuldades na situação? Tais questionamentos são frequentes no meio empresarial, pois para se empreender no Brasil muitas vezes tem que contar com a sorte grande ou muita, mas muita persistência, pois o campo econômico e legislativo não favorece o empresário e sim o trabalhador e o viés público.

São tantas incertezas que as pessoas que se aventuram nesse campo tendem a ser um ponto fora da curva, e o mesmo aconteceu quando situações de insolvência acontecem

239 FILHO, Paulo Furtado de Oliveira; Kleber Zanchim. Distressed deals, recuperação extrajudicial e acesso ao Judiciário. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/distressed-deals-recuperacao-extrajudicial-e-acesso-ao-judiciario-07082020>. Acesso: 27/11/2020.

240 VIEIRA, Mariana Fagundade Lellis; Gabriela A. Luis Teixeira Gonçalves; kleber Zanchim. O Fisco na Recuperação extrajudicial e distressed deals. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fisco-recuperacao-extrajudicial-distressed-deals-01102020>. Acesso: 27/11/2020.

241 YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords) - Processo Societário. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

no dia a dia do empresário. As vezes ou muitas vezes a conta não fecha, e por conta disso é preciso ter uma visão estratégica em paralelo com a Lei de Recuperação Judicial²⁴².

O ano de 2020 trouxe consigo a atualização da lei de recuperação judicial, 15 anos depois da última lei em vigência. Com a nova roupagem a recuperação judicial traz inovações como por exemplo a mediação, as tutelas provisórias, planos de recuperação apresentados pelos credores, financiamento do devedor entre outras alterações que se fizeram necessárias para suprir a necessidade 10 empresas que se encontram em um momento tão delicado.

É nítido que essa modalidade se tornou um aliado para as empresas e não mais um motivo de desespero para os empresários que buscam formas de solucionar seus problemas fáticos e econômicos.

A organização é crucial em todos os momentos, pois quando é preciso ingressar no judiciário as custas processuais são exorbitantes²⁴³ e imagina se aumentarem ainda mais. Esse aumento está prestes a acontecer em Pernambuco²⁴⁴ e pode servir de exemplo para o resto do Brasil.

É até entendível que o tribunal queira esse aumento, pois ele não consegue gerir a demanda de processos que estão em sua casa legislativa, e a solução mais rápida é aumentar o custo para entrar com um processo na justiça.

Dessa maneira é preciso buscar soluções alternativas para driblar uma possível falência, soluções como negociação, *distressed deals*, *turnaround*, *stay period*, arbitragem, conciliação, contratos extrajudiciais entre outras possibilidades.

Verificar se as empresas estão dentro dos padrões da CLT também é necessário, pois o foco é justamente eliminar todo e qualquer possível 'problema' que possa gerar um possível processo ou gasto.

I. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SEUS PROCEDIMENTOS

²⁴² Lei n 14.112, de 24 de Dezembro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm. Acesso: 29/01/2020.

²⁴³ O GLOBO, Justiça em números: estoque de processo no país aumenta 30% em uma década, aponta CNJ. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/justica-em-numeros-estoque-de-processos-no-pais-aumenta-30-em-uma-decada-aponta-cnj-23910412>. Acesso: 27/11/2020.

²⁴⁴ G1, Projeto de lei que altera valor de custas e taxas judiciais é aprovado por deputados em Pernambuco. Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/11/19/projeto-de-lei-que-altera-valor-de-custas-e-taxas-judiciais-e-aprovado-por-deputados-de-pernambuco.ghtml>. Acesso: 27/11/2020.

A recuperação judicial é uma das alternativas presente no ordenamento jurídico que as empresas utilizam buscando a preservação das suas atividades. O objetivo era “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”²⁴⁵.

Dito isso é preciso esta consonância com o preceito constitucional da função social, da propriedade, da utilidade social, da livre iniciativa assim que comprovada a atividade empresarial como dito no Código Civil em seu Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços sendo obrigatória a inscrição no registro público de empresas.

Com a promulgação da nova lei, é nítida a flexibilização para abranger novas situações que o mercado apresenta ao sistema legislativo. De nada adianta ter uma legislação extremamente rígida que não supre as reais necessidades de seus usuários:

“É preciso, pois, compreender que o objeto de preservação jurídica é antes de tudo o aspecto social da propriedade dinâmica e o valor social do trabalho, consoante delineado alhures, e não o empresário propriamente dito. Este também deve ser preservado, mas não por representar um fim em si mesmo, mas justamente por ser uma fonte de geração de emprego e renda, assim como permitir a circulação de bens e propiciar distribuição de renda, aspectos de insofismável tez social. Logo, não se vislumbra qualquer intento ou razão jurídica para se pretender afastar do rol dos legitimados ao pleito de recuperação judicial as sociedades cooperativas, pois também são agentes de produção econômica e de geração de emprego.” In: CORREIA JÚNIOR, José Barros, recuperação judicial de cooperativas: interpretação da lei 11.101/05 conforme a constituição federal, Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 9, n. 1, p. 252-265, jan./jul. 2018.

Observam-se as razões fáticas, financeiras e jurídicas para a propositura da ação. É imprescindível a coerência entre a organização empresarial e o trâmite processual pela quantidade de documentos que são pedidos durante o processo, caso haja a falta de algum dos documentos requeridos o atraso é garantido.

²⁴⁵ Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso: 27/11/2020.

O plano de recuperação da empresa é o verdadeiro cerne da nova lei, mas há um problema que sempre existiu e ainda existe, que é a melhor equalização da tributação dos devedores em crise. Nesse sentido Fábio Ulhôa Coelho defende que:

“Somente as empresas viáveis devem ser objeto de recuperação judicial ou extrajudicial. Para que se justifique o sacrifício da sociedade brasileira presente, em maior ou menor extensão, em qualquer recuperação de empresa não derivada de solução de mercado, o devedor que a postula deve mostrar-se digno do benefício. Deve mostrar, em outras palavras, que tem condições de devolver à sociedade brasileira, se e quando recuperada, pelo menos em parte o sacrifício feito para salvá-la. Essas condições agrupam-se no conceito de viabilidade da empresa, a ser aferida no decorrer do processo de recuperação judicial ou na homologação da recuperação extrajudicial.”

Desde a sua entrada em vigor, foram observadas as alterações decorrentes da aplicação da nova lei. Acelerar a aprovação de medidas, a recuperação do patrimônio, a satisfação do crédito trabalhista, a manutenção eficiente das atividades econômicas, a desburocratização da pequena e microempresa e a punição severa dos crimes falimentares. Em suma, muitos princípios da nova lei precisam ser observados.

II. VIABILIDADE ECONÔMICA

É importante ressaltar que todas as obrigações anteriores à recuperação judicial estão sujeitas ao processo de RJ, e somente poderão ter outra finalidade caso for estabelecido em decisão judicial.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça defende que os atos de execução de créditos individuais contra as empresas em processo de recuperação judicial serão realizados pelo juízo universal, mesmo os créditos sejam anteriores ao momento do deferimento da recuperação judicial.

O deferimento da recuperação judicial no art. 6 da Lei no 11.101/05, suspendia o curso de todas as ações e execuções ajuizadas contra o devedor. Nenhum credor deverá se esquivar das suas obrigações, apenas em caso de rescisões judiciais, como no caso abaixo:

TRAVAS BANCÁRIAS. LEGITIMIDADE DO ADMINISTRADOR JUDICIAL PARA REQUERER SUA LIBERAÇÃO. CREDOR PIGNORATÍCIO. SUJEIÇÃO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE DE SE PRESERVAR A EMPRESA RECUPERANDA. 1. Segundo dispõe o art. 22, II, a, da Lei n. 11.101/2005, compete ao administrador na recuperação

judicial “fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação”. Tal incumbência somente será possível, se se entender que o poder fiscalizador atribuído pela lei ao administrador judicial engloba, também, obviamente, o de requerer providências ao juiz que permita que a recuperação atinja os fins pretendidos pelo legislador. In casu, a medida vindicada pelo administrador (liberação de numerários oriundos de operações com cartão de crédito), resulta em inegável benefício para a preservação da empresa recuperada e dos credores como um todo, pois permite que a mesma seja provida do capital de giro necessário para o cumprimento de suas metas entabuladas no plano de recuperação judicial. 2. Tendo as garantias dos credores-agravados natureza pignoratícia, seus créditos não estão sujeitos à recuperação judicial. 3. Noutra linha de intelecção, deve-se primar pela preservação do capital de giro da sociedade, a fim de que possa ser atingido o escopo previsto na Lei de recuperação judicial: a superação da crise econômico-financeira da empresa enferma. Recurso conhecido e provido.

Para evitar a falência e preservar o plano de recuperação como de modo a respeitar as classes de credores e possibilitar a continuidade da atividade empresarial ou a preservação e otimização do uso produtivo do patrimônio da empresa falida a jurisprudência foi se moldando aos poucos para dar origem a lei em vigor como jurisprudência consolidada:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO CARACTERIZADA. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO DE NATUREZA EXTRACONCURSAL. MEDIDAS DE CONSTRICÇÃO DO PATRIMONIO DA EMPRESA. COMPETENCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. 1. Os embargos de declaração objetivam sanar eventual existência de obscuridade, contradição, omissão e/ou erro material no julgado (CPC, art. 1022). 2. Os atos de execução dos créditos promovidos contra empresas falidas ou em recuperação judicial, sob a égide do Decreto-Lei n. 7.661/45 ou da Lei n. 11.101/05, bem como os atos judiciais que envolvam o patrimônio dessas empresas, devem ser realizados pelo Juízo universal. 3. Ainda que o crédito exequendo tenha sido constituído anteriormente ou após o deferimento do pedido de recuperação judicial (crédito extraconcursal), a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, também nesse caso, o controle dos atos de constrição patrimonial deve prosseguir no Juízo da

recuperação. Precedentes. 4. Embargos de declaração acolhidos para sanar omissão e determinar que os atos de constrição ao patrimônio da empresa em recuperação judicial devem ser submetidos ao juízo recuperacional. (EDcl no AgInt no AREsp 1416008/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, j. 24/9/2019, DJe 30/9/2019)

O Judiciário agora obrigado a fornecer todas as opções economicamente possíveis para equilibrar os conflitos de interesses, entre credores e devedores “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” como presente no art. 47 da lei.

