

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1040

(Ano XIII)

(02/10/2021)

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



A causalidade do caos: causas em Aristóteles e crime permanente

Eduardo Luiz Santos Cabette, 07.

ARTIGOS

A importância do planejamento tributário para as empresas

Nielle Caroline Rodrigues Ramalho, 10.

Negociação na Justiça Penal

Luiz Guilherme de Souza Fernandes, 26.

Guarda compartilhada como mecanismo de combate a alienação parental

Adan Felipe Venâncio Lopes, 39.

Direito penal do inimigo: o reconhecimento na legislação penal brasileira

João Bosco França Spener, 55.

A origem da lei do direito do consumidor no Brasil e as relações de consumo até a formalidade dos contratos de adesão

Ana Paula da Silva Nascimento e Luan Felipe Rodrigues Campos, 71.

Evolução do conceito de família: ênfase no reconhecimento socioafetivo via extrajudicial e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro

Amanda Crispilho Gomes, 80.

A criptomoeda como forma de lavagem de dinheiro

Ismael Fernando Cunha Alves, 95.

Defensoria Pública e desenvolvimento: um estudo sobre o retorno econômico gerado por uma unidade da Defensoria Pública da União

Lucas Rafael Galdino de Araújo Lucena, 103.

O poder de tributação do estado democrático de direito como garantidor dos direitos fundamentais do contribuinte

Roberta Boldrin dos Anjos e Inaê Muniz Pires de Queiroz, 140.

O papel do Ministério Público e da Defensoria Pública na defesa dos vulneráveis e dos hipossuficientes em juízo

Manoel Victor Vieira Coelho, 158.

Trabalhadores marítimos e a legislação trabalhista aplicável.

Beatriz Victória de Diego Terzini, 167.

Importância do estudo da criminologia para Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro.

Paula Anselmo de Carvalho, 178.

Aposentados: escravidão moderna imposta pelo INSS x aposentadoria revisão da vida toda, julgamento do Tema 1102 no STF, quem vencerá?

Edson Sebastião de Almeida, 192.

A Tributação dos Serviços e Mercadorias na Economia Digital: A Disputa e os Limites da Competência Tributária entre Estados e Municípios

Roberta Boldrin dos Anjos, 208.

A natureza jurídica da qualificadora do feminicídio à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Danielle Ferreira Simões, 227.

Aplicação da guarda compartilhada nas dissoluções litigiosas de sociedade conjugal: uma ferramenta essencial ao desenvolvimento das crianças e adolescentes

João Carlos Garcia de Almeida, 279.

A CAUSALIDADE DO CAOS: CAUSAS EM ARISTÓTELES E CRIME PERMANENTE

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE, Delegado de Polícia aposentado, Mestre em Direito Social, Pós – graduado em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós – graduação do Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.

Quando da Prisão em Flagrante do Deputado Federal Daniel Silveira, o Ministro do STF, Alexandre de Moraes, operou uma inusitada interpretação e aplicação do conceito de “crime permanente” para considerar que uma postagem de vídeo na internet tornaria, enquanto perdurasse sua exibição pública, eventuais crimes ali contidos, de caráter permanente.

A ilegalidade e o desserviço prestado por essa criação jurisprudencial “ad hoc” para a dogmática penal e a compreensão dos estudantes e estudiosos do Direito já foi amplamente descrita em trabalho anterior a que remetemos o leitor. Ali já se constatava um erro crasso de categoria no raciocínio levado a termo. ¹

Retomando os ensinamentos aristotélicos já chamados à baila naquele trabalho anterior, agora pretendemos demonstrar que há também um erro terrível de causalidade.

É de conhecimento comezinho a chamada “Doutrina das Quatro Causas” de Aristóteles.

Para o filósofo as quatro causas são a material, a formal, a eficiente e a final. Por exemplo, numa escultura a causa material se constitui na matéria de que é formada (pedra, mármore); a causa formal diz respeito àquilo que a escultura representa (Apolo, Dionísio,

¹ Cf. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. STF e a Nova “Dogmática” (sic) do Crime Permanente. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/1170481904/stf-e-a-nova-dogmatica-sic-do-crime-permanente>, acesso em 13.09.2021.

Zeus); a causa eficiente seria o escultor e a causa final seria o objetivo visado pelo autor da obra. 2

Em suma, a causa material diz respeito àquilo de que uma coisa é feita (ferro, madeira, papel etc.); a causa formal, àquilo que a coisa é (gato, homem, estátua etc.); a causa eficiente é aquela que dá início a um processo que segue naturalmente seu curso (ato sexual para a gestação); a causa final se refere à atuação do agente na causa em busca de um fim almejado (um pedreiro no ato de construir uma casa). 3

No caso de gravações de áudios e vídeos em suportes da internet e sua divulgação, a causa material seriam as imagens e sons que compõem a mídia e seu suporte telemático. A causa formal seria a natureza de uma gravação de áudio e vídeo. A causa eficiente seria o autor das gravações que as fez e postou na rede. E a causa final se encontraria no intento do agente de divulgar o conteúdo do audiovisual.

Em um crime permanente o agente que pratica a conduta (causa eficiente) a segue praticando sem solução de continuidade. Pode-se dizer que no crime permanente a causa eficiente (agente) não cessa sua causalidade e, enquanto isso durar durará a respectiva permanência delitiva. Ele passa, agindo, da causa eficiente à causa final e prossegue sempre mantendo a permanência. Essa permanência não é conatural ao desate da causa eficiente.

Mas, no caso de uma gravação postada nas redes, o agente pratica o ato e sua permanência se dá por causa não de sua insistência (do agente ou causa eficiente) na causalidade, mas sim devido à natureza do suporte informático e/ou telemático de que se compõe (causa material). Portanto, o máximo que se poderia considerar nesses casos é que haveria um crime instantâneo de efeitos permanentes, pois não é o agente (causa eficiente) que sustenta a permanência, mas a natureza de seu suporte (causa material).

Em um crime permanente como, por exemplo, a extorsão mediante sequestro, o agente (causa eficiente) prossegue em sua conduta, mantendo a permanência. O agente causal prossegue na causa, mantendo a causalidade com vistas a seu fim (causa final).

Assim sendo, além de se constatar um terrível erro de categorias na construção "ad hoc" do suposto crime permanente de internet, como geralmente um vício não costuma vir sozinho, há uma diabólica confusão de causalidade. Confundem-se as causas material e final com a causa eficiente. O crime permanente precisa da atuação contínua da "causa eficiente" e isso não ocorre nessas postagens. O que ocorre é que a "causa material" confere naturalmente uma continuidade à postagem, o que se coadunaria, no máximo,

2 JAPIASSÚ, Hilton, MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 40.

3 ARISTÓTELES. *Metafísica*. Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 2002, p. 191.

com o crime instantâneo de efeitos permanentes, já que este não depende de atuação da “causa eficiente”, mas apenas da natureza mesma da “causa material”. Além disso, assume-se que haveria um prosseguimento de ação da “causa eficiente”, capaz de fazer a passagem para a “causa final”, o que seria exigível para a configuração de crime permanente, mas que não ocorre de forma alguma nas postagens de internet ou similares.

Nota-se, por fim, que infelizmente uma criação jurisprudencial “ad hoc” é capaz de perverter não somente o conceito de crime permanente na dogmática jurídica, mas de criar uma enorme lesão à inteligência causal em geral, que se tem mantido coerente por séculos. Eis a causalidade do caos jurídico e intelectual que nos rodeia!

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Metafísica*. Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 2002.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. STF e a Nova “Dogmática” (sic) do Crime Permanente. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/1170481904/stf-e-a-nova-dogmatica-sic-do-crime-permanente> , acesso em 13.09.2021.

JAPIASSÚ, Hilton, MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

A IMPORTÂNCIA DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO PARA AS EMPRESAS

NIELLE CAROLINE RODRIGUES RAMALHO:
Graduanda em Ciências Contábeis (FEF –
Fernandópolis, SP).

VITÓRIA FERREIRA BARBOSA⁴

(coautora)

DANIELA BORELI

(orientadora)

RESUMO: O planejamento tributário é um conjunto de sistemas legais que tem por finalidade diminuir o pagamento de tributos, e tem por objeto a análise e a busca pela melhor forma de gerir os tributos e seus reflexos na organização empresarial, pretendendo obter economia de impostos, através da adoção de procedimentos estritamente legais, já que atualmente, a elevada carga tributária consome um grande percentual dos lucros das empresas. A escolha do tema ocorreu em razão da importância da realização do planejamento tributário dentro das organizações, vez que, o planejamento tributário pode ajudar a empresa a reduzir a carga de impostos, taxas e contribuições devida, permitindo que ela se torne mais competitiva, pratique preços mais baixos e faça maiores investimentos. O presente trabalho científico teve como objetivo apresentar a importância de aplicação do Planejamento Tributário para as empresas. O artigo abordará o conceito de planejamento tributário, sua finalidade, vantagens e importância dentro das empresas, conforme previsto em legislação própria. Abordará ainda, os conceitos de Elisão e Evasão Fiscal, bem como, analisará as diferentes modalidades de enquadramento tributário. A metodologia utilizada é a pesquisa descritiva bibliográfica, através da revisão da literatura, cuja análise ocorreu em livros, doutrinas e artigos científicos publicados em revistas com Qualis, impressos ou disponíveis em meio eletrônico. O planejamento tributário, além de necessário, é de grande valia para todas as empresas em razão das grandes vantagens que oferece.

Palavras-chaves: Planejamento tributário. Empresas. Carga tributária.

1 INTRODUÇÃO

⁴ Graduanda em Ciências Contábeis (FEF – Fernandópolis, SP).

No Brasil, a carga tributária tem se mostrado muito elevada, e isso faz com que as empresas tenham um alto custo com o pagamento de tributos exigidos por lei nas três esferas de governo, Federal, Estadual e Municipal.

A legislação tributária tem se tornado cada vez mais extensa e complexa em razão das diversas mudanças e criações de novas Leis e Decretos criados a todo momento, neste contexto é que entra o planejamento tributário, que é uma ferramenta utilizada com o objetivo de se obter a economia fiscal.

Segundo Oliveira et.al. (2005, p.38), o planejamento tributário:

É uma forma lícita de reduzir a carga fiscal, o que exige alta dose de conhecimento técnico e bom senso dos responsáveis pelas decisões estratégicas no ambiente corporativo. Trata-se do estudo prévio à concretização dos fatos administrativos, dos efeitos jurídicos, fiscais e econômicos de determinada decisão gerencial com o objetivo de encontrar a alternativa legal menos onerosa para o contribuinte.

A realização do planejamento tributário é realizada com o objetivo de melhorar a lucratividade, com a redução de tributos.

Conforme explica de Malkowski (2000), o planejamento tributário é uma forma estudada pelos administradores para diminuir seus custos com tributos, fazendo com que a empresa contribua com os tributos necessários. É o processo de escolha de ação ou omissão lícita, não simulada, anterior à ocorrência do fato gerador, que vise, direta ou indiretamente, economia de tributos.

O tributo se dá a partir de um fato gerador e através do planejamento tributário é possível visualizar esse fato gerador antes que ele aconteça e assim optar por ações menos onerosas. De acordo com Fabretti (2009, p.8), o planejamento é "o estudo feito previamente, ou seja, antes da realização do fato administrativo, pesquisando seus efeitos jurídicos e econômicos e as alternativas legais menos onerosas".

Assim, o presente artigo científico, objetiva-se apresentar a importância da aplicação do planejamento tributário para as empresas.

A pesquisa realizada foi descritiva bibliográfica, sendo, a análise e a revisão da literatura em livros, artigos, doutrinas, impressos ou disponíveis em meio eletrônico, sendo proposto o estudo a partir dos três capítulos apresentados a seguir na Revisão da literatura.

Sendo o primeiro capítulo, redigido de forma a demonstrar a fundamentação teórica, baseada em conceitos apresentados por diversos autores em conformidade com a legislação brasileira vigente que trata do tema em estudo: planejamento tributário. Inicia-se com a conceituação do termo de planejamento tributário e financeiro, na sequência destaca-se definição de Elisão e Evasão Fiscal, seus fundamentos e características. Em continuidade ao assunto, realizou-se abordagem e explicação sobre as diferentes modalidades de enquadramento tributário. Para concluir, efetuou-se análise sobre a importância do planejamento tributário para as empresas.

2 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

O planejamento tributário é um conjunto de operações que envolvem atos ou negócios jurídicos que acarretam supressão, redução ou deferimento de tributos, isto significa que o planejamento tributário visa diminuir o pagamento de tributos.

O objetivo da contabilidade tributária é controlar e planejar os tributos gerados nas apurações das empresas. São de importante relevância, analisar as implicações tributárias de cada transação (OLIVEIRA, 2013).

O conceito tributo está previsto no artigo 3º do Código Tributário Nacional:

Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. (BRASIL, 1966).

Os tributos, podem ser definidos como receitas adquiridas por direito que o Estado recolhe do patrimônio dos indivíduos, usando do seu poder, que lhe foi dado através das leis vigentes, controlado pelas normas de direito público que formam o Direito Tributário.

De acordo com Fabretti (2005, p. 113):

Tributo é gênero e as espécies são impostos, taxas e contribuições. De acordo com os incisos I e II do art. 4º, a natureza jurídica específica do tributo, ou seja, se é imposto, taxa ou contribuição, é determinada por seu fato gerador. Este é concretização de determinada hipótese prevista na lei que faz nascer (gera) a obrigação de pagar o tributo. Por exemplo: hipótese de incidência: prestar serviços. Prestado o serviço, ou seja, concretizada a hipótese de incidência prevista na lei, segue-se o mandamento: pague imposto sobre serviços (ISS).

O tributo é todo valor monetário pago pelo contribuinte, de forma obrigatória, para que o Estado possa realizar alguma atividade em prol do bem comum. Uma característica do tributo é sua compulsoriedade, conforme abordado acima, para todo tributo, há um fato que lhe dá origem (fato gerador).

O planejamento tributário é uma forma lícita de se reduzir o pagamento de tributos por meio das atividades que a empresa desempenha no que diz respeito ao recolhimento dessas obrigações. Embora lícito, o mecanismo sempre é alvo de questionamentos por parte da Receita Federal (RFB).

Conforme ensina Maggi (2009, p.55):

Entende-se como planejamento tributário, o planejamento empresarial que tendo como objeto os tributos e seus reflexos na organização, visa obter economia de impostos, adotando procedimentos estritamente dentro das normas legais. O planejamento tributário é na verdade a atividade empresarial estritamente preventiva, que tem como fatos tributáveis e seus efeitos, comparando-se os resultados prováveis, para os diversos procedimentos possíveis, de tal forma a possibilitar a escolha da alternativa menos onerosa, sem extrapolar o campo da licitude.

O contribuinte tem o direito de escolher e estruturar o seu negócio da maneira que melhor entender, procurando sempre pela diminuição dos custos de seu empreendimento, inclusive dos impostos devidos.

Para o Fisco, o planejamento só é considerado legal se tiver o intuito de otimizar os negócios da empresa, ou seja, tem que ter o propósito comercial e não apenas de redução de tributo. Caso isso ocorra será considerado abusivo, mas a legislação não define o que é abusivo ou não (OLIVEIRA, 2016).

Latorraca ensina que:

Costuma-se denominar de Planejamento Tributário a atividade empresarial que, desenvolvendo-se de forma estritamente preventiva, projeta os atos e fatos administrativos com o objetivo de informar quais os ônus tributários em cada uma das opções legais disponíveis. O objeto do planejamento tributário é, em última análise, a economia tributária. Cotejando as várias opções legais, o

administrador obviamente procura orientar os seus passos de forma a evitar, sempre que possível, o procedimento mais oneroso do ponto de vista fiscal. (LATORRACA, 2000, p. 37).

Todo planejamento tributário acarreta em frustração de resultado para o governo e em custos para realizar a cobrança do tributo devido.

Sarandy (2004) conceitua planejamento tributário ou “elisão fiscal” como o conjunto de procedimentos legais que projetam a redução do custo dos empreendimentos com o pagamento de tributos.

Existem três tipos de planejamento tributário: operacional, estratégico e tático.

O planejamento tributário operacional, é aquele que utiliza procedimentos prescritos por lei dentro de um negócio, visando o cumprimento das obrigações fiscais. Neste tipo de planejamento, o desenvolvimento atende às normas vigentes, incluindo tarefas, como a correta escrituração e o pagamento dos tributos dentro do prazo nas rotinas de trabalho. A redução dos tributos se gera através da antecipação de seu pagamento. O planejamento tributário operacional é elaborado para períodos de 3 a 6 meses. (FEITOSA, 2021)

No planejamento tributário estratégico, são definidos os propósitos pensando nos benefícios a longo prazo para a empresa, e tem como objetivo a projeção do futuro do negócio, e contribui para a definição da visão, missão, e valores da organização.

Este tipo de planejamento normalmente é elaborado para o período de 5 a 10 anos, por essa razão, necessita de revisões constantes para que não se torne ultrapassado. Durante o planejamento estratégico é decidido o tipo de regime tributário que será mais adequado para o enquadramento da empresa.

O planejamento tributário tático tem foco no médio prazo. São elaborados para 1 a 3 anos, em média. Mantém a visão global da organização utilizada no planejamento estratégico. A diferença é que é voltado diretamente para as áreas e departamentos da empresa. Ou seja, o planejamento estratégico elabora as decisões e projeções para a empresa como um todo, e o tático traduz esses planos e os concretizam em cada setor. Assim, cada departamento procura lançar objetivos de modo que garantam o alcance das metas propostas pelo planejamento estratégico. (FEITOSA, 2021)

O planejamento tático faz a ligação entre o Planejamento Estratégico e o Planejamento Operacional. Portanto, é durante o planejamento tático que se abordam

questões de como as ações serão executadas e as estratégias que serão necessárias em cada setor para atingir os objetivos gerais da empresa.

O Planejamento Tributário vem sendo realizado pelas empresas com o objetivo de reduzir o pagamento dos impostos. O planejamento tornou-se indispensável, pois a legislação tributária brasileira, além de ser muito complexa, possui diversas leis que passam por constantes alterações, dificultando a interpretação dos empresários, assim como em se manterem atualizados em virtude dos diversos influenciadores na gestão empresarial. (MAGGI, 2009)

Os profissionais contábeis são os aqueles responsáveis pela elaboração de todas as demonstrações contábeis e pelo estudo dos elementos que compõem o patrimônio monetário das entidades.

Segundo Zanluca (2011), o contador é fundamental na elaboração e execução do planejamento tributário, já que é ele quem comanda diversas operações internas da empresa, e é responsável por pelos controles, conciliações e todas as apurações de impostos. Além de cooperar ou coordenar equipes internas, sabendo de deficiências e pontos críticos que podem gerar falhas na execução do planejamento.

O conhecimento na área tributária do profissional que realiza o planejamento tributário é extremamente importante. Sem informações contábeis adequadas, o planejamento tributário ficará dependente de dados incorretos, sujeitos a erros e avaliações equivocadas, e pode levar a ter problemas com o fisco, autuações, multas, comprometer a situação fiscal e financeira da empresa. (ZANLUCA, 2018, p.49)

Portanto, o Planejamento Tributário é um dos aspectos primordiais no exercício de atribuições a qual se confere ao Profissional Contábil, já que é através deste Planejamento, que as Empresas poderão tomar decisões para equacionarem seus gastos com tributos e contribuições, sem prejudicar aqueles que se beneficiam da arrecadação dos mesmos. (GONÇALVES; OLIVEIRA, 2013)

3 ELISÃO E EVASÃO FISCAL

Elisão fiscal é um planejamento tributário que visa a redução de tributos a serem pagos. Através do uso de meios legais e em razão do planejamento tributário, uma empresa pode conseguir evitar a dívida de alguns tributos, conforme previsão expressa da

lei, ou aproveitando suas brechas.

Zanluca (2018, p. 56), explica que a elisão fiscal pode ser caracterizada como uma gestão tributária inteligente que pode ser apresentada da seguinte forma:

Uma onde o próprio dispositivo legal permite ou até induz a economia dos tributos. Os incentivos fiscais são exemplos típicos de elisão induzida por lei, uma vez que ela já dá a seus contribuintes diversos benefícios. A outra forma, conforme mencionada anteriormente, é através de lacunas e brechas da legislação, onde o contribuinte opta por configurar seus negócios de tal forma que se obtenha o menor ônus tributário, não se caracterizando como método proibido.

De acordo com Yamashita (2005), a elisão é caracterizada por uma conduta lícita tendente a impedir o surgimento da obrigação tributária, pois evita a ocorrência do fato gerador.

Para Alexandre (2010, p.287):

Elisão Fiscal é o mesmo planejamento tributário, é a execução de procedimentos, antes do fato gerador, legítimos, éticos, para reduzir, eliminar ou postergar a tipificação da obrigação tributária, caracterizando, assim, a legitimidade do planejamento tributário.

Com base nas definições acima, a elisão fiscal é, então, uma maneira segura e legal de reduzir os tributos devidos por uma empresa. Contudo, existe também um jeito de burlar essa obrigação de pagar tributos, através da evasão fiscal.

De acordo com Abrahão (2011, p.89), a evasão fiscal pode ser explicada como:

A evasão fiscal, ao contrário de elisão, consiste em prática que infringe as normas vigentes. Corresponde à sonegação ou fraude por parte do contribuinte, é um ato que busca economia de maneira ilícita na carga tributária. Na evasão fiscal a ilegitimidade se dá no ato do fato gerador e também após sua ocorrência, objetivando reduzir ou até mesmo ocultar a obrigação tributária.

A evasão está sempre relacionada à ilicitude, ao ato volitivo do agente (sujeito passivo) em ocultar a ocorrência do evento tributário ou, ainda, em contrariar as expressas

disposições do ordenamento jurídico.

Saavedra (2013) explica que a evasão fiscal, diferentemente da elisão, é uma prática que infringe a lei, e que é cometida após a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, com o objetivo de reduzi-la ou ocultá-la.

Alguns casos práticos de evasão fiscal podem ser apresentados conforme exemplifica Rizzi (2014), uma situação em que a empresa possui uma filial, mas que simula para o fisco como se as unidades são empresas distintas, com a finalidade de diminuir sua carga tributária.

Um dos métodos de evasão mais utilizado, é a omissão de informações, isto é, omissão de documentos fiscais, e/ou documentos com informações irreais. A evasão fiscal está prevista na Lei nº 8.137/90, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e estabelece crime o ato de reduzir ou extinguir o tributo, nos termos dos artigos abaixo.

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (BRASIL, 1990)

A evasão fiscal consiste na utilização consciente e voluntária, pelo administrador ou contador da empresa, de executar procedimentos que violem diretamente a lei fiscal ou o regulamento fiscal, com a exclusiva finalidade de suprimir, retardar o cumprimento ou reduzir o tributo e/ou contribuição social. (GREGÓRIO, 2012)

Portanto, conforme apresentado, a elisão fiscal é legítima e lícita, já que é alcançada através de medidas tomadas de acordo com o que dispõe o ordenamento jurídico, enquanto que a evasão, é uma conduta ilícita, pela qual o contribuinte busca por meio de diversas formas, ocultar a determinada cobrança de um tributo, assim como ocorre na

sonexação de impostos, após a ocorrência de um fato gerador da obrigação tributária.

4 DIFERENTES MODALIDADES DE ENQUADRAMENTO TRIBUTÁRIO

O Brasil é um dos países com as maiores cargas tributárias do mundo. Por essa razão, é importante que os empresários e empreendedores, conheçam quais os tipos de enquadramento tributário existentes, para procurar o melhor regime para o seu negócio e pagar os impostos corretamente, evitando prejuízos financeiros e problemas fiscais com a Receita Federal.

O enquadramento tributário de uma empresa é o conjunto de regras que definem a maneira como os impostos serão pagos ao governo.

É na fase do planejamento tributário que uma empresa deverá avaliar, junto à contabilidade, a melhor opção em termos de enquadramento. Essa é uma decisão que deve ser tomada junto ao contador, que vai apontar para as possibilidades conforme o faturamento, valores apurados ou sazonalidades. Além disso, também é necessário levar em conta os limites de faturamento e as atividades permitidas para cada opção de enquadramento.

No Brasil, as empresas podem ser constituídas com diferentes naturezas jurídicas e constituem os patrimônios de acordo com o tipo de sociedade existente. Desta forma, vão se enquadrar em regimes diferenciados, de acordo com as características, tais como tamanho, faturamento, área de atuação e outros aspectos que devem ser analisados, de preferência junto a um contador ou consultor fiscal.

Atualmente, é possível formar os seguintes tipos de empresas: Microempreendedor Individual (MEI); Sociedade Limitada (LTDA); Sociedade Anônima (S.A); Microempresa (ME) e Empresa de Pequeno Porte (EPP).

Com base no tipo de empresa que foi constituída e considerando seu faturamento anual, é definido então qual o enquadramento tributário que deve ser utilizado para o pagamento de impostos.

Os três tipos de regime tributários mais utilizados nas empresas, de acordo com as atividades desenvolvidas são: Simples Nacional, Lucro Real e Lucro Presumido.

A escolha na forma de tributação da empresa, ocorre sempre no mês de janeiro de cada ano. Para que se faça a melhor escolha de regime tributário, é necessário que a empresa tenha uma noção dos resultados esperados que serão alcançados ao longo

daquele ano. Para tanto, a empresa pode aproveitar os dados retirados das demonstrações financeiras do ano anterior, estipulando assim uma projeção dos resultados, e realizando uma análise dos custos tributários dentro de cada regime. (BENÍCIO; PORTELA, 2017)

Para micro e pequenas empresas, não é possível alterar o tipo de regime tributário após o início do exercício fiscal, por essa razão, é necessário que o planejamento tributário seja feito com muita atenção.

4.1 Simples Nacional

O Simples Nacional é um regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido, cuja previsão encontra-se na Lei Complementar nº 123, de 14.12.2006. O Simples Nacional foi criado para, conforme o próprio nome já diz, simplificar o recolhimento de impostos sobre micro e pequenas empresas. Isto é, microempresas e pequenas empresas, que possuem faturamento de até R\$360 mil e R\$4,8 milhões ao ano, respectivamente, podem optar pelo enquadramento tributário Simples Nacional. Esse regime possui uma das menores quantidades de impostos e é ideal para os negócios que estão iniciando sua jornada, além de contar com facilidades na negociação de dívidas com o fisco.

No regime tributário Simples Nacional os impostos são taxados de acordo com o faturamento e não com base no lucro obtido. Portanto, o empresário precisa cumprir com o pagamento dos impostos mesmo em situações de prejuízo.

O recolhimento do imposto e contribuições é de forma mensal unificada, contendo: Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para Financiamento de Seguridade Social (COFINS), Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/Pasep), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Contribuição Patronal Previdenciária para Seguridade Social (CPP), Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviço de Transporte Interestadual e Intermunicipal (ICMS) e Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) (OLIVEIRA, 2013).

4.2 Lucro Real

Lucro Real é o lucro líquido da empresa apurado naquele determinado período, ajustados pelas adições, exclusões ou compensações (RIBEIRO; PINTO, 2014).

A Receita Federal define Lucro Real como sendo a base de cálculo do imposto sobre a renda apurada de acordo com os registros contábeis e fiscais efetuados sistematicamente conforme disposto nas leis comerciais e fiscais.

A apuração do lucro real deve ser feita na parte A do livro de apuração do Lucro Real, por intermédio de adições e exclusões ao lucro líquido do período de apuração - que pode ser trimestral ou anual - do imposto e compensações de prejuízos fiscais autorizadas pela legislação do imposto de renda, em conformidade com as determinações contidas na instrução Normativa SRF nº 28/1978.

O regime tributário Lucro Real é calculado a partir do lucro de empresas com faturamento anual acima de R\$78 milhões. As empresas que optam pelo regime do lucro real são as que possuem muitas despesas com aluguéis e matéria-prima, fatores que diminuem consideravelmente a margem de lucro.

O Lucro real é o lucro líquido do período, apurado com observância das normas das legislações comercial e societária, ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas pela legislação do Imposto de Renda. O lucro real é apurado a partir do resultado contábil do período base, logo, é necessário possuir uma escrituração contábil regular e mensal. Apurado o lucro líquido contábil, ele é transportado para o Livro de Apuração do Lucro Real, onde é ajustado mediante as adições, exclusões e compensações determinadas por lei, apurando-se então o lucro real.

A determinação do lucro real será precedida da apuração do lucro líquido de cada período de apuração com observância das disposições das leis comerciais (Lei 8.981/95, art.37 §1), através do livro de apuração do lucro real. Se o lucro real, também conhecido como lucro fiscal, for positivo, deve ser pago IRPJ e CSLL sobre este resultado, se for negativo, não cabe o pagamento de ambas.

4.3 Lucro Presumido

O enquadramento tributário Lucro Presumido está disponível para qualquer empresa, desde que o negócio não fature mais de R\$78 milhões ao ano. Nesse regime tributário, os tributos são recolhidos conforme a previsão de lucros de uma empresa em determinado período, e não com base no lucro real obtido.

Lucro Presumido é calculado através de um percentual de presunção estabelecido pela legislação vigente. A base de cálculo é aplicada pelo percentual sobre a receita bruta de vendas de mercadoria, serviços ou produção própria. Lembrando que os percentuais se diferenciam dependendo da atividade da empresa (ANDRADE; LINS; BORGES, 2013).

O Lucro Presumido é uma alternativa para as pequenas empresas desde que elas estejam dentro do limite de receita bruta total estabelecida em lei, qual seja, igual ou

inferior a R\$ 48.000.000,00. Nesse regime, as empresas não apuram o lucro através de escrituração contábil e sim por meio da presunção do lucro.

Contudo, estão impedidas de optar pelo Lucro Presumido as Pessoas Jurídicas enquadradas no artigo 14 da Lei 9.718/98, alterada pela Lei 10.637/2002.

De acordo com Pinto (2013) o lucro presumido é calculado sobre o faturamento trimestral, isto é, a receita bruta compreende as vendas - exceto as vendas canceladas - os descontos concedidos e os impostos não cumulativos cobrados, sem contar com as despesas e custos.

A apuração do lucro presumido será realizada trimestralmente, tendo por base a presunção do lucro bruto, determinado pela aplicação de percentuais variáveis, conforme o ramo de atividade da empresa sobre a receita bruta auferida em cada trimestre. Serão ainda acrescidos à base de cálculo e tributados diretamente, os ganhos de capital, de rendimentos e ganhos líquidos auferidos em aplicações financeiras, as demais receitas e rendimentos e os resultados positivos decorrentes de receitas. (OLIVEIRA, 2013).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo abordou o conceito de planejamento tributário, tratou sobre a diferença de elisão e evasão fiscal, bem como sobre os regimes tributários, Lucro Presumido, Lucro Real, e Simples Nacional.

Durante o desenvolvimento desse trabalho científico e do tema abordado, bem como, os dados colhidos e apresentados através da revisão bibliográfica, foi possível concluir que, o planejamento tributário fiscal é de extrema importância para todas as empresas, independentemente do porte, pois o planejamento é capaz de garantir muitas vantagens, tais como: a redução de custos de empreendimentos, evitar ocorrências de autuações, a realização de um orçamento anual eficaz, elaboração de um calendário tributário adequado às necessidades da empresa, aproveitamento de possíveis incentivos fiscais e a definição de maneira mais precisa da atividade econômica realizada na empresa, além de permitir a simulação e a análise de cenários pelos quais o negócio pode eventualmente passar.

O planejamento tributário exige o conhecimento de todas as informações sobre determinada empresa, por isso, o responsável deve escolher com muita cautela o profissional que será responsável pela criação do planejamento.

É importante que o profissional contábil esteja em constante qualificação, buscando

conhecimento dentre os assuntos aqui estudados, principalmente na contabilidade Tributária que trata sobre o planejamento, pois as Leis estão em constantes mudanças, e o contador deve se adequar ao mesmo, sempre com a finalidade de garantir o melhor para uma empresa.

Como sugestão de trabalho futuro, será importante a realização de um novo estudo, com enfoque direcionado apenas às diferentes modalidades de enquadramento tributário, com análise de seus benefícios, vantagens e desvantagens geradas na economia e na empresa privada.

REFERÊNCIAS

- ABRAHÃO, Marcelo Alcântara. **A Elisão Fiscal como Ferramenta para o Planejamento Tributário**. Santa Catarina, 2011. Disponível em <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/121033/295994.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 maio. 2021.
- ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- ANDRADE, Eurídice; LINS, Luiz; BORGES, Viviane. **Contabilidade Tributária: Um enfoque nas Áreas Federal, Estadual e Municipal**. São Paulo: Atlas, 2013.
- BRASIL. **Lei 8.137/90, 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm>. Acesso em: 28 maio.2021.
- BENICIO, Francinildo Carneiro; PORTELA, Francisco das Chagas Rodrigues. **Planejamento Contábil Tributário como ferramenta para redução legal dos tributos**: um levantamento bibliográfico da importância do Planejamento Tributário para as empresas. 2017. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_planejamento_tributario_29.09.2017.pdf>. Acesso em: 28 maio.2021.
- FABRETTI, Láudio Camargo. **Contabilidade Tributária**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- FABRETTI, Láudio Camargo. **Contabilidade Tributária**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FEITOSA, André. **Quais são os tipos de planejamento tributário e como colocar em prática?**. 2021. Disponível em: <<https://conube.com.br/blog/tipos-de-planejamento-tributario/>>. Acesso em: 18 maio. 2021.

GONÇALVES, Marina; OLIVEIRA, Rodrigo R. Faria de. **A importância do planejamento tributário para as empresas**. 2013. Disponível em: <https://faex.edu.br/_arquivos/_revistas/496047001371674179_3.pdf>. Acesso em: 08 abril. 2021.

GREGÓRIO, André Campos. **A elisão fiscal como planejamento tributário**. 2015. Disponível em: <http://camposegregorio.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=110%25>. Acesso em: 18 maio. 2021.

PINTO, João R. D. **Imposto de renda: contribuições administradas pela Secretaria da Receita Federal e Sistema Simples**. 21. ed. Brasília, DF: CFC, 2013.

LATORRACA, Nilton. **Direito tributário: imposto de renda das empresas**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MAGGI, Luiz. **Planejamento Contábil e Tributário**. 1ª. Edição. Belo Horizonte: Fumarc, 2009.

MALKOWSKI, A. **Planejamento Tributário e a Questão da Elisão Fiscal**. São Paulo: Editora Direito, 2000.

OLIVEIRA, Gustavo P. de. **Contabilidade tributária**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Planejamento tributário - elisão e evasão fiscal - norma antielisão e norma antievasão**. Disponível em: <<https://www.marizadvogados.com.br/wp-content/uploads/2018/04/NArt.04-2010.pdf>>. Acesso em: 26 maio. 2021.

OLIVEIRA, Juliana. **Para especialista, planejamento tributário é diferencial para todas as empresas**. 2016. Disponível em: <<https://cfc.org.br/noticias/para-especialista-planejamento-tributario-e-diferencial-para-todas-as-empresas-20o-cbc-vai-discutir-o-assunto/>>. Acesso em: 26 maio. 2021.

OLIVEIRA, L. M. de et al. **Manual de Contabilidade Tributária: textos e testes com respostas**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

RIBEIRO, Osni, PINTO, Mauro. **Introdução à Contabilidade Tributária**. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

SAAVEDRA, Marcus Vinicius. **Elisão e Evasão fiscal**. 2013. Disponível em:
<<http://marcussaavedra.com.br>.

jusbrasil.com.br/artigos/111686325/elisao-e-evasao-fiscal>. Acesso em: 26 maio. 2021.