III. TRIBUTAÇÃO DAS EMPRESAS DURANTE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Com a reforma tributária indica uma redução do IRPJ para grandes empresas, o imposto passará de 25% em 2021, para 22,5% em 2022 e 20% a partir de 2023, caso seja aprovada, ainda aumentará os lucros das companhias em 6,7% a partir de 2023. A ideia é haver a tributação por dividendos, ou seja, taxar 20% dos dividendos pagos pelas empresas.

Para as pequenas e microempresas terá a isenção de R\$ 20 mil por mês de dividendos recebidos, o pagamento será realizado com base no lucro líquido, e não mais como despesas somados ao artigo 70, II da lei de recuperação judicial, preverá parcelamento em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, acrescidas de juros equivalentes à taxa Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, podendo conter ainda a proposta de abatimento do valor das dívidas.” Pondo fim também á isenção de R\$ 35 mil nas vendas de ações para o exterior. Os setores de alto crescimento vão se beneficiar com a redução das taxas de pessoa jurídica.

Toda essa movimentação é inspirada no modelo americano que estimula as empresas nacionais. Paralelo a isso já existe o Decreto nº 13.043, de 13 de novembro de 2014, no qual estabelece o parcelamento de débitos tributários, para empresas em recuperação judicial.

A renegociação das dívidas das empresas que está em processo de recuperação judicial foi vetada pelo presidente Bolsonaro, trazendo novamente uma discussão que se perpetua desde 2005 sobre as formas de tributação para as empresas diante da Recuperação Judicial.

A Lei 4.728/65 3º do artigo 66-B sabiamente fez a distinção entre coisa fungível e cessão fiduciária “admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de

direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito”, incluído pela Lei 10.931, de 2004.

Também é possível a garantir por cessão fiduciária, e a sua forma de pagamento deverá ser especificada no plano apresentado durante a recuperação judicial. Como parâmetro exemplificativo tal situação foi recebida pelo tribunal:

PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DE TÍTULOS DE CRÉDITO. SUJEIÇÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NÃO INCIDENCIA DA EXCEÇÃO PREVISTA NA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR.

1. A redação do artigo 49, §3o, da Lei no. 11.101/2005 estatui, claramente, que os créditos daqueles em posição de proprietário fiduciário de bem móvel e imóvel não se submetem aos efeitos da recuperação judicial.

2. Assim como o próprio agravante insiste em afirmar em suas razões recursais, o mesmo se revela como proprietário fiduciário de títulos de crédito que, por obvio, não se confundem com a classificação de bens móveis ou imóveis.

3. Se a legislação admite a cessão fiduciária tanto de coisa móvel quanto, como no caso em apreço, de títulos de crédito, deveria esta última hipótese também estar prevista de modo expreso pela lei específica, como excluída dos efeitos da recuperação judicial, o que não é o caso.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento no. 030089000142, sendo agravante o Banco ABC S/A e agravada Indústria de Móveis Movelar Ltda.

Acorda a Egrégia Terceira Câmara Cível, em conformidade com a ATA e notas taquigráficas respectivas, à unanimidade, negar provimento ao recurso. Vitória, 24 de junho de 2008. Relator: Des. Jorge Góes Coutinho.

(TJES, APELAÇÃO CÍVEL No 030.070.097.032, APELANTE: BANCO ABC BRASIL S/A, APELADO: INDUSTRIA DE MÓVEIS MOVELAR LTDA., RELATORA: DESEMBARGADORA SUBSTITUTA ELISABETH LORDES, ORGÃO JULGADOR: TERCEIRA CAMARA CÍVEL, DATA DO JULGAMENTO: 10/05/2011)

Ademais apesar do decreto não é garantia para o devedor de obter o parcelamento, somente um departamento do Ministério das Finanças Públicas “Art. 68. As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.” Em paralelo com a reforma tributária seria possível essa possibilidade mais palpável.

IV. A POSSIBILIDADE DE REINTEGRAÇÃO APÓS A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Negociação, mediação e reconciliação são manifestações de uma mesma realidade e agora são incentivadas: a comunicação. A cadeia processual baseia-se na natureza gradual da negociação pessoal, medida cautelar, restauração extrajudicial e restauração judicial, o que leva à reversão da recessão empresarial e ao fim definitivo da reorganização.

Uma equipe multidisciplinar convergirá para um projeto, ação interdisciplinar e o aspecto legal é apenas para resolver conflitos. Isto faz do advogado o idealizador da melhor estratégia processual, assente na combinação de meios, canais e procedimentos no sentido de desenhar o mecanismo de negociação mais adequado entre devedores e credores.

A estratégia proposta pelo legislador juntamente com o sistema garante a livre negociação entre as partes gerando uma discussão colaborativa buscando o melhor resultado para todos os envolvidos. A reforma trouxe consigo clareza e oportunidades mais flexíveis para que a sociedade empresarial possa se reerguer.

IV. O NOVO VIÉS INTERPRETATIVO

O reconhecimento da sociedade empresária como uma cooperativa entre o judiciário e a pessoa jurídica são cenários essenciais para essa desconstrução de valores trazidos pela lei anterior. A Recuperação judicial é um aliado, uma segunda chance para as empresas buscarem uma reorganização com o objetivo de sanar os problemas presentes dentro do seu ordenamento.

Com a pandemia, os cenários de incertezas econômicas invadiram a realidade de todas as organizações, sendo necessário buscar outras formas de resolução para problemas comuns nos tribunais. Vale ressaltar que não existe empresa perfeita, que não possa ser melhorada, e esse incentivo trazido pela nova lei busca estimular o ambiente econômico do país.

Ademais a nova lei favorece os credores que antes da sua reforma ficavam a mercê por conta das normas inflexíveis para sanar as dívidas. Favorecendo o princípio da

continuidade e sendo vista como uma aliada na manutenção de empregos e evolução da relação entre credor e devedor.

CONCLUSÃO

A reforma da lei de falências e recuperação judicial de acordo com a Lei nº 14.112/2020 é necessária para atender às novas necessidades de seus usuários, sejam eles empresas, credores ou terceiros vinculados. Será possível ter um processo mais dinâmico e flexível e minimizar a probabilidade de fraude no processo de transação.

Uma série de regras que permitem maior eficiência na cobrança de créditos em consonância com as necessidades do físico e maiores poderes para pressionar as empresas ao RJ, incluindo a possibilidade de converter o RJ em falência sem pagar as parcelas, pois a maioria dos casos de STJ não precisa produzir certidão negativa de tributação como condição para a aprovação do plano de recuperação judicial, que garante que a empresa em recuperação judicial possa optar pelo não compartilhamento dos tributos vencidos, de forma a evitar a pressão de credores financeiros a pedir falência.

Da mesma forma, as regras que restringem o juízo da recuperação judicial a retirar o penhor de bens importantes da recuperada ainda estarão sujeitas às normas do STJ que consolidaram entendimento no contexto da repetitividade. O julgamento claramente tende a proteger a empresa às custas de créditos tributários e manter o entendimento atual desse assunto pela maioria das pessoas.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal assinou o entendimento sobre o artigo 57 da LFRJ (exigindo uma declaração de liquidação de impostos), a posição do Supremo Tribunal Federal de que este assunto é de competência exclusiva do STJ. A nova Lei juntamente com a reforma tributária vem com o objetivo de tornar esse momento tão delicado em uma esperança para as empresas possam manter as suas atividades e girar a economia do país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLAZECK, Luiz Maurício Souza & Marzagão Jr. Laerte I. (Org.) Mediação - Medidas Alternativas para Resolução de Conflitos Criminais - São Paulo: Quartier Latin, 2013.

FILHO, Paulo Furtado de Oliveira; Kleber Zanchim. Distressed deals, recuperação extrajudicial e acesso ao Judiciário. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/distressed-deals-recuperacao-extrajudicial-e-acesso-ao-judiciario-07082020>. Acesso: 27/11/2020.

CORREIA JÚNIOR, José Barros, recuperação judicial de cooperativas: interpretação da lei 11.101/05 conforme a constituição federal, *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 9, n. 1, p. 252-265, jan./jul. 2018.

EDcl no AgInt no AREsp 1416008/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, j. 24/9/2019, DJe 30/9/2019

G1, Projeto de lei que altera valor de custas e taxas judiciais é aprovado por deputados em Pernambuco. Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/11/19/projeto-de-lei-que-altera-valor-de-custas-e-taxas-judiciais-e-aprovado-por-deputados-de-pernambuco.ghtml>. Acesso: 27/11/2020.

Lei n 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm. Acesso: 29/01/2020.

O GLOBO, Justiça em números: estoque de processo no país aumenta 30% em uma década, aponta CNJ. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/justica-em-numeros-estoque-de-processos-no-pais-aumenta-30-em-uma-decada-aponta-cnj-23910412>. Acesso: 27/11/2020.

TJES, APELAÇÃO CÍVEL No 030.070.097.032, APELANTE: BANCO ABC BRASIL S/A, APELADO: INDUSTRIA DE MÓVEIS MOVELAR LTDA., RELATORA: DESEMBARGADORA SUBSTITUTA ELISABETH LORDES, ORGÃO JULGADOR: TERCEIRA CAMARA CÍVEL, DATA DO JULGAMENTO: 10/05/2011

VIEIRA, Mariana Fagundes Lellis; Gabriela A. Luis Teixeira Gonçalves; kleber Zanchim. O Fisco na Recuperação extrajudicial e distressed deals. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fisco-recuperacao-extrajudicial-distressed-deals-01102020>. Acesso: 27/11/2020.

YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords) - *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

OS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA: ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A NOVA LEGISLAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO

CASSIANO BAPTISTA MATTOSINHO:

Mestrando no Curso de Direito do Trabalho no Programa de Estudos Pró-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, especialização em Direito Penal e Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, especialização em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Santa Cruz do Sul – UNISC – conveniada da Ordem dos Advogados do Brasil e Curso de Extensão em Direito do Trabalho pela Escola Superior da Advocacia – ESA/SP. Professor da Universidade de Mogi das Cruzes (UMC). Advogado.²⁴⁶

RESUMO: Este estudo foi elaborado com o propósito de analisar os honorários de sucumbência após a reforma trabalhista, bem como algumas diferenças da legislação anterior e atual, e ainda, informar demais pontos relevantes sobre o tema. A propósito, será demonstrado o tratamento legal e jurisprudencial a respeito do assunto. Por fim, analisará as consequências sobre a nova legislação aplicável.

Palavras-chaves: Honorários de sucumbência, processo do trabalho, reforma trabalhista, direito do trabalho.

ABSTRACT: This study was developed with the purpose of analyzing the succumbence fees after the labor reform, as well as some differences from the previous and current legislation, and also informing other relevant points on the subject. By the way, the legal and jurisprudential treatment of the matter will be demonstrated. Finally, will analyze the consequences on the new applicable legislation.

Keywords: Succumbence fees, labor lawsuit, labor reform, labor law.

246 Mestrando no Curso de Direito do Trabalho no Programa de Estudos Pró-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, especialização em Direito Penal e Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, especialização em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Santa Cruz do Sul – UNISC – conveniada da Ordem dos Advogados do Brasil e Curso de Extensão em Direito do Trabalho pela Escola Superior da Advocacia – ESA/SP. Professor da Universidade de Mogi das Cruzes (UMC). Advogado.

I. INTRODUÇÃO

O presente trabalho é voltado para a análise dos honorários advocatícios sucumbenciais na justiça do trabalho.

A partir da Lei n. 13.467/2017, o processo do trabalho começou a tratar de forma diferente esse assunto.

O doutrinador Raphael Miziara²⁴⁷, se manifestou em sua recente obra sobre o tema:

“Fato é que, a partir da entrada em vigor da Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017, o processo do trabalho passou a conviver, em maior extensão, com a figura dos honorários advocatícios. Assim afirma-se, porque a novidade legislativa rompeu com a sistemática anterior, pela qual não eram devidos honorários advocatícios nas lides decorrentes da relação de emprego (artigo 5º, da Instrução Normativa n. 27 de 2005 do TST, bem como súmulas 219 e 329 do TST)”.

Entende-se que os responsáveis pela reforma, tiveram como fundamentos que a previsão de honorários advocatícios sucumbenciais na Justiça do Trabalho, combateria a litigância irresponsável, que pretendia valores exorbitantes sem qualquer amparo jurídico.

Ressalta-se que, antes da reforma trabalhista, cada parte arcava com os honorários de seus advogados. Exceto, quando a parte estava assistida por sindicato da categoria profissional e não possuía condições financeiras, conforme súmula 219 do TST:

Súmula nº 219 do TST:

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

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

²⁴⁷ Miziara, Raphael – Honorários Advocatícios Sucumbenciais no Processo do Trabalho: Fundamentos Teóricos e Aplicações Práticas – Salvador: Editora JusPodivm, 2021 – p. 24

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

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

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

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

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

E a referida súmula 219 foi ratificada pela súmula 329 do Superior Tribunal do Trabalho:

(...)Súmula nº 329 do TST

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988 (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho. (...)

Contudo, a previsão legislativa no nosso ordenamento jurídico atual foi alterada, não mais sendo aplicada as referidas súmulas mencionadas acima.

II. ARTIGO 791 – A CLT

A Lei n. 13.467/2017, incluiu o artigo 791-A, que prevê expressamente que serão devidos honorários de sucumbência ao advogado de 5% a 15%, mesmo atuando em causa própria.

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

Vale ressaltar que os percentuais da justiça do trabalho e da cível são distintos, o que demonstra uma desigualdade entre os honorários de cada justiça especializada. No tocante ao tema, vale atentar ao magistério do professor Gustavo Filipe Barbosa Garcia²⁴⁸:

(...) Os referidos percentuais dos honorários advocatícios de sucumbência são inferiores aos previstos no art. 85, § 2º, do CPC, sem justificativa lógica e razoável, o que se revela injusto e contrário ao princípio da igualdade, ao estabelecer tratamento prejudicial ao advogado que atua na Justiça do Trabalho, quando comparado com a esfera cível(..).

Ainda, na justiça laboral, o magistrado deve atentar aos critérios que constam no § 2º do artigo 791-A da CLT:

Assim, na fixação dos honorários o juiz deverá:

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

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Percebe-se que são critérios subjetivos, os quais deverão ser analisados caso a caso pelo magistrado. Mas fica evidente que existirão processos parecidos, com arbitramento de honorários sucumbenciais distintos. O legislador deveria ter atentado a uma maior objetividade para se chegar a uma maior segurança para todos os envolvidos nos processos judiciais trabalhistas.

248 Garcia, Gustavo Filipe Barbosa – Reforma Trabalhista – 3 ed. rev. amp. e atual – Salvador: Editora JusPodivm, 2018 – p.335

Ademais, foi inserido ao novo ordenamento o seguinte parágrafo:

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

Ressalta-se que a questão está em análise na 6^a Turma do Tribunal Superior do Trabalho no ArgInc – 10378-28.2018.5.03.0114 – de relatoria do Ministro Augusto César Leite de Carvalho, que tem como uma de suas últimas decisões:

(...) por maioria, vencida a Excelentíssima Desembargadora Convocada Cilene Ferreira Amaro Santos, conhecer do recurso de revista do reclamante, por violação do art. 5^o, XXXV, da Constituição Federal e, após ouvidas as partes e o Ministério Público, acolher a arguição de inconstitucionalidade do art. 791-A, §4^o da CLT e determinar a remessa dos autos ao exame do Tribunal Pleno para o processamento do incidente de Arguição de Inconstitucionalidade de Lei nos termos do artigo 275, § 3.º do RITST.(...)

Ainda, no Supremo Tribunal Federal existe uma ação direta de inconstitucionalidade (n. 5766) de relatoria do Ministro Roberto Barroso, que teve como última decisão, o que segue:

(...)Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), julgando parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, para assentar interpretação conforme a Constituição, consubstanciada nas seguintes teses: “1. O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários. 2. A cobrança de honorários sucumbenciais do hipossuficiente poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias. 3. É

legítima a cobrança de custas judiciais, em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento, e após o voto do Ministro Edson Fachin, julgando integralmente procedente a ação, pediu vista antecipada dos autos o Ministro Luiz Fux. Ausentes o Ministro Dias Toffoli, neste julgamento, e o Ministro Celso de Mello, justificadamente. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 10.5.2018. (...)

Assim, podemos afirmar que é um tema de muita complexidade que deve ser julgado o mais breve possível, de forma a proporcionar uma segurança jurídica maior sobre o tema, para que se evite ações desarrazoadas, pretendendo valores indevidos, sem sofrer qualquer tipo de penalidade, mesmo tentando se enriquecer indevidamente, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico. Ressalta-se que, os honorários advocatícios também possuem natureza alimentar e devem ser garantidos àqueles profissionais.

Trataremos, ainda, da sucumbência recíproca e parcial, que é um assunto muito debatido e com muitos equívocos em sua análise e conceituação.

III. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA E PARCIAL

A sucumbência recíproca está ligada a ideia de que o autor da ação ao pretender dois pedidos, foi vencedor em um e perdedor no outro. Podemos exemplificar da seguinte forma: a parte pretende horas extras e equiparação salarial, mas fica vencida totalmente e não comprova o direito à equiparação salarial, assim a sucumbência será recíproca por ter ganhado um pedido por inteiro e o outro pedido ter ganhado por inteiro ou pela metade.

Agora, a sucumbência parcial é quando o pedido pretendido pelo autor é devido, mas o valor da condenação não será necessariamente aquilo que foi pleiteado. Exemplo: Foi pretendido R\$ 10 mil reais em horas extras, mas a condenação foi de R\$ 6 mil. Nesse caso, a sucumbência é parcial, pois o pedido foi reconhecido, mas não nos valores pretendidos. Entende-se que não existem honorários na sucumbência parcial.

Quando falamos de sucumbência, devemos estar atentos ao conceito do princípio da causalidade.

O professor Raphael Miziara²⁴⁹, em sua obra, trabalha bastante sobre o tema. Vejamos:

²⁴⁹ Miziara, Raphael – Honorários Advocatícios Sucumbenciais no Processo do Trabalho: Fundamentos Teóricos e Aplicações Práticas – Salvador: Editora JusPodivm, 2021 – p. 68

“(…) que entre sucumbência e causalidade não existe, na verdade, uma relação antagônica. Como a existência da relação casual é denunciada por certos indícios e o principal deles é a sucumbência, não há, pois, oposição alguma entre o princípio da causalidade e a regra da sucumbência. Cumpre aqui reiterar, uma vez mais, que a sucumbência é a forma de revelação mais comum da causalidade, mas nem sempre isso ocorre, como já exaustivamente demonstrado (…).

Assim, quem deu causa ao processo, quem descumpriu uma norma de direito material (horas extras, equiparação salarial e outros), será o responsável por aquele litígio, devendo o mesmo ser responsável pelos honorários de sucumbência.

O mestre Raphael Miziara²⁵⁰, complementa que:

“Logo, para a identificação da parte responsável pelo custo do processo e, portanto, dos honorários advocatícios sucumbenciais, imprescindível se mostra a identificação do *causador da lide*. Com a superação da sucumbência como critério geral para reger a responsabilidade pelos custos do processo, o único sentido para a averiguação da parte sucumbente é o de revelar o indício que, na maioria dos casos, aponta esse causador ou responsável. Assim, como a própria jurisprudência pátria também vem consagrando, o princípio da causalidade é o aplicável ao sistema brasileiro de distribuição, a cada um dos litigantes, da responsabilidade pelos custos do processo, sem qualquer mácula à regra de sucumbência, mas sim, em última análise, o verdadeiro elemento informador da responsabilidade pelas despesas do processo, do qual a sucumbência é mero indício revelador (...)