SARANDY, Wiliam W. Silva. **A importância do planejamento fiscal para a Micro e a Pequena Empresa**. 2004. Disponível em: <
http://www.fiscosoft.com.br/main_online_frame.php?page=/index.php?PID=125158>.

Acesso em: 19 Mai. 2021.

TUMELERO, Taina. **Pesquisa descritiva: conceito, características e aplicação**. 2018. Disponível em: < <https://blog.mettzer.com/pesquisa-descritiva/>>. Acesso em: 26 março. 2021.

ZANLUCA, Júlio César. **O Contabilista e o planejamento tributário**. 2011. Disponível em: <<http://www.portaldecontabilidade.com.br/tematicas/planejamentofiscal.htm>>. Acesso em: 06 abril. 2021.

ZANLUCA, Júlio Cesar. **Planejamento Tributário**. São Paulo, 2018. Disponível em: <<http://www.portaltributario.com.br/planejamento.htm>>. Acesso em: 06 mai. 2021.

NEGOCIAÇÃO NA JUSTIÇA PENAL

LUIZ GUILHERME DE SOUZA FERNANDES:

Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário de Santa Fé do Sul UNIFUNEC.

WALTER MULLER

(orientador)

RESUMO: O tema desenvolvido neste artigo é de grande relevância de estudo, tratando-se de um tópico de grandes controvérsias na atualidade, com diversos entendimentos e perspectiva de doutrinadores, sendo a negociação na Justiça Penal uma novidade para o direito brasileiro, advinda da legislação estrangeira, e sem tradução solidificada no Brasil, passou a ser tratado como uma transação penal. Apesar dos pontos doutrinários de divergências, certo é que o processo penal moderno é composto por princípios máximos que asseguram o reconhecimento da não culpabilidade do acusado, sendo seu, exclusivamente, o direito também de utilizar o instituto da negociação penal, confessando a prática delituosa em troca de uma composição para o cumprimento da pena. O instituto da negociação penal não só é válido como também traz benefícios ao direito penal brasileiro, pois com a negociação penal, haverá uma diminuição notória do trâmite para a resolução de processos criminais, além da própria economia gerada ao Poder Judiciário. Além disso, diversos fatores reflexos poderão ser observados com a negociação penal, como o encerramento célere de processo e a possibilidade de o réu seguir sua vida adiante, sem se preocupar com o peso de carregar um processo com desfecho incerto. O artigo foi desenvolvido com base em análises de monografias, discussões em grupos e por meio de pesquisas em sítios idôneos da internet.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Processual Penal. Negociação na Justiça Penal. *Plea Bargain*.

ABSTRACT: The theme developed in this article is of great relevance of study, being a topic of great controversies nowadays, with diverse understandings and perspective of doctrinators, being the negotiation in the Criminal Justice a novelty for the Brazilian law, coming from the legislation foreign, and without solidified translation in Brazil, started to be treated as a criminal transaction. Despite the doctrinal points of divergence, it is certain that the modern criminal process is composed of maximum principles that ensure the recognition of the accused's non-culpability, being his exclusively the right also to use the criminal negotiation institute, confessing the criminal practice in exchange of a composition for serving the sentence. The institute of criminal negotiation is not only valid but also brings benefits to Brazilian criminal law, as with criminal negotiation, there will be a noticeable decrease in the procedure for resolving criminal cases, in addition to the

savings generated by the Judiciary. In addition, several reflex factors may be observed with the criminal negotiation, such as the speedy termination of proceedings and the possibility that the defendant can go on with his life, without worrying about the burden of carrying a case with an uncertain outcome. The article was developed based on analysis of monographs, group discussions and through research on suitable internet sites.

Keywords: Criminal Law. Criminal Procedural Law. Negotiation in Criminal Justice. Plea Bargain.

1. INTRODUÇÃO

Para que se entenda o que é a negociação penal, são necessárias algumas considerações acerca da própria justiça penal e sobre os motivos que tornam a justiça consensuada como uma alternativa moderna, sobretudo frente aos elevados custos do processo judicial, da máquina judicial cada vez mais sufocada, e da morosidade na resolução de processos.

Plea bargain ou negociação penal, é um estatuto jurídico que originou dos Estados Unidos da América, sendo bem verdade que existem diferenças entre o federalismo que se vive no Brasil e o dos norte-americanos.

O federalismo americano foi resultante de um processo de emancipação das treze colônias, que fez a constituição de dois grupos divididos entre os republicanos e os federalistas, estes pregavam que o fortalecimento do poder central, visando conservar a união política dos estados reformulação do sistema judicial criminal norte-americano, em virtude dos corriqueiros acordos celebrados entre acusação e defesa, evidenciados na realidade da prática forense, em que pese as regras procedimentais impedirem a admissão de culpa em troca de benefícios, e aqueles defendiam que o governo centralizador não poderia se sobrepor à autonomia dos estados.

Este contexto histórico é importante para compreender o começo da solidificação do instituto *plea bargain*, termo que ainda sequer possui uma tradução solidificada no Brasil, mas que o Dicionário de Direito, Economia e Contabilidade de Marcílio Moreira de Castro sugere traduzir para “transação penal”.

A doutrina, por sua vez, preferiu uma explicação mais aprofundada para o instituto do *plea bargain*, como se fosse um acordo entre a acusação e a defesa, no qual o réu faz uma confissão judicial da prática de determinado delito, e em troca recebe uma pena mais branda, para evitar o julgamento.

Porém, o entendimento de *plea bargain* nos EUA conflita com o conceito de transação penal no Brasil, pois no Brasil, por exemplo, a transação penal é uma medida despenalizadora. Já nos Estados Unidos é uma medida penalizadora — embora

amenizadora da pena. No Brasil, a transação penal se aplica a infrações penais de menor potencial ofensivo.

Nos Estados Unidos, para qualquer crime. No Brasil, a lei só cobre infrações com pena máxima de até dois anos. Nos Estados Unidos, pode incluir até prisão perpétua, em outros termos, um réu pode aceitar uma pena de prisão perpétua para escapar da pena de morte.

Apesar das diferenças entre os sistemas, e até mesmo divergências apontadas no instituto da *plea bargain* com o direito brasileiro, são inúmeras as vantagens da implementação do instituto no Brasil, sendo a mais notória a eliminação de numerosos e demorados processos, com a economia de recursos e enxugamento do Poder Judiciário.

Não obstante, certo é que a negociação penal é espécie de medida despenalizadora, aproximando-se dos institutos como o da suspensão condicional do processo e como o da transação penal, já existentes e dispostos há muitos anos no ordenamento jurídico pátrio.

Inserindo-se como um raciocínio legislativo fundado em um modelo consensual de solução de conflitos, é patente a constituição de um relevante marco para aliviar o Poder Judiciário e, por conseguinte, melhorar a efetividade da jurisdição penal, que ocorrerá sem prejudicar os direitos fundamentais do cidadão, com a efetividade reclamada pela sociedade.

2. AS DIVERGÊNCIAS DA NEGOCIAÇÃO PENAL COM O DIREITO BRASILEIRO E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO

Apesar de ter sido aprovado e já estar inserido no art. 395-A do Código de Processo Penal, o modelo negocial proposto e inspirado no instituto estrangeiro *plea bargain* causou grandes discussões entre os doutrinadores e estudiosos do direito no Brasil, pois se vislumbrou que o modelo negocial permitiu o retorno do valor probatório da confissão, que já tinha sido enfraquecido no perpassar da história do processo penal brasileiro, e a confissão passa a ser reputada de modo que basta a negociação com a confissão do acusado.

A respeito da confissão, não é nenhuma novidade para o mundo jurídico, mas seu caráter de prova persiste até os dias de hoje, afirmando a doutrina que a confissão é um dos instrumentos disponíveis para que o magistrado possa chegar à veracidade das afirmações feitas pelas partes.

Possuindo capítulo próprio, a confissão no Código de Processo Penal se encontra no título de provas. Além disso, tem-se como exemplo a citação do artigo 197 do referido diploma instrumental, determinando como será o valor da confissão, ao expor que a

confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e existe compatibilidade ou concordância.

Ademais, a própria norma prevê um benefício ou agraciamento com aquele que contribui com a justiça. De fato, o Código Penal estabelece no artigo 65, inciso III, alínea "d", que a confissão espontânea de autoria é circunstância atenuante da pena, desde que realizada perante a autoridade.

Logo, a confissão não é algo inovador no processo penal, mas é reconhecida como uma cooperação com a Justiça, encontrando origem e lógica de funcionamento no interior de toda legislação que permite uma negociação para a resolução criminal.

Mas não são todos os autores que concordam positivamente com o instituto da negociação penal. John Langbein, por exemplo, compara a *plea bargain* com o método medieval de tortura para extração da confissão, pois segundo sua visão o cidadão preferirá confessar e cumprir uma pequena condição imposta na negociação, do que ter que enfrentar um longo processo criminal, do qual o resultado final dependerá de um conjunto de fatores que nem sempre são previsíveis. (LANGBEIN, 2017, p.141)

Apesar da desigualdade entre a intensidade da coação suportada, há semelhança no procedimento da negociação de sentença com o procedimento do interrogatório a fim da condenação definitiva, pois nos tempos medievais, durante o interrogatório e através da tortura, eram mostradas as ferramentas de tortura ao acusado, fazendo com que tivesse a oportunidade da confissão espontânea.

Caso não fosse possível obter a confissão espontânea, realizava-se a tortura, que podia durar dias, conforme a gravidade da heresia reconhecida. Já na negociação penal, o acusado é também recompensado com uma pena diminuída caso espontaneamente confesse seu crime, poupando o trabalho da acusação na busca de provas que incriminam.

Na condição de não querer colaborar, sofrerá o processo, podendo ser obrigado às medidas cautelares, como por exemplo a prisão preventiva, deixando de ser uma medida excepcional virando regra, de acordo com os números do sistema carcerário. Tais semelhanças representam a natureza inquisitiva da negociação da sentença criminal como modo de imposição buscando a confissão.

De outra face, não se pode suscitar em extinção da punibilidade, ou qualquer produção de efeitos sobre o direito de punir do Estado, pois segundo Albergaria o *plea bargain* é:

A negociação entre arguido e o representante da acusação, com ou sem participação do juiz, cujo objecto integra recíprocas concessões

e que contemplará, sempre, a declaração de culpa do acusado (guilty plea) ou a declaração dele de que não pretende contestar a acusação (plea of nolo contendere) (ALBERGARIA, 2007, p. 20).

Apesar dos pontos de divergência, e das duras críticas de diversos autores, não se pode confundir o mundo moderno com os fatos relacionados aos tempos medievais. Ocorre que, agora, o processo penal é composto por diversos princípios que asseguram o reconhecimento da não culpabilidade do acusado, bem como mecanismos de defesa, que possibilitam que todo cidadão tenha o direito de responder o processo criminal de forma a assegurar todos os seus direitos, sendo que a confissão virá do próprio acusado, sendo que o acordo passará pela necessária homologação na justiça penal.

2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana está preconizado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, conforme segue:

Art.1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, verifica-se que a finalidade do princípio da dignidade da pessoa humana é expressar o conjunto de valores essenciais dos direitos fundamentais, garantindo assim, a tutela da liberdade e da igualdade.

Da mesma forma destaca o doutrinador Marcelo Novelino (2014) sobre o assunto:

A consagração da dignidade humana no texto constitucional reforça, ainda, o reconhecimento de que a pessoa não é simplesmente um reflexo da ordem jurídica, mas, ao contrário, deve constituir o seu objetivo supremo, sendo que na relação entre o indivíduo e o Estado deve haver sempre uma presunção a favor do ser humano e de sua personalidade.

Entende-se assim, que o princípio da dignidade da pessoa humana contém valor de ordem constitucional, sendo vista como um dos princípios de maior relevância resguardados pela Constituição.

Por esse caminho o Estado, como órgão supremo tem a incumbência de manter resguardado este direito inerente a pessoa, com objetivo de manter a ordem social.

No que tange na *plea bargain*, tem de se perceber uma evidente investigação quanto a indagação da fonte do *plea bargaining* e da sua natureza, assim sendo de suma importância compreender o objetivo e sua natureza jurídica, qual o objetivo que se busca em um sistema negocial.

Seja qual for a natureza jurídica de um decidido sistema deve ser verificado o princípio da humanidade. Para Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 70) “o Princípio da humanidade sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana”.

Deste modo há de se consumir que toda via estatal de punibilidade, não importando qual o sistema operante em determinado Estado, deve ser analisado a dignidade da pessoa humana, o *plea bargaining* está acrescido neste conceito de sanção célere.

Nos demais institutos, não se verifica com exatidão o início primordial da formação da *plea bargaining* norte-americana.

Contudo, com a finalidade de fazer entender a consolidação desse instituto tão sucateado no passado, é que se deve ter atenção para as conjunturas que prestaram de pano de fundo. No mesmo contexto, é necessário reportar-se ao conturbado século XIX.

Para Ronaldo de Figueiredo Medina (2020, p. 57):

Os fatores históricos e explicativos da consolidação da pleabargaining, antes demonstrados, são relevantes, porém não podem ser vistos separadamente da análise da estrutura do modelo de processo penal desse país. Tal afirmação mostra-se pertinente, pois esse modelo de natureza adversarial favoreceu justamente a possibilidade de adaptação da declaração de culpa no cotidiano desta justiça.

Pode-se concluir que a atual configuração deste instituto está pautada na transformação de vários fatores históricos.

3. AS VANTAGENS E DESVANTAGENS DA NEGOCIAÇÃO PENAL

Avançando, com o instituto da *plea bargain* em ação, há a eliminação de numerosos e demorados julgamentos, sendo este evidentemente o maior benefício do acordo, com o enxugamento dos fóruns criminais e dos tribunais superiores.

Além disso, o trâmite para a resolução dos procedimentos se torna exponencialmente mais veloz, com custos, pressões e cargas de trabalho menores e simplificados.

Com a negociação penal, haverá uma diminuição dos julgamentos, necessidade de demoradas audiências e, por reflexo, os demais processos também terão uma tramitação mais rápida, salientando que julgamentos podem demorar dias, meses e até mesmo anos, ao passo que o acordo penal pode ser realizado e concluído em minutos ou horas.

Evita-se os custosos julgamentos, economizando tempo, recursos humanos e financeiros e com isso há uma melhora no desenvolvimento dos entes que custeiam a Justiça e uma melhora na própria administração dos tribunais.

E muitas das vezes o acordo penal pode ser estrategicamente mais interessante ao próprio acusado, pois determinados advogados também têm a preferência de fechar um bom acordo do que ter que enfrentar um dificultoso julgamento, com muitas das vezes necessidade de promover recurso.

Assim, pode ser considerado como uma boa troca para os réus que já se consideram culpados, em que penas rigorosas podem ser reduzidas pelo acordo, ou até mesmo realizado o acordo com relação à um crime e a exclusão com relação a outro delito, dentro de um mesmo contexto.

Como reflexo também se terá o enxugamento das prisões, pois na maioria dos casos a pena será inferior com a negociação penal, aumentando assim o rotativismo e, por resultado, diminuindo o tempo dos réus nas prisões.

Em muitos casos, a resolução do processo ocorre em tempo recorde, evitando maiores transtornos para o acusado. Assim sendo, se as partes fazem um acordo e ele é deferido pelo juiz, o caso já está encerrado e o réu pode seguir com sua vida.

Também alivia a ansiedade motivada pela incerteza de um desfecho ruim no julgamento, principalmente não tendo a ideia do que se pode acontecer, permitindo com que o réu lide com a consequência de seu crime de imediato, ao invés de se preocupar com isso durante meses ou até anos.

Por fim, há um reflexo da negociação penal também para as vítimas e para as testemunhas, que podem escapar da pressão que é depor ou participar de uma audiência.

3.1 OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL E A NEGOCIAÇÃO DA SENTENÇA.

A Constituição Federal encarregou-se em determinar as garantias a quem viesse a sofrer um processo criminal. Para se explicar essa anotação expressa de princípios em sua redação é de sinete da origem histórica das garantias individuais como uma forma de se defender das arbitrariedades do Estado, como também a magnitude do bem jurídico posto em julgamento: a liberdade.

Tendo como principal princípio, o do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88) que “traduz-se em garantir o direito de não ter a sua liberdade e seus bens privada, sem a prerrogativa de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei.”

Este princípio assegura ao acusado a totalidade de sua defesa, bem como está interiormente conectado aos demais princípios constitucionais que será tratado na sequência.

Cesare Beccaria, em 1764, já advertia que “um homem não pode ser chamado de réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”.

Narrado a concepção foi recepcionado em diversas convenções e declarações, por exemplo a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdade Fundamentais (1953), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e Convenção Americana de sobre Direitos Humanos (1969).

No Brasil, tal ideia, era tratada de forma disfarçada até a promulgação da Constituição Federal de 1988. Com o art. 5º, inciso LVII, da CF/88 pronunciando o princípio da presunção de inocência (BRASIL, 1988):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo- se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Com o decorrer o acusado mesmo que tenha se utilizado a ampla defesa e do contraditório. O princípio da presunção de inocência concerne em três aparição no conjunto. A primeira, como princípio fundamental. A segunda como regra de utilização da sentença. A terceira, na forma de uma premissa relacionado ao tratamento do imputado durante a persecução.

O doutrinador Aury Lopes Jr. (2012, p . 778) ensina que o princípio da presunção de inocência estabelece uma obrigação de tratamento ao acusado:

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto inicialmente - ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição (*in dubio pro reo*); ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?). Enfim, na dimensão interna, a presunção de inocência impõe regras de julgamento para o juiz. Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.

Derivando-se do *in dubio pro reo*, a presunção de inocência, que ordena, a parte acusatória possui o ônus de comprovar a culpabilidade do acusado além de alguma dúvida razoável, e não esse de provar sua inocência.

Gustavo Henrique Badaró (2003, p. 285) declara que essa definição probatória se estabelece numa exigência para necessidade da sentença condenatória, que só será capaz se proferida após anulada qualquer dúvida razoável.

Essa regra de julgamento dada pela presunção de inocência indica que o juiz ao analisar o conjunto probatório anexo aos autos, deve se certificar da comprovação de autoria e materialidade do crime, de modo que desbaste a presunção de que o acusado seja inocente. Necessário ressaltar, até então, os princípios do contraditório e ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV, da CF/88 (BRASIL, 1988):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 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;

Explanadas atenções quanto a presunção de inocência, contraditório e ampla defesa são relevantes, dado que o acordo previsto no artigo 395-A será efetuado antes de iniciada a instrução processual, perdurando no processo apenas os elementos da fase investigativa.

Além do mais, pontua-se que o inciso III do citado artigo institui, até o momento, como circunstância de aceitação do acordo, a expressa demonstração da parte no sentido de renunciar a produção de prova.

Dessa maneira, antes da eventualidade, trazida pelo acordo penal, de condenação com fundamento em averiguações colhidas na fase investigativa agrupada à confissão, Vinícius Vasconcellos (2018, p. 176 – 177), talentosamente, declara que há uma óbvia fragilização do princípio da presunção de inocência, uma tornada ao passado, que desconceitua a regra de necessidade de provas sólidas e lícitas para necessidade de sentença penal condenatória. Prontamente, se o acordo será celebrado antes da produção de provas e o inquérito policial não dispõe a capacidade de facilitar a condenação criminal, apenas pode ser usado subsidiariamente, retornará a confissão a se oferecer como rainha das provas, o que nos traz de volta ao tempo da Inquisição e ao processo inquisitivo.

Dado que, o standard proposto no 395-A, tornando a confissão valor probatório que se encontrava enfraquecido no escoar cronológico do processo penal.

A confissão possui seu próprio capítulo no Código de Processo Penal, abordando se no título as provas. Como exemplo, cita-se o art. 197, que determina como se aferirá o valor da confissão:

Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

No Código Penal, contribuindo com a justiça, em seu artigo 65, III, d, a confissão espontânea como atenuante da pena, mas desde que executada diante de autoridade.

Com a Plea Bargaining, o acusado recebe uma pena abrandada também, com a condição de que confesse, abstendo a ocupação da acusação de buscar provas incriminadoras. Na hipótese de não colaboração, será processado, sendo capaz de ser obrigado as medidas cautelares.

Essas similitudes representam o meio inquisitivo da negociação da sentença criminal de que modo de coerção para buscar a confissão.

Como particularidade de processo inquisitivo, cita-se Renato Brasileiro (2018, p. 39):

Em síntese, podemos afirmar que o sistema inquisitorial é um sistema rigoroso, secreto, que adota ilimitadamente a tortura como meio de atingir o esclarecimento dos fatos e de concretizar a finalidade do processo penal. Nele, não há que se falar em contraditório, pois as funções de acusar, defender e julgar estão reunidas nas mãos do juiz inquisidor, sendo o acusado considerado mero objeto do processo, e não sujeito de direitos. O magistrado, chamado de inquisidor, era a figura do acusador e do juiz ao mesmo tempo, possuindo amplos poderes de investigação e de produção de provas, seja no curso da fase investigatória, seja durante a instrução processual.

Devido aos abusos dispostos no sistema inquisitorial, a Constituição Federal de 1988 admitiu de forma explícita o sistema acusatório em seu texto, invocando exclusiva a individualidade do Ministério Público para propor a ação penal (art. 129, I, da CF/88). Em vista disso acham-se bem definidos os papéis dos envolvidos no processo, não sendo capaz o juiz começar um processo penal de ofício, bem como promover atos investigativos, ficando tão somente às partes a produção das provas que subsequentemente serão analisadas pelo magistrado.

O modelo acusatório prima pela separação das funções entre quem acusa e de quem julga.

4. CONCLUSÃO

Conclui-se que com o instituto da *plea bargain* em ação existe há eliminação de numerosos e demorados julgamentos. Além disso, o trâmite para a resolução dos procedimentos se torna exponencialmente mais veloz.

O modelo negocial *plea bargain* causou grandes discussões entre os doutrinadores e estudiosos do direito no Brasil, pois se vislumbrou que o modelo negocial permitiu o retorno do valor probatório da confissão, que já tinha sido enfraquecido na história do processo penal brasileiro.

A doutrina, preferiu uma explicação mais aprofundada para o instituto do *plea bargain*, como se fosse um acordo entre a acusação e a defesa, no qual o réu faz uma confissão judicial da prática de determinado delito, e em troca recebe uma pena mais branda, para evitar o julgamento.

A respeito da confissão, não é nenhuma novidade para o mundo jurídico, mas seu caráter de prova persiste até os dias de hoje, afirmando a doutrina que a confissão é um dos instrumentos disponíveis para que o magistrado possa chegar à veracidade das afirmações feitas pelas partes.

Visto os pontos de divergência, não se pode confundir o mundo moderno com os fatos relacionados aos tempos medievais. Ocorre que, agora, o processo penal é composto por diversos princípios que asseguram o reconhecimento da não culpabilidade do acusado, bem como mecanismos de defesa, que possibilitam que todo cidadão tenha o direito de responder o processo criminal de forma a assegurar todos os seus direitos, sendo que a confissão virá do próprio acusado, sendo que o acordo passará pela necessária homologação na justiça penal.

Com a negociação penal, haverá uma diminuição dos julgamentos, necessidade de demoradas audiências e, por reflexo, os demais processos também terão uma tramitação mais rápida, ao passo que o acordo penal pode ser realizado e concluído em minutos ou horas.

Dado que muitas das vezes o acordo penal pode ser estrategicamente mais interessante ao próprio acusado, pois determinados advogados também têm a preferência de fechar um bom acordo do que ter que enfrentar um dificultoso julgamento, com muitas das vezes necessidade de promover recurso e procrastinar o processo.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea Bargaining: Aproximação à justiça negociada nos E.U.A.** Coimbra: Almedina. 2007, p. 21.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 285.

BARROSO, Erica Montenegro Alves. **Justiça penal negociada sob a ótica do sistema garantista penal.** Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/justica-penal>>.

BITENCOURT, Cezar. **Tratado de direito penal – parte geral.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.70.

BRASIL. **Constituição Federal.** Brasília. DF. 05 de out. de 1988.

CASTRO, Marcílio Moreira de Marca, **Dicionário de Direito, Economia e Contabilidade - Inglês-português/português-inglês - 4ª Ed.** 2013: Forense Jurídico Didático.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas.** Tradução: Lucia Guidicini. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 69

LANGBEIN, John H. **Tortura e Plea Bargaining. Sistemas Processuais Penais.** Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner. Florianópolis, Ed. Empório do Direito, 2017, p. 141.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p. 39.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8 ed. V 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MELO, João Ozorio. **Funcionamento, vantagens e desvantagens do plea bargain nos EUA**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua> >. Acesso em: 31 jul. 2020

NOVELLINO, Marcelo. **Manual De Direito Constitucional - 9ªED.** (2014) Volume Único Editora Metodo.

PEDROSA, Ronaldo Leite. **Direito em História**. 6º edição. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008.

RODAS, Sérgio. **Nos EUA plea-bargain foi instituído para desafogar tribunais**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/eua-plea-bargain-foi-instituido-desafogar-tribunais>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: D'plácido, 2018.176-177.

GUARDA COMPARTILHADA COMO MECANISMO DE COMBATE A ALIENAÇÃO PARENTAL

ADAN FELIPE VENÂNCIO LOPES:

Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário de Santa Fe do Sul UNIFUNEC

ANA MARIA ORTEGA

RESUMO: O objetivo do trabalho é estudar a guarda compartilhada e a alienação parental, bem como identificar se a guarda pode atuar como mecanismo de combate a alienação parental, levando em consideração a proteção integral à criança ou ao adolescente. O artigo discorrerá sobre a evolução da sociedade e do direito de família, com a possibilidade do divórcio, a guarda, o conceito e mecanismos de combate da alienação parental, com ênfase no mecanismo da guarda compartilhada. A problematização é como pode a guarda compartilhada inibir as práticas de alienação parental, quando do surgimento da alienação parental é haver rancor e ressentimento entre os ex-cônjuges diante da dissolução da relação conjugal, chegando um dos genitores utilizar o filho como objeto de vingança. Conclui que a guarda compartilhada é a forma de combater as práticas da alienação parental, uma vez que reafirma os princípios da igualdade de condições entre os pais, como disciplinado pela Constituição Federal e do interesse da criança e do adolescente, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, reafirmando que em primeiro lugar a criação, educação e o desenvolvimento da prole. A metodologia utilizada foi a revisão de literatura, com pesquisas em doutrinas, jurisprudências, revistas jurídicas e legislações pertinentes.

Palavras-chave: Divórcio. Guarda compartilhada. Alienação parental. Mecanismo de combate.

ABSTRACT: The objective of the work is to study shared custody and parental alienation, as well as to identify whether custody can act as a mechanism to combat parental alienation, taking into account the full protection of children or adolescents. The article will discuss the evolution of society and family law, with the possibility of divorce, custody, the concept and mechanisms for combating parental alienation, with an emphasis on the mechanism of shared custody. The problematization is how shared custody can inhibit parental alienation practices, when the emergence of parental alienation, there is resentment and resentment among ex-spouses at the dissolution of the marital relationship, with one of the parents even using the child as an object of revenge. It concludes that shared custody is the way to combat the practices of parental alienation, as it reaffirms the principles of equal conditions between parents, as regulated by the Federal Constitution and in the interests of children and adolescents, provided for in the Statute of the Child and of the Adolescent, reaffirming that in the first place the creation, education

and development of the offspring. The methodology used was a literature review, with research on doctrines, jurisprudence, legal journals and pertinent legislation.

Keywords: Divorce. Shared custody. Parental alienation. Combat mechanism.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve relato sobre direito de família e poder familiar. 3. Espécies de guarda. 3.1 Guarda unilateral. 3.2 Guarda compartilhada. 3.3 Guarda alternada. 3.4 Diferença entre guarda compartilhada e guarda alternada. 4. Da alienação parental. 5. A lei 12.318/10 e os mecanismos de solução da alienação parental. 6 Guarda compartilhada como mecanismo de combate a alienação parental. 7. Conclusão. 8. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A evolução da sociedade trouxe grandes mudanças no direito de família, principalmente no que concerne a dissolução da relação conjugal, que antigamente era vista com maus olhos perante a família e a sociedade. Entretanto, diante da evolução a Emenda Constitucional nº 66/2010 traz a facilidade no momento do divórcio, sem haver a necessidade de justificar a dissolução da relação conjugal e a prévia separação.

Apesar dessa facilidade, outras questões devem ser levantadas em consideração, uma delas é a guarda dos filhos, uma vez que sempre que existir a necessidade da atuação judiciária para a busca da proteção integral dos filhos menores, quanto a sua guarda, e outras questões que dizem respeito aos direitos dos filhos quando não tem seus pais juntos.

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é estudar a guarda compartilhada e a alienação, bem como identificar se a guarda pode atuar como mecanismo de combate a alienação parental em consideração a proteção integral à criança ou ao adolescente.

Diante disso, é importante estudar cada espécie de guarda admitida pela legislação e doutrina e entender suas distinções, bem como apresentar a melhor opção para a manutenção do poder familiar de ambos os genitores.

Posteriormente, apresentar o conceito e a legislação pátria quanto à alienação parental, e alguns dos mecanismos de combate a esta prática pelo genitor, com ênfase a guarda compartilhada como meio de solução e cerceamento da alienação parental.

Ademais, será possível compreender o que a alienação parental pode fazer com os filhos, e os genitores alienados, uma vez que o intuito da alienação é desconstruir, afastar e desmoralizar o genitor alienado, perante a prole.

Por fim, o trabalho apresenta grande relevância jurídica diante da sua contemporaneidade e aplicabilidade prática, devido a evolução e modernização do direito de família.

2 BREVE RELATO SOBRE DIREITO DE FAMÍLIA E PODER FAMILIAR

A evolução do direito de família é notória e adéqua-se as inovações e mudanças da sociedade contemporânea. Uma das maiores mudanças que se pode verificar e que trouxe grande repercussão para a vida em sociedade foi a regulamentação da dissolução do casamento com a promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010, trazendo a facilidade no momento do divórcio, sem haver a necessidade de justificar a dissolução da relação conjugal e a prévia separação.

Nesse sentido, é importante um breve relato sobre o casamento e a sua evolução com o passar dos anos e as mudanças ocorridas na sociedade. Portanto, o casamento além de ser um ato civil entre as pessoas, que transfere e constitui direitos e deveres, é também um ato baseado em dogmas religiosos e morais, pois antigamente o casamento deveria ser o ato de união entre duas pessoas por toda a vida do casal.

Nesse sentido, o divórcio era algo malvisto perante a família e a sociedade, e algo combatido e proibido por muito tempo, não só no Brasil. Entretanto, com o passar dos anos, e as consequentes mudanças religiosas e culturais, verificou ser evidente que o direito necessitava de uma remodelagem e precisava se adequar com as mudanças ocorridas na sociedade, para proteger e normatizar de forma mais justa e prática a dissolução do casamento.

Dessa forma, atualmente a maioria das legislações e países aceitam o divórcio ou a separação de corpos como meio de dissolução do casamento. Entretanto, apesar da legislação brasileira aceitar o divórcio como dissolução da relação conjugal ou o reconhecimento e a dissolução da união estável, isso não significa que o casal quando tem filhos, também ocorrerá a separação dos filhos de seus pais.

Nesse contexto, mesmo que os pais não mantiverem uma relação conjugal, existirá a proteção integral dos filhos menores, quanto a sua guarda, e outras questões que diz respeito aos seus direitos quando não tem seus pais juntos.

Por isso, que a guarda está intimamente ligada aos acontecimentos das relações conjugais dos pais, uma vez que a guarda o instituto visa cuidar da destinação e futuro dos menores, assim segundo BARONI; CABRAL; CARVALHO (2017):

A guarda é um dos atributos do poder familiar, sendo este um conjunto de obrigações, direitos e deveres que os pais exercem igualmente em relação aos filhos. O poder familiar é inerente ao

estado de pai ou mãe, decorrendo tanto da filiação natural, quanto da legal e socioafetiva e não se extingue com o divórcio ou separação, também estando presente nos casos em que não há uma relação conjugal/marital entre os genitores quando da concepção e do nascimento do filho.

Como bem visto no conceito, a guarda poderá ser determinada em outras situações, e concedidas a terceiros, contudo, não cabe neste momento discorrer sobre o tema, diante de que o estudo do presente artigo visa discorrer sobre a guarda relacionada ao poder familiar.

Dessa forma, mesmo que os pais não possuem uma relação conjugal, ou mesmo que possuem e existe a dissolução da união, a guarda dos filhos denomina-se de comum ou conjunta, nesse sentido, o ordenamento jurídico possui duas formas de guarda, a unilateral e a guarda compartilhada, e a doutrina traz uma terceira modalidade, a guarda alternada, que serão estudadas de forma separadas mais adiante, pois neste momento é importante discorrer sobre o poder familiar.

O poder familiar originalmente baseia-se no poder do *pater familias*, por meio do qual o pai era o chefe absoluto da prole, e exercia o poder exacerbado sobre os filhos, contudo, com o avanço da sociedade esta visão foi atualizada.

E hoje, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, pai e mãe possuem as mesmas condições de igualdade entre os filhos, e o poder familiar, como consagrado pelo artigo 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).

Além disso, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre o poder familiar, de que será exercido em igualdade de condições e de forma compartilhada:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Art. 22. 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.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na

educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. (BRASIL, 1990)

Portanto, diante das disposições legais advindas da Constituição de 1988, os genitores possuem em conjunto o dever de direcionar a vida dos filhos, participando de forma ativa das decisões e diretivas para o desenvolvimento harmônico da criança ou do adolescente, sendo fundamental a compreensão entre os pais para entender que os filhos dependem de ambos para o seu crescimento.

3 ESPÉCIES DE GUARDA

Como relatado anteriormente a guarda está intimamente ligada ao poder familiar, uma vez que segundo o ordenamento jurídico brasileiro, o ECA disciplina no seu artigo 33, caput que “a guarda é o instituto de regularização da posse da criança ou do adolescente, no qual devem estar presentes a prestação de assistência material, moral e educacional”. (ECA, 1990)

Nesse sentido, no artigo 1.583 do Código Civil são disciplinadas duas espécies de guarda, sendo elas: a guarda unilateral que é atribuída somente a um dos genitores, ou a terceiro que substitua, e a guarda compartilhada, na qual é de responsabilização dos dois genitores a manutenção do poder familiar, bem como o desenvolvimento da criança ou do adolescente.

Entretanto, a doutrina classifica uma terceira espécie de guarda, a guarda alternada, que existe controvérsia na doutrina e não há previsão legal.

3.1 Guarda unilateral

A guarda unilateral é conceituada como aquela que apenas um dos genitores detém o exercício da custódia e do poder familiar, tal modalidade é concedida quando é possível perceber que um dos genitores detenha melhores condições de proporcionar um ambiente seguro e saudável ao menor. (SARTORATO; ROMANELLO, 2017, p. 6)

Mas o outro genitor mantém o direito e o dever de realizar visitas e fiscalizar o outro genitor quanto a manutenção e desenvolvimento da criança ou do adolescente. Esta espécie de guarda foi utilizada como regra no ordenamento jurídico por muito tempo, entretanto existem características negativas neste tipo de guarda, uma vez que afasta o filho do outro genitor não detentor da guarda, ao passo que aquele que possui os poderes de guardião do filho o exerce de forma exacerbada, ficando o outro genitor com seus poderes limitados praticamente ao direito de visita, e o dever de pagamento da pensão alimentícia.

Nesse sentido, o legislador tentando trazer mais igualdade de condições entre os pais na criação dos seus filhos, introduziu no ordenamento jurídico a Lei 11.698/2008 trazendo a instituição da guarda compartilhada.

3.2 Guarda compartilhada

Essa espécie de guarda tem como objetivo o exercício da autoridade parental em comum, ou seja, é uma forma conjunta do poder familiar, e não tem o interesse de dividir o tempo dos filhos, mas sim equilibrar o tempo entre os genitores na criação e educação dos filhos.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 285):

Na guarda compartilhada, a criança tem o referencial de uma casa principal, na qual vive com um dos genitores, ficando a critério dos pais planejar a convivência em suas rotinas cotidianas e, obviamente, facultando-se as visitas a qualquer tempo. Defere-se o dever de guarda de fato a ambos os genitores, importando uma relação ativa e permanente entre eles e seus filhos.

Portanto, como é possível perceber a guarda compartilhada tem o objetivo de sempre atender os melhores interesses dos filhos, reafirmando o que dispõe a Constituição Federal em seu artigo 227, bem como previsto no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que define que é dever da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem o direito ao convívio familiar.

Apesar da Lei 11.698/2008, instituir e disciplinar sobre a guarda compartilhada, sua aplicabilidade foi fortalecida mesmo pela Lei 13.058/2014 na qual trouxe novidades sobre a aplicação dessa modalidade como regra quando não haver acordo entre os pais, sobre a guarda dos filhos (SARTORATO; ROMANELLO, 2017, p. 07)

Dessa forma, é possível dizer que o convívio entre os pais é um direito fundamental da criança ou do adolescente diante da lei publicada em 2014 que permitiu maior cumprimento a este direito, mesmo após a dissolução da relação conjugal.

3.3 Guarda alternada

A guarda alternada presume uma divisão de convivência física dos filhos entre os pais, ou seja, a criança ou o adolescente ficam alternando entre as residências dos pais, um período passa na residência do genitor, e em outro período passa na residência da genitora. E durante este período o genitor tem o exclusivo poder familiar com seu filho, isso pode causar grande confusão principalmente a criança diante da perda de referencial de lar.

Nesse sentido, esta espécie de guarda não é bem vista pelos profissionais da saúde mental, uma vez que entende que é o reflexo de egoísmo dos pais fazendo dos filhos objetos de posse, passíveis de divisão física, de tempo e espaço. (SARTORATO; ROMANELLO, 2017, p. 08)

Mas existe uma discussão na doutrina diante do equívoco que as pessoas possuem em comparar a guarda alternada com a guarda compartilhada, fazendo com que as pessoas vejam a guarda compartilhada com maus olhos, por isso a necessidade de demonstrar a diferença entre essas guardas e não deixar que a confusão impossibilite uma melhor convivência com os pais, por não entender que a guarda compartilhada é a melhor para o crescimento e desenvolvimento do menor.

3.4 Diferença entre guarda compartilhada e guarda alternada

A principal confusão que existe entre as espécies de guarda compartilhada e alternada é que associam a guarda compartilhada com a necessidade de alternância de residências entre os pais, no entanto esta é uma característica da guarda alternada, e na guarda compartilhada não exige esta alternância de residência entre os filhos (SARTORATO; ROMANELLO, 2017, p. 08)

Nesse sentido, como visto anteriormente a guarda compartilhada tem como objetivo garantir o exercício do poder familiar de ambos os genitores, e é determinada uma residência fixa para a criança ou o adolescente ter como referencial de lar, o que acontece na guarda compartilhada é o exercício do poder familiar para ambos os genitores, que além do direito de visitação, possui o direito de opinar e decidir junto com o outro genitor sobre o cuidado e o desenvolvimento dos filhos.

Já na guarda alternada isso não ocorre, pois quando o filho está com um dos genitores é ele que decide tudo, é ele que está exercendo o poder familiar, e isso acontece com o outro genitor quando o filho passa o período com ele.

Isso não é bem visto pelos profissionais da saúde mental, uma vez que não é saudável para a criança ficar alternando de residência, e receber educação de formas diferentes a cada período. Neste tipo de guarda não possui o referencial de lar, propiciando comprometido no desenvolvimento emocional e psicológico dos filhos, dado a quantidade de mudanças e prejudicando a rotina e hábitos. (SARTORATO; ROMANELLO, 2017, p. 08)

Esta confusão ocorre pela própria edição da Lei 13.058/2014, diante de que os legisladores causaram esta confusão na interpretação da guarda compartilhada, pois prevê a necessidade de divisão do tempo de convívio da custódia física pelos pais. E pelo entendimento dos doutrinadores, tal afirmação caracteriza a guarda alternada e não a guarda compartilhada.

Nesse sentido, para corrigir a forma errônea que os legisladores editaram a lei, foram aprovados vários enunciados na VII Jornada de Direito Civil de 2015 para elucidar os assuntos e explicar sobre o que significa essa divisão de tempo.

Os enunciados aprovados foram os 603, 604, 605, 606 e 607, que basicamente dispõe sobre a divisão do tempo e explicam como isso pode ocorrer, e que não significa uma repartição exata e igualitária entre os pais. Sendo que o enunciado 604 deixa claro que a divisão que fala a Lei 13.058/2014, não deve ser confundida com a imposição do tempo que prevê a guarda alternada. (SARTORATO; ROMANELLO, 2017, p. 09)

Dessa forma, a guarda compartilhada não tem o intuito de dividir os filhos de forma física, e sim de compartilhar entre os pais o poder familiar por eles exercido de forma igualitária, sendo que os filhos terão um referencial de lar, diferentemente no que ocorre na guarda alternada, que sim, pelo seu conceito existe a divisão física dos filhos, sendo que passaram alguns períodos com cada genitor, e ele exercerá o poder familiar individualmente.

4 DA ALIENAÇÃO PARENTAL

O fenômeno da alienação parental é recorrente na sociedade contemporânea e causa abalo na estrutura familiar e nos laços afetivos, uma vez que inicia um processo de destruição, desmoralização e descrédito da imagem do ex-cônjuge.

Sendo assim, o genitor que faz a alienação parental tem como principal intuito interferir e atuar no relacionamento do filho com o outro genitor, muitas das vezes isso se desencadeia diante da ideia de que o alienador, não sabe lidar com fim do relacionamento, e assim, começa um processo de desconstrução do menor, e o utiliza como objeto de vingança, fazendo com ele rejeita o outro genitor. (DAMASCENO, 2017, p. 03)

Nesse sentido, para entender melhor o que seria o instituto da alienação parental, é importante trazer seu conceito para o estudo, e nada melhor que conceituar a alienação com a disposição legislativa, dessa forma, segundo o artigo 2º, da Lei 12.318/2010:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (ECA, 1990)

Portanto, a alienação parental é praticada por um dos genitores, ou por aquele que detém a guarda da criança ou adolescente, a fim de atingir o outro genitor, e causar o afastamento do filho do pai ou da mãe.

Dessa maneira, o legislador conceituou a alienação parental de forma ampla a fim de abranger a ocorrência de toda e qualquer conduta que prejudica o relacionamento da criança ou do adolescente com um dos pais. (DAMASCENO, 2017, p. 04)

Portando o parágrafo único do artigo 2º da lei acima referendada traz um rol exemplificativo de condutas que caracterizam a alienação parental:

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente o genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (ECA, 1990)

Dessa maneira, é possível perceber que existem níveis e proporções diferentes de alienação, tudo a depender do caso concreto. A atuação do alienador é silenciosa, sutil e que precisa de tempo para se colocar em prática, utilizar estratégias para eliminar os vínculos afetivos entre o filho e o outro genitor, ou seja, é um trabalho incessante que o alienador faz durante muito tempo.

Nesse sentido, Milla Bezerra Damasceno entende que:

A alienação reside num afloramento de um desejo punitivo realizado através da manipulação da criança para atingir o ex companheiro. Esse

contexto, de utilização da prole como meio, aponta a precariedade da tutela desse alienador. Afinal, ao tratar o infante como instrumento, o pai ou mãe lhe suprime direitos básicos, tornando objeto conveniente a elaboração de uma vingança pessoal, e assim, são tirados do filho, sobretudo, o direito de convivência familiar. (DAMACENO, 2017, p. 5)

Para finalizar, a criança alienada pode apresentar após algum período de alienação, sentimentos constantes de raiva e ódio do genitor alienado, não quer visitar ou se comunicar com o outro genitor, guarda sentimentos e crenças negativas, além é claro de transtornos de personalidade e comportamento.

Por isso, que o prejuízo é grande para a criança e adolescente que sofre a alienação parental, uma vez que causa desequilíbrio na relação familiar, impede que os filhos construam vínculos afetivos, por esses motivos, que é tão importante detectar a alienação parental desde o início e combatê-la o mais rápido possível para que a criança ou o adolescente não desenvolva transtornos de personalidade, e não se afaste do convívio do outro genitor e de seus familiares.

5 A LEI 12.318/10 E OS MECANISMOS DE SOLUÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010, é clara na previsão das penalidades impostas àquele que praticar a alienação parental, nesse sentido, o diploma legal foi criado para coibir as condutas da alienação desde o seu início, mesmo antes do menor sinal apresentado pela criança ou pelo adolescente.

Ademais, o guardião reproduz comportamentos ensaiados para dificultar a convivência familiar do menor com o outro genitor, com isso aparente, o juiz precisa detectar a existência de atos de bloqueio das visitas, e o contato com o pai ou a mãe que não detém a custódia da prole para entender e verificar possíveis práticas alienadoras (DAMASCENO, 2017, p. 06)

Portanto, com o intuito de combater as práticas da alienação parental a legislação criou mecanismos de punição e repreensão do alienador, nesse sentido, os incisos do artigo 6º da Lei de Alienação Parental traz um conjunto de medidas para inibir a prática da alienação parental de modo exemplificativo, sendo que é permitido adotar outras medidas com a finalidade de diminuir os efeitos da alienação.

As medidas sugeridas nos incisos I a VII do artigo 6º da Lei de Alienação Parental não impede que seja interposta ação autônoma de indenização por perdas e danos, ou ainda de forma concomitante ação de responsabilidade criminal. (DAMASCENO, 2017, 06)

Outrossim, a Lei acima referendada permite a indenização por dano moral ou material, assim como é admitido pelo ordenamento pátrio, portanto, quando existem prejuízos de ordem moral e material causado em decorrência da alienação, é permitido ao progenitor ingressar com a ação de reparação e compensação dos danos causados pelo alienador.

Ademais, mesmo após explanação do artigo 6º da Lei 12.318/2010, é de suma importância a elucidação de cada inciso, de modo que possibilite discutir os principais pontos de cada um. Logo, é fundamental trazê-lo na íntegra:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizada mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar. (BRASIL, 2010)

O inciso I permite que o magistrado, as partes ou o representante do Ministério Público ao identificarem a prática da alienação darão prioridade na tramitação do feito

para aplicar medidas assecuratória dos direitos da criança e em defesa do genitor alienador. Além disso, não existe obstáculo para que os demais instrumentos descritos no artigo 6º sejam aplicados para impedir a prática da alienação. (DAMASCENO, 2017, p. 07)

O próximo inciso diz respeito a ampliação da visitação ao genitor alienado, mas não somente que haja a visitação, e sim que seja ampliado o convívio familiar entre o filho e o genitor, além é claro, o magistrado pode aplicar outras medidas de coibir a prática de alienação.

No inciso III a medida adotada é a estipulação de multa para o alienador, mais uma forma de coibir a prática, e que pode ser imposta como método alternativo ou cumulativo com as demais medidas previstas no artigo em discussão, tratando assim, de mais um instrumento para diminuir ou combater a alienação parental.

Ademais, o inciso IV determina a possibilidade de acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial, que torna o argumento jurídico para a obtenção da tutela mais fácil, uma vez que o acompanhamento psicológico se estende não só a criança ou ao adolescente alienado, mas também ao alienador que por muitas das vezes precisa do auxílio psicoterapêutico.

Quanto o inciso V que disciplina sobre a possibilidade de alteração da guarda para guarda compartilhada, será trata no próximo capítulo com mais ênfase, uma vez que apresenta um ótimo mecanismo de combate a alienação parental, pois a guarda compartilhada divide o poder familiar entre os dois genitores, trazendo pleno exercício da autoridade familiar.

Com isso, quase chegando ao fim, o inciso VI proporciona ao magistrado a possibilidade de fixar um domicílio a criança ou ao adolescente a fim de que facilite intimações pessoal, e questões mais práticas, como onde o genitor alienado buscará a criança ou o adolescente para os dias de convivência. (DAMASCENO, 2017, p. 09)

Por fim, o inciso VII possibilita a suspensão da autoridade parental, ou seja, autoriza ao magistrado suspender o poder familiar do alienador com o intuito de promover a punição adequada e coercitiva à conduta do alienador, para que resulte no cerceamento da continuidade da alienação.

Para tanto, realizado os adendos sobre os mecanismos de combate a alienação parental, é importante agora, focar no mecanismo da guarda compartilhada como melhor meio de coibir as práticas da alienação.

6 GUARDA COMPARTILHADA COMO MECANISMO DE COMBATE A ALIENAÇÃO PARENTAL

Conforme visto no artigo 6º, inciso V da Lei de Alienação Parental, uma das medidas para coibir a prática de alienação, é determinar a alteração da guarda, para guarda compartilhada, uma vez que o intuito da guarda compartilhada é dividir o exercício do poder familiar, dessa forma, os dois genitores possuem a responsabilidade de criar e educar os filhos em igualdade de condições.

Entretanto, dependendo de como foi a dissolução da relação conjugal, gera certos receios e embates entre os ex-cônjuges, causando grande disputa pela guarda dos filhos, e assim, diante disso, muitas das vezes acaba sendo aplicada a guarda unilateral para um dos genitores.

Neste contexto, de brigas e disputas judiciais, entre divórcio, partilha de bens e guarda das crianças e adolescente, torna-se um ambiente propício para acontecer a alienação parental, pois como dito anteriormente o outro genitor fica responsável pelo pagamento da pensão alimentícia e somente o direito de visita, não podendo opinar e criar o filho conjuntamente com o outro genitor.

Por isso, que a guarda compartilhada é tão defendida e aplicada antes mesmo da existência da lei, pois foi possível perceber que é a melhor solução para o desenvolvimento e crescimento da criança e do adolescente, mantendo o convívio com ambos os genitores, mesmo depois da dissolução da relação conjugal.

Nesse sentido, o legislador editou a Lei 11.698/2008 regularizando a guarda compartilhada, e posteriormente editou a Lei 13.058/2014 para desconstituir o pressuposto de que a guarda compartilhada era aplicada somente se houvesse um bom relacionamento extramatrimonial entre os genitores, com o intuito de evitar atitudes que causam a alienação parental ou o abandono afetivo.

Segundo entende Milla Bezerra Damasceno:

A noção de compartilhamento, ao lado da palavra guarda, espelha uma fundante compreensão e análise da ideologia da funcionalidade da partilha, não como uma divisão fria e objetiva, mas da importância de uma formação conjunta, dialógica, corresponsável, com divisão de tempo e tarefas e, principalmente, que seja sustentada pelo exercício livre e desembaraçado da parentalidade de ambos os genitores. (DAMASCENO, 2017, p. 11)

Nesse sentido, a guarda compartilhada tem o objetivo de fracionar a educação e a criação do filho, sob todos os aspectos, e ter plena participação na vida e desenvolvimento da criança ou adolescente de ambos os genitores.

A guarda compartilhada aparece para destituir e destruir todo o aparelhamento do alienador, pois divide o convívio e a criação dos filhos, onde leva o infante alienado para mais próximo do genitor alvo da alienação, possibilitando o contato e comunicação entre eles de forma mais frequente.

Ao possibilitar este contato e comunicação a ambos os genitores, busca-se o resgate na prole de compreensão e amplitude de família, fazendo com que cada indivíduo possua seu direito de conhecer não apenas o passado do outro, mas também a construção do seu espaço, não só na sociedade, mas em primeiro lugar na família.

Por isso, que o legislador inovou ao torna a guarda compartilhada como regra no momento do divórcio dos pais, para que a criação seja mais participativa de ambos os genitores, e com isso inibir a prática da alienação, já que o contato e a convivência familiar são mantidos antes mesmo do rompimento conjugal.

Por fim, pode-se dizer que o instituto da guarda compartilhada aplicado como mecanismo de combate a alienação parental, reafirma os princípios da igualdade e do interesse da criança e do adolescente, reafirmando que em primeiro lugar está a criação e o desenvolvimento da prole.

7 CONCLUSÃO

Diante dos estudos realizados foi possível compreender que com a evolução da sociedade e as novas legislações permitindo a facilidade na dissolução da relação conjugal, outro problema surgiu, uma vez que casais que possuem filhos, precisam decidir sobre a guarda, alimentos, dentre outras coisas diante do divórcio e da dissolução da união estável, e com isso surge a alienação parental.

Dessa forma, a legislação precisou enfrentar o tema, e tomar atitudes a fim de combater a prática da alienação parental realizada por um dos genitores com os filhos, com a finalidade de atingir o outro genitor, devido a dissolução do casamento e da união estável.

Nesse sentido, foi promulgada a Lei 12.318/2010, com o intuito de disciplinar sobre a alienação parental, e trazer instrumentos de combate a esta prática. Assim, quando do menor sinal que a criança ou o adolescente esteja sofrendo a alienação parental, o magistrado poderá aplicar medidas de coerção contra o alienador.

Assim, um dos principais mecanismo que está sendo implantado é a alteração da guarda para guarda compartilhada com o objetivo de combater as práticas por entender a melhor solução para o conflito, uma vez que a guarda compartilhada visa a divisão do poder familiar entre ambos os genitores.

Conclui-se então, que a guarda compartilhada é a melhor forma de combater as práticas da alienação parental, uma vez que reafirma os princípios da igualdade de condições entre os pais, como disciplinado pela Constituição Federal e do interesse da criança e do adolescente, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, reafirmando que em primeiro lugar a criação, educação e o desenvolvimento da prole.

8 REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 11 abr. 2021.

_____, Lei nº 13.318, de 26 de agosto de 2010. **Lei de Alienação Parental**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 11 abr. 2021.

_____, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 abr. 2021.

_____, Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. **Lei da Guarda Compartilhada**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm>. Acesso em: 12 abr. 2021.

_____, **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em: 12 abr. 2021.

BARONI, Arethusa; CABRAL, Flávia Kirilos Beckert; CARVALHO, Laura Roncaglio de. **Guarda de filhos: modalidades existentes**. Disponível em: <<https://direitofamiliar.jusbrasil.com.br/artigos/403713591/guarda-de-filhos-modalidades-existentis>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

DAMASCENO, Milla Bezerra. **A guarda compartilhada como mecanismo de combate à alienação parental**. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/5472/3471>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUNEZ, Carla Alonso Barreiro. **Guarda compartilhada: um caminho para inibir a alienação parental**. Disponível em:

<<https://ibdfam.org.br/artigos/877/Guarda+Compartilhada:+Um+Caminho+para+Inibir+a+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **10 coisas que você precisa saber sobre alienação parental.** Disponível em: <<https://www.rodrigodacunha.adv.br/10-coisas-que-voce-precisa-saber-sobre-alienacao-parental/#:~:text=Em%2027%2F8%2F2019%2C,genitores%2C%20pelos%20av%C3%B3s%20ou%20pelos>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

RODRIGUES, Edwirges Elaine; ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. **Guarda compartilhada: um caminho para inibir a alienação parental?** Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/14772>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

SARTORATO, Fernanda; ROMANELLO, José Geraldo. **A guarda compartilhada como instrumento de combate à síndrome da alienação parental no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: <<file:///D:/Usuario/Documents/724-3459-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

DIREITO PENAL DO INIMIGO: O RECONHECIMENTO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

JOÃO BOSCO FRANÇA SPENER:

Pós-graduando em Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário FAMETRO.

RESUMO: O presente artigo tem como meta principal apontar a importância do direito penal do inimigo e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro em razão da atual realidade do sistema de políticas públicas que parece não responder ao avanço da criminalidade. Consultou-se, como base, a obra de Günther Jakobs e alguns de seus comentaristas - as principais características do chamado Direito Penal do Inimigo. A pós-modernidade teve um impacto frontal em todas as atividades sociais. A lei, ao regulamentar isso, modificou sua estrutura e princípios. No campo do direito penal pós-moderno, o Estado atua segundo critérios de eficiência na execução de políticas que contornem sua obrigação de promover, respeitar, proteger e garantir os direitos fundamentais dos governados. O direito penal pós-moderno, conhecido no meio acadêmico como Direito Penal Inimigo, é constituído por todas as normas que legitimam a possibilidade de excluir parcialmente um indivíduo de ser pessoa para incluí-lo no catálogo de riscos e perigos sociais. Assim, o Direito Penal do Inimigo se materializa em um conjunto de leis que implicam em uma exceção aos Direitos Fundamentais do cidadão, visto que o inimigo é um risco e a ação contra o risco não conhece limites, portanto a atividade profilática do Estado não pode ter impedimentos ou obstáculos.

Palavras-chave: Direito Penal, Inimigo, Legislação.

ABSTRACT: The main goal of this article is to point out the importance of the enemy's criminal law and its applicability in the Brazilian legal system due to the current reality of the public policy system that does not seem to respond to the advance of criminality. As a basis, the work of Günther Jakobs and some of his commentators was consulted - the main characteristics of the so-called Criminal Law of the Enemy. Postmodernity has had a frontal impact on all social activities. The law, by regulating this, modified its structure and principles. In the field of postmodern criminal law, the State acts according to efficiency criteria in the execution of policies that circumvent its obligation to promote, respect, protect and guarantee the fundamental rights of the governed. Postmodern criminal law, known in academic circles as Enemy Criminal Law, consists of all the norms that legitimize the possibility of partially excluding an individual from being a person in order to include him in the catalog of social risks and dangers. Thus, the Criminal Law of the Enemy is materialized in a set of laws that imply an exception to the Fundamental Rights of the citizen, since the enemy is a risk and action against risk knows no limits, so the prophylactic activity of the State cannot have impediments or obstacles.

Keywords: Criminal Law, Enemy, Legislation.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como meta principal apontar a importância do direito penal do inimigo e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro em razão da atual realidade do sistema de políticas públicas que parece não responder ao avanço da criminalidade.

No início do século XXI, dois conceitos jurídicos que ligam o status de cidadão / inimigo ao direito penal provocaram discussões acaloradas em todo o mundo, sendo assim, imperial um debate mais aprofundado, com vistas a esclarecer os operadores do direito, acadêmicos e sociedade como um todo acerca dessa teoria. O conceito americano, ou seja, Inimigos Combatentes, foi basicamente desenvolvido pela Suprema Corte dos Estados Unidos e, mais recentemente, pelo governo Bush. O termo europeu, Feindstrafrecht / Inimigo Criminal Law, foi fundamentalmente cunhado e explicado pelo professor acadêmico alemão Günther Jakobs.

Embora nascidos e criados por pais diferentes, os dois conceitos têm vários aspectos em comum, ou pelo menos isso será discutido ao longo do Trabalho de Conclusão de Curso. O terreno comum mais importante é que ambos os conceitos, com terminologia semelhante, tentam resolver o problema do que fazer com indivíduos que são vistos como fontes de extrema periculosidade. Em outras palavras, os dois abordam a questão de saber se a cidadania - em um sentido amplo - concede certos direitos, mas impõe um dever fundamental: ter um mínimo de comportamento respeitador da lei. Se o dever não for cumprido, os direitos não são reconhecidos e o indivíduo é tratado como inimigo, não como cidadão.

O raciocínio subjacente exala teoria do contrato social. Isso não é por acaso, uma vez que grandes filósofos (Rousseau, Fichte, Hobbes, Kant) empregaram argumentos semelhantes. Também há referências à teoria do direito nos bastidores, afirmando que, para que as construções jurídicas existam (direitos, o Estado), elas precisam ser seguidas pela maioria das pessoas. Daí que esse dever de cumprir, em termos gerais, a lei é imposto a todas as pessoas. Do contrário, a lei seria apenas um sonho.

Por mais fortes e consistentes que pareçam todos esses argumentos, o problema básico com esse tipo de raciocínio é que é difícil para o sistema jurídico seguir sem entrar em autocontradição. Diante disso, as críticas são feitas por uma das teorias sociais mais proeminentes da época, ou seja, a teoria dos sistemas, argumentando que o comportamento obediente à lei é uma pré-condição para a existência de instituições jurídicas, sim, mas não pode ser garantido pela própria lei. É uma pré-condição que deve ser pressuposta pelo sistema jurídico. Além disso, usar este tipo de regra de necessidade,

ou seja, o Estado e o Direito precisam garantir as pré-condições de sua própria existência (autopreservação), acarreta uma lógica diabólica, pois pode levar à destruição do próprio sistema. Nesta medida, a autopreservação contra ameaças externas (ataques terroristas) e ameaças internas (redução das liberdades civis) parece igualmente importante.

1.CONTEXTUALIZAÇÃO GERAL DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A teoria do direito penal nos sistemas jurídicos regidos pelo Estado de Direito é caracterizada tanto pelos princípios da legalidade e da irretroatividade, quanto pela proibição da imprecisão nas leis penais. O direito penal define condutas específicas como infrações e prevê as penas correspondentes, que por sua vez têm de ser proporcionais à gravidade dos crimes cometidos, ou seja, ao dano causado ou aos 'bens jurídicos' ofendidos. Os limites constitucionais garantem que as infrações penais instituídas por lei correspondem aos princípios e regras fundamentais do ordenamento jurídico em vigor. No entanto, não é raro que o direito penal seja usado para um impacto simbólico. Nesses casos, a relação entre o dano concreto representado pela conduta em questão e a punição prevista em lei é desproporcional, como por exemplo no caso de instigação (pedido de desculpas) para cometer crimes graves (por exemplo, genocídio), ou incitamento ao comportamento antissocial (por exemplo, ódio racial e religioso). Além disso, esse direito penal "simbólico" não se destina apenas à punição de um único ato ilícito, mas principalmente a um autor específico de um crime. Este último acaba sendo punido por não participar da identidade social que caracteriza a sociedade como um todo. No entanto, a rígida criminalização de tais condutas está enraizada nos valores jurídicos de uma comunidade política. Como consequência, dentro dos membros dessa comunidade surge uma expectativa de punição, à qual a liderança política deve dar uma resposta pronta e firme a fim de obter o consenso público (BERTI, 2011; SILVA, 2016).

Este modelo de criminalização para fins simbólicos se aplica a diferentes situações: por exemplo, é comumente difundido em períodos de 'justiça transicional' pós-conflito, embora também afete praticamente as sociedades islâmicas tradicionais, o direito penal empresarial e até mesmo as disposições legais sobre biotecnologia humana, ao passo que a violação das regras em questão é considerada indispensável para o sistema socioeconômico sustentar. Como foi claramente observado, é porque [alguém] é culpado de transgredir um tabu que o criminoso deve ser punido. Assim, os tabus criam a ordem. A este respeito, o direito penal torna-se um instrumento poderoso para proteger a sociedade, normalizando, separando ou mesmo eliminando aqueles cujo estatuto é considerado 'anormal'. Quando levados ao extremo, modelos sociológicos são usados para retratar potenciais adversários da comunidade política. Isso acontece quando a razão de estado entra em conflito com o estado de direito, isto é, 'em tempo de guerra ou outra emergência pública que ameace a vida da nação. Além disso, uma vez que a representação do inimigo está sujeita à situação política atual (o inimigo de hoje não é necessariamente

o inimigo de amanhã), a lista de potenciais inimigos deve ser atualizada a fim de atender aos interesses políticos de o Estado (BITENCOURT, 2019; GOMES, 2010).

A presença de indivíduos que não representam qualquer ameaça à sociedade ou de pessoas que, em vez disso, são percebidas como uma fonte de dano, cria uma subdivisão de fato na legislação penal aplicável. Estudiosos do direito funcionalistas como o alemão Günther Jakobs teorizam a existência de uma lei criminal aplicada aos cidadãos 'comuns' e de uma 'lei criminal do inimigo', projetada especificamente para neutralizar os inimigos públicos em potencial. Por se tratar de um tipo de lei que visa especificamente neutralizar os inimigos, uma vez identificados, a punição intervém preventivamente. Essas penas referem-se principalmente à deportação ou confinamento solitário / secreto (incomunicável) e podem até não ter prazo fixo.

Portanto, a teoria do direito penal do inimigo pressupõe a existência de uma comunidade política bem definida à qual recorrer, que por sua vez estaria unida na recusa e no contraste com o 'inimigo'. Essa comunidade deve se unir em torno de alguns valores únicos que são aparentemente colocados em risco pelo 'inimigo'. Nesse sentido, a ascensão de uma sociedade global, ou pelo menos a suposição de sua existência, transfere a questão para um estágio superior. Os arguidos seriam assim condenados de acordo com normas ou decisões supranacionais e perante organismos internacionais ou nacionais (judiciais ou não), que fazem cumprir tais determinações supranacionais. Além disso, embora a nível nacional a decisão sobre o estatuto de inimigo seja uma prerrogativa do Executivo e pode, portanto, ser considerada uma mera avaliação política, no plano internacional, pelo menos uma autoridade supranacional, responsável por tais alegações, seria necessária para o funcionamento desse sistema penal. Portanto, como uma sociedade global clama por uma lei criminal global, uma 'lei global do inimigo' requer a existência de inimigos da sociedade global. No entanto, essa mudança também implica uma nova mistura dos conceitos de guerra e paz. Assim como a existência de uma lei penal do inimigo acarreta um estado de emergência (e vice-versa) no nível doméstico, uma lei do inimigo no cenário internacional implica um estado de emergência planetário. O 'inimigo' não é mais um ator internacional tradicional, reconhecido pela comunidade internacional (política) (um estado ou um grupo armado legítimo), mas um único indivíduo ou organização desafiando a única ordem global possível. Este estado de emergência mundial permitiria profundas derrogações na aplicação do direito dos direitos humanos: como resultado, o uso da força contra supostos indivíduos resultaria praticamente na sobreposição entre o direito dos conflitos armados e este direito penal baseado no risco (HABIB, 2018).

Tendo em mente essa construção teórica iniciada pelos EUA após os ataques terroristas de 11 de setembro, é prima facie uma forma de lei do inimigo em escala global. Em primeiro lugar, confunde as fronteiras entre a paz e a guerra, uma vez que o estado de

guerra no nível externo se acopla a um estado de paz interno. Também militariza o direito penal interno, que se torna um mero instrumento para neutralizar o inimigo terrorista. A guerra torna-se uma punição criminal à medida que o terrorismo se transforma em um crime de guerra a ser contrastado com toda a força necessária e apropriada, incluindo a negação das garantias fornecidas tanto pelo direito dos direitos humanos quanto pelo direito internacional humanitário, o uso de tortura, o rapto e confinamento indefinido de suspeitos (as chamadas 'entregas extraordinárias'). Em suma, a distinção geral entre crimes de guerra e 'comuns' é abandonada em favor de um terceiro modelo híbrido baseado na 'detenção não criminal' de suspeitos de terrorismo. De fato, enquadrar a lógica da luta contra o terrorismo em termos de nós contra eles implica que o inimigo terrorista é, por definição, um estrangeiro. Isso pode explicar por que, pelo menos inicialmente, o terrorismo internacional foi combatido com as ferramentas legais fornecidas pela lei de imigração. A realidade termina quando é ideologicamente lida sob as lentes schmittianas do casal amigo / inimigo (SILVA, 2016; ZAFARONNI, 2015).

O mesmo raciocínio de eliminar oponentes em potencial que ascendem ao status de inimigos de toda a sociedade internacional está na base das últimas intervenções militares lideradas pelos Estados Unidos no Afeganistão e no Iraque. Além disso, a estratégia de guerra preventiva, conforme destacada na Estratégia de Segurança Nacional dos Estados Unidos de 2002, assemelha-se, em nível internacional, a uma lei penal nacional a ser aplicada a estrangeiros, suspeitos de serem membros de organizações terroristas, como ambas deles confiam apenas na lógica da preempção. No entanto, esta tendência pode ser considerada como tendo começado ainda antes, com o fim da guerra fria e o nascimento dos conflitos armados iniciados por razões morais e éticas.

2. APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL: OS PRÓS E CONTRAS

Um dos recursos atuais do Direito Penal - e, portanto, da política penal da qual é homenagem - consiste em sua tendência expansionista. Com efeito, na atualidade pode-se concordar que o fenômeno mais proeminente na evolução do direito penal no mundo ocidental é o surgimento de múltiplas novas figuras, às vezes até novos setores de regulação, acompanhados de uma reforma das já existentes infrações penais cometidas a uma taxa muito mais elevada do que em tempos anteriores. Os traços centrais dessa inclinação seriam, entre outros: a administrativação do Direito Penal, ou seja, a regulamentação de novos setores da vida social, fugindo flagrantemente do princípio da legalidade pela criação de crimes e penas por meios administrativos, a globalização do Direito Penal, na medida em que gera a intenção de uma perseguição supranacional da criminalidade de mesmo alcance, e a progressiva desconstrução do paradigma liberal do Direito Penal. Esse fenômeno, no plano teórico, traduz-se em um debate sobre a legitimidade do Direito Penal vigente marcada por uma aparente dialética entre reducionismo versus expansão em que as correntes expansionistas são imbuídas por dois

paradigmas ao nível da política criminal; o Simbólico Criminoso e uma punitividade renovada (CONDE, 2012).

Com o conceito de Direito Penal Simbólico nos referimos àquela criminalização desproporcional e oportunista, em muitos pensada abertamente como sem aplicação prática, que se afasta dos fins tradicionais de punição ao empregar a sanção penal como meio de transmitir sinais à população que presta contas da existência de uma autoridade estatal forte determinada a reagir com firmeza contra os atos desaprovados pela maioria. Nesse sentido, o adjetivo “simbólico” associado a esse tipo de norma penal é identificado com a intencionalidade comunicativa inserida na norma pelo próprio legislador interessado em demonstrar firmeza por meio da criminalização como única política criminal. Por sua vez, com a noção de punitivismo - especificamente com a sua reativação como tendência - referimo-nos à existência de processos caracterizados pela introdução de novas normas penais, agora pensadas para serem aplicadas, ou o endurecimento dos dispositivos já em vigor - o que constitui uma reversão do processo de regressão punitiva que se via de forma sustentada na última vez - marcada pelo fato de os seus principais promotores já não se diferirem ideologicamente, situando-se no direito político ao contrário, eles vêm de todos os espectros da cena política. Na criminalização de certos comportamentos recalcitrantemente conservadores, como o racismo, a direita política encontrou um espaço no qual pode ser tingida de um alegado progressivismo, enquanto, por meio da multiplicação e do endurecimento das regulamentações criminais, a esquerda está diminuindo seu protagonismo político, com adversários no papel de garantir o estado de direito e a ordem no estado (BRITO, 2015).