Vale transcrever o recentíssimo voto do ministro Evandro Valadão Lopes, do Tribunal Superior do Trabalho, no RR – 1000300-33.2016.5.02.0444:

“(…)Oportuno diferenciar sucumbência recíproca de sucumbência parcial, de forma a apreciar os encargos devidos sob o prisma do princípio da causalidade. A sucumbência recíproca, consagrada no art. 86 do CPC de 2015, ocorre quando - pela pluralidade de demandas, ações conexas reunidas, ação e reconvenção e cumulação

²⁵⁰ Miziara, Raphael – Honorários Advocatícios Sucumbenciais no Processo do Trabalho: Fundamentos Teóricos e Aplicações Práticas – Salvador: Editora JusPodivm, 2021 – p. 70

de pedidos - autor e réu, em uma mesma relação processual, tenham pretensões individualmente consideradas vencidas em sua integralidade. A sucumbência parcial, por sua vez, dá-se quando uma pretensão não é reconhecida em sua integralidade, concedendo o juízo medida mais reduzida em relação ao pedido. Na sucumbência parcial, o vencido, que deu causa ao processo (princípio da causalidade), não é parcialmente sucumbente, mas vencido no todo, pois o acolhimento da pretensão do vencedor, ainda que em medida menor, não altera o fato de que o vencido deu causa ao processo, devendo arcar com as despesas. Nesse sentido, Piero Pajardi, em sublime lição, esclarece que, "na sucumbência parcial ocorre a situação de uma vitória do autor, porém em medida mais reduzida em relação ao petitum inicial. Neste caso, não há um julgamento consequente de uma investida da parte do réu; há, isto sim, o acolhimento da demanda do autor. Todavia, um acolhimento não completo, em razão da defesa do réu, que, por sua vez, não obteve o resultado que pretendia obter [...] o vencido não é parcialmente sucumbente, mas vencido no todo, porque ainda assim vem a ser condenado a qualquer coisa que não desejava prestar, e vê rejeitado o resultado previsto na sua defesa. Portanto, se o vencido se opõe sic et simpliciter à demanda do autor, ou se opõe parcialmente, mas em termos mais reduzidos, com vistas à decisão do juiz, é óbvio que a redução do pedido do autor não comporta influência sobre o princípio fundamental da responsabilidade pelas despesas, que se carregam ao vencido, como a única parte que deu causa ao processo" (La responsabilità per le spese e i danni del processo. Milão: Giuffrè, 1959).

Percebe-se que o assunto é de extrema importância e merece grande reflexão para que se possa aplicar o direito da forma mais adequada possível, e não prejudicando aqueles que tiveram seus direitos renegados durante o pacto laboral ou estão sendo cobrados de algo indevidamente. Assim, os honorários de sucumbência serão devidos por aquele que deu causa e não cumpriu com as suas obrigações corretamente durante o contrato de trabalho ou por aquele que pretende algo que efetivamente não executava.

IV. APLICAÇÃO TEMPORAL DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

No tocante a aplicação do novo regramento, a professora Carla Teresa Martins Romar²⁵¹, ensina que:

(...)Especificamente em relação à aplicação temporal do novo regramento sobre honorários de sucumbência no processo do trabalho, a Instrução Normativa n. 41/2018 do Tribunal Superior do Trabalho (art. 6º) definiu que a condenação nessa verba será aplicada apenas às ações propostas a partir de 11 de novembro de 2017, sendo que nas ações propostas anteriormente subsistem as diretrizes da Lei n. 5.584/70 e das súmulas 219 e 329 do TST).

Assim, a nova legislação sobre os honorários sucumbenciais estão sendo aplicados a partir da entrada em vigor da lei 13.467/2017, em que teve acrescentado na CLT o artigo 791-A e seus parágrafos.

Por fim, devemos ficar atentos que os processos que estavam em andamento antes da reforma, não poderão constar em suas sentenças a nova disposição sobre os honorários sucumbenciais, uma vez que, traria insegurança jurídica para as partes envolvidas no litígio iniciado antes da legislação atual.

V – CONCLUSÃO

O presente trabalho foi realizado com objetivo de proporcionar maiores reflexões sobre um tema recente, que apresenta poucas doutrinas e bastante discussão, estando diretamente relacionado ao nosso dia a dia.

No que tange a introdução, buscamos dar uma atenção entre o direito pretérito e o atual, para esclarecer as suas diferenças. Ainda, buscou-se apresentar o artigo 791-A e seus parágrafos da Consolidação das Leis do Trabalho, que foram introduzidos pela reforma trabalhista (lei 13.467/2017), bem como, entender a diferenciação da sucumbência recíproca e parcial, para melhor elucidação do tema.

Por fim, foi apresentado um vasto número de doutrinas e jurisprudência que corroboram o que foi estudado durante a confecção do presente trabalho, tendo como objetivo cooperar com as pesquisas daqueles interessados sobre o tema.

REFERÊNCIAS

²⁵¹ Romar, Carla Teresa Martins – Direito do trabalho esquematizado – 7. Ed – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 219. Resolução Nº 220 DE 18 de Setembro de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 329. Honorários Advocatícios.

BRASIL. Lei Nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 6ª Turma. Acórdão do processo Nº RR - 845-33.2010.5.02.0444.

BRASIL. Instrução Normativa TST Nº 41, DE 21.06.2018. Dispõe sobre a aplicação das normas processuais da Consolidação das Leis do Trabalho alteradas pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. ArgInc – 10378-28.2018.5.03.0114.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 4ª Ed: Editora LTr, 2005.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Manual de Direito do Trabalho - 13ª edição. São Paulo: Editora JusPodivm, 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho - 11ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MIZIARA, Raphael. Honorários Advocatícios Sucumbenciais no Processo do Trabalho: Fundamentos Teóricos e Aplicações Práticas – Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

ROMAR, Carla Teresa Martins, Direito do Trabalho Esquematizado - 7ª edição, São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SILVA, Homero Batista Mateus da, CLT comentada, 3ª edição, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

O STF E OS CARGOS DE NATUREZA POLÍTICA: MAIS UMA VEZ A SÚMULA VINCULANTE Nº 13.

ANDRÉ DOS SANTOS LUZ:

Bacharel em Direito pela PUC-SP.
Pós-graduado em Direito pela FGV-SP. Advogado concursado da Proguaru S/A.

O prefeito do município de Magé, no Estado do Rio de Janeiro, nomeou 07 familiares para cargos em comissão na estrutura administrativa do município sendo a maioria das nomeações para o cargo de secretário municipal²⁵².

Ao ser questionado, o prefeito defendeu a constitucionalidade da medida e, ainda que não tenha se referido expressamente à súmula vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal, foi com base numa interpretação dela que as nomeações foram feitas.

A nomeação de parente de autoridade para ocupar cargo em comissão nunca foi novidade no Brasil. Os questionamentos judiciais acerca de tais nomeações também. E foi justamente para pacificar as discussões que o STF editou a SV 13 segundo a qual *“a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”*.

Ocorre que mesmo após a edição da referida súmula o STF se deparou com o tema disciplinado por ela em, pelo menos, três oportunidades mais recentes: 1) reclamação nº 22339, 2) reclamação nº 28024 e 3) reclamação nº 29033. Em todos esses casos o argumento central das reclamações foi o mesmo: aplicação indevida da SV 13.

Na Rcl nº 22339²⁵³, julgada em 04/09/2018, e que teve como redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, o STF decidiu que o cargo de secretário municipal é cargo de natureza política no qual o vínculo que liga o nomeante e o nomeado não é

²⁵²<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/01/06/prefeito-de-mage-nomeia-familiares-em-menos-de-uma-semana-na-nova-gestao.ghtml>. Acesso em 19.01.2021.

²⁵³ Rcl 22339 AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin – Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 04.09.2018.

apenas de natureza técnica, mas, sobretudo, a confiança entre aquele que nomeia e aquele que é nomeado.

Assim, para o STF, nesses casos, a SV 13 não se aplica haja vista a marca característica da fidúcia necessariamente existente em tais nomeações.

No caso concreto, o tribunal chancelou a conduta de prefeita municipal que nomeou seu cônjuge para ocupar o cargo de secretário municipal de segurança pública, trânsito e transporte.

Na Rcl nº 28024²⁵⁴ e Rcl nº 29033²⁵⁵, julgadas respectivamente em 29/05/2018 e 17/09/2019, e que tiveram como relator o Ministro Roberto Barroso, o STF retomou a premissa no sentido de que, *a priori*, as nomeações para cargos de natureza política não se submetem ao comando da SV nº 13.

Porém, o tribunal fez uma advertência no sentido de ressaltar tais nomeações quando se estiver diante de *“casos de inequívoca falta de razoabilidade, por manifesta ausência de qualificação técnica ou inidoneidade moral”*.

De concreto, mesmo com tal ressalva, o tribunal julgou válida respectivamente a nomeação de cônjuge de prefeito para ocupar o cargo de secretária municipal de assistência social, esportes e lazer e a nomeação de filho de prefeito para ocupar o cargo de secretário-executivo de gabinete.

Voltando ao caso do município de Magé, não é possível afirmar que as nomeações dos 07 familiares do prefeito estejam de acordo ou em desacordo com a SV 13 do STF. Só se poderá chegar a tal conclusão após a análise específica de cada nomeação.

O que se pode afirmar é: se por um lado o STF afasta a aplicação da sua súmula vinculante nº 13 aos cargos de natureza política, por outro lado, tende a aplicá-la sempre que ficar comprovado que no caso concreto a nomeação não observa a idoneidade moral do nomeado e/ou a sua qualificação para o exercício do cargo.

Assim, o fato do cargo ser de natureza política não é um cheque em branco para que o chefe do Poder Executivo nomeie quem quer que seja. É necessário que haja um mínimo de conhecimento técnico para a função que será desempenhada.

A questão continua sendo polêmica. Tanto assim que pende de julgamento no próprio STF o Recurso Extraordinário nº 1.133.118/SP, relator o Ministro Luiz Fux, e cujo tema da repercussão geral que foi reconhecida neste recurso diz expressamente *“Tema*

²⁵⁴ Rcl 28024 AgR/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 29.05.2018.

²⁵⁵ Rcl 29033 AgR/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 17.09.2019.