No Direito Penal Simbólico, a força comunicativa da norma assenta na construção de uma fronteira categórica que separa os autores de condutas criminalizadas e o resto da sociedade. Para isso, faz-se necessária também a confluência da punitividade - sobretudo quando se trata de condutas para as quais a intervenção legislativa consistiu no endurecimento das penas - de forma que ambas as tendências convergem numa relação de mútua dependência e de cuja combinação prática surge a chamada Lei Criminal do Inimigo, proposta teórica e normativa que nos últimos tempos ganhou especial relevância, preenchendo grande parte do fórum acadêmico da especialidade. Carvalho Júnior (2012) expressa que a novidade não se constitui pela proliferação de práticas desse tipo, mas pelo surgimento de um sustento doutrinário que as sustenta.

A complexa rubrica de Direito Penal do Inimigo é construída a partir de uma distinção estipulativa anterior: a existência de alguns que devem ser considerados cidadãos e de outros que devem ser estimados e tratados como inimigos. A partir dela, propõe a configuração e validade de seções do Direito Penal inspiradas em diferentes paradigmas. Um deles, o Direito Penal do Cidadão, define e pune crimes, ou infrações de normas, que são cometidos por cidadãos de forma incidental e que normalmente são a simples

expressão de um abuso por parte deles das relações sociais em que participam desde a sua qualidade de cidadão, isto é, na sua condição de sujeito vinculado ao e pelo Direito. O outro, a Lei Criminal do Inimigo, configura e pune os atos que teriam sido cometidos por indivíduos que em sua atitude, em sua vida econômica ou por sua incorporação a uma organização, presumivelmente se afastaram do Direito de forma duradoura e não apenas incidental, e portanto, o fazem não garantiria a segurança cognitiva mínima de um comportamento pessoal e demonstraria esse déficit por meio de seu comportamento (PILATI, 2009).

Essa distinção é construída a partir do seguinte raciocínio: O fim do Estado de Direito, sugere Jakobs (2017), não consiste em conseguir a maior segurança possível para os bens, mas na vigência efetiva e real do ordenamento jurídico. Só isso torna a liberdade possível. A validade real da Lei contrasta com sua validade postulada. No primeiro caso, as regras funcionam efetivamente como prescrições que orientam a conduta de seus destinatários, proporcionando segurança jurídica; no segundo, não há tal orientação e, portanto, nem certeza jurídica, nem segurança para a liberdade. A própria validade da lei - na opinião do jurista alemão - resiste às violações, desde que assim sejam consideradas, por meio do uso da sanção como reafirmação da validade da lei. Faria então parte da validade real do Direito, a existência de um suporte cognitivo das normas, ou seja, a disposição interna dos sujeitos normativos para o seu cumprimento e a comunhão daqueles com as valorizações carregadas pela norma manifestada na ponderação positiva dos bens protegidos por lei.

O suporte cognitivo não constitui um benefício do Estado, mas sim dos sujeitos normativos e, sem sua presença, dilui-se a expectativa de validade real contida em todas as normas. Neste contexto, as eventuais violações da norma não implicam uma negação geral e generalizada da validade da Lei, nem constituem necessariamente uma presunção de que o infrator renunciou irrevogavelmente ao comportamento de acordo com a lei.

No entanto, a expectativa de comportamento correto não pode ser mantida indefinidamente em face de evidências de violações sustentadas e profundas. Ao contrário - afirma categoricamente o professor emérito da Universidade de Bonn - o Estado não deve insistir indefinidamente na expectativa de cumprimento em face das violações sustentadas, pois deve zelar pela real validade da Lei, pelo que deve proceder contra violações da lei. Direito cuja próxima comissão é percebida (JAKOBS, 2017).

Nesse contexto, seria possível distinguir entre diferentes categorias de sujeitos normativos: alguns em que a violação não prejudica a expectativa de comportamento futuro de acordo com a Lei e outros cujas violações o fazem. Isso supõe também que haveria uma espécie de confiança depositada pelo Estado no sujeito para presumir sua vontade de permanecer sob a proteção e validade da lei. No entanto, caberia a cada

indivíduo manter essa presunção a seu favor por meio de uma conduta habitual e incontestável de acordo com a lei.

Tal raciocínio tem um impacto profundo no conceito de pessoa e, mais especificamente, em seu fundamento e na finalidade atribuída à sanção penal. Para a linha de argumentação em análise, a noção de pessoa repousa sobre uma base positiva, contratual e utilitária, não responde a um postulado ontológico, mas à confluência de certas condições, incluindo um compromisso com a fidelidade ao ordenamento jurídico e, por meio dele, ao contrato social. Quem não o manifestasse não seria uma pessoa nem um cidadão, mas sim um inimigo, ou seja, não uma pessoa. E as penas com que são sancionadas não devem ter por objetivo reafirmar a validade da Lei, mas sim garanti-la neutralizando a fonte do perigo: o inimigo.

Segundo o próprio Jakobs (2017), isso se caracterizaria pelas seguintes características: um amplo avanço de caráter punível caracterizado porque a visão retrospectiva do sistema punitivo foi substituída por uma lógica prospectiva, por um aumento na magnitude das penas em contraposição ao direito penal "dos cidadãos" - desproporcionalidade nas penas-, devido à redução e mesmo supressão das garantias processuais individuais (este último até faz falar em Direito Processual Penal Inimigo).

A aplicação prática desta tendência é por vezes caracterizada pelos nomes eloquentes de algumas leis: "Leis de combate ao terrorismo", "Leis de combate ao narcotráfico". Em outros casos, é o próprio conteúdo das normas que mostra sua filiação ao Direito Penal do Inimigo. Exemplos lamentáveis disso são: o chamado *Patriot Act* dos Estados Unidos da América, de 26 de outubro de 2001, e a Lei Antiterrorismo nº 13.260/2016.

No campo processual, devem ser prestados tratamentos diferenciados, porque o arguido em processo conduzido de acordo com os requisitos de um verdadeiro estado de direito é um "sujeito processual" e como tal tem, entre outros, o direito de a proteção judicial efetiva, o direito de solicitar a obtenção de provas, de assistir a interrogatórios e, principalmente, de não ser enganado, coagido ou submetido a certas tentações; Enquanto no direito penal do inimigo, surge a necessidade de uma lei processual do inimigo, que o exclua desses direitos, uma vez que são pessoas contra as quais não se aplica mais a presunção de conduta nos termos da lei, ou seja, que eles não são mais totalmente tratados como cidadãos, como pessoas de direito, e que, de fato, dificilmente poderiam ser tratados como tais pessoas. Esse procedimento de guerra, visa eliminar os riscos terroristas, por isso o acusado deve ser mantido incomunicável e evitar o contato com o defensor. JaKobs (2017) parece ter encontrado nos acontecimentos de 11 de setembro de 2001 a justificativa perfeita para esse procedimento de guerra, e seus seguidores parecem ter encontrado a teoria que legitima a guerra preventiva. Ou seja, justifica a punição de atos preparatórios, que podem ser combatidos até com tortura. Reconhece que a punição do terrorista ou o

fato de ser submetido a um "interrogatório severo" antes da produção dos feridos não se enquadra em um perfeito estado de direito, mas que a demolição de um avião de passageiros é situações excepcionais, dentro das quais encontram sua justificativa.

Ignorando o fato de que uma é a ética da justiça e a outra é a ética da guerra, o citado advogado criminal justifica a punição dos atos preparatórios, a detenção incomunicável do acusado e a tortura, a que se refere com um leve eufemismo. chamando-o de "interrogatório severo", embora não se encaixe em um estado de direito perfeito, então um estado de direito imperfeito com uma lei de exceção seria legitimado. No entanto, coloca a tortura e o abate de um avião no mesmo plano axiológico. Um ato terrorista como o derrubamento de um avião não pertence ao direito de exceção, é um ato ilegal, ponto final, então não pode encontrar âncora na lei. É a lei que deve reagir ao terrorismo; Mas a tortura, que é um ato ilegal, não pode ser equiparada a outro ato ilegal como o terrorismo. Isso equivaleria a afirmar que o crime deve ser confrontado com o crime (VEIGA JÚNIOR, 2017).

As propostas de reformas do Código Penal têm sido objeto de preocupação e crítica por parte da doutrina penal, por entender que existe um modelo político-penal subjacente que coloca a segurança antes das garantias. O mesmo fenômeno também é observado no direito comparado. É necessário, portanto, questionar-se sobre sua legitimidade e compatibilidade com o "Direito Penal de fato" do Estado de Direito. A consequência lógica dessa abordagem será argumentar se o direito à segurança é realmente tal, ou se a segurança é apenas um aspecto que depende da garantia dos direitos das pessoas (de todas as pessoas) contra o Estado e contra terceiros. Não se trata de uma especulação teórica, mas de uma questão que atinge os Direitos Fundamentais das pessoas: trata-se de conflitos de interesses ou encontram a sua síntese num conceito de liberdade que tem um dos seus pressupostos na segurança?

É necessário esclarecer se uma intervenção mais incisiva do Direito Penal realmente proporciona segurança ou insegurança. Se concedermos à segurança um status autônomo, podemos estar em bases sólidas para defender a ideia de que um ressurgimento do Direito Penal é legítimo na medida em que é necessário para proteger o direito à segurança de quem não comete crimes. Se, pelo contrário, entendermos que se trata realmente de proteger o patrimônio jurídico, tendo em vista que qualquer cidadão pode, a qualquer momento, cometer um crime, a ideia de segurança não pode ser posta a serviço do prejuízo de garantias em qualquer caso, porque o que se introduz é a insegurança. A ideia de "segurança" que justifica a escalada punitiva é em parte real, em parte simbólica, em parte objetiva, em parte subjetiva, difícil de delimitar. A "insegurança" que pode acarretar transforma-se em insegurança jurídica através, por exemplo, da indeterminação na qualificação das condutas, da indefinição dos bens jurídicos protegidos, da antecipação de

penas por crimes de periculosidade, ou em geral, da flexibilização das garantias em busca da eficácia presumida (SILVA, 2016).

Em última instância, é um prejuízo à liberdade pautada na lógica funcional do *estado preventivo*, que preconiza uma *forma pró-ativa de atuar* frente aos riscos, e não como seria típico do *estado de direito*, delimitado *reativamente* segundo certos princípios e garantias. Estes princípios, em particular o princípio da proporcionalidade (ou proibição de excessos), são oprimidos pelo pensamento preventivo da segurança, em que a ponderação dos direitos legais não é decisiva, mas apenas a concretização do fim pretendido. Em última instância, isso leva, como se verifica na área do direito penal, a medidas restritivas de direitos com base em programas indeterminados. Como menciona Silva (2016), os mecanismos discriminatórios na gestão dos direitos fundamentais a favor dos cidadãos "respeitáveis" e à custa dos excluídos (imigrantes, desempregados, indigentes, toxicodependentes, jovens marginalizados, etc.) condicionam uma redução na segurança jurídica que, por sua vez, alimenta o sentimento de insegurança da opinião pública. O resultado é uma forma de estilização seletiva das áreas de risco de violação de direitos, onde a parte não está no todo, mas sim no todo ou, diretamente, contra o todo, o todo entendido como direitos fundamentais e todas as pessoas.

A tese fundamental defendida é que o chamado "*discurso das garantias*" não é uma espécie de luxo a que se pode renunciar em tempos de crise e muito menos uma tese conservadora. É um discurso claramente progressista e crítico porque visa salvaguardar um modelo de direito penal estritamente ligado às garantias do Estado de Direito que deve ser aplicado a todas as pessoas. Substituir a "racionalidade valorativa" que lhe é inerente por uma "racionalidade pragmática", precisamente quando é necessário defender esses princípios, é uma forma de validar uma transformação altamente discutível dos parâmetros político-criminais. Sem dúvida, as faces do Direito Penal são múltiplas, e uma que não pode ser esquecida em caso algum é o protetor e fiador.

Primeiramente, da simples leitura do Código Penal, mais especificamente do artigo 63, depreende-se que a reincidência do indivíduo é considerada uma circunstância agravante do crime, gerando, portanto, o aumento da pena a ele imputada. Verifica-se que tal dispositivo tem como consequência o aumento de pena aplicada ao indivíduo que reincidiu, que, mesmo após cometer um delito e ser condenado, não se reabilitou e continua sendo um perigo para a sociedade, e, portanto, merecedor de um aumento de pena.

Ainda quanto à existência de leis brasileiras com fundamentos similares aos da Teoria do Direito Penal do Inimigo, Silva (2016) cita inúmeras, tendo como principais a lei 10.792/03, que instituiu aquilo que é chamado de "Regime Disciplinar Diferenciado", e a lei 7.565/1986, também conhecida como "Lei do Abate". Sobre tais leis, a autora explica que o Regime Disciplinar Diferenciado estipulado na primeira nada mais é que o isolamento do

indivíduo encarcerado que, ou praticou falta grave que ocasione subversão da ordem ou disciplina do presídio, ou apresente alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. Já quanto à lei do abate, leciona que tal lei prevê o abate de aeronave classificada como hostil dentro do território brasileiro.

3. EFETIVIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DIREITO PENAL DO INIMIGO

A expansão / modernização do direito penal e do “direito penal do inimigo” devem, em princípio, ser adequadamente diferenciados porque, enquanto o primeiro se concentra principalmente no campo do direito penal econômico, o último afeta principalmente o crime organizado e o terrorismo. No entanto, não são fenômenos que possam ser tratados isoladamente, pois ambos compartilham certas tendências da política criminal contemporânea, em particular, a busca por eficiência e segurança. O primeiro segmento é amparado, em geral, pela proteção dos direitos legais em bases constitucionais, e o problema reside antes em traçar os limites da compatibilidade dos crimes perigosos com o princípio da proporcionalidade. O segundo segmento ultrapassa claramente esses limites e é uma “lei penal” incompatível com o “programa penal da Constituição”.

Como Zaffaroni (2015) apontou, alguns eventos característicos da “sociedade de risco” têm gerado um alarme social que está causando uma tendência para abordá-los apenas com o auxílio do Direito Penal, que tem custos que afetam as garantias tradicionais do Direito Estado. O fenômeno da expansão está claramente inserido em um quadro geral de restrição, ou, no melhor dos casos, de releitura” das garantias clássicas do Direito Penal, e isso devido a uma pluralidade de circunstâncias que se relacionam, como já foi dito, com a natureza dos bens jurídicos que se pretende proteger (bens jurídicos supra-individuais), a técnica de classificação utilizada (crimes de perigo abstrato), e o autoria nessa área (criminalidade corporativa, por meio de aparato de poder organizado, de natureza transnacional, por convicção etc.).

No entanto, é preciso reconhecer que a modernização do direito penal é necessária e, por outro lado, imparável. Houve uma transformação do crime que, sem dúvida, acarreta uma mudança nas abordagens jurídicas que devem enfrentá-lo. Nesse sentido, é claro que o direito penal também deve ser capaz de atingir a “criminalidade dos poderosos”, e deixar de ser aquele destinado apenas a atingir os marginalizados e menos favorecidos da sociedade. É também claro que o Direito Penal moderno envolve a classificação de crimes perigosos e protege direitos legais coletivos, e que não faz sentido negar ab initio legitimidade para este último, já que esta se basearia, apenas em um “ceticismo infundado” sobre a capacidade de atuação de um dogmático criminoso de base política e criminal. Desta abordagem, segue-se que não só é possível, mas também necessário, que o direito penal sirva para prevenir novos riscos.

Mas, segundo Pilati (2009), "próxima linha", é imprescindível não esquecer que a modernização do Direito Penal, se realmente quiser representar uma "evolução" do mesmo, deve ser feita com escrupuloso respeito pelas garantias do Estado de Direito, e não devido às demandas de "segurança" de uma sociedade que não conhece critérios de "razoabilidade" quanto à intervenção criminal, pois caso contrário essa intervenção não pode ser considerada justificada.

Geralmente, a experiência mostra a existência de certa divergência entre as abordagens teóricas e a realidade empírica sobre o grau de sua expressão nos fatos. Mas, na atualidade, a divergência entre as abordagens sobre o Direito Penal mínimo, bem como as diferentes propostas abolicionistas e reducionistas do sistema penal, e a realidade, é tão contundente que até permitiu falar da situação insustentável do Direito penal.

Tanto é que se afirma que a expressão "Direito Penal Mínimo" já é um tema desprovido de conteúdo concreto. Diante desse modelo axiológico, existe atualmente um fenômeno de "ampliação" do âmbito do punível em clara contradição com a pretensão de reduzir o Direito Penal a um núcleo duro correspondente em essência ao chamado "Direito Penal clássico. Esta expansão é uma consequência do nascimento de um "novo" Direito Penal, denominado por alguns de "Direito Penal Acessório", que visa proteger o novo patrimônio jurídico característico da sociedade pós-industrial. Diante dos postulados axiológicos do modelo de Direito Penal mínimo, portanto, parecem prevalecer as demandas de intervenção criminal de uma sociedade modernamente caracterizada como uma "sociedade de risco". Esta sociedade é caracterizada por várias peculiaridades, entre as quais se destaca o aumento extraordinário das interconexões causais, e a substituição dos contextos de ação individual por contextos de ação coletiva, em que o contato interpessoal é substituído por uma forma de comportamento anônima e padronizada (SILVA, 2016).

O debate sobre a idoneidade do Direito Penal para a proteção do patrimônio coletivo chegou às últimas consequências no quadro da discussão político-penal e dogmática sobre a expansão do Direito Penal na "sociedade de risco" em decorrência da transformação do estruturas socioeconômicas na sociedade pós-industrial, o que levou a uma inflação punitiva muito importante. Brandão (2009) aponta que há muito tempo assistimos a uma irritante discordância entre a programática de um Direito Penal com limites e o dia a dia da crescente criminalização, algo intolerável em um momento em que a "incapacidade" é amplamente reconhecida em Direito Penal pela resolução de problemas. Saber se o Direito Penal se depara, portanto, com uma situação "insustentável", ou simplesmente se se defronta com uma situação "nova" que requer certo repensar, está na base das discrepâncias entre duas metodologias distintas de exame do Direito Penal, que devem constituir, em por sua vez, com diferentes pontos de partida epistemológicos: o primeiro, de caráter personalista, o segundo, de caráter funcionalista. Naturalmente, por

trás dessas metodologias e pontos de partida epistemológicos existem certas "imagens do homem" e da sociedade em que se desenvolve, certas "ideologias" que desempenham um papel decisivo.

O fenômeno de expansão / modernização do direito penal pode ser caracterizado por três notas: a administracionalização, a globalização e a progressiva desconstrução do paradigma liberal. Silva (2016) estudou o problema relacionando-o com as seguintes variáveis: constituição de novos "bens jurídico-criminais", expansão dos espaços de risco legal-criminalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia. O autor assume "com resignação" como solução a existência no futuro de um "Direito Penal a duas velocidades".

Certamente a regulação dessas novas áreas requer juízos de valor eminentemente normativos, por isso recorre-se à regulação dos setores de risco socialmente mais significativos como energia nuclear, meio ambiente, pesquisa biomédica, produção de alimentos, etc. uso nesta área de leis criminais em branco. Esse fenômeno, que pode ser denominado globalmente de "administrativização" do Direito Penal, caracteriza-se, então, pela combinação de fatores como a introdução de novos objetos de proteção, a antecipação das fronteiras da proteção penal e a transição, em última instância, do modelo de crime de lesão à propriedade individual, ao modelo de crime de periculosidade de bens supra-individuais.

A questão-chave, portanto, reside na desmaterialização do conceito de bem jurídico. O conceito liberal de bem jurídico, ao qual o funcionalismo sistêmico havia renunciado como ponto de partida por meio de sua teoria geral preventiva positiva particular de estabilização normativa, está atualmente em crise. Esta crise, questiona a sua função mais significativa: a de delimitar a intervenção criminosa, e esta em consequência do entendimento legítimo da incriminação de condutas consideravelmente afastadas da agressão ao direito legal, sem ter em conta o critério de prejudicar o comportamento social, em nome de um exasperado pragmatismo de eficiência (MARTÍN, 2015).

O conceito de "risco permitido" desempenha um papel regulador básico na dogmática penal deste "novo" Direito Penal, como figura jurídica que permitiria que ações que apresentassem risco de lesão ao patrimônio jurídico fossem consideradas nos termos da Lei, desde que o nível de risco seja mantido dentro de limites razoáveis e o agente tenha adotado as medidas de precaução e controle necessárias para reduzir com precisão o perigo de aparecimento dos ditos resultados prejudiciais. Ou seja, é um critério que expressa uma ponderação de todos os interesses jurídico-criminalmente relevantes, um julgamento de ponderação em que seria necessária uma avaliação prévia, que deveria ter como premissa maior a autocompreensão da sociedade e a ordem relativa de valores (ou preferências) em que está incorporado. Esse é o argumento utilizado para destacar que, justamente na significativa mudança de autocompreensão social produzida nas últimas

décadas, há a modificação do produto do referido julgamento de ponderação de juro no sentido de uma diminuição dos níveis de risco, uma consequência de uma superavaliação de segurança essencial (VEIGA JÚNIOR, 2017).

A globalização, e o fenômeno econômico internacional, e a integração político-jurídica e supranacional, como fenômeno, são, por sua vez, dois fatores que influenciam de forma decisiva na discussão sobre o direito penal da sociedade pós-industrial. Atrás deles está a demanda por um combate mais eficaz ao crime, o que é claramente observado em questões como o crime econômico e o crime organizado em geral. Os mesmos tipos de crime, junto com terrorismo, crime sexual e crimes graves em geral, que Jakobs recentemente se referiu como legislação criminal inimiga (VEIGA JÚNIOR, 2017).

CONCLUSÃO

Diante do exposto, podemos extrair as seguintes reflexões:

Uma das características atuais do Direito Penal - e, portanto, da política penal a que é tributado - consiste em sua tendência expansionista. Dentro dessa tendência, e como resultado da confluência entre uma renovada punitividade e o Direito Penal simbólico, surgem as bases do chamado Direito Penal Inimigo.

A complexa rubrica de Direito Penal do Inimigo é construída a partir de uma distinção estipulativa anterior: a existência de alguns sujeitos que devem ser considerados como cidadãos e de outros que devem ser considerados e tratados como inimigos. Propõe-se a configuração e validade de seções do Direito Penal inspiradas em diferentes paradigmas. Um deles, o Direito Penal do Cidadão, define e pune crimes, ou infrações de normas, que são cometidos por cidadãos de forma incidental e que normalmente são a simples expressão de um abuso por parte deles das relações sociais em que participam desde a sua qualidade de cidadão, isto é, na sua condição de sujeito vinculado ao e pelo Direito. A outra, a Lei Criminal Inimiga, configura e pune os atos que teriam sido cometidos por indivíduos que, em sua atitude, em sua vida econômica ou por incorporação a uma organização, se desviaram da Lei presumivelmente de forma duradoura e não apenas acidentalmente e, portanto, não garantem a segurança cognitiva mínima de um comportamento pessoal e demonstrariam esse déficit por meio de seu comportamento.

O Direito Penal do Inimigo, seria caracterizado pelas seguintes características: um amplo avanço da punitividade caracterizada porque a visão retrospectiva do sistema punitivo foi substituída por uma lógica prospectiva, por um aumento na magnitude das penas em contraste com o direito criminoso "dos cidadãos" - desproporcionalidade nas penas - pela redução e mesmo supressão das garantias processuais individuais (este último chega mesmo a falar em Direito Processual Penal Inimigo), e por ser o surgimento de um

segmento especial do Direito Penitenciário destinado a ser aplicado contra os destinatários do Direito Penal do Inimigo.

O "direito penal do inimigo" insere-se, por outro lado, no *contexto político-penal da "modernização" do direito penal*, caracterizada fundamentalmente por sua forte tendência expansionista e pela busca de eficiência. No entanto, é necessário diferenciar adequadamente as diferentes áreas de "modernização" (como o "direito penal econômico"), das áreas para as quais se projeta a chamada "legislação penal do inimigo" (fundamentalmente, embora não exclusivamente, crime organizado e terrorismo). O primeiro segmento apoia-se, em geral, na proteção de direitos jurídicos de base constitucional, e o problema reside antes em traçar em cada caso os limites da compatibilidade dos crimes perigosos com o princípio da proporcionalidade. O segundo segmento claramente extrapola esses limites e é uma "lei penal" incompatível com o "programa penal da Constituição".

REFERÊNCIAS

BERTI, N. **O Regime Disciplinar Diferenciado como expressão do Direito Penal do Inimigo**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 91, agosto de 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10108>. Acesso em: 28 mar. 2021.

BITENCOURT, C. Z. **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRANDÃO, M. O Direito Penal do Inimigo e a Dignidade da Pessoa Humana na Constituição Brasileira de 1988. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 07 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25650&hl=no>>. Acesso em: 25 ago. 2021.

BRITO, T. **O Direito Penal do Inimigo de Gunther Jakobs**. Jus.com, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44783/o-direito-penal-do-inimigo-de-gunther-jakobs>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

CARVALHO JÚNIOR, A. O Direito Penal do Inimigo. **Revista Âmbito Jurídico** nº 97, 2012. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-direito-penal-do-inimigo/>>. Acesso em: 17 ago. 2021.

CONDE, F. M. **Direito penal do inimigo**. Trad. Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012.

HABIB, G. **O Direito Penal do Inimigo e a Lei dos Crimes Hediondos**. São Paulo: Impetus, 2018.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GOMES, L. F. Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal). **Conteúdo Jurídico**: 2010. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/artigo,direito-penal-do-inimigo-ou-inimigos-do-direitopenal,29698.html>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

JAKOBS, G. **Direito penal do inimigo**. Org. de Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARTÍN, L. G. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NASCIMENTO, D. M. **Metodologia do trabalho científico**: teoria e prática. 7. ed. São Paulo: Fórum, 2018.

PILATI, R. Análise crítica do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs. **Revista Jurídica** – CCJ/FURB, v. 13, nº 25, p. 23 – 44, jan./jul. 2009.

SILVA, K. C. **Direito Penal do Inimigo**: Aspectos jusfilosóficos e normativos. Sem edição. Jundiaí: Editora Paco Editorial, 2016.

VEIGA JUNIOR, E. O direito penal do inimigo: suas influências no ordenamento jurídico brasileiro e a revelação do verdadeiro inimigo. **Revista Âmbito Jurídico** nº 163 – Ano XX – Agosto/2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-direito-penal-do-inimigo-suas-influencias-no-ordenamento-juridico-brasileiro-e-a-revelacao-do-verdadeiro-inimigo/>>. Acesso em: 17 ago. 2021.

ZAFFARONI, E. R. **O inimigo no Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

A ORIGEM DA LEI DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL E AS RELAÇÕES DE CONSUMO ATÉ A FORMALIDADE DOS CONTRATOS DE ADESÃO

ANA PAULA DA SILVA NASCIMENTO:

Pós-Graduada em MBA Profissional em Pedagogia e Psicopedagogia Empresarial pela ESAB – Escola Superior Aberta do Brasil, 2011, Bacharel em direito pela instituição de ensino Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas, 2018. Pós-graduação em Direito Penal e Direito Civil, 2019.

LUAN FELIPE RODRIGUES CAMPOS

(coautor)

INTRODUÇÃO

O código de defesa do consumidor foi editado, no Brasil, em 11 de setembro de 1990 e entrou em vigor em 1991.

A implementação da Lei n. 8.078 trouxe para o sistema legislativo brasileiro uma inovação, uma modernidade para a proteção do consumidor.

Devido ao aumento na demanda de consumo, advindo da era industrial, houve assim, as transformações nas estruturas tradicionais do contrato.

Os negócios jurídicos tiveram de adaptassem a esta nova realidade que surgiu, logo também foi necessário arrumar-se uma forma de continuar a abranger um grande número de clientes indistintamente e visando atingir este fim, surgiram os contratos padronizados, ou seja, de adesão.

É notória a essencialidade desta forma de contratar no período atual, em decorrência das facilidades, as quais são oferecidas, entretanto, em virtude da unilateralidade que é dotada, o consumidor acaba a ficar suscetível à imposição de vantagens excessivas, já para o fornecedor resta a contrariedade aos pressupostos da boa-fé, da justiça contratual, da transparência e etc.

O art. 1º do CDC prevê expressamente que a lei consumerista é norma de ordem pública e de interesse social. Por seguinte, o art. 5º, inc. XXXV, da CF/1988 elucida que o

juiz deve conhecer de ofício a proteção dos consumidores. Este trabalho radiografará sobre a origem do direito do consumidor no Brasil, a evolução destas relações de consumo no nosso país, a importância da proteção do consumo, cláusulas abusivas e contratos de adesão.

1. DIREITO DO CONSUMIDOR: COMO SURTIU?

Surgiu da desigualdade na relação entre os consumidores e fornecedores de bens e serviços. Importante salientar que o Direito do Consumidor é um instituto de suma importância no controle das relações jurídicas oriundas da contratação em massa.

1.1 A Evolução das Relações de Consumo

O consumo é parte inerente do cotidiano humano, sendo este realizado por motivos variados, como necessidades para a sobrevivência ou até consumo influenciado pelo desejo, o consumo pelo consumo.

As relações de consumo são dotadas de bilateralidade, subentendendo a existência de um fornecedor, ou seja, alguém que dispõe-se a fornecer bens e serviços a terceiros, bem como, do consumidor, que se subordina às condições e interesses impostos pelo titular dos bens ou serviços, em vista do atendimento de suas necessidades de consumo.

Inegável que no decorrer da história, as relações de consumo evoluíram enormemente, passando por simples operações de troca de mercadorias e primárias operações mercantis, chegaram-se, gradativamente, a complexas relações de compra e venda, "leasing", importações e etc.

O crescimento populacional nas metrópoles gerou aumento de demanda, levando a indústria em geral a querer produzir mais para alcançar mais consumidores e aumentar seu lucro. Para tanto, criou-se a produção em série, a homogeneização da produção.

Este novo modelo de produção, possibilitou grande uma diminuição dos custos e um aumento enorme na oferta, possibilitando a abrangência de uma larga camada de pessoas.

O modelo de produção em massa aprimorou-se na passagem do século XIX para o século XX; a partir da Primeira Guerra Mundial houve um incremento na produção, que se solidificou e cresceu em níveis extraordinários a partir da Segunda Guerra Mundial com o surgimento da tecnologia de ponta, do fortalecimento da informática, do incremento das telecomunicações etc.

O modelo de produção industrial em massa, adotado pela sociedade capitalista contemporânea, pressupõe planejamento estratégico unilateral do fornecedor. Em vista de aperfeiçoar esse planejamento unilateral foi desenvolvido um modelo contratual o qual acabou por ter as mesmas características da produção.

Quem planeja a oferta de um serviço ou um produto qualquer para ser reproduzido várias vezes, também planeja um único contrato e o imprime e distribui em massa.

O extraordinário desenvolvimento experimentado pelo comércio ampliou a utilização da publicidade como meio de divulgação de produtos e atração de novos consumidores.

Esse avanço nas relações de consumo deixou claro que o consumidor estava desprotegido, sendo necessária uma adequada resposta legal.

1.2. Proteção do Consumidor no Brasil

O firmamento da defesa do consumidor no Brasil é relativamente recente, pois apenas em 1978 foi tratada como tema específico com o surgimento em âmbito estadual do primeiro órgão de defesa do consumidor, o Procon, Grupo Executivo de Proteção e Orientação ao Consumidor de São Paulo, criado pela Lei n. 1.903 de 1978.

Em 1985, foi criado, pelo Decreto n. 91.469 de 1985, o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, para atuar em âmbito federal, este posteriormente foi extinto e substituído pela SNDE (Secretaria Nacional de Direito Econômico).

No entanto, constata-se a existência de legislação que indiretamente protegia o consumidor indiretamente, embora não fosse o objetivo primário do legislador. Sendo a primeira manifestação a garantir direitos ao consumidor o Decreto n. 22.626 de 1933, editado visando reprimir a usura.

Desde a constituição de 1934, em seus art. 115 e 117, surgem as primeiras normas de proteção à economia popular. O Decreto Lei n. 869 de 1938 e depois o de n. 9.840 de 1946, cuidaram dos crimes contra a economia popular, seguido pela Lei n. 1.521 de 1951 (Lei de Economia Popular).

É de 1962 a Lei n. 4.137, Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico, que indiretamente beneficia o consumidor, bem como, criou o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), vinculado ao Ministério da Justiça.

Em 1984 foi editada a Lei n. 7.244 que autorizava os Estados a instituírem Juizados de Pequenas Causas, revogado pela Lei n. 9.099 de 1995. Os crimes contra o Sistema

Financeiro Nacional ou “crimes do colarinho branco”, passaram a ser punidos com a Lei n. 7.492 de 1986.

A partir de 1985, foram dados passos muito importantes no que tange a defesa do consumidor, neste ano foi promulgada a Lei n. 7.347, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao consumidor, iniciando a tutela jurisdicional dos interesses difusos em nosso país.

Ainda em 1985, foi assinado o Decreto federal n. 91.469, alterado pelo de n. 94.508 de 1987, criando o CNDF (Conselho Nacional de Defesa do Consumidor), cujo visava assessorar o presidente da república na formulação e condução da política nacional de defesa do consumidor, com ampla competência, contudo sem poder coercitivo.

Conselho Nacional de Defesa do Consumidor foi extinto no início do governo Collor de Mello e substituído pelo Departamento Nacional de Proteção e defesa do Consumidor, na estrutura do Ministério da Justiça, com esta mudança, ganhou-se em termos de agilidade e uniformidade de procedimento em relação à área de defesa econômica, mas perdeu-se em representatividade no que tange a participação das entidades privadas de defesa do consumidor, da sociedade civil (OAB, Conar, Confederações do empresariado: agricultura, comércio e indústria) e dos órgãos estaduais e municipais, que integravam o conselho extinto.

Oriundo dos reclamos da sociedade e do trabalho dos órgãos e entidades de defesa do consumidor, ocorreu o acréscimo de quatro dispositivos específicos sobre a proteção do consumidor na Constituição da República, promulgada em 5 de outubro de 1988.

O primeiro dispositivo, art. 5º, XXXII da CF/88 reflete toda a concepção do movimento, “O Estado promoverá, na forma da lei a defesa do consumidor”. No art. 24, VIII da CF/88 é atribuída competência concorrente para legislar sobre danos ao consumidor.

No capítulo da Ordem Econômica, especificamente no art. 170, V da CF/88, a defesa do consumidor é apresentada como uma das justificativas da intervenção do Estado na economia.

Finalmente, no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias anunciava a edição do Código de Defesa do Consumidor, que foi concretizado pela Lei n. 8.078 de 1990.

1.3. Direito do Consumidor na Constituição Federal de 1988

A emenda constitucional n. 26 (promulgada em 27.11.85) foi proposta por José Sarney e aprovada pelo Congresso Nacional, com intuito de convocar membros da Câmara

dos Deputados e do Senado Federal para se reunirem em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, em vista de elaborarem o novo texto constitucional.

O texto foi aprovado em dois turnos de discursão e votação, pela maioria absoluta dos membros da Assembleia Nacional Constituinte e após isso foi promulgada.

A Constituição Federal de 1988 é a Constituição Cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, em vista da ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque tinha como objetivo a plena realização da cidadania.

Em relação ao direito consumerista, que é considerado direito fundamental de 3ª geração ou dimensão, este está presente em diversas partes do texto constitucional em vigor.

O artigo 5º da Constituição da República, em seu inciso XXXII, no capítulo relativo aos "direitos e deveres individuais e coletivos", versa que o Estado brasileiro deve promover, na forma da lei, a defesa do consumidor.

O emprego da defesa do consumidor como princípio geral da atividade econômica visa a garantia da mínima proteção em relação aos bens e serviços dispostos no mercado. Esta medida é necessária para a solução de potenciais conflitos de interesse que possam vir a surgir entre o consumidor e o fornecedor ou até mesmo o próprio Estado.

Nos arts. 1º, I, e 170, I da CF/88 está elencada a soberania, que é um dos princípios fundamentais do Estado brasileiro.

"A soberania de um estado implica a sua autodeterminação com independência territorial, de modo que pode, por isso, pôr e impor normas jurídicas na órbita interna e relacionar-se com os demais Estados do Planeta, na ordem internacional". (NUNES; Rizzato, 2009, p. 17).

Desta maneira, as normas criadas pelo Estado são dotadas de imperatividade, aplicando-se a todos dentro do território nacional brasileiro, estas normas podem versar sobre diversas matérias, incluindo as relações de consumo. O principal direito constitucionalmente garantido é a dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III da CF/88.

Ainda que de difícil fixação do sentido de dignidade, "isso não impede que na prática social se possam apontar as violações reais que contra ela se realizem". (NUNES; Rizzato, 2009, p. 26).

A dignidade da pessoa humana é base de todo microsistema jurídico de defesa do consumidor uma vez que o ato de consumir é essencial ao ser humano.

O artigo 170 da CF, ao dizer que a “ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos, a existência digna, conforme os ditames da justiça social”, com enfoque no inciso V que destaca a importância da defesa do consumidor.

Segundo Nunes (2009, p. 7), “o regime é capitalista, isto é, há a livre iniciativa, e esta é possível, devido aquele que tem patrimônio e/ ou que tem condições de adquirir crédito no mercado pode, caso queira, empreender em algum negócio”.

Já o artigo 150 da CF, trata das limitações do poder de tributar, nos níveis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em seu § 5º fixa que “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”.

Destaca, Oliveira (2003, p. 31), “após a Constituição consagrar entre os direitos e garantias fundamentais a defesa do consumidor, que deve obrigatoriamente ser promovida pelo Estado, não pode o Legislador, o Administrador e o Juiz, ignorar a realidade constitucional e fática para agir em desconformidade com a Lei Maior”.

1.4 O Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor, lei n. 8.078/1990, consumidor foi editado, no Brasil, em 11 de setembro de 1990 e entrou em vigor em 1991.

A lei n. 8.078/1990 é Código por determinação constitucional, art. 48 do ADCT/CF, ademais, é também uma lei principiológica, o doutrinador Rizzato Nunes (2009, p. 70) acompanha este entendimento:

“Como lei principiológica entende-se aquela que ingressa no sistema jurídico, fazendo, digamos assim, um corte horizontal, indo, no caso do CDC, atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional”.

Portanto, toda matéria que possua relação jurídica caracterizada como de consumo é tangenciada por todos os princípios e regras da Lei n. 8.078/90.

A da Lei n. 8.078/90 é norma de ordem pública e de interesse social, geral e principiológica, prevalente a todas as normas anteriores no âmbito de suas matérias.

2. CLAÚSULAS ABUSIVAS EM CONTRATOS DE ADESÃO BANCÁRIOS

Os contratos de adesão adotados pelas instituições financeiras são um importante método de contratação vez que são capazes de atingir uma grande demanda, porém, pela desigualdade dos contratantes, abre-se azo para abuso do disponente no ato da formulação das cláusulas gerais do contrato.

2.1. Cláusulas Gerais ou Condições Gerais

As cláusulas ou condições gerais são estipulações preestabelecidas feitas de forma unilateral, pelo predisponente ou estipulante que servem para regular uma determinada área negocial, não podendo o aderente discutir seu conteúdo ou alcance, feita para que possa atingir indistintamente qualquer um que a queira aderir.

Não se confunde com o contrato de adesão, uma vez que este é o modo de efetivação das cláusulas gerais contratuais.

Existem dois mecanismos de controle das condições gerais dos contratos, são eles o preventivo ou abstrato e o repressivo ou concreto.

Tentou-se introduzir no Brasil controle abstrato ou preventivo através do art. 54, § 5º do CDC, entretanto este dispositivo foi vetado. Conforme Almeida (2011, p. 157) “o Ministério Público pode, mediante inquérito civil, fazer este controle, podendo redundar em compromisso de ajustamento da conduta, ou no ajuizamento de ação civil pública”.

Já o controle repressivo ou concreto é efetuado após a conclusão da relação de consumo, por meio de ação judicial discutindo a abusividade de uma cláusula.

2.2. Contratos de Adesão

Ao buscar acompanhar o modelo de produção planejada e estandardizada implantada no início do século XX, o direito fez o seu próprio modelo de contratação, adequando-o ao processo industrial, e assim passou--se a criar fórmulas padronizadas.

O art. 54 do CDC define contrato de adesão como “aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos e serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

A partir deste conceito, podemos inferir que ocorre a estipulação unilateral pelos fornecedores, ou seja, a imposição é feita para os consumidores os quais desejam adquirir seus produtos e serviços, através de modelo prévio, estudado e decidido por si mesmo.

Igualmente, as estipulações unilaterais realizadas pelo poder público têm o regime de contrato de adesão.

O doutrinador Almeida (2012, p. 155) define como elementos do contrato de adesão:

“a) a preexistência das condições gerais do contrato, aprovadas ou regulamentadas por autoridade competente, ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor disponente”; e b) o consentimento do consumidor manifestado com simples adesão a conteúdo preestabelecido da relação jurídica, a dizer, o consumidor tem que aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pelo fornecedor, aderindo a uma situação contratual que se encontra definida em todos os seus termos”.

Os contratos de adesão conquistaram grande importância no âmbito das relações de consumo. Principalmente em vista da ampla e variada gama contratual, havendo também a impossibilidade prática da contratação individual nos moldes clássicos.

Todavia, a desigualdade dos contratantes torna possível abuso na formulação das condições gerais do contrato, pois o consumidor simplesmente adere a um conteúdo preestabelecido.

Os contratos de adesão são regulados tanto pelo Código Civil quanto pelo Código de Defesa do Consumidor, devendo o último ser aplicado prioritariamente nas relações de consumo, pois estas são normas de ordem pública e interesse social. A aplicação das normas contidas no Código Civil é feita de forma subsidiária nos casos onde houver lacunas na lei específica.

O art. 423, CC determina que “quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

Ao fixar que na existência de cláusulas ambíguas a interpretação válida será a favorável ao aderente, aquele que está elaborando o contrato deve ser claro e preciso ao repassar informações ao aderente, reforçando o art. 54, § 4º do CDC.

Nunes (2009, p. 621), “o pressuposto da clareza é absoluto, e não só decorre do princípio da boa-fé objetiva com todos seus reflexos como ao fenômeno da oferta regulada nos arts. 30 e seguintes” do CDC.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm)

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm#art485)

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Contratos e serviços bancários e a normatização de defesa do consumidor**. Campinas: LZN, 2003.

PETRY, Alexandre Torres. A Súmula 381 do STJ como afronta ao sistema dos direitos fundamentais. **Direito & Justiça**. v. 38, n. 2, jul./dez. 2012. (<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/12537/84>).

EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA: ÊNFASE NO RECONHECIMENTO SOCIOAFETIVO VIA EXTRAJUDICIAL E SEUS REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

AMANDA CRISPILHO GOMES:
Bacharelanda no curso de Direito do
Centro Universitário de Santa Fé do Sul - SP

EDUARDO CURY⁵

(orientador)

RESUMO: O Direito de Família vem se modificando com o passar dos anos, avançando na medida em que a sociedade evolui, diante disso o conceito família vem se expandindo e amparando as mesmas em suas diversas formas. O Código Civil de 2002 regulamentando o previsto na Constituição Federal de 1988, trouxe significativas mudanças no Direito de Família brasileiro, equiparando as diversas formas de filiação, com a consequente regulamentação legislativa, inclusive no que tange à filiação socioafetiva, a qual foi possível o reconhecimento pela via extrajudicial fulcrada no Provimento 83 do CNJ, o qual trouxe algumas modificações em seu texto, visando sempre o melhor para a criança. O reconhecimento socioafetivo através da via extrajudicial nos cartórios do Registro Civil, vem para agregar e formalizar o que já vem sendo praticado pelas famílias, como conviver em âmbito familiar de modo afetuoso. Conclui-se que, o reconhecimento jurídico da paternidade socioafetiva representa a evolução do Direito, onde o mesmo deve estar em consonância com a sociedade, se adequando as novas realidades para que traga segurança as pessoas que dependem de seu amparo. O Material consultado para a produção do resumo foram pesquisas bibliográficas, sites, artigos e jurisprudências relacionadas ao tema.

Palavras-chave: Reconhecimento. Paternidade Socioafetiva. Família. Provimento n.83.

ABSTRACT: Family Law has been changing over the years, advancing as society evolves, in view of this, the concept of family has been expanding and supporting them in their various forms. The 2002 Civil Code, regulated and provided for in the Federal Constitution of 1988, brought significant changes in the Brazilian Family Law, equating the various forms of affiliation, with the consequent legislative regulation, including with regard to socio-affective affiliation, which was possible to recognize through the extrajudicial channel established in CNJ Provision 83, which brought some changes to its text, always seeking the best for the child. The socio-affective recognition through the extrajudicial means in the Civil Registry Offices comes to aggregate and formalize what is already being practiced by the families, such as living together in a family environment in an affectionate way. It is

⁵ Mestre em Direito e docente no UNIFUNEC - Centro Universitário de Santa Fé do Sul - SP,

concluded that the legal recognition of socio-affective paternity represents the evolution of Law, where it must be in line with society, adapting to new realities so that it brings security to people who depend on its support. The material consulted for the production of the abstract was bibliographic research, websites, articles and jurisprudence related to the theme.

Keywords: Recognition. Socio-affective paternity. Family. Provision n.83.

1 INTRODUÇÃO

O conceito família vem se modificando com o passar do tempo, e o direito como uma ciência política, também deve sempre estar em constante evolução, para que assim possa amparar aqueles que mais precisam.

Dessa forma, surge uma nova constituição de família, agora baseado no amor e no afeto, onde há a possibilidade de reconhecer como seu e para todos os fins de direito o filho que antes era somente de criação.

O reconhecimento socioafetivo nada mais é do que o reconhecimento jurídico da maternidade e ou paternidade com base no afeto, sem que haja vínculo de sangue entre as pessoas, ou seja, quando um homem e ou uma mulher cria um filho como seu, mesmo não sendo mãe ou pai biológico da criança.

Diante disto, a consagração da igualdade entre os filhos se deu com a Constituição Federal de 1988, por força do artigo 227, trazendo proteção nas relações jurídicas, deixando claro que, para todos os fins o sociológico não se distingue do biológico, ambos portanto possuem os mesmos direitos e deveres.

Outro marco na filiação socioafetiva, se deu com o Conselho Nacional de Justiça e sua implantação do Provimento 63 em 14 de novembro de 2017. Esse procedimento que antes era realizado somente na via judicial, passou, portanto, a ser realizado também nas vias administrativas extrajudiciais, desafogando assim o judiciário, que já vem sendo um tanto extenuante.

Com a necessidade de melhorias e seguindo a evolução da sociedade, teve seu texto alterado pelo Provimento 83, de 14 de agosto de 2019, anunciando mudanças significativas nos procedimentos extrajudiciais em questão, optando por modificar algumas das situações em que se enquadraria o reconhecimento extrajudicial socioafetivo. O mesmo, também trouxe benefícios para o procedimento, dificultando assim possíveis fraudes, como por exemplo a adoção a brasileira.

Para a proteção, e respeitando o direito dos filhos, ficou resguardado, a posse do estado de filho, não podendo se falar então em desconstituição da filiação da paternidade socioafetiva, uma vez que tal ato assegura a estrutura da base familiar baseada no afeto.

A filiação socioafetiva, portanto, passa a ser um tema de grande destaque, que cada vez mais vem encontrando apoio no direito brasileiro, assim como a descomplicação na esfera extrajudicial, preservando sempre a dignidade da pessoa humana e a igualdade entre os filhos, sejam eles biológicos ou não.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA

O conceito histórico de família sofreu inúmeras transformações ao passar dos anos na medida em que as relações humanas evoluíam. O fato gerador econômico não era mais o ponto importante de ligação entre os entes da família, agora nesse novo conceito o que ganha espaço é o amor, o afetivo que se sobrepõe ao patrimonialismo. É importante ressaltar, que o conceito de união familiar vem se modificando e dando espaço para incluir em seu cerco todos os que antes eram afastados por não serem de sangue, assim, transformando através dos tempos e se reajustando tanto nas mudanças religiosas, socioculturais e econômicas.

Nesse contexto, podemos afirmar que a família passa por profundas transformações, tanto internamente, no que diz a respeito à sua composição e as relações estabelecidas entre seus componentes, quanto as formas de sociabilidade externas existentes, fato este que tende a demonstrar seu caráter dinâmico. (OLIVEIRA, 2009, p.01).

No passado não muito distante, havia uma objetiva distinção entre filiação legítima e filiação ilegítima. As leis vigentes antes da Constituição Federal 1988 firmavam um modelo de família patriarcal, portanto era excluída toda tutela jurisdicional, assim como qualquer entidade familiar onde o filho fosse havido fora do casamento, dessa forma a constituição de uma família considerada legítima só era possível com a efetivação do matrimônio. Para ser específico durante a vigência do Código Civil de 1916, sendo que, o filho legítimo era aquele nascido da união carnal durante o casamento. Como disciplinava o Código Civil de 1916, em seu artigo 337, os filhos concebidos na constância do casamento eram legítimos, mesmo que ainda fosse anulado ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé.

O filho concebido antes do casamento era ilegítimo até que se formalizasse a união dos pais através do casamento. O mesmo, era muito mal visto perante a sociedade, sendo julgado severamente por simplesmente ter nascido fora da união regular de fato de seus genitores, onde o mesmo não obteve nenhuma culpa. Era muito comum naquela época a

religião obrigar o pai a abandonar o filho mesmo que ele quisesse assumir, e com isso, o mais prejudicado nessa história era a criança.

De acordo com Maria Berenice (2007, p. 318), os filhos havidos fora do casamento, eram tratados como se não existissem, e negar esse reconhecimento ao filho, excluía-los de direitos, trazendo punição ao mesmo que não possuíam culpa pela postura do pai, que se liberava do ônus do poder familiar.

A partir da Constituição Federal de 1988 muitos dispositivos foram revogados, trazendo uma nova estrutura na base jurídica, relacionados a princípios constitucionais, reforçando tais como igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, e esses princípios passaram a integrar o direito de família.

O direito de família é o que mais avançou nos últimos tempos, levando-se em consideração que seu foco são as relações interpessoais e que estas acompanham os passos da evolução social. A família contemporânea caracteriza-se pela diversidade, justificada pela incessante busca pelo afeto e felicidade. Dessa forma, a filiação também tem suas bases no afeto e na convivência, abrindo-se espaço para a possibilidade da filiação não ser somente aquela que deriva dos laços consanguíneos, mas também do amor e da convivência como é o caso da filiação socioafetiva. (BARRETO, 2013, p. 4).

Um grande marco na evolução do conceito de filiação no ordenamento jurídico brasileiro, se deu com vigência do artigo 227§6º da Constituição Federal de 1988, onde trouxe em seu texto que os filhos havidos da união do casamento ou não, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O sistema de justiça se tornou amplo, devido justamente a lei tutelar essas outras formas de família, conseqüentemente trazendo regulamentação e acesso igualitário aos filhos, sendo eles biológicos ou socioafetivos.

A nova roupagem do conceito de família e por que não dizer de todo o direito civil transcorreram do livramento das amaras do liberalismo e da patrimonialização das relações sociais permitindo que os interesses puramente individuais passassem a se submeter a outros valores. Por tal firma, nossas concepções acerca da família vêm surgindo no ordenamento pátrio, conceito tais que se fundão sobre a personalidade humana, devendo a entidade familiar ser entendida como grupo social fundado em laços afetivos, promovendo a

dignidade do ser humano, no que toca a seus anseios e sentimentos, de modo a alcançar a felicidade plena. (BARRETO, 2013, p. 10).

Nesse novo Estado Democrático de Direitos não mais importa o estado civil dos genitores, ficando assim perante a lei e sociedade a igualdade entre todos os filhos concebidos de qualquer relação.

3 O SOCIOAFETIVO SOB O DIREITO DE IGUALDADE COM O BIOLÓGICO

O Reconhecimento Socioafetivo é de grande relevância para o direito de família, pois é com esse novo conceito de filiação que agora é possível registrar como seu para todos os fins de direitos o filho que antes era somente de criação.

Por muito tempo, o termo família se referia somente a pai, mãe e filhos havidos através da união, entretanto a maternidade e paternidade vem se modificando, onde antes havia apenas espaço para o tradicional, hoje o principal ponto para a formação da família é a afetividade, afastando, portanto, qualquer tabu como a filiação ilegítima.

Cada vez mais as pessoas que exercem os papéis de pais não correspondem aos genitores, razão pela qual está ocorrendo um movimento de desbiologização da filiação, que privilegia a afetividade em detrimento da verdade biológica. Tao movimento tem sido muito importante para o direito e para as relações pessoais, tendo em vista que a genética não pode prevalecer sobre o afeto. (OLIVEIRA; PAZZINI, 2014, p.9 *apud* SILVA; ALBUQUERQUE, 2020, p.5).

A discriminação findou-se com a Constituição Federal de 1988. A mesma consagrou a igualdade entre os filhos, ocasião que as normas passaram a se adaptar a novas realidades, promovendo proteção nas relações que antes vinham sendo inexistentes no mundo jurídico.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

[...].

§ 6o. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 2018, p.146).

O vínculo do socioafetivo aparece como um enigma jurídico expressivo e, por essa razão, merece amparo na lei, pois de acordo com o artigo 1.593 do Código Civil, se admite também o parentesco de outra origem e não somente o consanguíneo. O novo conceito de família provoca centenas de conflitos ao redor da paternidade no âmbito social, afetivo e no ramo jurídico.

A Constituição Federal em seu texto, abrange o conceito de família, trazendo o princípio de igualdade da filiação para o socioafetivo e biológico, adentrando nas relações familiares, e nos relacionamentos afetivos, decorrente da necessidade de cada familiar, em fazer preponderar sua realização e seus valores.

A filiação Socioafetiva se funda, portanto na relação construída entre pais e filhos, tanto em aspectos afetivos como sociais. O tema vem ganhando bastante discussões nos tribunais, pautando-se sempre na igualdade de direitos entre os filhos, prevista expressamente no artigo 227 §6º e reforçado pelo artigo 1596 do Código Civil. Um exemplo disso, são as doutrinas e jurisprudências de forma quase majoritária, serem favoráveis a ambos os filhos terem direito a sucessão, reforçando que a filiação Socioafetiva gera todos os efeitos pessoais e patrimoniais para ambos os filhos.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. FILIAÇÃO. IGUALDADE ENTRE FILHOS. ART. 227, § 6º, DA CF/1988. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. VÍNCULO BIOLÓGICO. COEXISTÊNCIA. DESCOBERTA POSTERIOR. EXAME DE DNA. ANCESTRALIDADE. DIREITOS SUCESSÓRIOS. GARANTIA. REPERCUSSÃO GERAL. STF. 1. No que se refere ao Direito de Família, a Carta Constitucional de 1988 inovou ao permitir a igualdade de filiação, afastando a odiosa distinção até então existente entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos (art. 227, § 6º, da Constituição Federal). 2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 898.060, com repercussão geral reconhecida, admitiu a coexistência entre as paternidades biológica e a socioafetiva, afastando qualquer interpretação apta a ensejar a hierarquização dos vínculos. 3. A existência de vínculo com o pai registral não é obstáculo ao exercício do direito de busca da origem genética ou de reconhecimento de paternidade biológica. Os direitos à ancestralidade, à origem genética e ao afeto são, portanto, compatíveis. 4. O reconhecimento do estado de filiação configura

direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem nenhuma restrição, contra os pais ou seus herdeiros. 5. Diversas responsabilidades, de ordem moral ou patrimonial, são inerentes à paternidade, devendo ser assegurados os direitos hereditários decorrentes da comprovação do estado de filiação. 6. Recurso especial provido. (JUSBRASIL, 2017, p.1).

Vem se intensificando cada vez mais a busca pelo conhecimento e aceitação no ambiente social desta nova forma de filiação, fazendo com muitas famílias busquem o amparo da lei. Os desafios advindos dessas referidas relações fazem com que se saia de uma sociedade fática, para o mundo real e jurídico, buscando sempre quebrar a problemática da desbiologização da paternidade.

A filiação tem perdido sua função biológica (garantida pelos laços de sangue e genéticos) para exercer sua função social (garantida pelos laços de afeto). Assim, a identidade biológica entre pais e filhos não garante mais a convivência e o reconhecimento da relação, pois as necessidades que envolvem essa relação são muito mais de cunho social, afetivo, cultural e ético que de cunho biológico. Com isso, a desbiologização da paternidade é cada vez mais crescente no núcleo familiar, que passa a adotar seus filhos muito mais por opção que pela falta dela. (CAMPOS, W.A.L.C.D.F, 2006, p.326 *apud* ARTONI, P.B, 2019, p. 24).

A filiação socioafetiva encontra sua fundação nos entre laços afetivos construídos pelo cotidiano, pelo relacionamento de amor, companheirismo, doação, e reciprocidade entre filhos e pais. A relação socioafetiva está cada vez mais ganhando espaço, tanto no setor social como no setor jurídico, considerando a distinção entre genitor e pai, no direito ao reconhecimento da filiação, como trás o Código Civil, tendo-se por pai aquele quem cria, desenvolvendo o papel de educador, protetor, e apoio ao emocional.

Durante o exercício do poder famílias, uma relação de afetividade, exercida pelos pais socioafetivos, regulariza o amparo jurídico de todos os efeitos que derivam tanto da vinculação biológica como da socioafetiva. Entretanto, caberá aos pais socioafetivos, tanto quanto os biológicos, em relação aos filhos menores dirigir-lhe a criação e educação, tê-los em sua companhia e guarda. (SILVA; BONVICINI, 2016, p. 12).

Assim, diante do exposto de família contemporânea, é necessário demonstrar os impactos causados no subdesenvolvimento emocional, patrimonial e social na sociedade, da paternidade socioafetiva, assim como o direito de registro do filho, transparecendo o

que deve andar lado a lado, o que é biológico ou o que é afetivo, para que fique claro a importância da unificação do que é paternal, evitando, assim, que a vida humana seja afetada devido aos conflitos ainda existentes no que tange a respeito ao mundo social e jurídico da criança.

4 PROCEDIMENTO ÁGIL E EFICAZ POR VIA EXTRAJUDICIAL

A filiação socioafetiva é tema antigo, porém vem ganhando visibilidade nos dias atuais, amparados juridicamente. O Conselho Nacional de Justiça em seu Provimento 63, trouxe um grande marco para essa filiação, regulamentando o procedimento do reconhecimento da filiação socioafetiva, perante aos Cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais.

O Provimento 63/2017 do CNJ implantou na esfera administrativa a possibilidade do reconhecimento da filiação socioafetiva, sendo efetivado nos cartórios de Registro Civil, deixando assim o processo menos burocrático e mais ágil, uma vez que se encontra amparo na lei, e um conforto emocional, podendo realizar esse processo dentro dos conformes legais de um jeito muito mais simplificado e rápido.

A paternidade socioafetiva existe quando ocorre um vínculo na relação entre pais e filhos, mesmo que esse não seja sanguíneo, será constituído, portanto, pelo laço emocional afetivo. No entanto, nem sempre esse processo foi facilitado, antes era necessário recorrer ao judiciário para sua efetivação, porém, com o Provimento 63 de 2017 do CNJ, foi introduzido também na via administrativa.

Com este novo modo agora é possível concretizar o ato do reconhecimento de paternidade socioafetiva diretamente nos Cartórios de Registro Civil.

Nesse cenário, a Corregedoria Nacional do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou em 2017, o Provimento nº 63 estabelecendo regras para o procedimento no extrajudicial, contudo em 2019, entrou em vigor o Provimento n. 83, trazendo em seu texto modificações e novos requisitos a serem observados.

A socioafetividade surge da necessidade de olhar para outras configurações familiares e legitimá-las. Assim para o direito brasileiro a uma nova orientação que determina as relações parentais mais pelo afeto do que pela verdade biológica ou registral, levando a filiação socioafetiva a ter maior valor do que o laço consanguíneo. (DIAS, M.B. 2016, p.123 *apud* OLIVEIRA, L.F.; SOARES, L.C.E.C.; FERRAZ, A.C.; COELHO, R.M. 2020, p. 14).

Em razão ao primeiro provimento, os filhos poderiam ser de qualquer idade, porém se fossem maiores de dezoito anos teriam que consentir, já com o novo Provimento Nº 83 de 14/08/2019, houve algumas modificações significativas, onde agora, somente os filhos maiores de 12 anos serão beneficiados com o reconhecimento por via administrativa, onde deverão atestar seu consentimento, ficando os menores de 12 anos a recorrer ao judiciário.

O Reconhecimento unilateral (somente um pai ou uma mãe socioafetiva), ficou acordado em ambos os provimentos, como também o necessário consentimento do pai ou mãe biológico, atestado do registrador sobre a existência da afetividade e o parecer favorável do Ministério Público, que equivalera ao deferimento.

A razão para essas significativas mudanças diz respeito as adoções ilegais, como por exemplo a adoção a brasileira, assim conhecida. Quando nos referimos aos adolescentes, estes já conseguem manifestar sua concordância, o que não aconteceria em casos que envolvam crianças menores de 12 anos.

Até pouco tempo, o reconhecimento e registro de uma relação filial socioafetiva somente poderia se dar por intermédio de uma intervenção do poder judiciário. Ou seja, os interessados em ver registrada uma data filiação socioafetiva (ainda que consensual) deveriam, necessariamente, ajuizar uma ação judicial para alcançar tal intento, o que demandava a intervenção de advogado, o custo e o tempo de um processo judicial, dentre outros percalços, que envolvem uma demanda em juízo. Nesse contexto os cartórios de registro civil, registravam de forma direta apenas filhos de pessoas que se declaravam ascendentes genéticas, de quem pretendiam reconhecer ou, então, nos casos que incidiam as respectivas presunções legais. Assim, eram registrados extrajudicialmente, ou seja, diretamente nas serventias de registro, apenas os filhos biológicos e aqueles havidos de relação na qual incidisse uma presunção legal. Já os filhos socioafetivos, só poderiam ser reconhecidos pela via jurisdicional, o que fazia com que muitos vínculos dessa natureza não fossem devidamente registrados, apesar de presentes na realidade fática. (CALDERÓN; TOAZZA, 2019, p.1).

Devido a esse novo Provimento portanto o reconhecimento socioafetivo conduzido pelo CNJ, está possibilitando a realização do procedimento via extrajudicial, de uma forma mais simplificada, de acordo com as formalidades legais. Por ser realizado através de um cartório, é medida para desafogar o poder judiciário, onde o mesmo se encontra engessado com inúmeros processos, ficando assim mais célere e não necessitando de um advogado.

5 A POSSE DO ESTADO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E A IMPOSSIBILIDADE DE SUA DESCONSTITUIÇÃO

A Constituição da República de 1988 foi o marco inicial na efetiva transformação do Direito de Família, pois eliminou alguns conceitos que até então eram tratados pelo Código Civil de 1916.

A filiação passou, portanto, a ser igualitária, independentemente de sua origem, não baseando-se mais na família hierarquizada e consanguínea, e sim no princípio da afetividade, e dignidade da pessoa.

Assim, constata-se que a filiação socioafetiva, caracterizada pela afetividade, bem como pela posse de estado de filho, é tão importante quanto à biológica e por essa razão, merece proteção não podendo ser desconstituída.

A partir do momento em que se constitui a filiação fundada exclusivamente em laços afetivos, constituída também estará a identidade da prole. Não convém que a relação envolvendo pais e filhos, independentemente do liame biológico, se desconstitua, uma vez que a relação parental é um fator essencial no desenvolvimento do filho no que tange a formação de sua personalidade. (OTONI, 2010, p.1).

Quando o ato da filiação socioafetiva se concretiza, não se pode falar em desconstituição futura, justamente pelo fato dessa relação depender exclusivamente da afetividade, esta que, se fortalece dia após dia. Independente do fator biológico, tais sentimentos portanto construídos e assumidos voluntariamente, não se pode “perder”, pois foi o que estruturou a relação familiar.

A Justiça não julga as relações socioafetivas, com base na consanguinidade, pois precisa analisar mais afundo a questão, pois sabe-se que havia um comportamento da pessoa com sentimento de pai/mãe para filho, o que consolida a filiação. A mesma, não se dissolve com base em alegações de vícios e fraudes, e muito menos com arrependimento posterior.

O liame socioafetivo é primordial quando se objetiva esclarecer possíveis conflitos envolvendo as relações de paternidade, ou seja, a filiação socioafetiva é a base para se estabelecer direitos, buscando sempre o bem estar da prole. É comum em um meio familiar, ocorrer eventuais desentendimentos entre pais e filhos. Contudo, independentemente da causa que gerou a discussão, não estará desconfigurada a relação afetiva existente entre pais e filhos, uma vez

que esta relação é de suma importância no desenvolvimento do ser humano. (OTONI, 2010, p.9).

Sobre a filiação socioafetiva e a impossibilidade da desconstrução do vínculo tem-se o julgado a seguir:

REGISTRO CIVIL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE VIA ESCRITURA PÚBLICA. INTENÇÃO LIVRE E CONSCIENTE. ASSENTO DE NASCIMENTO DE FILHO NÃO BIOLÓGICO. RETIFICAÇÃO PRETENDIDA POR FILHA DO DE CUJUS. ART. 1.604 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE VÍCIOS DE CONSENTIMENTO. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. ATO DE REGISTRO DA FILIAÇÃO. REVOGAÇÃO. DESCABIMENTO. ARTS. 1.609 E 1.610 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Estabelecendo o art. 1.604 do Código Civil que "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade de registro", a tipificação das exceções previstas no citado dispositivo verificar-se-ia somente se perfeitamente demonstrado qualquer dos vícios de consentimento, que, porventura, teria incorrido a pessoa na declaração do assento de nascimento, em especial quando induzido a engano ao proceder o registro da criança. 2. Não há que se falar em erro ou falsidade se o registro de nascimento de filho não biológico efetivou-se em decorrência do reconhecimento de paternidade, via escritura pública, de forma espontânea, quando inteirado o pretense pai de que o menor não era seu filho; porém, materializa-se sua vontade, em condições normais de discernimento, movido pelo vínculo socioafetivo e sentimento de nobreza. 3. "O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação socioafetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil" (REsp n. 878.941-DF, Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 17.9.2007). 4. O termo de nascimento fundado numa paternidade socioafetiva, sob autêntica posse de estado de filho, com proteção em recentes reformas do direito contemporâneo, por denotar uma verdadeira filiação registral – portanto, jurídica –, conquanto respaldada pela livre e consciente intenção do reconhecimento voluntário, não se mostra capaz de afetar o ato de registro da filiação, dar ensejo a sua revogação, por força do que dispõem os arts. 1.609

e 1.610 do Código Civil. 5. Recurso especial provido. (RECURSO ESPECIAL nº709608/MS)

O reconhecimento da filiação socioafetiva, trata-se de uma paternidade irretroatável, principalmente quando essa relação entre os mesmos já se concretizou, tendo a criança em relação ao pai o estado de posse de filho. É necessário levar em consideração a inclusão desse filho na sociedade e seio familiar, uma vez que a ruptura desse vínculo fere as normativas e direitos da dignidade da pessoa humana.

Percebe-se que nos dias de hoje, a filiação socioafetiva tem proteção mais efetiva, estruturando as bases familiares e zelando pela harmonia nas relações jurídicas. A desconstituição torna-se irrevogável, prezando pela dignidade do filho socioafetivo, assim como a da própria pessoa que o registrou formalmente.

No que tange a regulamentação supracitada, é notório sua importância para que prevaleça sempre o bem estar e saúde emocional da prole, visando sempre o afeto, uma vez que não se pode pensar em desconstituição da paternidade socioafetiva, por não haver vínculo sanguíneo, justamente para que se prese a base familiar respeitando o direito dos filhos sobre o estado de filiação. Vale ressaltar que, para tal procedimento faz-se necessário atender a formalidades e requisitos, com provas de inexistência de vínculo, seja de afeto, convivência, tratamento recíproco, dentre outros, devendo cada caso ser analisado em sua individualidade.

6 CONCLUSÃO

Indubitavelmente, sabe-se que o direito sendo uma ciência política, necessita estar em constante evolução, para amparar toda uma sociedade, assim como as diferentes transformações sofridas com o passar dos anos.

A família em seu processo histórico, veio se modificando, seguindo as fases de desenvolvimento através dos diferentes costumes e valores, assim nascendo um novo conceito de família, onde o fato gerador econômico, já não era tão importante para formação da mesma, surgindo então a ligação através do amor, do afeto assim como a conhecemos hoje em dia.

Dessa forma, houve um primoroso avanço na possibilidade do reconhecimento da filiação socioafetiva, como uma nova estrutura familiar, trazendo igualdade entre os filhos, colocando sempre em equidade seja ele biológico ou afetivo.

O artigo 227, em seu §6 da referida Constituição Federal foi de grande importância, pois fundou expressamente essa igualdade entre os filhos, trazendo proteção e amparo a essas relações, que até então eram inexistentes. O direito à filiação diante o nosso

ordenamento jurídico consagra o direito da dignidade da pessoa humana, deixando claro que a prioridade aqui sempre será a do filho.

Outro grande marco para este tipo de filiação foi a instalação do Provimento 63/2017, do Congresso Nacional de Justiça, onde trouxe regulamentação para o procedimento que passou a ser implantado também na via administrativa, nos cartórios de Registro Civil.

É notório portanto sua importância, pois o reconhecimento socioafetivo passou a ser um procedimento mais facilitado e ágil, o que possibilitou o desafogamento do judiciário, de forma eficaz.

Seguindo as modificações da sociedade, o provimento supracitado, teve seu texto modificado já em 2019, pelo então Provimento de n. 83, que trouxe significativas alterações. Uma delas sendo a idade dos filhos, agora os maiores de 12 anos deverão consentir com o reconhecimento, evitando assim possíveis burlas a Lei.

Preencheu-se então uma lacuna que havia na questão desse tipo de filiação, ajudando na solução dos conflitos trazidos pela sociedade contemporânea, amparando todos aqueles que criam uma pessoa como sendo seu filho, mesmo sem vínculo sanguíneo, transparecendo portanto o estado de família sociológica, ou seja, a verdade socioafetiva, que nada mais é do que pais, aqueles que cuidam, amam, e zelam, pela vida da criança, exercendo a verdadeira função de família, resguardando o direito de igualdade entre os filhos.

Nesse sentido, a filiação passou a ser caracterizada pelo princípio da dignidade e afetividade, levando em consideração o estado de posse do filho, conseqüentemente sendo considerado tão importante como a família biológica. Passou então a ter proteção, não se podendo falar em desconstituição nem erros e nem fraudes. Isso faz com que se prevaleça o bem estar e saúde emocional do filho, estruturando sua base familiar, e zelando na harmonia das relações jurídicas.