1000 – discussão quanto à constitucionalidade de norma que prevê a possibilidade de nomeação de cônjuge, companheiro ou parente, em linha reta colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante, para o exercício de cargo político”.

Portanto, tudo leva a crer que com o julgamento deste recurso extraordinário o STF irá pacificar definitivamente a questão. Até lá, é possível que a imprensa noticie outros casos como o do município de Magé.

O INSTITUTO DA ARBITRAGEM COMO MEIO DE SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS INDIVIDUAIS À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA COM A INSERÇÃO DA FIGURA DO EMPREGADO HIPERSUFICIENTE

KARLA VICTÓRIA IZU: Advogada, Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho

ANA PATRÍCIA RODRIGUES PIMENTEL²⁵⁶

RESUMO: Com o advento da Lei 13.467/17, foi introduzido no direito trabalhista o conceito do empregado hipersuficiente, aquele que, pelo valor do seu salário e pela conclusão de curso superior, se eleva ao patamar do empregador, podendo com ele pactuar de forma livre e igualitária. Esse novo empregado hipersuficiente, com a introdução do art. 507-A da CLT, passou a poder optar pela Arbitragem como nova forma de solucionar conflitos. Todavia, a despeito da previsão legal, os critérios previstos para a caracterização da hipersuficiência na relação de trabalho nem sempre expressam a realidade da relação empregatícia. Tendo isso em vista, e a luz do princípio protetivo – que norteia o direito do trabalho –, pretende-se analisar a compatibilidade da utilização da arbitragem, como forma adequada de resolução de conflitos, nos litígios individuais de trabalho, considerando essencialmente a inexistência de autorização constitucional para tanto. Por meio do método dedutivo, busca-se analisar a irrenunciabilidade dos direitos constitucionalmente garantidos aos trabalhadores, bem como os limites de sua flexibilização; e ao final, demonstrar que, mesmo com a previsão legal incluída pela reforma trabalhista, a utilização da arbitragem nos dissídios individuais decorrentes das relações de trabalho está em descompasso com os princípios protetivos do trabalhador.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem; Empregado Hipersuficiente; Princípio protetivo

ABSTRACT: The concept of the “hypersufficient employee” was introduced in the Brazilian law due to the Law n. 13.467/17, as the one that, due to its earnings and graduation degree, raises to the employer’s baseline. This new employee, as the article 507-A of the Brazilian Labor Law (“CLT”) provides, can now choose the arbitration to solve conflicts. Despite that, the criteria to determine whether the employee is hypersufficient or not, not always correspond to the reality of the labor relationship. In line of this, and considering the protective principle – that guide the Brazilian labor law –, this article aims to analyze the compatibility between arbitration and labor law, especially in individual litigation. Through

256 Graduada em Direito pela Universidade Regional de Gurupi (2003). Especialista em Direito Tributário; Em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho; Em Direito civil e Processo Civil, ambos pela Fundação Universidade do Tocantins – UNITINS. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins – UFT. Professora Adjunta, vinculada mediante concurso público a Universidade Federal do Tocantins – UFT.

a deductive method, the research encompasses the non-waiver of the constitutional rights guaranteed to the employees and the limits of its flexibilization. By the end, the objective is to demonstrate that, even with a legal provision in the CLT, the use of arbitration in individual labor litigation is not aligned to the protective principles of the employee.

KEYWORDS: Arbitration; Hypersufficient Employee; Protective principle

Sumário: 1. Introdução; 2. A Relação de Emprego e o Conceito de Empregado Hipersuficiente; 3. O direito material do trabalho e os princípios protetivos da relação jurídica de emprego; 4. A justiça arbitral e a disponibilidade dos direitos materiais do trabalho; Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A Reforma Trabalhista, em meio as inúmeras alterações provocadas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inovou ao conceituar o empregado hipersuficiente, definindo-o como aquele capaz de dispor a respeito do seu próprio contrato de trabalho. Também introduziu critérios econômicos e sociais para identificar esse empregado e atribuiu a ele a possibilidade de optar por formas alternativas de resolução de litígios.

Descaracterizando a relação clássica de emprego, a CLT optou por critérios objetivos para definir a hipossuficiência ou não do empregado, deixando de considerar, em caráter amplo, critérios sociais, econômicos, técnicos e jurídicos para aferir o descompasso entre trabalhador e empregador na relação jurídica de trabalho.

Em complemento à disposição constante no art. 114, §1º, da Constituição Federal, houve a inclusão do art. 507-A na CLT, autorizando o uso da Arbitragem como forma adequada de resolução de litígios individuais de trabalho. E, ao fazê-lo, foi atribuído ao empregado hipersuficiente a possibilidade de dispor sobre seus próprios direitos, relativizando o princípio da irrenunciabilidade e violando o princípio protetivo do direito do trabalho.

A partir de uma análise dos elementos caracterizadores da relação de trabalho, dos princípios basilares do direito do trabalho, da irrenunciabilidade dos direitos constitucionalmente garantidos e da hipossuficiência do trabalhador, se pretende demonstrar a incompatibilidade do instituto da arbitragem para a resolução de dissídios individuais de trabalho.

A RELAÇÃO DE EMPREGO E O CONCEITO DE EMPREGADO HIPERSUFICIENTE

O contrato de trabalho se apresenta como um acordo realizado entre duas partes, empregado e empregador, que formam o vínculo empregatício, dando origem a relação de emprego. Esta relação pode ser definida pela presença de algumas características, que, para Mauricio Godinho Delgado (2019, p. 614) se constituem em cinco elementos fático-jurídicos:

Os elementos fáticos-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; c) também efetuada com não eventualidade; d) efetuada ainda sob subordinação ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade.

De acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu art. 2º, o empregador é considerado como a parte da relação jurídica que irá assumir os riscos da atividade econômica, contratando, assalariando e dirigindo a prestação do serviço pelo empregado; enquanto o empregado é toda pessoa física que coloca os seus serviços a disposição de outrem, de forma não eventual, sob a dependência do empregador e mediante percepção de salário (art. 3º, CLT).

Para além dos conceitos objetivos previstos na legislação, cabe destacar que a relação de trabalho também pode ser verificada a partir da existência de subordinação, ou dependência. Ela surte efeitos em todo o contrato individual do trabalho e pode ser caracterizada por um desequilíbrio dentro da relação jurídica, com existência de vulnerabilidade por parte do empregado diante do seu empregador.

Para Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 653) a subordinação significa o “submetimento, sujeição ao poder de outrem, às ordens de terceiros, uma posição de dependência”.

Veja-se que a subordinação é o requisito mais importante para a caracterização do emprego (RESENDE, 2020). Ela é, atualmente, classificada entre subordinação econômica, social, técnica e jurídica.

A primeira se relaciona a dependência financeira que o empregado possui em relação ao empregador, uma vez que é da relação de trabalho que advém a sua renda e sua subsistência (MELO; ANDRADE, 2015). Todavia, a subordinação econômica não existe em todas as relações empregatícias, considerando que nem sempre há dependência financeira, principalmente nos casos nos quais os trabalhadores mantêm sua relação de

trabalho apenas por prazer.

A segunda, envolve o privilégio social das partes envolvidas. O empregador, seria a parte mais privilegiada e o empregado, a menos. Por isso, diz que o empregador necessita manter a relação de trabalho para obter uma vida mais digna (MELO; ANDRADE, 2015). Assim como a subordinação econômica, a social também não se verifica na totalidade das relações de emprego, já que não é raro encontrar empregador e empregado na mesma situação social.

A terceira forma de subordinação, envolve o domínio técnico sobre o empregado. Nesse caso, o empregador não possui o conhecimento completo a respeito da técnica do trabalho e apenas obedece às ordens dadas pelo empregador (MELO; ANDRADE, 2015). Todavia, o que se verifica atualmente é uma inversão dessa classificação, com a predominância de empregados com alta qualificação e especialização técnica, enquanto os empregadores detêm pouco conhecimento a respeito do processo produtivo em geral.

A subordinação jurídica decorre do próprio contrato celebrado entre o empregado e o empregador. Isso, pois nessa ótica o empregador exerce um poder diretivo, direcionando objetivamente a força de trabalho do empregador, que, em contraposição, é obrigado a seguir tais ordens (RESENDE, 2020).

Ocorre que, alterando os conceitos de empregado e empregador já conhecidos na legislação trabalhista, a Reforma Trabalhista, dada pela Lei nº13.467 com vigência em novembro de 2017 – além das grandes alterações na Consolidação das Leis do Trabalho – , inovou ao instituir a figura do empregado hipersuficiente.

No novo art. 444, a CLT admite a “livre estipulação das partes interessadas” a respeito do contrato de trabalho sem a intervenção sindical, desde que “o empregado seja portador de diploma superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”.

O empregado hipersuficiente, está em uma relação de paridade com o seu empregador, de modo a não requerer tamanha proteção estatal em relação aos seus direitos. Nesse prisma pontua Teixeira et al. (2017, p.97) que:

Parte-se do pressuposto que o trabalhador com nível superior e salário acima da baixa média nacional não se encontra em uma relação de inferioridade com o empregador, não necessitando da proteção do Estado ou da tutela sindical. Esse trabalhador deixa de ser considerado hipossuficiente, como consagrado pelo Direito do Trabalho,

para ser formalmente igualado ao capital. Ou seja, a assimetria entre capital e trabalho dá lugar a uma relação de paridade.

A inovação legislativa trouxe questionamentos a respeito de se realmente o empregado portador de diploma de nível superior que percebe salário igual ou superior à dobra do teto de benefícios do Instituto Nacional do Seguro Social²⁵⁷ deixa de se tornar vulnerável na relação empregatícia.

O art. 444 da CLT parece desconsiderar a hipossuficiência do empregado de forma a prescindir todo um aparato jurídico criado em prol de proteger o trabalhador da desigualdade existente na relação com o empregador, como aduzido por Letícia Shubert Marques (2019, p.12), que afirma que “houve a relativização da hipossuficiência do trabalhador em relação ao empregador, atribuindo-se uma paridade de forças entre eles.”

Afinal, a legislação, ao instituir critérios que diferenciem um empregado dos demais hipossuficientes, pelo fato de terem diploma de nível superior e receberem salário maior do que aproximadamente doze mil reais, ignora que a subordinação do empregado não é apenas econômica ou social. A escolaridade ou remuneração do trabalhador são requisitos que não demonstram serem capazes de, isoladamente, anular a vulnerabilidade e desequilíbrio existente nas relações entre empregado e empregador.

Especificamente em relação ao critério de escolaridade – formação em nível superior –, cabe dizer que o trabalhador que possui diploma de graduação apenas possui qualificação técnica, que nem sempre está relacionada ao exercício da atividade laboral específica. Afinal, não é incomum que a qualificação profissional do trabalhador não possua relação com a área na qual exerce atividade remunerada.

É por isso que, unicamente por tal critério, não é possível inferir que o trabalhador está no mesmo patamar do empregador e em iguais condições de dispor de seus direitos.

Fato é que o critério de qualificação superior e o critério econômico não eliminam a subordinação do empregado na relação de trabalho, e não retiram sua vulnerabilidade face a imposição das condições de trabalho no momento da negociação. Como constatado por Letícia Shubert Marques (2019, p.68):

Os critérios econômicos e de escolaridade não são suficientes para determinar uma gradação em subordinações diferenciadas que demandem uma menor proteção e maior

²⁵⁷ Que no corrente ano equivale a importância de R\$6.351,00 (seis mil trezentos e cinquenta e um reais), sendo a dobra o valor de R\$12.702,00 (doze mil setecentos e dois reais)

autonomia, pois estes empregados, sendo configurados como tais, não tem autonomia em face do empregador para determinar como seu trabalho será prestado, mesmo que essa subordinação jurídica ocorra de forma menos evidente.

A permanência da hipossuficiência se dá, sobretudo, levando em conta que a subordinação do empregado não decorre apenas de características sociais ou econômicas. Conforme já demonstrado, a subordinação também se divide em jurídica e técnica. É por isso que, mesmo sob a ótica do critério econômico, e considerando trabalhador que possui alta renda e diploma de graduação, ainda assim não é viável a ele ditar as suas próprias condições do trabalho. Em verdade, continua este mesmo trabalhador sujeito as disposições impostas pelo empregador.

A despeito disso, do art. 444 da CLT pode-se extrair que o empregado hipersuficiente tem um tratamento diferenciado dos demais, detendo autonomia para negociar diretamente com o empregador a respeito das suas condições de trabalho, com eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos.

Poderão ser pactuadas em negociação individual, com prevalência sobre a lei, condições sobre a jornada de trabalho inclusive intervalos intrajornada (respeitado os limites constitucionais); banco de horas anual; adesão ao programa Seguro Emprego; plano de cargos, salários e funções; regulamento empresarial; representante dos trabalhadores no local de trabalho; teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; remuneração por produtividade e desempenho individual; modalidade de registro de jornada; troca do dia de feriado; grau de insalubridade; prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; prêmios de incentivo em bens ou serviços, participação nos lucros ou resultados da empresa.

Vale mencionar, que o caput do art. 444 deixa claro que o rol é meramente exemplificativo, deixando margem para a possibilidade de negociação individual sobre outros direitos, no qual prevalecerá sobre o legislado.

Essa livre negociação pode, invariavelmente, implicar prejuízos ao trabalhador e flexibilização dos seus direitos. A exemplo, negociações privadas podem prever condições de trabalho inferiores as já exercidas pelo trabalhador, em contrariedade ao que dispõe o art. 468 da CLT.

Conforme afirma Vólia Bonfim Cassar (2017, p. 57), a livre disposição do empregado hipersuficiente a respeito dos seus direitos pode causar o enfraquecimento do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas:

A prevalência do negociado sobre o legislado enfraquece o princípio da indisponibilidade dos direitos legais trabalhistas, assim como derruba o princípio da prevalência da norma mais favorável. Torna os direitos trabalhistas menos públicos e mais privados, transformando a maioria dos direitos contidos na CLT, que não se encontram na Constituição em direitos disponíveis, de característica privada.

Além dessa implicação negativa, a autonomia conferida ao empregado hipersuficiente em razão de este ter formação em nível superior, acarreta segregação jurídica, pois, na prática, distingue empregados em razão do nível de escolaridade, com nítido caráter discriminatório, violando a igualdade garantida na Constituição, consoante afirma Carlos Henrique Bezerra Leite (2019, p. 514):

Esse dispositivo, segundo nos parece, viola princípios constitucionais (CF, arts 1º, III e IV, 3º, IV, 7º caput e XXXII), pois trata com odiosa discriminação os trabalhadores com diploma de nível superior que percebem salários superiores ao dobro do limite máximo dos benefícios pagos pela Previdência Social.

Mauricio Godinho Delgado (2018, p. 439) declara, se referindo ao art. 444 da CLT, que a norma “institui algo inimaginável na ordem constitucional e legal brasileiras contemporâneas: a pura e simples segregação de empregados perante o mesmo empregador”, pois conforme aduzido pelos autores citados, se tem uma diferenciação pelo empregado que possui formação técnica e preencha um requisito econômico.

O outro requisito que diferencia o empregado hipersuficiente é a sua remuneração. Na Reforma Trabalhista consolidou-se que o recebimento de salário igual ou superior a R\$12.702,00 (doze mil setecentos e dois reais), com o valor referencial para o ano de 2021, coloca o trabalhador em uma situação paritária com o empregador, o que o torna capaz de negociar as condições de trabalho.

O salário percebido pelo empregado é destinado para a sua sobrevivência e o seu valor, em realidade, não altera a dependência que o empregado tem do seu emprego. Afinal, como elucida Karl Marx em O Capital, se referindo à relação entre as duas espécies de possuidores de mercadoria, empregado e empregador:

De um lado, o proprietário de dinheiro, de meios de produção e de meios de subsistência, empenhado em aumentar a soma de valores que possui, comprando a força de trabalho alheia; e de outro, os trabalhadores livres,

vendedores da própria força de trabalho e, portanto, de trabalho. (2006, p.828)

Por mais que esses empregados possuam um alto padrão financeiro, estando em um nível social diferente da maioria dos empregados, isso não é capaz de anular o estado de sujeição na relação laboral, assim como constatado por Cassar (2017, p. 22):

O valor do salário do empregado não exclui a relação de emprego e não diminui a subordinação do empregado ao patrão. O estado de vulnerabilidade permanece independentemente do valor auferido. O que muda é o nível social.

Como evidenciado, tais requisitos não excluem a vulnerabilidade e nem a dependência que o empregado possui do emprego. Assim, a possibilidade da livre estipulação pode acarretar diminuição de direitos, visto que é viabilizado ao empregador, que detém o poder diretivo, submeter o empregado às suas condições. Nesse sentido, para Delgado (2019, p.439):

O contrato de trabalho se trata, manifestamente, de um contrato de adesão, pode se estimar o caráter leonino de tal cláusula de inserção desse grupo de empregados em condições contratuais abaixo das fixadas em lei e, até mesmo, abaixo das fixadas na negociação coletiva concernente à respectiva categoria profissional.

Com isso, se infere do argumento citado que, o empregado jamais irá se contrapor ou resistir às condições de trabalho fixados sobre livre estipulação, pois o empregado ainda é a parte mais vulnerável, e é inimaginável considerar que o empregado “hipersuficiente” resista às imposições patronais, especialmente no período de admissão, pois corre o risco de não ser contratado ou no decorrer do contrato, de ser demitido, como argumentado por Suzidarly Ribeiro Teixeira Fernandes:

Na fase pré-contratual, durante o processo de seleção ou escolha do empregado, este se encontra em estado de grande suscetibilidade. A necessidade do emprego, o medo de não ser contratado, a urgência das privações materiais, tudo isso depõe contra uma possível resistência aos atentados contra os direitos fundamentais do trabalhador. (FERNANDES,2015, p.74)

O que reforça o debate que não há equilíbrio na relação empregatícia apenas por ser o empregado portador de diploma de nível superior e receba um determinado valor a título de salário.

O enunciado 49 aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA (FELICIANO, MIZIARA, 2017, p. 5), dispõe que:

A negociação individual somente pode prevalecer sobre o instrumento coletivo se mais favorável ao trabalhador desde que não contravenha as disposições fundamentais de proteção ao trabalho, sob pena de nulidade e de afronta ao princípio da proteção (artigo 9º da CLT c/c artigo 166, VI, do Código Civil).

Assim, a redação do art. 444, da CLT, é altamente questionável. Afinal, se aplicado em sua literalidade implica discriminação entre empregados – que serão classificados de acordo com renda e escolaridade – e permite expressamente a diminuição dos direitos trabalhistas. Todavia, é justamente esse artigo que autoriza a possibilidade de opção por formas alternativas de resolução de litígios, como a arbitragem, que será objeto posterior de debate no presente artigo.

O DIREITO MATERIAL DO TRABALHO E OS PRINCÍPIOS PROTETIVOS DA RELAÇÃO JURÍDICA DE EMPREGO

O princípio protetivo do empregado possui como objetivo a preservação de um mínimo de garantias ao trabalhador, diminuindo a desigualdade existente entre ele e seu empregador, especialmente em razão da sua hipossuficiência (FERREIRA; PESSOA, 2018, p. 120). Esse princípio se subdivide nas previsões de a) *in dubio pro operário*, b) aplicação da norma mais favorável e c) preservação da condição mais benéfica ao empregado.

O princípio do *in dubio pro operario*, que decorre do *in dubio pro reo*, do direito penal, garante que, no caso de dúvida a respeito da interpretação das normas trabalhistas, deve prevalecer o entendimento em prol do trabalhador. Ainda, alguns autores defendem que este princípio garante também que a situação fática em exame seja interpretada sempre de forma mais favorável ao trabalhador. Nas palavras de Mauricio Godinho Delgado (2003, p. 152):

Esse antigo princípio estaria englobada não somente a dimensão de interpretação normativa (hoje referenciada pelo princípio da norma mais favorável), como também uma dimensão de aferição e valoração dos fatos trazidos a exame

do intérprete e aplicador do direito. À luz dessa segunda e combinada dimensão do princípio in dubio pro misero (exame de fatos e provas), propunha-se que a decisão do operador jurídico deveria dirigir-se em benefício do trabalhador em caso de dúvida no exame de situações fáticas concretas.