Com essa atual realidade, esse procedimento é eficaz para que se consiga ajudar famílias a realizarem o sonho de reconhecer como seu o filho de outro, mas sempre amparados pela Lei, ressaltando, a desburocratização desse procedimento, uma vez que, sendo implantado na via administrativa, serve como fonte de desafogamento do poder judiciário, sendo assim uma forma mais rápida e ágil de se conseguir de forma legal o reconhecimento do filho socioafetivo.

Ressalta-se que a finalidade do reconhecimento da filiação socioafetiva é a desbiologização da paternidade, desconstruindo a imagem de que para ser pai deverá ser sempre biológico, e abrindo espaço para provar que pai é aquele quem cria, educa e ama,

entendendo-se que a paternidade em seu sentido mais amplo está acima do fator biológico, está ligado diretamente com a escolha, desejo de ser pai.

REFERÊNCIAS

ARTONI, P. B. **O registro civil na filiação socioafetiva no direito brasileiro**. Disponível em:

https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/181194/Artoni_PB_me_fran.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 05 set, 2020.

BARRETO, L. S. **Evolução Histórica e Legislativa da Família**. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_205.pdf. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. **CLT Saraiva Acadêmica e Constituição Federal /** Obra Coletiva de Autoria da Editora Saraiva com Colaboração de Livia Cespedes e Fabiana Dias da Rocha. 17ª Ed. São Paulo: Educação, 2018.

CALDERÓN, R.; TOAZZA, G.B. **Filiação Socioafetiva: repercussões a partir do Provimento 63 do CNJ**. Disponível em:

<https://www.google.com.br/amp/s/www.migalhas.com.br/amp/depeso/301241/filiacao-socioafetiva--repercussoes-a-partir-do-provimento-63-do-cnj>. Acesso em: 12 Jul 2021.

CAMPOS, W.A.L.C.D.F. **O direito a busca da origem genética na relação familiar socioafetiva**. *apud* ARTONI, P.B. **O registro civil da filiação socioafetiva no direito brasileiro**. Disponível em:

https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/181194/Artoni_PB_me_fran.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em 16 jun 2021.

CASTRO, M. M. **Do Reconhecimento de Filho Socioafetivo**. Disponível em:

https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/tcc_-_o_reconhecimento_de_filho_socioafetivo.pdf. Acesso em: 05 set, 2020.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. *apud* OLIVEIRA, L.F.; SOARES, C.E.C.; FERRAZ, A.C.; COELHO, R.M. **Dois pais e uma mãe? A (Multi) Parentalidade nas Famílias recasadas sob a perspectiva da psicologia social jurídica**. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-42812020000100003. Acesso em: 15 mar 2021.

EM DISCUSSAO. **Adoção “a brasileira” ainda é muito comum**. Disponível em:

<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/adocao-a-brasileira-ainda-e-muito-comum.aspx>. Acesso em: 05 set, 2020.

JUSBRASIL, **Superior Tribunal de Justiça STJ – Recurso Especial nº 1618230 RS 2016/0204124-4. Órgão Julgador: 3ª Turma.** Julgamento: 28/03/2017. Publicação: 10/05/2017. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465738570/recurso-especial-resp-1618230-rs-2016-0204124-4>. Acesso em: 17 jun 2021.

OLIVEIRA, C. B.; PAZZINI, B. **Paternidade Socioafetiva: a desbiologização do direito de família em prol do afeto.** *apud* SILVA, A.C.R.; ALBUQUERQUE, T.R.L. **O afeto como elemento primordial na conformação das famílias: uma análise das implicações do reconhecimento da multiparentalidade.** Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/2726/1/TCCANACARLASILVA.pdf>. Acesso em: 15 mar 2021.

OLIVEIRA, N. H. D. **Contexto da Família.** Disponível em: <http://books.scielo.org/id/965tk/pdf/oliveira-9788579830365-02.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2021.

OTONI, F. A. C. **A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior.** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/680/A+filia%C3%A7%C3%A3o+socioafetiva+no+direito+brasileiro+e+a+impossibilidade+de+sua+desconstitui%C3%A7%C3%A3o+posterior>. Acesso em: 18 jun 2021.

RECURSO ESPECIAL nº 709608/ MS, **4ª Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: João Otávio de Noronha.** Julgado em 05/11/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=paternidade+socioafetiva&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>. Acesso em: 18 jun 2021.

SILVA, L.B.L.; BONVICINI, C.R. **Novas configurações familiares: estudo dos efeitos jurídicos e afetos.** Disponível em: <https://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional/article/viewFile/315/431>. Acesso em: 16 jun 2021.

SOUZA, C. M. A. **CNJ cria regras para reconhecimento extrajudicial de filiação socioafetiva.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-03/carlos-souza-cnj-cria-regras-reconhecer-filiacao-socioafetiva>. Acesso em: 05 set, 2020.

A CRIPTOMOEDA COMO FORMA DE LAVAGEM DE DINHEIRO

ISMAEL FERNANDO CUNHA ALVES:
Universidade De Gurupi – Unirg

ADRIANO FERNANDES MOREIRA

(orientador)

RESUMO: O artigo tem como foco avultar a utilização das *criptomoedas* como forma de lavagem de dinheiro, demonstrando o que são *criptomoedas* de forma introdutória e como funciona sua rede de utilização da criptografia, ainda irá ressaltar a criação de contas para sua compra e a diferença em relação às contas bancárias. Demonstrará a importância da regulamentação das *criptomoedas* no Brasil. Para que não sejam utilizadas de maneira ilícita e com utilização para o cometimento do crime de lavagem de dinheiro, assim explicar as fases da lavagem de dinheiro e como a *criptomoeda* é inserida no método para que o crime seja efetivado.

Palavras-chave: Criptomoeda. Criptografia. Contas. Crime. Regulamentação.

ABSTRACT: The project focuses on preventing the use of cryptocurrencies as a form of money laundering, demonstrating what cryptocurrencies are in an introductory way and how their cryptographic use network works, it will also highlight the creation of accounts for their purchase and the difference in relation to bank accounts. It will demonstrate the importance of regulating cryptocurrencies in Brazil. So that they are not used in an illicit manner and used to commit the crime of money laundering, thus explaining the phases of money laundering and how the cryptocurrency is inserted in the method so that the crime is effectuated.

Keywords: Cryptocurrency. Cryptography. Accounts. Crime. Regulation.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como ponto central analisar o seguinte problema: as Leis Brasileiras estão preparadas para sanar problemas relacionados à lavagem de dinheiro e *criptomoedas*? Para se obter uma resposta são necessárias algumas explicações sobre o tema, explicando o que é uma *criptomoeda*, como funciona a sua rede de transações e ainda, é uma moeda que não está regulada pelo Banco Central do Brasil.

A *criptomoeda* é uma moeda que por não ser regulada pelo Banco Central, suas transações podem ser utilizadas para a lavagem de dinheiro e outros crimes. Por consequência dessa situação, formulam maneiras de lidar com as *criptomoedas* e com o crime de lavagem de dinheiro, utilizando-as. Como está sendo estudado foi observado

diversas brechas no qual o direito brasileiro está sendo ineficaz ou mesmo não podendo solucionar o problema de lavagem de dinheiro usando as *criptomoedas*.

A *criptomoeda* é algo novo e por não ter legislação específica ou mesmo por não ter leis que abranjam de forma concisa o tema, por meio deste se pretende demonstrar alguns passos importantes que devem ser dados pelo legislador para que comece a solucionar o problema eminente que se tem.

A lavagem de dinheiro é algo que aumenta de forma significativa o poder aquisitivo do crime, principalmente com dinheiro legal, onde aumenta-se significativamente o poder aquisitivo dos criminosos. (Macedo, 2006 p.30)

Um passo importante a se dar para ampliar os conhecimentos referentes ao que foi descrito, é um estudo aprofundado do tema, introduzindo as *criptomoedas* ao direito brasileiro e tendo uma visibilidade diferente para as mesmas. Ela será o futuro dos negócios, das transações e até mesmo na celebração de contratos e, atualmente não se tem tratado corretamente o tema. Com isso, elas podem ser utilizadas de diversas formas e para o crime de lavagem de dinheiro.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Criptomoedas

Para iniciar o trarei uma definição sobre ele: *criptomoedas* são moedas digitais utilizadas para realizar quaisquer transações em meio digital, utilizando-se de criptografia onde é protegida as informações e dados de quem transaciona. Diferente da moeda física são moedas virtuais, mas reais, não podendo ser tocadas fisicamente como o real ou o dólar.

A moeda usa como base a *blockchain*, que é um tipo específico de banco de dados distribuído, no qual há uma série de blocos ordenados. Além disso, essas informações são armazenadas em uma criptografia (*hash*).

Dessa maneira as moedas digitais (*criptomoedas*) são diferentes das moedas reais onde não necessitam de uma unidade controladora ou mesmo de leis específicas para manter ou mesmo para serem emitidas e mesmo assim são utilizadas para transações e tem alto valor no mercado global. Hoje é estimado já são mais de 9 mil *criptomoedas* no mercado mundial (**fonte:coinmarketcap**).

As *criptmoedas* são geradas através de um algoritmo que são hospedados nas máquinas de mineração e através disso são enviadas as carteiras dos usuários, tais carteiras são hospedadas na *blockchain* onde são criptografadas e só através da chave de acesso individual ou token podem ser acessadas.

Pouco estudadas no cenário jurídico brasileiro ainda não são tratadas com sua devida profundidade e ainda é cometido diversos erros ao falarem sobre criptos. Assim é necessário um estudo mais aprofundado do tema por todos os poderes para que dessa maneira sejam reconhecidas com suas devidas precauções e normas.

As operações virtuais do dinheiro e ele ser criptografado oferece confidencialidade aos operantes, além de integridade e rapidez em suas transações, foi projetada para se tornar uma alternativa de dinheiro corrente com uso mais rápido e simples que as demais moedas, sem contar com a segurança de dados, ainda há a inviolabilidade do livro de registro onde são armazenadas as transações o torna ainda mais atrativo.

Até dois anos atrás a moeda mais conhecida e utilizada era o Bitcoin, mas de alguns meses para cá foi descentralizada e outras moedas ganharam força no mercado de *criptomoedas*.

Dessa forma as *criptomoedas* são alternativas seguras de pagamento, de investimento e garante sigilo e inviolabilidade em suas transações por serem empresas alocadas em outros países que administram algumas carteiras de moedas.

As moedas tradicionais são normalmente controladas por instituições financeiras, por exemplo o Banco Central, controla a emissão, expedição e circulação do Real. Já as *criptomoedas* são geradas através de códigos e esses códigos são gerados nas máquinas de mineração (computadores com alta taxa de processamentos espalhados pelo mundo, ou seja, qualquer pessoa que tenha um computador com alguns requisitos pode minerar criptomoedas.

Dessa maneira para que sejam rastreadas as transações ou mesmo que seja fiscalizada teria que haver um investimento em centrais de controle e pesquisa com alto conhecimento e máquinas forenses capazes de adentrar na rede criptografada de dados.

Por ser uma nova opção de moeda nova, ainda é pouco conhecida e assim é necessário pesquisas aprofundadas sobre o tema e ampla divulgação para que seja aprofundado o conhecimento sobre as mesmas.

As instituições são as regras do jogo na sociedade, ou, mais formalmente, são as restrições que moldam a interação humana tal como concebida pela humanidade. A organização visa construir um mecanismo de incentivo para promover a comunicação interpessoal, que é a chave para a compreensão das mudanças históricas. A organização reduz a incerteza ao fornecer uma estrutura para a vida diária. Eles são um guia para a interação humana.

Nesse sentido, as instituições definem e limitam o conjunto de escolhas dos indivíduos. Instituições incluem qualquer forma de restrição aos seres humanos para

conceber e moldar essa interação humana, podendo ser essas restrições formais (regras que os seres humanos concebem) ou informais (convenções e códigos de comportamento). **(ANDRADE, Tratamento jurídico das criptomoedas)**

Dessa forma as *criptomoedas* serem fiscalizadas é algo necessário para que se mantenha a ordem econômica e a ordem social, pois quando não se regula algo aquilo torna-se uma válvula não só para pessoas, mas também para o cometimento de crimes. As instituições financeiras são essenciais pois elas além de regularem podem também intervir em algo que afete todo um povo. Assim as *criptomoedas* não serem reguladas ou mesmo estudadas de certo modo podem afetar negativamente a economia de uma localidade.

Ainda pode-se falar da questão de que quando uma instituição financeira não intervém naquela economia se tem uma prosperidade maior. Historicamente é possível notar que em algumas sociedades onde se tem intervenção mínima do estado se tem uma maior evolução econômica, portanto é uma via de mão dupla, as *criptomoedas* podem ser ruins para a economia de uma localidade, mas também pode-se criar uma economia próspera.

Nesse caso a falta de regulamentação das *criptomoedas* se torna algo atraente devido a sua valorização, a falta de regulamentação por instituições financeiras, por ser de difícil rastreabilidade e também a facilidade que se tem em obtê-las. Mas há também que quando algo não é regularizado, tem certa falta de segurança ao possuir essas moedas.

2.2 Controle jurídico das Criptomoedas

O anonimato trazido pelas transações realizadas com *criptomoedas* é algo que está ganhando visibilidade pelos juristas, com isso começa-se a questionar a respeito do tema, por ser uma moeda digital e de formar rápida, é possível realizar uma operação e está cada vez mais constante a utilização das mesmas. Sendo assim pessoas leigas não conseguem identificar de forma rápida as transações quando são realizadas.

O uso das *criptomoedas* tem como referência a proteção da privacidade, como qualquer outra transação financeira realizada. Todas as transações são armazenadas e públicas na *blockchain* e ainda assim tem total anonimato da sua verdadeira identidade. Há ainda *criptomoedas* que conseguem deixar as pessoas que realizam as transações mais anônimas possíveis, como por exemplo o MONERO, se trata de uma *criptomoeda* baseada no protocolo CryptoNote que conta com as melhores técnicas proteção de dados. Uma criptomoeda que utiliza alguns métodos mais poderosos que protegem o anonimato dos transacionistas.

Assim sendo, com o anonimato das transações e ainda com a falta de regulamentação das transações realizadas há várias questões jurídicas a serem discutidas

para que se tenha um maior controle. Dessa maneira há um temor de que as *criptomoedas* tornem o cometimento de crimes mais fáceis como a lavagem de dinheiro, as pirâmides financeiras, evasão de divisas e etc. Por seu fácil uso atrai ainda mais aqueles que querem transgredir o sistema de leis reais e ainda aumentam tais o número de crimes que ora era de certa forma mais difíceis a serem cometidos no mundo real.

Por exemplo para se obter uma conta em uma instituição financeira são necessários vários documentos pessoais e até alguns que comprovem sua identidade dependendo do tipo de conta que irá ser criada. Já para abrir uma conta para realizar transações com *criptoativos*. Os *criptoativos* são ativos digitais protegidos por criptografia, para realizar é necessário apenas um endereço de IP que é a identificação de uma rede, e ainda há programas que burlam a real localidade de um computador.

A legalidade das *criptomoedas* varia de acordo com os países e assim as entidades reguladoras buscam uma saída viável para a situação e que possa ser regulamentada corretamente, com essa variedade de aplicação e reconhecimento de cada país surge uma dúvida, é legal utilizar *criptomoedas*? Uma resposta objetiva é: depende do país em que está sendo utilizada.

Reguladores em diferentes jurisdições costumam ter dificuldade em tomar medidas de proteção para os usuários e a integração desta nova tecnologia em sistemas financeiro regulares regulamentados, principalmente porque quaisquer medidas de proteção irão interferir na confidencialidade dos dados.

A regulamentação partiu primeiramente de uma única *criptomoeda*, o bitcoin, no Brasil essa moeda vem sendo tratada como *commodities*, se trata de produtos de qualidade e características uniformes que mantém padrão independentemente do fabricante. Ainda, a receita federal no ano de 2017 começou a taxar o bitcoin como ativo financeiro e passou a cobrar 15% no momento de sua venda.

Muitos afirmam uma pontual preocupação com o efeito que a adoção de bitcoins em larga escala pode ter sobre a estabilidade do sistema financeiro, especialmente pela volatilidade dos preços, irreversibilidade das operações e anonimato de seus usuários. ANDRADE (2017 p. 43-59)

Dessa forma podemos analisar que os criptoativos podem afetar de forma negativa a estabilidade do mercado financeiro como falado supra por ANDRADE (2017).

2.3 Criptomoedas e a lavagem de dinheiro

As *criptomoedas* estão sendo bem lucrativas dessa maneira ocasionou uma reviravolta no mercado financeiro, fazendo-o aceita-las. Assim por serem completamente

virtuais todas as transações e ainda não possuem regulamentação específica ocasionou uma descentralização e expôs a necessidade de uma regulamentação urgente.

O Banco Central não fiscaliza as transações realizadas com as moedas virtuais dessa maneira se existem brechas que facilitam o cometimento do crime de lavagem de dinheiro, com o sigilo das identidades do comprador e do vendedor. Dessa forma quem minera, quem compra e quem vende estão assegurados que sua identidade será anônima.

A lavagem de dinheiro tem por objetivo tornar lícito o dinheiro obtido por meio de atividade ilícitas, exemplo disso é a criação de empresas de fachada para que possa ser injetado o dinheiro sujo como lícito. No Brasil, a lavagem de dinheiro é descrita pela Lei n.º 9.613, originado pela Convenção de Viena com o objetivo de unir diversos países no combate ao narcotráfico, um dos crimes que se relaciona com a prática. A Lei nº 12.683 criada em 2012, fez alterações na norma original com o objetivo de tornar mais eficiente a penalização deste crime. (Dicionário Financeiro, **Lavagem de dinheiro: saiba o que significa e como funciona**, Disponível em: <https://www.dicionariofinanceiro.com/lavagem-de-dinheiro/> Acesso em 09/05/2021).

Dessa forma como as *criptomoedas* são utilizadas na lavagem de dinheiro? Como as transações mantem em sigilo o comprador e o vendedor e ainda há empresas dedicadas a realizar essa lavagem em países estrangeiros e devolver ao país de origem, utilizando-se várias carteiras de ativos torna-se fácil e ainda torna quase impossível ser rastreado.

O processo de rastreamento do fluxo de caixa de forma criptografada torna-se difícil e mais confuso devido aos seguintes fatores: falta de comunicação entre as pessoas no ambiente real e contras em morda virtual; há obstáculos de rastreamento como mixers criptografados e anonimizadores; criação de um ilimitado número de contas e a falta de possibilidades de supervisão.

O procedimento da lavagem de dinheiro divide-se em três etapas: depositar recursos no sistema financeiro, distorcer a origem do dinheiro por meio de transações jurídicas e integrar os departamentos de valor e jurídico. Várias ferramentas foram desenvolvidas para monitorar e detectar fundos suspeitos em cada estágio do sistema bancário tradicional, mas em sistemas virtuais, a criptografia de dados ajuda a ocultar operações.

Assim para se rastrear o dinheiro e enquadrar de forma criminosa se torna complicado, com as criptografias utilizadas, algumas *criptomoedas* que tornam a transação mais sigilosa que o normal e ainda há os dispositivos que injetam novamente o dinheiro na economia do país torna-se fácil o cometimento do crime de lavagem de dinheiro.

Desse modo a falta de regulamentação, a ausência do Banco Central fiscalizando as transações torna a utilização das *criptomoedas* um método fácil de lavar dinheiro.

3. CONCLUSÃO

Como pôde ser analisado nesse presente artigo, há muitas brechas quando se trata da utilização de *criptomoedas*, o advento tecnológico proporcionou e proporciona muita praticidade, ainda mais quando se trata de transações econômicas, tendo em vista a alta taxa de privacidade que os usuários possuem.

A facilidade da lavagem de dinheiro por meio de *criptomoedas* é prática e vantajosa para as pessoas que cometem esse crime. Não é mais necessário empresas de fachada e burocracias, tornou-se possível realizar todo o trabalho apenas com um computador de alto processamento e esse ato pode ser feito em casa.

Um ponto a ser ressaltado é o formato da moeda, ela é virtual portanto não a vemos, mas possui o seu valor no mercado, isso torna ela ainda mais sigilosa e inacessível já que necessita de uma tecnologia apta para minerar essas criptos.

Outro ponto a ser ressaltado é que as *criptomoedas* são consideravelmente novas no mercado, não há normas que regem seu funcionamento e ela é criada por meio de códigos criptografados, esses códigos são conhecidos pelo seu alto nível de segurança.

O escasso conhecimento nessa área e a falta de tecnologia para investigações favorecem e facilitam o crime. Os sistemas operacionais garantem total confidencialidade do usuário e os acessos são individuais e restritos.

Conclui-se portanto que a criação e utilização das *criptomoedas* são importantes, práticas e sigilosas. Mas necessitam de normas que regem e controlem possíveis crimes que venham a acontecer, como no caso da lavagem de dinheiro.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mariana Dionísio de. Tratamento jurídico das criptomoedas: a dinâmica das bitcoins e o crime de lavagem de dinheiro. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v.7, nº 3, 2017. p. 43-59.

BLOCKCHAIN: o que é, como funciona e qual a tecnologia usada? 2020. Disponível em: <<https://blog.mercadobitcoin.com.br/blockchain-o-que-e-como-funciona-e-qual-a-tecnologia-usada> >. Acesso em: 07 de jun de 2021.

BRASIL. Constituição (1998). Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988. ed. Brasília, DF. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm/. Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL, Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm Acesso em 07 de jun de 2021

BITCOINS. Bitcoin Legality by Country Report. Disponível em: <https://coin.dance/poli#legalitybycountry>. Acesso em: 20 de mar. 2021.

Dicionário Financeiro, Lavagem de dinheiro: saiba o que significa e como funciona, Disponível em: <https://www.dicionariofinanceiro.com/lavagem-de-dinheiro/> Acesso em: 09 de mai. 2021.

MACEDO, Carlos Márcio Rissi. Lavagem de Dinheiro: Análise Crítica das Leis 9.613, de 03 de março de 1998 e 10.071 de 09 de junho de 2003. Curitiba: Juruá, 2006 p.30

NAKAMOTO, Satoshi. Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System. 2008. Disponível em: [https:// bitcoin.org/bitcoin.pdf](https://bitcoin.org/bitcoin.pdf). Acesso em: 05 jun 2021.

NUBANK. O que é Criptomoeda. Disponível em: <https://blog.nubank.com.br/o-que-e-criptomoeda>. Acesso em: 04 de mai. 2020.

STIGLER, George. The theory of economic regulation. Chicago: University of Chicago, 1971.

DEFENSORIA PÚBLICA E DESENVOLVIMENTO: UM ESTUDO SOBRE O RETORNO ECONÔMICO GERADO POR UMA UNIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

LUCAS RAFAEL GALDINO DE ARAÚJO LUCENA:

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba, Campus Campina Grande, Centro de Ciências Jurídicas. Pós-graduado em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade Damásio de Jesus.

RESUMO: Gastos públicos encontram-se em evidência. A pressão por se manter uma administração eficiente e que gere retornos diretos à sociedade é cada vez maior. A rotina de trabalho em um dos núcleos da Defensoria Pública da União levou ao desejo de se realizar uma pesquisa estatística sobre o valor dos direitos patrimoniais concretizados com algum auxílio do órgão. Como método, foram estabelecidas as seguintes diretrizes para a pesquisa: a) espaço temporal: 01/01/2020 a 31/12/2020; b) espaço da amostra: unidade da Defensoria Pública da União em Rio Branco/AC, constituída por cinco Ofícios Gerais; c) critério: processos arquivados no período acima com vitória total na via judicial e por acordo judicial. A fim de manter o foco do trabalho no retorno patrimonial gerado de forma direta, foram compilados dados de 630 processos judiciais, dentre um universo encontrado de 873. Os procedimentos foram elencados em tabela e catalogados com a indicação: a) do ofício ao qual está vinculado; b) da numeração atribuída pela DPU; c) do valor obtido por RPV, precatório ou instituição direta a partir da aprovação do pedido; e d) do tipo de pretensão, como aposentadoria, pensão por morte, auxílio-doença, salário-maternidade, benefício de prestação continuada, outras indenizações cíveis e o mais novo caso de auxílio emergencial. Ao final da pesquisa e considerando o resultado obtido, conclui-se haver evidências preliminares de que a existência de uma unidade da Defensoria Pública da União gere retorno concreto e mensurável à região em que se encontra instalada, podendo possivelmente servir de argumento para a sua expansão.

PALAVRAS-CHAVE: Defensoria Pública da União. Retorno econômico. Gastos públicos. Concretização de direitos. Direitos sociais de caráter patrimonial.

ABSTRACT: Public spending is in evidence. The pressure to maintain an efficient administration that generates direct returns to society is increasing. The work routine in one of the nucleus of the Federal Public Defender's Office led to the desire to carry out a statistical research on the value of patrimonial rights realized with some help from the agency. As a method, the following guidelines for research were established: a) temporal space: 01/01/2020 to 12/31/2020; b) sample space: the Federal Public Defender's Unit in Rio Branco/AC, consisting of five General Offices; c) criterion: lawsuits filed in the above period with total victory in court and by judicial agreement. In order to maintain the focus of the work on equity return generated directly, data from 630 lawsuits were compiled, among an universe found of 873. The procedures were listed in a table and cataloged with

the indication: a) of the Office which it is linked to; b) of the number assigned by the Federal Public Defender's Unit; c) the past amount obtained by court order or direct institution from the approval of the request; and d) the type of claim, such as retirement, death pension, sickness benefit, maternity pay, continuous benefit, other civil indemnities and the newest case of emergency aid. At the end of the research and considering the result obtained, it is concluded that there is evidence that the existence of a unit of the Public Defender of the Union generates concrete and measurable return to the region in which it is installed, possibly serving as an argument for its expansion.

KEYWORDS: Federal Public Defender's Office. Economic return. Public spending. Realization of rights. Social rights of patrimonial character.

INTRODUÇÃO

O presente estudo nasceu da rotina. O dia a dia de trabalho na Defensoria Pública da União (DPU) passa pela concretização de direitos. Não fruto, obviamente, do labor de uma única pessoa ou resultante da função de um único cargo. É a consequência última de um compartilhamento de ações. Um sistema que tem seu marco inicial no atendimento ao cidadão. Na abertura de um procedimento para auxiliar no seu pedido jurídico, dos mais simples aos mais complexos.

Todo esse aparato tem um custo. É necessário ter sedes para garantir o acesso presencial dos mais humildes. É preciso ter pessoal, equipamentos e sistemas. A Defensoria Pública da União é órgão recente, com uma fração do orçamento de outros.

Mesmo assim, a rotina de trabalho passou a mostrar que a instituição poderia estar revertendo à sociedade muito mais do que receberia. E isso financeiramente, sem levar no cálculo o benefício não-patrimonial gerado pela presença da DPU nas cidades.

O dia a dia apontava que, ainda que não computados todos os demais e – talvez mais importantes – proveitos pela atuação da DPU em outras esferas (penal, saúde, militar, etc.), ainda assim, a conta fecharia a favor da instituição.

Com esse pressentimento inicial, foi elaborada pesquisa junto ao sistema interno de trabalho do órgão (Sistema de Informações Simultâneas da Defensoria Pública da União – SISDPU) e aos sites do Tribunal Regional Federal da 1ª Região para verificar se a hipótese era corroborada com os dados estatísticos.

O trabalho foca, portanto, na análise do arquivamento de processos que geraram proveito patrimonial às partes assistidas pela DPU, dentro de um espaço de tempo delimitado.

O resultado é desenvolvido a seguir.

METODOLOGIA

Como método, foram estabelecidas as seguintes diretrizes para a pesquisa:

- a) Espaço temporal: 01/01/2020 a 31/12/2020;
- b) Espaço da amostra: unidade da Defensoria Pública da União em Rio Branco/AC, constituída por cinco Ofícios Gerais;
- c) Critério: processos arquivados no período acima com vitória total na via judicial e por acordo judicial.

Os processos foram catalogados a partir do critério acima, dentro do espaço de tempo de 1 ano (2020) e todos provenientes da unidade da DPU em Rio Branco/AC.

Ressalta-se que o SISDPU permite o arquivamento de processos em que se logrou êxito no alcance da pretensão de outras formas, como: 1) assistência jurídica extrajudicial prestada; 2) com vitória parcial na via judicial; 3) com vitória total na via extrajudicial; 4) com vitória parcial na via extrajudicial, e 5) arquivado, outros.

Entretanto, como a utilização dos 2 critérios acima (vitória total e acordo judicial) já trouxe para o campo de estudo o expressivo número de 873 processos, optou-se por limitar a pesquisa a esses dois principais meios de arquivamento em que há sucesso na pretensão.

Desses 873 processos, foram filtrados aqueles em que, embora tenha havido êxito na concretização do direito, não houve retorno patrimonial direto. Dentre esses, estão vitórias alcançadas na esfera penal, por exemplo, além de uma quantidade relevante de processos de tutela de saúde, os quais, embora possuam um ganho patrimonial envolvido (aquisição de remédios, realização de procedimentos cirúrgicos, etc.), foram retirados da pesquisa para que fosse dada ênfase ao impacto direto que a instituição poderia gerar na economia local, com o auxílio na obtenção de benefícios e indenizações às pessoas que procuraram sua assistência.

Priorizou-se, dessa forma, verificar a dimensão dos valores que foram injetados diretamente na sociedade com o auxílio da Defensoria Pública da União.

Ao final, foram compilados dados de 630 processos judiciais, com a indicação: a) do ofício ao qual está vinculado; b) da numeração atribuída pela DPU; c) do valor obtido por RPV, precatório ou instituição direta a partir da aprovação do pedido; e d) do tipo de pretensão, como aposentadoria, pensão por morte, auxílio-doença, salário-maternidade, benefício de prestação continuada, outras indenizações cíveis e o mais novo caso de auxílio emergencial. Por recomendação da Corregedoria do órgão, retirou-se da tabela a indicação

do número do processo judicial, para preservar o sigilo de cada assistido. Poderei solicitar à entidade o envio caso a caso dos dados integrais, havendo necessidade e interesse de revisão dos dados colhidos.

1 A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

O Direito passa a ter vida quando é concretizado. A Lei abstrata passa a gerar efeitos tangíveis no momento em que ocorre sua materialização. No caso de processos judiciais, esse fenômeno é consequência de um comando jurisdicional, que determina a observância e aplicação direta da norma.

A concretização de direitos sociais sempre se mostrou complexa. Para além de uma mera abstenção do Estado, é necessária uma conduta ativa deste, garantindo o acesso ao direito.

Como se sabe, os direitos sociais possuem guarida constitucional no Brasil, estando positivados em diversas passagens do texto da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Dentre essas, destaca-se o seu Capítulo II, em especial o artigo 6º:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

Na lição de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, os direitos sociais são forma direta de melhora das condições de vida dos mais vulneráveis, em uma busca por maior igualdade social (2017, p. 232):

Os direitos sociais constituem as liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por objetivo a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social.

A maior parte dos processos catalogados no estudo, em que houve a vitória e consequente concretização do direito, refere-se a direitos da seguridade social. Isto é, abrangem benefícios negados inicialmente pelo Estado de caráter assistencial, como o de prestação continuada e o novel auxílio emergencial, e os atinentes ao próprio sistema geral de previdência social.

O fundamento constitucional para a implementação dos benefícios assistenciais está localizado, mais especificamente, nos artigos 203 e 204 da CF/88:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Parágrafo único. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

I - despesas com pessoal e encargos sociais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

II - serviço da dívida; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Por sua vez, os benefícios previdenciários possuem respaldo direto no artigo 201 do texto constitucional. No dispositivo, são relacionados os riscos sociais que permitem a implantação do direito:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Dentre outras diferenciações, os benefícios previdenciários divergem dos assistenciais na exigência de uma contribuição prévia. Enquanto os primeiros demandam que o beneficiário demonstre uma contribuição prévia ao sistema, ainda que por meio de um instituidor, como no caso da pensão por morte, os de caráter assistencial não fazem tal exigência, sendo devidos para fazer frente aos riscos sociais da parcela mais vulnerável da sociedade.

A não concretização de ambos, contudo, traz consigo um juízo acentuado de reprovabilidade da conduta estatal, cada um a seu modo.

Negar um benefício de caráter previdenciário a quem detém o direito é ignorar o próprio fato de que aquela pessoa contribuiu de forma obrigatória para o sistema. O Estado esteve presente na hora de reivindicar as contribuições. Quando precisaria garantir a retribuição na forma do benefício, negou-se a fazê-lo.

Por outro lado, rejeitar a concretização de um auxílio assistencial a quem cumpre os requisitos é tolher um direito mínimo, destinado aos mais necessitados indivíduos de nossa sociedade, que serviria para garantir a sua própria subsistência.

São essas incorreções que a Defensoria Pública da União busca reparar. O órgão também atua na fase extrajudicial, auxiliando no pedido inicial endereçado ao Estado. É capaz de prestar assistência na fase administrativa dos benefícios, fornecendo orientação jurídica e peticionando em sistemas como o MEU INSS e, mais recentemente, na plataforma da DATAPREV para casos de auxílio emergencial, após parceria realizada com o Ministério da Cidadania.

Para casos em que a solução administrativa não se mostrou possível, contudo, resta apenas a via judicial. E foi sobre esse universo de processos que se realizou a pesquisa estatística desse estudo.

2 OS DADOS OBTIDOS

Como referido acima, de um conjunto de 873 processos identificados a partir do emprego dos critérios indicados na metodologia, em que houve êxito na atuação jurisdicional, 630 foram selecionados, pois garantiram um benefício patrimonial direto aos que procuraram a assistência jurídica do órgão (unidade Rio Branco/AC).

Os dados obtidos através das diretrizes fixadas no estudo e nesse pequeno recorte espacial (uma unidade do órgão, com cinco escritórios) e de tempo (um ano) evidenciaram um retorno patrimonial expressivo de R\$ 8.716.721,97 (oito milhões setecentos e dezesseis mil setecentos e vinte e um reais e noventa e sete centavos), a partir da vitória obtida em 630 processos.

Uma única unidade da instituição, com apenas cinco escritórios, cada uma com um defensor, contribuiu para injetar mais de oito milhões e setecentos mil reais na economia da região de Rio Branco/AC.

É importante destacar que tal montante é maior na prática (e tomando em consideração o natural decorrer do tempo). Com efeito, dos 630 processos encontrados na amostra, a vitória em 112 permitiu a implantação de benefícios vitalícios de aposentadorias.

O êxito em outros 122 levou à implantação de benefícios de prestação continuada (LOAS), destinados a pessoas com deficiência ou idosos acima de 65 anos, cujas famílias não conseguem auferir renda de meio salário-mínimo por cabeça.

Há, portanto, um efeito duradouro na obtenção de tais resultados.

Ademais, mesmo para benefícios que tendem a se prolongar por menos tempo, como os casos de auxílio-doença, ainda assim a soma tende a ser consideravelmente maior do que a apontada na tabela abaixo.

Os indicados na relação referem-se apenas aos disponibilizados por meio de RPV ou precatório judicial. Ou seja, desconsideram-se parcelas pagas imediatamente após o comando jurisdicional, que não precisaram da ordem de expedição do RPV ou precatório.