Em relação a aplicação da norma mais favorável, diante do conflito entre duas ou mais normas trabalhistas, prevê-se a aplicação daquela que for mais benéfica ao trabalhador, ainda que a norma em si não seja hierarquicamente superior. Essa análise pode ser feita por meio de duas técnicas, a de acumulação e a de conglobamento. Na primeira “o que se busca é o acúmulo dos preceitos favoráveis ao trabalhador, com a cisão dos diversos diplomas analisados e comparados”. Na segunda, há a comparação de vários textos normativos, escolhendo-se aquele que, em um conjunto, é mais benéfico ao trabalhador (FERREIRA; PESSOA, 2018, p. 121).

A condição mais benéfica prevê que nenhuma condição de trabalho pode ser substituída por outra se esta for menos vantajosa ao empregado. É isso que prevê a redação do art. 468, CLT.

Para além dos princípios norteadores do direito do trabalho, o rol de direitos dos trabalhadores previstos constitucionalmente no art. 7º da Carta Magna, os quais jamais podem ser violados, por serem cláusulas pétreas.

Todos esses princípios, como garantias do trabalhador, são irrenunciáveis. Isso, pois caso o trabalhador pudesse livre dispor dos seus direitos, certamente abdicaria de grande parcela deles em razão de pressão sofrida pelo empregador, que está em posição hierárquica mais vantajosa.

Doutrina majoritária entende que a palavra irrenunciabilidade não comporta toda a nuance dessa proteção, de modo que a expressão “indisponibilidade” refletiria melhor os seus efeitos. Para Mauricio Gotinho Delgado (2006, p. 501) o princípio:

Vai além do simples ato unilateral, interferindo também nos atos bilaterais de disposição de direitos (transação, portanto). Para a ordem justralhista, não serão válidas quer a renúncia, quer a transação que importe objetivamente em prejuízo ao trabalhador

Todos aqueles atos que implicarem violação ou diminuição dos direitos trabalhistas estariam dentro da esfera de indisponibilidade, não podendo ser objeto de

qualquer negociação particular que implique renúncia.

Apesar de não ser possível a renúncia de direitos, não há limitação a sua flexibilização. Para Jorge Neto Ferreira e Jouberto de Cavalcante (2018, p. 125), a flexibilização:

Implica em adaptações e modificações necessárias para a criação de novas formas de contratação, com o objetivo de trazer de volta ao mercado o vasto contingente de trabalhadores que estão desempregados ou na própria economia informal, e que possibilitem às empresas condições para o saneamento de suas estruturas com o intuito da própria preservação.

Essa flexibilização se compatibiliza com a redação do art. 611-A, da CLT, cuja redação foi dada também com a reforma trabalhista. Referido artigo passou a prever que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho possuem prevalência sobre o legislado. Assim, mesmo temas que versem sobre a retirada ou alteração de direitos passaram a ser permitidos mediante negociação coletiva. Para Richard Ramos (2019), com a redação de tal dispositivo “se tornou possível que, mediante negociação coletiva ou até mesmo individual, sejam reduzidos ou retirados direitos, sem que exista sequer contrapartida por parte do empregador”.

Como forma de limitar as possibilidades de negociação previstas no art. 611-A, o art. 611-B, incluiu direitos indisponíveis inclusive em negociação coletiva. Ao fazê-lo, praticamente repetiram os direitos dos trabalhadores que já são garantidos constitucionalmente (art. 7º, CF).

Fato é que a Constituição Federal admite, em certa maneira, a flexibilização dos direitos trabalhistas, desde que isso não viole o princípio da irrenunciabilidade. As alterações previstas na CLT com a inclusão da possibilidade de utilização da arbitragem para dirimir dissídios individuais, não se compatibiliza com a flexibilização autorizada pela Constituição, violando os direitos dos trabalhadores.

A JUSTIÇA ARBITRAL E A DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS MATERIAIS DO TRABALHO

A arbitragem é uma forma de resolução adequada de conflitos, na qual cabe a um terceiro imparcial, alheio ao poder judiciário (TALAMINI, WAMBIER, 2015), julgar a causa. Por isso, fala-se que é uma forma heterocompositiva de resolução de litígios.

A escolha pela arbitragem é fruto da manifestação de vontade das partes, que devem, livremente, optar por esta forma de solução do seu conflito. Diz-se que a

voluntariedade é aspecto essencial desse instituto.

Para Amauri Nascimento, a arbitragem é “uma forma substitutiva à ou equivalente à solução jurisdicional” (2011, p. 263). Por isso, não há violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, constante no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Para Luiz Antônio Scavone Junior (2020, p. 2), define-se a arbitragem como:

O meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida.

O procedimento arbitral, assim como a jurisdição estatal, é um mecanismo de heterocomposição, onde as partes elegem um terceiro, que também detêm poder de decisão sobre a controvérsia. Gleibe Pretti (2018, p. 9) a conceitua como:

Uma instituição privada, instalada exclusivamente por vontade das partes, devendo estas, serem capazes e o conflito versar sobre direitos patrimoniais disponíveis (as partes possam legalmente dispor), confiando a um terceiro neutro e imparcial, o qual é denominado juiz arbitral (imparciais), que pode ser indicado pelas partes, nomeados por juiz ou consentidos por elas em indicação de terceiro.

Tal instituto surgiu ainda no Brasil império, na Constituição de 1824, a qual autorizava a utilização da arbitragem para solucionar conflitos envolvendo direito penal e civil. O antigo art. 160 possui a seguinte previsão:

Art. 160. Nas civeis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.

Apesar da inexistência de qualquer proibição, também não havia legislação específica a respeito da arbitragem, que só passou a efetivamente ser disciplinada por completo com a Lei nº 9.307/96, posteriormente alterada pela Lei nº 13.129/2015, chamada atualmente de Lei de Mediação e Arbitragem.

Referida lei estabelece, em seu art. 1º, que “as pessoas capazes de contratar

poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” conferindo às partes o poder de escolha pela solução extrajudicial de conflitos, pelo método da arbitragem.

Em seu art. 2º, notabiliza o princípio da autonomia da vontade, quando prevê a possibilidade de as partes escolherem, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na solução de conflitos, desde que não viole os bons costumes e a ordem pública, situação em que poderão acordar também, que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

As partes interessadas poderão utilizar-se do juízo arbitral para solução de seus litígios através da convenção de arbitragem, que de acordo com o art. 3º da referida lei de arbitragem, compreende a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Se depreende da lei, que a cláusula compromissória é aquela firmada no momento da negociação, dentro do contrato, onde as partes estipulam que eventual litígio decorrente daquele contrato será submetido à arbitragem, enquanto o compromisso arbitral segundo o art. 9º da lei de arbitragem, é a convenção feita entre as partes após o conflito já ter sido formado, por meio da qual se acorda que este não será submetido ao Judiciário, mas sim à arbitragem. Como bem diferencia Inês Filipa Monteiro Pereira (2016, p. 20):

A convenção de arbitragem, conforme o disposto no nº3 do art. 1º da LAV pode referir-se a um litígio atual, assumindo a forma de compromisso arbitral, ou a litígios eventuais e futuros emergentes de uma certa relação jurídica, contratual ou extracontratual, constituindo neste caso uma cláusula compromissória.

Verifica-se nos parágrafos 1º e 2º do art. 9º que o compromisso arbitral pode ser judicial ou extrajudicial: o primeiro será celebrado no termo dos autos onde está em curso uma demanda e o segundo será celebrado por escrito, assinado por testemunhas ou por instrumento público. Em ambos os casos as partes renunciarão ao direito de se valer da atividade jurisdicional estatal para solucionar o litígio.

Outro ponto relevante da arbitragem é a liberdade que as partes têm de escolher os árbitros, podendo optar por qualquer pessoa civilmente capaz e que tenha a confiança das partes, situação em que, poderão nomear um ou mais árbitros. Assim como também é facultado as partes, escolherem um órgão arbitral, uma entidade especializada na realização de meios extrajudiciais de solução de conflitos, ao invés de nomearem particulares.

Superada a exposição de algumas características deste instituto, é oportuno reportar-se à Reforma Trabalhista, que inseriu na CLT a possibilidade da utilização da arbitragem nos conflitos individuais decorrente das relações de trabalho, que até então no âmbito do direito laboral, só era admitida para dirimir conflitos de natureza coletiva pela expressa previsão constitucional (art. 114, §1º, CF).

A redação dada pela reforma trabalhista, portanto, autorizou a inserção, diretamente nos contratos individuais de trabalho, de cláusula compromissória de arbitragem, antes do surgimento do conflito. Se compreende da leitura do art. 507-A da CLT, que os requisitos para se utilizar de tal instrumento é que a opção pela arbitragem se dê por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa e que este perceba remuneração em valor superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

Ocorre que a inovação na legislação trabalhista provocou diversos questionamentos a respeito da efetiva aplicabilidade da arbitragem em relação aos conflitos individuais, notadamente em relação a disponibilidade do direito e a ainda hipossuficiência do empregado.

Reprise-se que o primeiro artigo da Lei de Arbitragem e Mediação prevê que a utilização do instituto se destinará a resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Ou seja, direitos que sejam relativos a uma relação jurídica de cunho obrigacional ou possam ser transacionados (SCAVONE JUNIOR, 2020, p. 16).

Ocorre que os direitos trabalhistas são tidos, em realidade, como indisponíveis, por serem previstos constitucionalmente e por sua irrenunciabilidade. Autores como Delgado (2019), defendem que a indisponibilidade dos direitos trabalhistas pode ser absoluta ou relativa, sendo absoluta quando relacionados à normas que refletem o interesse público que caracterize um padrão civilizatório firmado pela sociedade em dado momento histórico; e relativa quando dispõe sobre direitos de interesse individual, que refletirão apenas na relação entre o empregado e empregador, situação em que poderá ser objeto de transação.