Eis a relação de todos os processos catalogados:

Tabela 1 - Relação de todos os processos identificados na pesquisa		
Número do PAJ	Valor obtido	Observação
1º OFÍCIO		
2020/009-00622	R\$ 6.000,00	Auxílio Emergencial
2020/009-00598	R\$ 4.800,00	Auxílio Emergencial
2019/009-01326	R\$ 13.404,59	Auxílio-doença
2019/009-01040	R\$ 10.604,31	Auxílio-doença
2019/009-00978	R\$ 1.630,79	Auxílio-doença
2019/009-00918	R\$ 1.406,30	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2019/009-00910	R\$ 6.783,98	Auxílio-doença
2019/009-00768	R\$ 6.772,46	Auxílio-doença
2019/009-00609	R\$ 3.755,78	Salário-maternidade
2019/009-00234	R\$ 3.828,61	Salário-maternidade
2019/009-00134	R\$ 10.000,00	Danos morais
2019/009-00087	R\$ 13.807,21	Auxílio-doença

2019/009-00026	R\$ 9.071,96	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-03723	R\$ 4.110,01	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-03717	R\$ 9.737,02	Pensão por morte
2018/009-03585	R\$ 5.793,36	Auxílio-doença
2018/009-03518	R\$ 12.497,31	Pensão por morte
2018/009-03483	R\$ 7.704,96	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-03054	R\$ 3.623,63	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-02963	R\$ 3.123,73	Auxílio-doença
2018/009-02555	R\$ 5.503,75	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-02471	R\$ 11.164,10	Auxílio-doença
2018/009-02350	R\$ 9.475,67	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-02032	R\$ 14.509,57	LOAS - benefício contínuo
2018/009-02018	R\$ 9.599,70	Auxílio-doença
2018/009-01904	R\$ 13.303,57	Auxílio-doença
2018/009-01583	R\$ 2.802,05	Auxílio-doença
2018/009-01391	R\$ 8.510,68	Auxílio-doença
2018/009-01272	R\$ 16.390,09	Auxílio-doença
2018/009-01070	R\$ 10.153,75	Auxílio-doença
2018/009-01060	R\$ 14.646,11	Auxílio-doença
2018/009-01050	R\$ 13.061,06	Auxílio-doença
2018/009-01045	R\$ 3.381,41	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-01009	R\$ 7.355,02	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-00973	R\$ 15.598,00	Auxílio-doença - obtido através de recurso
2018/009-00940	R\$ 8.389,14	LOAS - benefício contínuo

2018/009-00929	R\$ 22.694,36	LOAS - benefício contínuo
2018/009-00924	R\$ 24.496,57	Auxílio-doença
2018/009-00919	R\$ 6.676,43	Auxílio-doença
2018/009-00910	R\$ 13.127,37	LOAS - benefício contínuo
2018/009-00472	R\$ 61.037,87	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-00418	R\$ 5.229,58	Auxílio-doença
2018/009-00407	R\$ 21.122,01	Auxílio-doença
2018/009-00400	R\$ 16.483,87	LOAS - benefício contínuo
2018/009-00288	R\$ 22.042,01	Auxílio-reclusão
2018/009-00218	R\$ 12.189,68	LOAS - benefício contínuo - <u>obtido através de recurso</u>
2018/009-00175	R\$ 11.910,67	Auxílio-doença
2018/009-00169	R\$ 12.474,43	Auxílio-doença
2017/009-03909	R\$ 13.053,35	LOAS - benefício contínuo
2017/009-03899	R\$ 27.273,26	LOAS - benefício contínuo
2017/009-03811	R\$ 13.071,24	LOAS - benefício contínuo
2017/009-03746	R\$ 12.008,83	LOAS - benefício contínuo
2017/009-03685	R\$ 16.536,51	Auxílio-doença
2017/009-03592	R\$ 14.543,60	Auxílio-doença - <u>obtido através de recurso</u>
2017/009-03570	R\$ 52.994,57	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2017/009-03446	R\$ 12.275,59	LOAS - benefício contínuo
2017/009-03390	R\$ 1.430,04	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2017/009-03318	R\$ 7.537,63	Auxílio-doença
2017/009-03241	R\$ 7.013,42	Auxílio-doença
2017/009-03125	R\$ 21.651,16	Aposentadoria por invalidez - <u>obtido através de recurso</u>

2017/009-03096	R\$ 17.712,90	LOAS - benefício contínuo - <u>obtido através de recurso</u>
2017/009-02962	R\$ 6.330,90	Auxílio-doença
2017/009-02766	R\$ 8.726,77	Auxílio-doença
2017/009-02739	R\$ 18.799,64	Pensão por morte - benefício contínuo - <u>obtido através de recurso</u>
2017/009-02694	R\$ 3.816,00	Seguro defeso
2017/009-02475	R\$ 45.354,24	Auxílio-doença - <u>obtido através de recurso</u>
2017/009-02462	R\$ 6.784,92	LOAS - benefício contínuo
2017/009-02448	R\$ 3.975,58	Salário-maternidade
2017/009-02283	R\$ 2.169,06	Auxílio-doença
2017/009-02169	R\$ 11.015,92	LOAS - benefício contínuo
2017/009-02130	R\$ 13.092,12	Auxílio-doença
2017/009-02082	R\$ 4.065,18	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2017/009-02046	R\$ 4.264,89	LOAS - benefício contínuo
2017/009-01887	R\$ 11.354,14	LOAS - benefício contínuo
2017/009-01785	R\$ 7.584,50	LOAS - benefício contínuo
2017/009-01755	R\$ 19.991,35	Auxílio-doença - <u>obtido através de recurso</u>
2017/009-01475	R\$ 4.537,32	LOAS - benefício contínuo
2017/009-01344	R\$ 7.954,95	LOAS - benefício contínuo
2017/009-01300	R\$ 7.249,39	Auxílio-doença
2017/009-01295	R\$ 5.760,03	Auxílio-doença
2017/009-01240	R\$ 16.430,10	LOAS - benefício contínuo
2017/009-01198	R\$ 9.554,03	Auxílio-doença
2017/009-01162	R\$ 24.252,37	Auxílio-doença - <u>obtido através de recurso</u>
2017/009-01137	R\$ 6.686,74	Auxílio-doença

2017/009-01129	R\$ 58.771,63	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2017/009-01024	R\$ 25.493,95	Aposentadoria por invalidez - benefício contínuo
2017/009-00984	R\$ 14.348,09	LOAS - benefício contínuo
2017/009-00942	R\$ 3.252,66	Auxílio-doença
2017/009-00561	R\$ 1.795,73	Pensão por morte
2017/009-00507	R\$ 4.465,63	Auxílio-doença
2017/009-00096	R\$ 20.718,32	Pensão por morte
2017/009-00017	R\$ 24.005,29	Auxílio-reclusão
2016/009-03440	R\$ 10.533,88	Auxílio-doença
2016/009-03431	R\$ 21.899,75	Auxílio-doença
2016/009-03395	R\$ 19.587,22	Auxílio-doença
2016/009-03377	R\$ 19.452,37	LOAS - benefício contínuo - <u>obtido através de recurso</u>
2016/009-03359	R\$ 6.071,67	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2016/009-03327	R\$ 56.702,89	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2016/009-03303	R\$ 62.700,00	Aposentadoria - benefício para toda a vida - <u>obtido através de recurso</u>
2016/009-03180	R\$ 15.828,20	Auxílio-doença
2016/009-01863	R\$ 48.268,87	Auxílio-doença
2016/009-01781	R\$ 10.559,14	Auxílio-doença
2016/009-00914	R\$ 4.865,56	Auxílio-doença
2016/009-00771	R\$ 7.780,79	LOAS - benefício contínuo
2016/009-00553	R\$ 8.505,19	Auxílio-doença
2016/009-00500	R\$ 207,97	Auxílio-doença
2016/009-00363	R\$ 29.724,06	Auxílio-doença
2016/009-00344	R\$ 18.311,18	Pensão por morte

2016/009-00269	R\$ 53.784,07	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2016/009-00242	R\$ 20.102,56	Auxílio-doença
2015/009-02597	R\$ 3.801,86	Auxílio-doença
2015/009-02431	R\$ 10.680,14	LOAS
2015/009-02406	R\$ 24.069,52	LOAS - benefício contínuo
2015/009-02185	R\$ 8.819,81	Auxílio-doença
2015/009-02130	R\$ 59.987,60	Auxílio-doença
2015/009-02029	R\$ 21.943,49	LOAS - benefício contínuo - <u>obtido através de recurso</u>
2015/009-02002	R\$ 59.016,58	Pensão por morte
2015/009-01341	R\$ 13.119,45	Auxílio-doença
2015/009-00660	R\$ 13.137,91	LOAS - benefício contínuo
2012/009-03492	R\$ 9.310,20	
2011/009-02900	R\$ 16.343,73	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2019/009-02060	R\$ 4.483,10	Salário-maternidade
2019/009-01396	R\$ 6.770,00	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2019/009-01100	R\$ 4.399,81	Salário-maternidade
2019/009-00987	R\$ 4.446,90	Salário-maternidade
2019/009-00845	R\$ 3.848,36	Salário-maternidade
2019/009-00728	R\$ 8.093,10	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2019/009-00604	R\$ 22.054,07	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2019/009-00324	R\$ 28.543,39	Auxílio-doença
2019/009-00180	R\$ 14.296,96	LOAS - benefício contínuo
2018/009-01956	R\$ 4.007,75	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2017/009-03500	R\$ 35.162,69	Auxílio-doença

2017/009-02829	R\$ 12.160,46	LOAS - benefício contínuo
2017/009-01551	R\$ 8.593,70	LOAS - benefício contínuo
2° OFÍCIO		
2020/009-02031	R\$ 6.000,00	Auxílio Emergencial
2020/009-01449	R\$ 3.600,00	Auxílio Emergencial
2020/009-01410	R\$ 3.300,00	Auxílio Emergencial
2020/009-01222	R\$ 3.900,00	Auxílio Emergencial
2020/009-01005	R\$ 3.000,00	Auxílio Emergencial
2020/009-00907	R\$ 3.000,00	Auxílio Emergencial
2020/009-00659	R\$ 3.000,00	Auxílio Emergencial
2019/009-02240	R\$ 9.085,64	Salário-maternidade
2019/009-01562	R\$ 55.987,10	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2019/009-01152	R\$ 4.875,44	Auxílio-doença
2019/009-01030	R\$ 9.562,96	Auxílio-doença
2019/009-00191	R\$ 2.829,79	Auxílio-doença
2019/009-00177	R\$ 46.603,35	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2019/009-00057	R\$ 6.421,04	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-03097	R\$ 4.196,62	Auxílio-doença
2018/009-02945	R\$ 15.666,44	LOAS - benefício contínuo
2018/009-02376	R\$ 14.064,32	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-02349	R\$ 3.022,38	Auxílio-doença
2018/009-01917	R\$ 8.356,90	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-01894	R\$ 11.828,47	Pensão por morte
2018/009-01452	R\$ 9.939,18	Auxílio-doença

2018/009-01270	R\$ 16.099,58	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-01069	R\$ 7.804,85	LOAS - benefício contínuo
2018/009-01054	R\$ 3.288,72	LOAS - benefício contínuo
2018/009-00650	R\$ 10.080,19	LOAS - benefício contínuo
2018/009-00216	R\$ 59.989,60	Pensão por morte
2018/009-00174	R\$ 44.022,45	Pensão por morte
2017/009-03864	R\$ 4.095,46	Auxílio-doença
2017/009-03495	R\$ 5.067,40	Auxílio-doença
2017/009-03487	R\$ 7.932,58	LOAS - benefício contínuo
2017/009-03470	R\$ 18.257,02	Auxílio-doença
2017/009-03194	R\$ 12.311,32	LOAS - benefício contínuo
2017/009-03042	R\$ 6.699,28	Aposentadoria por invalidez
2017/009-02505	R\$ 14.826,63	Auxílio-doença
2017/009-02340	R\$ 18.224,82	Auxílio-doença
2017/009-02080	R\$ 10.794,95	Auxílio-doença
2017/009-01895	R\$ 5.962,11	Auxílio-doença
2017/009-01320	R\$ 41.803,62	Auxílio-doença - <u>obtido através de recurso</u>
2017/009-01210	R\$ 18.030,46	Auxílio-doença
2017/009-01038	R\$ 22.360,16	Auxílio-doença - <u>obtido através de recurso</u>
2017/009-01005	R\$ 34.743,67	Auxílio-reclusão
2017/009-00888	R\$ 4.164,59	Salário-maternidade
2017/009-00219	R\$ 8.110,78	Auxílio-doença
2016/009-03254	R\$ 5.279,72	LOAS - benefício contínuo
2016/009-02787	R\$ 10.419,80	LOAS - benefício contínuo

2016/009-01923	R\$ 9.738,17	Auxílio-reclusão
2016/009-01850	R\$ 21.382,69	Auxílio-doença
2016/009-00551	R\$ 13.891,78	Auxílio-doença
2015/009-01011	R\$ 48.142,17	Pensão por morte
2013/009-01542	R\$ 10.344,49	Auxílio-doença
2013/009-01208	R\$ 138.929,17	Pensão Especial - Hanseníase
2013/009-00568	R\$ 29.311,27	LOAS - benefício contínuo
2020/009-00376	R\$ 4.084,95	Salário-maternidade
2019/009-02245	R\$ 4.431,39	Salário-maternidade
2019/009-01890	R\$ 4.357,63	Salário-maternidade
2019/009-01882	R\$ 4.297,05	Salário-maternidade
2019/009-01128	R\$ 3.992,00	Salário-maternidade
2019/009-01094	R\$ 4.407,59	Salário-maternidade
2019/009-00862	R\$ 11.952,00	LOAS - benefício contínuo
2019/009-00736	R\$ 5.627,76	Auxílio-doença
2019/009-00557	R\$ 12.514,04	LOAS - benefício contínuo
2016/009-00067	R\$ 10.376,22	Aposentadoria - benefício para toda a vida
3° OFÍCIO		
2020/009-01317	R\$ 4.200,00	Auxílio Emergencial
2020/009-01312	R\$ 3.600,00	Auxílio Emergencial
2020/009-01242	R\$ 3.900,00	Auxílio Emergencial
2020/009-01041	R\$ 3.900,00	Auxílio Emergencial
2020/009-00937	R\$ 4.200,00	Auxílio Emergencial
2020/009-00798	R\$ 6.000,00	Auxílio Emergencial

2020/009-00732	R\$ 4.200,00	Auxílio Emergencial
2020/009-00510	R\$ 6.000,00	Auxílio Emergencial
2019/009-01792	R\$ 20.537,71	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2019/009-01098	R\$ 3.883,43	Salário-maternidade
2019/009-01035	R\$ 3.748,00	Salário-maternidade
2019/009-01010	R\$ 3.816,00	Salário-maternidade
2019/009-01004	R\$ 3.816,00	Salário-maternidade
2019/009-00983	R\$ 15.671,69	Auxílio-doença
2019/009-00968	R\$ 3.872,98	Salário-maternidade
2019/009-00812	R\$ 9.432,74	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2019/009-00533	R\$ 3.748,00	Salário-maternidade
2019/009-00512	R\$ 7.173,83	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2019/009-00482	R\$ 4.874,16	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2019/009-00427	R\$ 27.700,48	LOAS - benefício contínuo
2019/009-00408	R\$ 3.816,00	Salário-maternidade
2019/009-00399	R\$ 2.903,74	Auxílio-doença
2019/009-00283	R\$ 3.816,00	Salário-maternidade
2019/009-00205	R\$ 3.520,00	Salário-maternidade
2018/009-03818	R\$ 7.911,07	Auxílio-doença
2018/009-03671	R\$ 19.783,45	Auxílio-doença
2018/009-03642	R\$ 3.963,48	Auxílio-doença
2018/009-03635	R\$ 12.393,73	LOAS - benefício contínuo
2018/009-03552	R\$ 7.719,03	Auxílio-doença
2018/009-03546	R\$ 3.778,12	Salário-maternidade

2018/009-03446	R\$ 29.684,49	Auxílio-doença
2018/009-03169	R\$ 2.552,40	Auxílio-doença
2018/009-03086	R\$ 7.701,40	Auxílio-doença
2018/009-03071	R\$ 6.760,47	Auxílio-doença
2018/009-03022	R\$ 4.882,38	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-02896	R\$ 4.275,99	Auxílio-doença
2018/009-02642	R\$ 7.809,93	Auxílio-doença
2018/009-02340	R\$ 5.378,24	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-02240	R\$ 5.205,90	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-02176	R\$ 19.529,93	LOAS - benefício contínuo
2018/009-02030	R\$ 3.816,00	LOAS - benefício contínuo
2018/009-01976	R\$ 12.316,01	Auxílio-doença
2018/009-01935	R\$ 3.844,93	Auxílio-doença
2018/009-01870	R\$ 4.561,90	Auxílio-doença
2018/009-01771	R\$ 9.009,83	Auxílio-doença
2018/009-01643	R\$ 3.026,00	Auxílio-doença
2018/009-01600	R\$ 15.350,12	Auxílio-doença
2018/009-01463	R\$ 3.687,26	Salário-maternidade
2018/009-01451	R\$ 6.565,74	Auxílio-doença
2018/009-01389	R\$ 14.626,72	Auxílio-doença
2018/009-01332	R\$ 6.776,51	LOAS - benefício contínuo
2018/009-01204	R\$ 5.364,09	LOAS - benefício contínuo
2018/009-01119	R\$ 4.984,53	Auxílio-doença
2018/009-01068	R\$ 11.033,56	LOAS - benefício contínuo

2018/009-00963	R\$ 11.062,32	LOAS - benefício contínuo
2018/009-00958	R\$ 8.158,45	LOAS - benefício contínuo
2018/009-00944	R\$ 8.075,67	Auxílio-doença
2018/009-00937	R\$ 10.749,54	Auxílio-doença
2018/009-00932	R\$ 7.472,86	LOAS - benefício contínuo
2018/009-00927	R\$ 5.939,32	LOAS - benefício contínuo
2018/009-00922	R\$ 11.537,75	LOAS - benefício contínuo
2018/009-00917	R\$ 6.753,73	LOAS - benefício contínuo
2018/009-00912	R\$ 42.675,54	LOAS - benefício contínuo
2018/009-00907	R\$ 16.381,64	Auxílio-doença
2018/009-00891	R\$ 3.904,18	Auxílio-doença
2018/009-00721	R\$ 7.019,61	Auxílio-doença
2018/009-00312	R\$ 16.846,40	Auxílio-doença
2018/009-00264	R\$ 37.349,80	Auxílio-doença - obtido através de recurso
2018/009-00251	R\$ 6.464,61	Auxílio-doença
2018/009-00209	R\$ 5.558,18	LOAS - benefício contínuo
2018/009-00164	R\$ 3.914,76	Salário-maternidade
2017/009-03764	R\$ 6.242,45	LOAS - benefício contínuo
2017/009-03733	R\$ 13.507,84	Auxílio-doença
2017/009-03700	R\$ 57.610,89	Auxílio-doença
2017/009-03608	R\$ 5.758,73	Auxílio-doença
2017/009-03564	R\$ 3.054,59	Auxílio-doença
2017/009-03316	R\$ 31.007,00	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2017/009-03160	R\$ 7.860,37	LOAS - benefício contínuo

2017/009-03151	R\$ 12.414,12	Auxílio-doença - <u>obtido através de recurso</u>
2017/009-03117	R\$ 3.595,23	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2017/009-03101	R\$ 20.297,43	Auxílio-doença
2017/009-03029	R\$ 20.127,01	Auxílio-doença
2017/009-02915	R\$ 20.176,56	Auxílio-reclusão
2017/009-02697	R\$ 7.359,35	LOAS - benefício contínuo
2017/009-02647	R\$ 8.877,87	Auxílio-doença
2017/009-02617	R\$ 23.409,01	Auxílio-doença - <u>obtido através de recurso</u>
2017/009-02570	R\$ 23.963,98	Auxílio-doença
2017/009-02564	R\$ 9.361,01	LOAS - benefício contínuo
2017/009-02547	R\$ 5.543,64	Auxílio-doença
2017/009-02522	R\$ 10.758,40	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2017/009-02473	R\$ 21.793,14	Auxílio-doença
2017/009-02419	R\$ 3.620,19	Auxílio-doença
2017/009-02393	R\$ 4.212,37	Salário-maternidade
2017/009-02346	R\$ 1.970,41	Auxílio-doença
2017/009-02308	R\$ 5.072,16	LOAS - benefício contínuo
2017/009-02241	R\$ 4.093,13	Auxílio-doença
2017/009-02236	R\$ 3.580,76	Auxílio-doença
2017/009-02003	R\$ 43.741,15	LOAS - benefício contínuo
2017/009-01938	R\$ 58.793,02	Auxílio-reclusão
2017/009-01845	R\$ 20.651,01	Pensão por morte
2017/009-01822	R\$ 13.706,13	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2017/009-01768	R\$ 7.085,87	LOAS - benefício contínuo

2017/009-01746	R\$ 7.445,38	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2017/009-01664	R\$ 4.465,30	Salário-maternidade
2017/009-01614	R\$ 10.491,10	LOAS - benefício contínuo
2017/009-01577	R\$ 5.284,48	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2017/009-01522	R\$ 44.481,58	Auxílio-doença - <u>obtido através de recurso</u>
2017/009-01482	R\$ 6.752,99	Auxílio-doença
2017/009-01471	R\$ 22.588,62	Auxílio-doença
2017/009-01465	R\$ 60.629,28	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2017/009-01372	R\$ 60.631,84	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2017/009-01277	R\$ 11.045,35	Auxílio-doença
2017/009-01260	R\$ 27.026,83	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2017/009-01183	R\$ 32.429,89	Auxílio-doença
2017/009-01151	R\$ 10.462,63	Auxílio-doença
2017/009-01133	R\$ 18.565,70	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2017/009-01117	R\$ 16.340,51	Auxílio-doença
2017/009-01022	R\$ 17.062,07	LOAS - benefício contínuo
2017/009-00997	R\$ 7.215,74	LOAS - benefício contínuo
2017/009-00977	R\$ 10.195,36	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2017/009-00875	R\$ 19.122,47	Auxílio-doença
2017/009-00762	R\$ 26.962,58	Aposentadoria - benefício para toda a vida - <u>obtido através de recurso</u>
2017/009-00616	R\$ 4.182,20	Auxílio-doença
2017/009-00574	R\$ 8.652,22	LOAS - benefício contínuo
2017/009-00557	R\$ 31.038,83	Pensão por morte
2017/009-00366	R\$ 18.335,68	Auxílio-doença

2017/009-00321	R\$ 5.678,00	Auxílio-doença
2017/009-00274	R\$ 17.101,03	Pensão por morte - obtido através de recurso
2017/009-00138	R\$ 60.376,64	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2017/009-00124	R\$ 23.141,40	Auxílio-reclusão
2017/009-00110	R\$ 22.936,45	Auxílio-doença - obtido através de recurso
2017/009-00052	R\$ 19.693,56	Auxílio-doença - obtido através de recurso
2016/009-03425	R\$ 2.400,12	LOAS - benefício contínuo
2016/009-03351	R\$ 7.294,95	Auxílio-doença
2016/009-03252	R\$ 2.447,36	Auxílio-doença
2016/009-03238	R\$ 21.899,10	Aposentadoria - benefício para toda a vida - obtido através de recurso
2016/009-03166	R\$ 31.043,93	Renda Mensal Vitalícia
2016/009-03151	R\$ 60.152,52	Auxílio-doença
2016/009-02991	R\$ 10.840,68	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2016/009-02916	R\$ 17.771,10	Auxílio-doença
2016/009-02900	R\$ 9.104,65	LOAS - benefício contínuo
2016/009-02772	R\$ 13.926,35	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2016/009-02659	R\$ 1.093,35	Auxílio-doença
2016/009-02359	R\$ 8.577,56	LOAS - benefício contínuo
2016/009-02299	R\$ 59.026,55	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2016/009-02259	R\$ 1.086,71	Auxílio-doença
2016/009-01990	R\$ 23.225,67	Auxílio-doença
2016/009-01858	R\$ 1.757,51	Repetição de indébito - crédito tributário
2016/009-01632	R\$ 9.602,94	LOAS - benefício contínuo
2016/009-01133	R\$ 13.836,58	Auxílio-doença

2016/009-01034	R\$ 15.724,67	Auxílio-doença
2016/009-00891	R\$ 882,90	LOAS - benefício contínuo
2016/009-00782	R\$ 5.882,85	Auxílio-doença
2016/009-00735	R\$ 16.689,15	Auxílio-doença
2016/009-00385	R\$ 19.153,10	Auxílio-doença - <u>obtido através de recurso</u>
2016/009-00184	R\$ 58.112,03	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2016/009-00169	R\$ 37.790,99	Pensão por morte
2016/009-00053	R\$ 13.665,54	Auxílio-doença
2015/009-02289	R\$ 37.790,99	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2015/009-02276	R\$ 17.986,05	Auxílio-doença
2015/009-02237	R\$ 23.834,90	LOAS - benefício contínuo - <u>obtido através de recurso</u>
2015/009-01813	R\$ 3.458,87	LOAS - benefício contínuo
2015/009-01562	R\$ 6.726,04	LOAS - benefício contínuo
2015/009-01397	R\$ 23.871,28	LOAS - benefício contínuo
2015/009-00889	R\$ 3.253,61	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2015/009-00828	R\$ 33.579,99	LOAS - benefício contínuo
2015/009-00809	R\$ 12.986,64	Auxílio-doença
2015/009-00766	R\$ 5.377,62	Salário-maternidade
2015/009-00396	R\$ 4.999,52	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2015/009-00109	R\$ 7.033,11	LOAS - benefício contínuo
2014/009-01048	R\$ 7.813,42	Auxílio-doença
2014/009-00315	R\$ 25.693,17	Auxílio-doença - <u>obtido através de recurso</u>
2012/009-01830	R\$ 61.517,49	Auxílio-doença
2019/009-00822	R\$ 3.816,00	Salário-maternidade

2019/009-00505	R\$ 41.803,62	Salário-maternidade
2019/009-00291	R\$ 3.801,24	Salário-maternidade
2018/009-03825	R\$ 7.183,50	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-03779	R\$ 8.046,88	Auxílio-doença
2018/009-03768	R\$ 3.892,96	Salário-maternidade
2018/009-03729	R\$ 7.791,45	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-03052	R\$ 8.641,81	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-02967	R\$ 7.881,87	Auxílio-doença
2018/009-01862	R\$ 3.138,83	Auxílio-doença
2018/009-01800	R\$ 4.897,17	Auxílio-doença
2018/009-01135	R\$ 6.521,14	Auxílio-doença
2018/009-01012	R\$ 3.209,39	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-01007	R\$ 4.426,88	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-01002	R\$ 3.670,49	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-00997	R\$ 3.155,15	Auxílio-doença
2018/009-00416	R\$ 14.506,77	Auxílio-doença
2018/009-00241	R\$ 5.125,82	Auxílio-doença
2018/009-00065	R\$ 5.030,42	Auxílio-doença
2017/009-03920	R\$ 16.037,60	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2017/009-03311	R\$ 25.161,35	Auxílio-doença
2017/009-03002	R\$ 19.999,56	Auxílio-doença
2017/009-02599	R\$ 7.301,43	Auxílio-doença
2017/009-02400	R\$ 5.987,81	LOAS - benefício contínuo
2017/009-01088	R\$ 8.281,60	Auxílio-doença

2017/009-01072	R\$ 6.779,38	Auxílio-doença
2017/009-00797	R\$ 7.121,56	Auxílio-doença
2017/009-00776	R\$ 7.188,56	LOAS - benefício contínuo
2017/009-00675	R\$ 32.304,07	Pensão por morte
2017/009-00447	R\$ 8.045,29	LOAS - benefício contínuo
2016/009-03381	R\$ 3.815,47	Salário-maternidade
2016/009-02810	R\$ 7.516,84	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2016/009-02353	R\$ 1.677,90	Auxílio-doença
2016/009-01726	R\$ 8.123,22	LOAS - benefício contínuo
2016/009-00477	R\$ 9.228,49	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2013/009-01263	R\$ 31.348,85	LOAS - benefício contínuo
2012/009-03496	R\$ 49.667,63	Aposentadoria - benefício para toda a vida
4° OFÍCIO		
2020/009-01322	R\$ 4.200,00	Auxílio Emergencial
2020/009-00904	R\$ 1.200,00	Auxílio Emergencial
2020/009-00889	R\$ 3.900,00	Auxílio Emergencial
2020/009-00839	R\$ 3.600,00	Auxílio Emergencial
2020/009-00801	R\$ 3.300,00	Auxílio Emergencial
2020/009-00526	R\$ 3.600,00	Auxílio Emergencial
2019/009-01001	R\$ 3.960,02	Salário-maternidade
2019/009-00832	R\$ 3.954,73	Salário-maternidade
2019/009-00624	R\$ 4.969,14	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2019/009-00542	R\$ 8.675,00	Auxílio-doença
2019/009-00496	R\$ 6.771,04	Auxílio-doença

2019/009-00475	R\$ 17.904,73	Auxílio-doença
2019/009-00442	R\$ 3.840,83	Salário-maternidade
2019/009-00411	R\$ 3.798,17	Salário-maternidade
2019/009-00127	R\$ 4.232,49	Auxílio-doença
2019/009-00043	R\$ 3.816,00	Salário-maternidade
2019/009-00022	R\$ 11.548,30	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-03766	R\$ 13.633,12	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-03581	R\$ 3.520,00	Salário-maternidade
2018/009-03558	R\$ 20.170,86	LOAS - benefício contínuo
2018/009-03480	R\$ 5.200,00	Crédito de instalação - INCRA
2018/009-03470	R\$ 13.095,98	Auxílio-doença
2018/009-03092	R\$ 10.222,01	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-03080	R\$ 4.351,29	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-03067	R\$ 7.883,40	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-02965	R\$ 5.039,30	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-02656	R\$ 6.511,05	Pensão por morte - benefício para toda a vida
2018/009-02584	R\$ 16.340,07	LOAS - benefício contínuo
2018/009-02464	R\$ 8.863,72	Auxílio-doença
2018/009-02383	R\$ 5.348,93	LOAS - benefício contínuo
2018/009-02352	R\$ 3.927,98	Auxílio-doença
2018/009-02128	R\$ 12.093,83	Auxílio-doença
2018/009-01996	R\$ 12.439,30	Auxílio-doença
2018/009-01876	R\$ 21.187,63	LOAS - benefício contínuo
2018/009-01625	R\$ 12.385,47	LOAS - benefício contínuo

2018/009-01501	R\$ 12.532,54	Auxílio-reclusão
2018/009-01326	R\$ 4.936,52	Auxílio-doença
2018/009-01179	R\$ 21.864,76	LOAS - benefício contínuo
2018/009-01096	R\$ 13.289,83	LOAS - benefício contínuo
2018/009-01038	R\$ 9.657,72	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-01010	R\$ 7.892,16	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-00904	R\$ 12.103,52	Auxílio-doença
2018/009-00752	R\$ 4.745,85	Salário-maternidade
2018/009-00728	R\$ 13.662,30	Auxílio-doença
2018/009-00533	R\$ 18.915,64	Auxílio-doença
2018/009-00514	R\$ 6.806,72	Auxílio-doença - obtido através de recurso
2018/009-00380	R\$ 7.706,85	LOAS - benefício contínuo
2018/009-00231	R\$ 15.761,19	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-00224	R\$ 18.272,24	Auxílio-doença
2018/009-00212	R\$ 12.239,13	LOAS - benefício contínuo
2018/009-00206	R\$ 26.338,44	Auxílio-doença - obtido através de recurso
2017/009-03973	R\$ 7.057,87	Auxílio-doença
2017/009-03547	R\$ 14.363,46	Auxílio-doença
2017/009-03509	R\$ 4.734,51	Auxílio-doença
2017/009-03460	R\$ 13.813,10	Auxílio-doença - obtido através de recurso
2017/009-03396	R\$ 4.125,70	Salário-maternidade - obtido através de recurso
2017/009-03309	R\$ 9.367,34	Auxílio-doença
2017/009-03189	R\$ 4.488,57	Pensão por morte - benefício para toda a vida
2017/009-03176	R\$ 1.424,05	Auxílio-doença

2017/009-03164	R\$ 20.119,75	Auxílio-doença - obtido através de recurso
2017/009-03155	R\$ 10.674,44	Auxílio-doença
2017/009-03107	R\$ 19.870,68	Auxílio-doença - obtido através de recurso
2017/009-03006	R\$ 3.868,07	Salário-maternidade - obtido através de recurso
2017/009-02957	R\$ 18.128,13	Auxílio-doença - obtido através de recurso
2017/009-02898	R\$ 12.701,88	Auxílio-doença - obtido através de recurso
2017/009-02841	R\$ 13.933,50	Revisão de aposentadoria - para toda a vida
2017/009-02732	R\$ 9.620,35	LOAS - benefício contínuo
2017/009-02666	R\$ 12.936,58	Auxílio-doença - obtido através de recurso
2017/009-02624	R\$ 4.996,64	Auxílio-doença - obtido através de recurso
2017/009-02476	R\$ 14.726,13	Auxílio-doença - obtido através de recurso
2017/009-02406	R\$ 4.275,29	Salário-maternidade
2017/009-02372	R\$ 13.324,90	Auxílio-reclusão
2017/009-02343	R\$ 11.770,25	Auxílio-doença
2017/009-02331	R\$ 11.621,17	Auxílio-doença
2017/009-02195	R\$ 16.177,66	Auxílio-doença - obtido através de recurso
2017/009-02000	R\$ 12.167,42	Auxílio-doença
2017/009-01919	R\$ 4.161,03	Auxílio-doença
2017/009-01854	R\$ 21.026,67	Auxílio-doença
2017/009-01809	R\$ 15.568,64	Auxílio-doença - obtido através de recurso
2017/009-01801	R\$ 6.654,64	Auxílio-doença
2017/009-01775	R\$ 5.623,69	Auxílio-doença
2017/009-01595	R\$ 2.269,30	Auxílio-doença - obtido através de recurso
2017/009-01528	R\$ 3.618,59	LOAS - benefício contínuo

2017/009-01512	R\$ 6.342,11	Auxílio-doença
2017/009-01280	R\$ 6.676,40	Auxílio-doença
2017/009-01258	R\$ 20.573,10	Auxílio-doença - <u>obtido através de recurso</u>
2017/009-01107	R\$ 10.684,44	LOAS - benefício contínuo
2017/009-01014	R\$ 60.054,98	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2017/009-00974	R\$ 13.775,92	Aposentadoria por invalidez - benefício contínuo
2017/009-00960	R\$ 14.885,07	Auxílio-doença
2017/009-00746	R\$ 9.283,42	LOAS - benefício contínuo
2017/009-00577	R\$ 21.637,73	LOAS - benefício contínuo - <u>obtido através de recurso</u>
2017/009-00244	R\$ 3.867,98	Salário-maternidade - <u>obtido através de recurso</u>
2017/009-00239	R\$ 8.206,57	LOAS - benefício contínuo
2017/009-00073	R\$ 62.809,87	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2017/009-00043	R\$ 24.696,05	Auxílio-doença - <u>obtido através de recurso</u>
2016/009-03000	R\$ 8.280,66	Auxílio-doença
2016/009-02932	R\$ 373,56	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2016/009-02904	R\$ 32.613,70	Auxílio-doença - <u>obtido através de recurso</u>
2016/009-02356	R\$ 9.732,82	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2016/009-00217	R\$ 30.364,70	Auxílio-doença
2016/009-00050	R\$ 11.662,41	Auxílio-reclusão - <u>obtido através de recurso</u>
2015/009-02447	R\$ 30.458,12	LOAS - benefício contínuo - <u>obtido através de recurso</u>
2015/009-02274	R\$ 39.937,34	LOAS - benefício contínuo - <u>obtido através de recurso</u>
2015/009-02118	R\$ 2.608,80	Auxílio-doença
2015/009-02085	R\$ 60.144,07	Pensão por morte - benefício contínuo - <u>obtido através de recurso</u>
2015/009-01709	R\$ 63.750,07	Cível - danos morais