Em sua grande maioria, as lides trabalhistas versam sobre direitos previstos em lei ou na Constituição, de forma que a princípio, deveriam ser irrenunciáveis, independentemente do valor da remuneração que percebe o empregado, como aduzido por Vólia Bomfim Cassar (2017).

Os direitos trabalhistas previstos em lei são irrenunciáveis e intransacionáveis pela sua característica pública, logo, são direitos indisponíveis. Portanto, o valor do salário recebido

pelo empregado não altera a natureza jurídica do direito. Entender que os empregados que recebem mais que R\$11.063,00 podem pactuar a arbitragem é desconhecer a Lei 9.307/967, que só permite a arbitragem em direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, §1º).

É oportuno demonstrar a diferença entre o instituto da renúncia e da transação, conforme demonstrado por Delgado (2019, p. 252):

Renúncia é ato unilateral da parte, através do qual ela se despoja de um direito de que é titular, sem correspondente concessão pela parte beneficiada pela renúncia. Transação é ato bilateral (ou plurilateral), pelo qual se acertam direitos e obrigações entre as partes acordantes, mediante concessões recíprocas (despojamento recíproco), envolvendo questões fáticas ou jurídicas duvidosas (res dubia).

Ao permitir que o empregado compactue com cláusula compromissória de arbitragem, a lei trata os direitos trabalhistas disponíveis, passíveis de serem flexibilizados, enfraquecendo a previsão da irrenunciabilidade, e, como afirma Maurício Delgado, levando "a uma considerável redução ou supressão de direitos" (2019, p.1740). O mesmo autor ainda afirma que (2019, p.1740):

A Lei de Arbitragem dispõe que o instituto aplica à regulação de direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, Lei n. 9.307/1996)- o que cria óbvia dificuldade de inserção neste restrito grupo, dos direitos juslaborativos, principalmente quando considerados no plano das relações bilaterais do contrato empregatício.

O legislador presume que o empregado que perceba remuneração maior que duas vezes o teto da previdência, se encontra em condição de igualdade com o empregador, apenas em razão do valor do salário, o que não corresponde com a realidade fática, pois o alto salário percebido pelo empregado não diminui sua vulnerabilidade, tampouco atenua a hipossuficiência. Pelo contrário, o nível de dependência do emprego é intensificado, haja vista a escassez no mercado de trabalho de oportunidades bem remuneradas, como acrescenta Jorge Luiz Souto Maior (2017, p. 8):

Mesmo tendo alto padrão de conhecimento técnico e sendo portadores de uma cultura mais elevada que o padrão médio dos demais empregados, não deixam de depender economicamente do emprego (aliás, há uma dependência

até moral ao emprego, dada a necessidade natural de manutenção do seu status social) e que, por conta disso, submetem-se às regras do jogo capitalista para não perderem sua inserção no mercado. Sua sujeição às condições de trabalho que lhe são impostas pela lógica da produção é inevitável.

O outro requisito para a instituição da cláusula compromissória, é que esta ocorra por iniciativa do empregado ou quando este concordar expressamente com a arbitragem no momento da contratação, o que remete novamente a irreal autonomia do empregado considerado hipersuficiente, somente por sua formação técnica ou pelo valor do seu salário, sendo fantasioso que este empregado resista às condições estabelecidas pelo empregador, ainda mais na fase de contratação, ou até mesmo não compactue com uma simulação de que a cláusula de arbitragem tenha partido de sua iniciativa.

Nesse sentido, Delgado (2019, p. 1741) conclui pela incompatibilidade da arbitragem com o direito individual do trabalho, aludindo que a maioria da jurisprudência trabalhista se posiciona nessa direção, momento em que cita um trecho de um acórdão em que a Ministra Rosa Maria Weber (Ministra do TST à época do julgado) se posiciona pela inaplicabilidade da convenção arbitral nos dissídios individuais do trabalho, veja-se:

Esta Corte Superior tem se posicionado pela inaplicabilidade da convenção arbitral aos dissídios individuais trabalhistas, mormente na presente hipótese, em que conferida plena e geral quitação dos direitos decorrentes do contrato de trabalho, em contrariedade à Súmula 330/TST. Viola, nesse passo, o art. 5º, XXXV, da CF/88 decisão regional no sentido de que, se as partes, de livre e espontânea vontade, decidem se submeter ao instituto da arbitragem, devem aceitar a solução ali encontrada, não podendo em seguida recorrer ao Poder Judiciário, para discutir a mesma matéria. Recurso de Revista conhecido e provido" (BRASIL, 2009).

Historicamente a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho - TST se posicionou em sentido contrário a utilização da arbitragem para a composição de conflitos individuais de trabalho, principalmente em razão à similitude entre o contrato de trabalho e um contrato de adesão (PESSOA; FERREIRA, 2018, p. 797).

Diante de tais argumentos, nota-se que, apesar do esforço legislativo para estimular a utilização da arbitragem no direito trabalhista, o instituto não é compatível com a resolução de litígios individuais.

A flexibilização autorizada constitucionalmente, no art. 114, §1º, permite somente a utilização da arbitragem em relação às negociações coletivas. Os critérios previstos na CLT não atribuem, por si só, autonomia ao trabalhador ao ponto de efetivamente equipará-lo ao seu empregador.

O critério econômico e a manifestação de vontade não implicam, necessariamente, a inexistência de hipossuficiência do empregado. Ademais, autorizam que o empregador induza o empregado a erro e o obrigue a pactuar cláusula arbitral.

Fato é que a relação de trabalho possui, como características a ela inerentes, a subordinação e a hipossuficiência. Ainda que existam critérios objetivos capazes de pressupor uma equiparação entre empregado e empregador, nem sempre tais critérios revelarão a realidade fática existente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise dedutiva e ampla dos elementos caracterizadores da relação de emprego, verifica-se que a instituição da figura do trabalhador hipersuficiente, em realidade, desvirtua o conceito do empregado. Limita a um critério salarial e educacional a caracterização de um trabalhador supostamente equiparado ao empregador, desconsiderando por completo elementos essenciais da relação de trabalho, notadamente as subordinações sociais, técnica e jurídica.

Em paralelo a criação do trabalhador hipersuficiente, a legislação ainda o autorizou a optar pela arbitragem como forma de resolver litígios individuais, violando o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas e deixando-o livre para negociar a respeito de direitos fundamentais, previstos no art. 7º da Constituição.

É lógico que não se ignora a tentativa do legislador de permitir a utilização de novas formas de resolução de litígios não apenas em relação às negociações coletivas. Todavia, os critérios utilizados para autorizar a utilização da arbitragem simplesmente são incompatíveis com as garantias constitucionais do trabalhador.

A uma, pois viola-se o art. 114, §1º da Constituição Federal, que autoriza a utilização da arbitragem apenas em negociações coletivas. A duas, pois desconsidera outros fatores necessários a aferir a hipossuficiência do trabalhador. A três, visto que enfraquece o princípio da irrenunciabilidade e permite que os trabalhadores passem a dispor sobre direitos constitucionalmente garantidos, de forma contrária a todos os princípios protetivos que norteiam o direito do trabalho.

É por isso, que ao fim, conclui-se pela incompatibilidade do uso da Arbitragem para resolução de litígios individuais, haja vista a ainda existente hipossuficiência do

trabalhador – ainda que receba um bom salário, manifeste sua vontade e tenha alta escolaridade, bem como a impossibilidade de conciliá-la com as garantias constitucionais do empregado, principalmente em relação a irrenunciabilidade de seus direitos constitucionalmente garantidos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil. 1824. 25.03.1824.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988.

_____. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF. D. O.U. 09.08.1943.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF. D. O. U. 24.09.1996.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista de nº 93900-53.2001.5.05.06611. 3ª Turma. Relatora Min. Rosa Maria Candiota da Rosa. Brasília, DF. DJ 13.11.2009.

CASSAR, Vólia Bonfim. Comentários ao substitutivo do projeto de lei 6787/16. **Migalhas**. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/5/art20170503-01.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: Ltr, 2019.

_____. **Introdução ao direito do trabalho**. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2003.

_____. **Introdução ao direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; MIZIARA, Raphael (coords.) Enunciados da 2 Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. **Os trabalhistas**. 2017. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1oZL9_JohYjNInVvehEzYDp-bl0fcF6i6/view. Acesso em: 21 jan. 2021

FERNANDES, Suzidary Ribeiro Teixeira. Os direitos fundamentais do trabalhador como limite ao poder do empregador. Tocantins. **Revista Vertentes do Direito**, v. 2, n. 2, p. 67-85, 4 dez. 2015.

FERREIRA, Jorge Neto, Francisco; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do**

Trabalho. 9. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho.** 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Reforma Trabalhista: juízo final?. **José Souto Maior.** 2017. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/reforma-trabalhista-juizo-final>. Acesso em: 20 fev. 2021.

MARQUES, Letícia Shubert. A figura do trabalhador "hipersuficiente": Uma análise à luz dos princípios do direito do trabalho. 2019. 94 f. **Monografia** (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

MARX, Karl. **O Capital:** crítica da economia política. v. 2. São Paulo: Civilização brasileira, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Inês Filipa Monteiro. O Recurso à Arbitragem na Resolução de Conflitos Laborais e as Convenções Coletivas de Trabalho. 2014. 81 f. **Dissertação** (Mestrado) - Curso de Solicitação de Empresa, Instituto Politécnico de Leiria, Leiria, 2014. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/61799226.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2021.

RAMOS, Richard. O princípio protetivo e a reforma trabalhista. **Migalhas.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/316823/o-principio-protetivo-e-a-reforma-trabalhista>. Acesso em 27 jun. 2021.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho.** 8. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Arbitragem - Mediação, Conciliação e Negociação.** São Paulo: Grupo GEN, 2020.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Direito Processual Civil.** 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TEIXEIRA, Marilane Oliveira et al (Org.) **Contribuição Crítica à Reforma Trabalhista.** São Paulo: Editora UNICAMP, 2017.

VOLLET FILHO, Wilson L. Arbitragem e Direito do Trabalho: uma reflexão. **Migalhas.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/252788/arbitragem-e-o-direito-do-trabalho--uma-reflexao>. Acesso em 27 jun. 2021.