2015/009-01432	R\$ 28.653,84	LOAS - benefício contínuo
2015/009-00529	R\$ 25.568,15	Pensão por morte - benefício para toda a vida
2014/009-01878	R\$ 26.691,98	LOAS - benefício contínuo
2014/009-01106	R\$ 30.392,36	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2014/009-00608	R\$ 19.897,12	Auxílio-reclusão
2012/009-00581	R\$ 2.466,01	Consumidor
2012/009-00449	R\$ 7.454,51	Danos morais
2018/009-01724	R\$ 6.196,14	Auxílio-doença
2018/009-01634	R\$ 15.924,54	LOAS - benefício contínuo
5° OFÍCIO		
2020/009-00785	R\$ 4.200,00	Auxílio Emergencial
2020/009-00642	R\$ 3.600,00	Auxílio Emergencial
2020/009-00579	R\$ 3.600,00	Auxílio Emergencial
2020/009-00544	R\$ 3.900,00	Auxílio Emergencial
2019/009-01014	R\$ 4.752,74	Auxílio-doença
2019/009-00847	R\$ 2.390,16	Auxílio-doença
2019/009-00451	R\$ 8.673,99	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-03574	R\$ 6.583,33	Auxílio-doença
2018/009-03545	R\$ 22.059,57	Auxílio-doença
2018/009-03341	R\$ 8.125,61	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-02536	R\$ 7.472,23	Auxílio-doença
2018/009-02055	R\$ 6.410,50	Auxílio-doença
2018/009-01667	R\$ 12.203,11	Auxílio-doença
2018/009-01655	R\$ 17.895,76	LOAS - benefício contínuo

2018/009-01203	R\$ 35.165,56	LOAS - benefício contínuo
2018/009-00720	R\$ 6.265,04	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-00516	R\$ 24.505,47	LOAS - benefício contínuo
2018/009-00363	R\$ 4.715,19	Salário-maternidade
2018/009-00178	R\$ 24.438,17	Auxílio-doença
2018/009-00163	R\$ 20.524,59	Auxílio-doença - obtido através de recurso
2017/009-03927	R\$ 6.650,77	Auxílio-reclusão
2017/009-03894	R\$ 15.070,49	Auxílio-doença
2017/009-03731	R\$ 7.470,13	LOAS - benefício contínuo
2017/009-03586	R\$ 11.853,93	Auxílio-doença
2017/009-03252	R\$ 14.217,46	Auxílio-doença - obtido através de recurso
2017/009-03172	R\$ 25.915,76	Auxílio-doença - obtido através de recurso
2017/009-03040	R\$ 40.017,99	Auxílio-doença - obtido através de recurso
2017/009-03001	R\$ 19.146,66	LOAS - benefício contínuo - obtido através de recurso
2017/009-02888	R\$ 10.524,76	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2017/009-02787	R\$ 11.858,53	Auxílio-reclusão
2017/009-02776	R\$ 5.114,78	Auxílio-doença
2017/009-02762	R\$ 20.937,35	Auxílio-doença - obtido através de recurso
2017/009-02741	R\$ 14.468,27	Auxílio-doença - obtido através de recurso
2017/009-02563	R\$ 19.266,09	Auxílio-doença - obtido através de recurso
2017/009-02367	R\$ 15.372,51	Auxílio-doença
2017/009-02002	R\$ 8.773,12	Auxílio-doença
2017/009-01980	R\$ 8.128,24	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2017/009-01839	R\$ 6.404,73	Auxílio-doença

2017/009-01715	R\$ 19.173,08	Auxílio-doença - obtido através de recurso
2017/009-01622	R\$ 7.975,43	LOAS - benefício contínuo
2017/009-01464	R\$ 6.905,40	LOAS - benefício contínuo
2017/009-01396	R\$ 6.802,26	LOAS - benefício contínuo
2017/009-01124	R\$ 2.736,32	Auxílio-doença
2017/009-01015	R\$ 2.561,18	Auxílio-reclusão
2017/009-00967	R\$ 25.849,03	Pensão por morte - obtido através de recurso
2017/009-00856	R\$ 14.123,10	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2017/009-00554	R\$ 22.207,62	LOAS - benefício contínuo
2017/009-00146	R\$ 23.792,26	Auxílio-doença - obtido através de recurso
2016/009-02748	R\$ 63.073,37	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2016/009-02021	R\$ 19.849,05	Auxílio-doença
2016/009-01910	R\$ 924,31	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2016/009-01435	R\$ 28.820,97	Auxílio-doença - obtido através de recurso
2016/009-00848	R\$ 9.141,46	Pensão por morte
2016/009-00710	R\$ 55.446,99	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2016/009-00640	R\$ 3.203,70	Auxílio-doença
2016/009-00064	R\$ 13.171,15	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2016/009-00010	R\$ 24.214,82	LOAS - benefício contínuo
2015/009-01903	R\$ 59.987,59	Pensão por morte - obtido através de recurso
2015/009-01008	R\$ 21.588,30	Auxílio-doença
2011/009-00309	R\$ 21.773,45	Pensão
2019/009-00997	R\$ 12.910,09	Auxílio-doença
2019/009-00751	R\$ 3.816,00	Salário-maternidade

2019/009-00710	R\$ 3.748,00	Salário-maternidade
2019/009-00704	R\$ 21.253,77	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2019/009-00377	R\$ 17.401,98	Auxílio-doença
2019/009-00239	R\$ 5.672,83	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2019/009-00142	R\$ 4.962,85	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-03862	R\$ 4.769,22	Auxílio-doença
2018/009-03829	R\$ 10.037,60	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-03785	R\$ 3.773,84	Salário-maternidade
2018/009-03561	R\$ 8.857,18	LOAS - benefício contínuo
2018/009-03534	R\$ 5.475,91	LOAS - benefício contínuo
2018/009-03520	R\$ 18.476,68	Auxílio-doença
2018/009-03433	R\$ 5.064,28	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-03258	R\$ 5.864,52	Pensão por morte
2018/009-03119	R\$ 2.896,00	Salário-maternidade
2018/009-02914	R\$ 3.748,00	Salário-maternidade
2018/009-02706	R\$ 3.446,25	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-02515	R\$ 11.876,84	Auxílio-doença
2018/009-01229	R\$ 6.405,53	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-01011	R\$ 6.409,16	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-01006	R\$ 6.051,24	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-01001	R\$ 5.386,85	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-00968	R\$ 16.617,90	LOAS - benefício contínuo
2018/009-00943	R\$ 11.968,56	LOAS - benefício contínuo
2018/009-00936	R\$ 15.516,04	Auxílio-doença

2018/009-00916	R\$ 3.128,91	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2018/009-00911	R\$ 5.469,48	LOAS - benefício contínuo
2018/009-00499	R\$ 8.320,18	Auxílio-doença
2018/009-00443	R\$ 9.090,47	Auxílio-doença
2018/009-00420	R\$ 6.858,74	Auxílio-doença
2018/009-00409	R\$ 9.773,34	Auxílio-doença
2017/009-03853	R\$ 5.935,38	Auxílio-doença
2017/009-03828	R\$ 19.034,54	LOAS - benefício contínuo - <u>obtido através de recurso</u>
2017/009-02939	R\$ 3.181,86	LOAS - benefício contínuo
2017/009-02625	R\$ 2.588,25	Auxílio-acidente
2017/009-02219	R\$ 13.524,29	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2017/009-02022	R\$ 6.774,96	Auxílio-doença
2017/009-01915	R\$ 10.874,47	Auxílio-doença
2017/009-01318	R\$ 2.812,60	Auxílio-doença
2017/009-01264	R\$ 6.325,82	Auxílio-doença
2017/009-00865	R\$ 6.185,36	LOAS - benefício contínuo
2017/009-00521	R\$ 6.382,29	Auxílio-doença
2017/009-00373	R\$ 21.722,06	Auxílio-doença
2017/009-00223	R\$ 7.230,00	LOAS - benefício contínuo
2016/009-03295	R\$ 5.469,72	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2016/009-00663	R\$ 59.198,17	Aposentadoria - benefício para toda a vida
2016/009-00092	R\$ 11.393,99	Pensão por morte
	R\$ 8.716.721,97	

Como se vê acima, os processos foram catalogados também por Ofício. Essa divisão revelou-se importante a fim de diminuir a hipótese de eventual anomalia ou *outlier* no estudo. Cada Ofício da unidade recebe uma distribuição equitativa de processos. São, portanto, 5 universos individualizados.

Um resultado expressivo de vitórias foi constatado em todos, variando entre R\$ 956.389,76 (novecentos e cinquenta e seis mil trezentos e oitenta e nove reais e setenta e seis centavos) a R\$ 2.835.120,80 (dois milhões oitocentos e trinta e cinco mil cento e vinte reais e oitenta centavos).

Em média aritmética, o valor corresponderia a R\$ 1.743.344,39 (um milhão setecentos e quarenta e três mil trezentos e quarenta e quatro reais e trinta e nove centavos) por Ofício.

Ressalta-se, em último caso, que a Defensoria Pública não é proprietária de tais vitórias. Entendo que o mérito deve ser dado, precipuamente, ao cidadão que cumpriu os requisitos legais para a obtenção do benefício/auxílio. A norma jurídica atribuiu a ele o direito. A Defensoria Pública auxilia na consecução deste, servindo como instrumento para que ele seja reconhecido pelo judiciário, após uma negativa da administração pública.

Tal auxílio, na prática, é prestado de diversas formas. O acompanhamento do processo nas fases inicial, recursal e cumprimento de sentença, além do protocolo das petições iniciais, peças de defesa, recurso e contrarrazões, foram ações tomadas pelo órgão, em maior ou menor grau, nos procedimentos listados.

Um dado relevante que reforça a importância da existência do órgão é o resultado obtido através de sua atuação recursal.

A tabela acima evidencia que um montante de R\$ 1.438.602,47 (um milhão quatrocentos e trinta e oito mil seiscentos e dois reais e quarenta e sete centavos) foi revertido na economia local pela atuação da DPU que, não obstante a sentença inicial de improcedência, buscou efetivar o direito nas instâncias *ad quem*.

Para esses casos, todos relacionados acima, a existência de uma unidade da Defensoria Pública da União na cidade de Rio Branco/AC, com capacidade de atendimento, foi fator fundamental para o reconhecimento do direito.

Não existisse o órgão, não seria possível ao cidadão apresentar o recurso por si só. Ademais, a própria necessidade de se recorrer termina tornando a pretensão mais complexa, pois será necessário desconstruir, também, os argumentos elencados na sentença de improcedência. Daí a importância de se ter um órgão estruturado e preparado para tanto.

Salienta-se que, à luz do artigo 134 da Constituição Federal de 1988, e nos termos da Resolução n.º 133 do Conselho Superior da Defensoria Pública da União (CSDPU), a entidade atua auxiliando aqueles que não conseguiriam arcar com as custas de um advogado, sem colocar em risco a subsistência da própria família.

Conforme a última regulamentação vigente, o valor utilizado para presumir tal necessidade econômica seria de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), por núcleo familiar (somadas as rendas do grupo).

O órgão atua, portanto, para a parcela mais necessitada de nossa sociedade.

Esse fato, por sua vez, realça a própria constatação do estudo. Todo o montante obtido com o auxílio da Defensoria Pública da União é revertido diretamente para o segmento mais pobre do país.

No caso de Rio Branco/AC, conforme já referido, essa soma chegou a mais de oito milhões e setecentos mil reais.

Em tempos de crise econômica, os valores obtidos e direcionados para a região adotam ainda maior relevância.

Outrossim, em tais períodos a procura pelos serviços da Defensoria Pública aumenta. A própria crise faz com que mais pessoas percam poder de renda, fazendo com que não possam arcar com as custas de um advogado para solucionar lides.

Para além, novas relações jurídicas surgem. Foi esse o caso do auxílio emergencial. Instituído pela Lei n.º 13.982/2020, o benefício destinou-se a garantir uma renda mínima à população mais vulnerável durante a situação de pandemia causada pela COVID-19.

Apenas em relação a essa nova demanda, a Defensoria Pública da União instaurou, até o dia 18/02/2021, mais de 150 mil procedimentos de assistência jurídica, realizando mais de 570 mil atendimentos (vide referência ao final).

O êxito em tais processos, caso seja constatado o direito, servirá para garantir o direito ao benefício, auxiliando famílias que tiveram o pedido inicialmente negado e fomentando a economia local.

CONCLUSÃO

A pesquisa estatística serviu para corroborar uma premissa inicial. A existência de um núcleo da Defensoria Pública da União tende a gerar desenvolvimento direto na região em que se encontra instalada, servindo para auxiliar na concretização de direitos sociais de caráter patrimonial.

A soma alcançada é expressiva. Mais importante, o estudo de cada um dos órgãos do órgão, ao final agrupados na tabela acima, revelou que o resultado segue um padrão, reduzindo as chances de ser uma anomalia. A tendência, portanto, é que não constitua um *outlier*, indicando, em verdade, ser algo sistemático.

Optou-se por trazer a tabela com a identificação de todos os procedimentos para permitir a consulta pública às fontes extraídas. Por recomendação da Corregedoria do órgão, retirou-se da tabela a indicação do número do processo judicial, para preservar o sigilo de cada assistido. Poderei solicitar à entidade o envio caso a caso dos dados integrais, havendo necessidade e interesse de revisão dos dados colhidos.

Mais estudos merecem ser feitos, a fim de expandir os espaços amostrais. Entretanto, nem o sistema interno da instituição (SISDPU) nem os utilizados pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região permitem que esses dados sejam extraídos de forma automática. O trabalho é manual, observando processo por processo, o que dificulta a pesquisa.

De todo modo, os dados preliminares obtidos através do trabalho apontam um benefício quantificável em razão da existência de uma unidade da DPU na região de Rio Branco/AC, servindo como possível argumento para se defender a instalação de mais núcleos em regiões ainda não atendidas pelo órgão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Defensoria Pública da União. Dados Auxílio Emergencial. Disponível em: <<https://www.dpu.def.br/dados-auxilio-emergencial>>. Acesso em: 18/02/2021.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18/02/2021.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocencio Martins, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2008.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16ª ed. Ver., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

O PODER DE TRIBUTAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE

ROBERTA BOLDRIN DOS ANJOS:
Mestranda em Direito Constitucional e
Processual Tributário pela PUC-SP

INAÊ MUNIZ PIRES DE QUEIROZ⁶

(coautora)

SUMÁRIO: Introdução. Capítulo 1. Breve Esboço Evolutivo dos Direitos Fundamentais no Texto Fundamental de 1988. Capítulo 2. Limitações ao Poder de Tributar: A Concessão de Benefícios Fiscais e a Instituição de Tributos Durante a Pandemia da COVID-19. Capítulo 3. A Preservação dos Direitos Fundamentais sob a Ótica do Poder de Arrecadar. 3.1. A Preservação do Mínimo Vital e Existencial como Pressupostos para a Proteção e Efetivação dos Direitos Fundamentais. 4. Conclusão. 5. Bibliografia Consultada.

INTRODUÇÃO

Este artigo pretende estabelecer a relação entre os direitos fundamentais e o poder estatal de tributar como direitos e poderes consolidados pela Lei Fundamental de 1988. Abordaremos a evolução histórica desses direitos sob o ponto de vista da doutrina até que ciência do direito os dividissem em gerações.

Como forma de aproximar os direitos fundamentais da temática da tributação vigente, abordaremos as limitações do poder estatal ao preservar o mínimo existencial e vital do cidadão contribuinte onde a liberdade e a propriedade privada são alcançadas, direta ou indiretamente, pelo ente tributante.

Abordaremos quais seriam as medidas e benefícios fiscais que o governo pode se valer nesta época de pandemia vivenciada globalmente sob esse aspecto, algumas medidas tributárias merecem destaque, como a concessão de Moratória que consiste na prorrogação legal do prazo para o pagamento de tributos, o diferimento das obrigações acessórias e a redução da carga tributária.

O artigo abordará a força normativa e cogente dos direitos fundamentais após a declaração da Pandemia da Covid-19 e a sua inobservância em um estado democrático de direito, seja diante da tentativa dos Poderes Executivo e Legislativo em instituir novas fontes de custeio seja com a criação da inédita e mais atual Contribuição sobre Bens e Serviços Digitais - que nos levam a crer pelo ressurgimento, sob nova roupagem, da

⁶ Mestranda em Direito Constitucional pela PUC-SP

Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira ou antiga CPMF - seja pelo surgimento de novos projetos de lei que tramitam nas casas legislativas com o objetivo de fomentar o debate acerca da instituição do Imposto sobre as Grandes Fortunas devido apenas pelas pessoas jurídicas, utilizando bases econômicas inconstitucionais e confiscatórias.

O artigo abordará também a dualidade entre a pessoa física ou jurídica que em face de uma recessão econômica encontra dificuldade para satisfazer suas despesas relativas a salários, fornecedores e, especialmente, tributos, no outro temos o governo frente a uma crise internacional em que medidas afirmativas são essenciais para superação da crise e, neste contexto, entra a tributação e a manutenção do emprego e das empresas como prioridade e do fisco que face ao impacto da crise, sofre com a diminuição das receitas tributárias, a decretação da calamidade pública faz com que os entes federados se sujeitem aos ditames do artigo 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00), podendo aumentar os gastos públicos e deixar de cumprir as metas fiscais para 2020, todavia, a criação de dois tributos tem sido apregoada como forma para o aumento das receitas tributárias.

1. Breve Esboço Evolutivo dos Direitos Fundamentais no Texto Fundamental de 1988

A Carta Constitucional consagra a ordem econômica em seu artigo 170, mostrando que esta é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e que tem por fim, assegurar a todos uma vida digna conforme os fundamentos da República Federativa do Brasil.

Assim, o desenvolvimento do Estado consubstancia-se na liberdade de iniciativa econômica ao considerar que é substrato da realidade econômica da empresa, a qual tem se projetado em diversos ângulos da normatividade jurídica e constitui um dos suportes fundamentais do processo de desenvolvimento econômico e social.

É enfatizado o princípio basilar do sistema econômico em completude com a valorização do trabalho humano, assim a figura do contribuinte ganha destaque ao mencionarmos a livre iniciativa, pois o sujeito passivo (contribuinte) responde pelo recolhimento do tributo e o faz em favor do sujeito ativo, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, formando-se assim a relação jurídico- tributária.

Ao prestigiar o primado da livre iniciativa e da livre concorrência, a Carta Federal, destaca a importância dos meios de produção de natureza capitalista e, por consequência, vem privilegiando diversos valores, quais sejam: a liberdade a todas as formas de organização econômicas (individuais e coletivas), a liberdade contratual, a proteção à propriedade privada e o domínio dos bens de produção, entre tantos outros direitos não sujeitos a intervenção estatal, senão em razão de postulado legal limitador.

Didaticamente temos um desenvolvimento racional, a partir do termo “Estado de Direito” para posterior compreensão do verdadeiro significado dos direitos fundamentais. o Estado de Direito deve se subordinar ao próprio direito, assegurando sua atuação e a liberdade de seus cidadãos na esfera do Direito⁷. Tal definição vai de encontro com a assertiva que afirma que o Estado não possui nenhum poder em face do indivíduo que não lhe seja concedido pelo próprio direito⁸. Complementando, coloca se como características do Estado de Direito, a submissão ao império da lei, a divisão dos poderes e a garantia dos direitos individuais.

Para que um Estado esteja sob a égide da lei é necessário que sua estrutura comporte a separação dos poderes, pautada na especialização funcional e independência orgânica, ou seja, a presença de autoridades distintas ao exercício das funções do executivo, legislativo e judiciário, sem que qualquer tipo de hierarquia ou subordinação entre elas. Tais estruturas não podem ser alteradas pelo legislativo através da lei, já que é necessária uma norma superior que preserve a organização do Estado e que, ao mesmo tempo, garanta os direitos individuais. A norma superior a qual nos referimos aqui é a Constituição.

A necessidade da separação dos poderes já era visualizada por Aristóteles e, mais adiante por Montesquieu, mas foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que efetivamente consolidou tal necessidade quando positivou, em seu artigo 16º que a separação dos poderes é condição ao Estado Constitucional⁹.

Na esteira das considerações acerca dos princípios ínsitos no art. 170, ordem econômica e direito de tributar, na lição de Eros Grau¹⁰, a definição posta pelo texto constitucional traz um sentido de uma unidade soberana forma federativa-, sendo o Estado uma entidade política organizada, elegendo valores primordiais como a dignidade da pessoa humana, a soberania, a livre iniciativa e a livre concorrência e, neste contexto, a

⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direitos Público. 4ª Edição, 10ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2009. (p. 37)

⁸ ABOUD, Georges. Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. (p. 284).

⁹ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Artigo 16º “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.” Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 13.ed., São Paulo: Malheiros, 2008

Ordem Econômica preconiza que as relações econômicas devem estar em convergência a promover a existência digna de todos.

Propõe-se a compreensão da superioridade da lei, e que esta adquiriu uma característica humana com o Estado de Direito, sendo ela a expressão da vontade geral e superior aos atos administrativos e às sentenças. A compreensão da existência de uma hierarquia e essencial manutenção da separação dos poderes é imprescindível para a análise das decisões proferidas pelas Cortes Superiores. É preciso ter em mente que a estrutura foi feita para assegurar que a lei seja aplicada para realizar a vontade geral impedindo, ao mesmo tempo, que a vontade particular (subjetivismo), interfira nesse processo: "A atividade pública deixa assim de ser vista como propriedade de quem a exerce, passando a significar apenas o exercício de um dever-poder, indissolúvelmente ligado a finalidade estranha ao agente"¹¹.

Também é tarefa da Constituição a manutenção das garantias dos direitos individuais que, nas palavras de Ari Sunfeld, "ainda que o interesse público prevaleça sobre o interesse particular, isto nunca poderá se dar em prejuízo dos direitos previstos na Constituição", sendo que a proteção do indivíduo contra o Estado deve ser o fim almejado pela estrutura jurídica¹². Georges Abboud vai além ao propor que os direitos fundamentais, que englobam em seu conceito a garantia dos direitos individuais, devem ser vistos sob o paradigma historicista, proposto por Maurizio Fioravanti (conforme discutiremos adiante), segundo o qual "ainda que tenham sua normatividade diretamente proveniente do texto constitucional, têm a existência como fruto do desenvolvimento histórico de cultura de cada sociedade", ou seja, é direito fundamental não somente o disposto no artigo 5º da Constituição, mas também todas as garantias e direitos que decorrem do regime e dos princípios constitucionalmente assegurados, bem como outros presentes em tratados internacionais, nos quais a República Federativa do Brasil seja parte¹³, como disposto no §2º, artigo 5º da Carta Maior¹⁴.

¹¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direitos Público. 4ª Edição, 10ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.(p. 45-46)

¹² SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direitos Público. 4ª Edição, 10ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.(p. 45-46)

¹³ ABOUD, Georges. Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.(p. 286-295).

¹⁴ Constituição Federal. Artigo 5º, §2º: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte." Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

Especificamente, o artigo 1º da nossa Constituição 15, trata de Estado Democrático de Direito (Estado Constitucional). Este conceito não se trata de simples absorção das características do Estado Democrático pelo Estado de Direito e sim, trata-se de uma transformação completa do status quo, sendo que o termo “democrático” qualifica o Estado de Direito, e este deverá se ajustar para atender ao interesse coletivo e a vontade do povo somando-se ao constitucionalismo, a república, a separação dos poderes e a legalidade, a participação popular e o resguardo dos direitos individuais e coletivos. O Estado Constitucional é uma evolução do Estado de Direito, porque assegura, em última instância, seja contra outros particulares ou qualquer segmento do Poder Público, a proteção dos direitos fundamentais 16.

A partir do desenvolvimento de todos os pontos acima, torna-se pertinente definir o conceito de direitos fundamentais conforme o contexto atual, sob o paradigma historicista e consoante ao pensamento de que os direitos fundamentais englobam tanto os direitos humanos universais, quanto os direitos nacionais dos cidadãos garantidos pelo pleno funcionamento do princípio da legalidade, vinculando o funcionamento da divisão dos poderes à garantia e defesa dos direitos fundamentais. Comportando funções múltiplas, tais direitos possuem a prerrogativa de assegurar diversas posições jurídicas ao cidadão, constituem limites à própria soberania do Estado - estando esta limitada também pelo contexto histórico - e, protegem contra a formação de eventuais maiorias (função contramajoritária), essencial ao controle e proteção da democracia.

Assim, é importante observar que o cumprimento dos ditames constitucionais supracitados acima, bem como princípios referentes a ordem econômica e o desenvolvimento dos direitos fundamentais no estado constitucional, requer a efetiva participação estatal. Logo, o dever-poder de implementação desses valores, proporciona a vida a digna e o desenvolvimento social pleno, desde que respeitada à prática de políticas públicas, o que traz a implementação de programas com finalidade de reduzir as desigualdades e, proporcionando, por conseguinte, a justiça social. Tal constatação, segundo consta Luiz Roberto Barroso, ao explicitar sobre o papel do Estado, tem por missão ser o gestor e mentor da criação de incentivos e mecanismos de estímulo fiscal à iniciativa privada, para que esta contribua de forma positiva à consecução dos princípios

¹⁵ Constituição Federal. Artigo. Artigo 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)”

¹⁶ ABOUD, Georges. O Processo Constitucional Brasileiro. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. (p. 727).

da ordem econômica, somente é possível com políticas de indução de condutas, incentivos fiscais, fomento, financiamento público e redução de alíquotas de impostos.¹⁷

O movimento constitucionalista moderno teve início sobre tudo com as revoluções ocorridas na Inglaterra (Revolução Gloriosa), EUA (Independência Americana) e França (revolução Francesa) – as chamadas Revoluções Liberais – em que o objetivo era instaurar um Estado de Direito, que limitasse os ilimitados poderes do Estado absolutismo vigente na época.

Na Inglaterra, por exemplo, a Revolução Gloriosa (1688-1689) permitiu a formação de uma estrutura legal de democracia parlamentar em que a base exigia que todos os membros da sociedade devessem obedecer a leis únicas, comuns e obrigatórias.

A experiência do passado levou a luta pela proteção dos indivíduos perante o Estado Absolutista cujos poderes ilimitados transgrediram todo e qualquer direito fundamental do cidadão em detrimento dos interesses do Estado. Tal esforço - movimento constitucionalista - resultou no Estado de Direito, que influenciou a formação do Estado Democrático de Direito, hoje presente em nossa Constituição, no artigo 1º, caput.¹⁸

O conceito de Estado de Direito, como já dito acima, engloba basicamente três características fundamentais: Governantes e cidadãos estão submissos a lei (que, no caso brasileiro, acima da lei há a Constituição), separação dos poderes legislativo, executivo e judiciário e, finalmente, garantia dos direitos fundamentais.

Como podemos ver, os direitos fundamentais consistem em um dos pilares tanto do Estado de Direito quanto do Estado Democrático de Direito, constituindo-se em uma reserva de direitos aos cidadãos, os quais não podem ser atingidos nem pelo Poder Público nem pelos próprios particulares.

Com relação a sua efetiva origem, tais direitos não possuem efetivamente um surgimento definido e consolidado, mas são, na realidade, fruto de um processo histórico evolutivo, como defendido pela corrente historicista descrita no capítulo 1 do presente trabalho. No Brasil, os direitos fundamentais evoluíram de maneira gradual perante suas Constituições, além do que, os valores fundamentais do homem evoluem através da luta da humanidade contra as diversas opressões, surgindo, assim, os direitos tidos como fundamentais de primeira, segunda ou terceira geração e refletindo a realidade histórica e cultural daquele período.

¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação Estatal no controle de preços. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: RDT, n. 226, out./dez., 2001, p. 187-212.

¹⁸ "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)."

Podemos apontar dois princípios que foram norteadores dos direitos fundamentais. São eles: o princípio da dignidade humana e o Estado de Direito.

O Estado de Direito baseia-se no ideal de que o poder do Estado deve ser limitado, ou seja, seria o oposto ao Estado Absolutista. O conceito clássico de Estado de Direito abrange a submissão dos governantes e dos cidadãos ao império da lei; separação dos poderes e a garantia dos direitos fundamentais. Com isso a concepção liberal do Estado de Direito servira de apoio dos direitos do homem, convertendo súditos em cidadãos livres.

Quanto ao princípio da dignidade humana, a doutrina constitucionalista majoritária tem adotado o posicionamento de que tal princípio deu o embasamento para o surgimento dos direitos fundamentais. Seu conceito é amplo e aberto, mas baseia-se no ideal de reconhecimento de todos os seres humanos pelo simples fato de o serem.

Por muito tempo, pensou-se que os direitos fundamentais incidiam apenas nas relações entre cidadão e Estado, logo, tratava-se da chamada “eficácia vertical”, contudo, em meados do século XX, surgiu na Alemanha à chamada “Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais”, teoria essa que também defendia a incidência destes nas relações entre particular e particular, ou seja, nas relações privadas.

O Título II da Constituição Federal de 1988 dispõe sobre os direitos fundamentais os quais subdividem-se em cinco capítulos: Direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e os direitos relativos aos partidos políticos.

2. Limitações ao Poder de Tributar: A Concessão de Benefícios Fiscais e a Instituição de Tributos Durante a Pandemia da COVID-19

Se por um lado temos a pessoa física ou jurídica que em face de uma recessão econômica encontra dificuldade para satisfazer suas despesas relativas a salários, fornecedores e, especialmente, tributos, no outro temos o governo frente a uma crise internacional em que medidas afirmativas são essenciais para superação da crise e, neste contexto, entra a tributação e a manutenção do emprego e das empresas como prioridade.

No Brasil foi publicada a Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020, que cria o “Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus”, que garante auxílio financeiro de até R\$ 125 bilhões aos entes, suspensão do pagamento de dívidas e a renegociação com bancos e organismos internacionais. Com o intuito de auxiliar os Estados, os Municípios e o Distrito Federal quanto às despesas extraordinárias decorrentes da pandemia.

Além do Brasil não só o sofre com as consequências, mas também vários Países enfrentaram crise semelhante em como decorrência da Pandemia da COVID-19, sob esse aspecto, algumas medidas tributárias merecem destaque, como a concessão de Moratória

que consiste na prorrogação legal do prazo para o pagamento de tributos, o diferimento das obrigações acessórias e a redução da carga tributária.

A moratória, que seria uma causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, e que está prevista no artigo 151, inciso I, do Código Tributário Nacional, cuida de prorrogação, dilação, do prazo para pagamento do tributo, veiculada por lei concessiva emanada pelo ente competente para exigir o tributo e que pode se justificar diante de situação excepcional, a exemplo de crise econômica, da qual presume-se que os contribuintes não conseguirão quitar suas obrigações principais e acessórias e, neste contexto, é certo que tais tributos serão recolhidos em favor do ente competente, em momento posterior, havendo, portanto, uma espécie de mitigação provisória dos encargos.

Trazendo a discussão em âmbito nacional encontramos medidas que visam minimizar o impacto econômico tributário: diferimento do pagamento de tributos federais, inclusive no âmbito do simples nacional, do pagamento do FGTS, suspensão dos atos de cobrança das dívidas tributárias e prorrogação do prazo de validade das certidões negativas de débito, como algumas delas.

Assim, em um cenário econômico desfavorável, a redução da carga tributária é a melhor alternativa para o contribuinte, vez que não gerará passivo a ser por ele cumprido.

A concessão de benefício fiscais, como, por exemplo, algumas isenções, redução da base de cálculo, remissão, anistia mostram-se essenciais neste momento, todavia é imprescindível a previsão em lei específica e a observância dos ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00). Assim, podemos citar a redução à zero das alíquotas do Imposto de Importação (II) para produtos médico-hospitalares, das contribuições obrigatórias das empresas para o sistema S, redução a zero do Imposto sobre as Operações Financeiras (IOF) para certas operações e desoneração temporária do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) para produtos e insumos destinados ao combate à COVID-19.

Diante do impacto da crise, os cofres públicos sofrem com a drástica diminuição da arrecadação tributária e a decretação da calamidade pública faz com que os entes federados se sujeitem aos ditames do artigo 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00), podendo aumentar os gastos públicos e deixar de cumprir as metas fiscais para 2020, todavia, a instituição de dois tributos já previstos no texto constitucional de 1988, tem sido apregoada pelo poder legislativo como um dos caminhos que culminaria no (necessário) imediato aumento das receitas tributárias: os Empréstimos Compulsórios e o Imposto sobre as Grandes Fortunas.

A União, utilizando-se de sua competência extraordinária, através de Lei Complementar, poderá instituir Empréstimos os Compulsórios diante da situação de

calamidade pública e guerra externa (iminente ou declarada) e quando da necessidade de realização de investimentos de caráter urgente e de relevante interesse nacional conforme art.148, incisos I e II do texto constitucional.

Nos interessa apenas uma das situações previstas no inciso I, qual seja, a calamidade pública que, não revela o fato gerador do tributo já que esse será eleito pelo legislador infraconstitucional, podendo ser qualquer situação que revele capacidade econômica do sujeito passivo, pessoa física e/ou jurídica que, imediatamente à data de publicação da lei instituidora, vincularia União e contribuinte, já que a espécie é exceção absoluta ao Princípio da Anterioridade da Lei Tributária, ao afastar a observância do limite constitucional de tributar estabelecido para a maioria dos tributos: a anterioridade do exercício financeiro e nonagesimal.

A receita dos Empréstimos Compulsórios seria, na sua totalidade, destinada à situação que se prestaria a socorrer: a imediata destinação de fomento para criação de grupos nacionais de pesquisas científicas que buscariam uma vacina imunizante ou medicamentos que amenizassem a dor dos paciente diagnosticados, sem desconsiderar a urgente intervenção do Estado na economia estimulando a criação de empregos com a concessão de crédito às pessoas jurídicas estimulando manutenção das médias e pequenas empresas, as empresas de economia familiar ou do pequeno empresário individual, aos agricultores que exploram a pequena gleba rural para garantir a subsistência familiar com a concessão de crédito rural facilitado entre outras medidas que abrandassem os efeitos devastadores da situação estabelecida durante e pós- pandemia, já que o desvio de receita resulta no desvio de sua finalidade e inconstitucionalidade de exigência do tributo extraordinário.

O Imposto sobre as Grande Fortunas (IGF), diferente dos Empréstimos Compulsórios, e como os demais tributos daquela espécie, por força constitucional ao respeitar o Princípio da Não-Afetação estabelecido pelo art. 167, IV da Carta Política de 1988, não terão receitas vinculadas a nenhum órgão, fundo ou despesa e por isso, a arrecadação do tributo destinar-se-ia a manutenção do erário público. No entanto, tramitam no Senado Federal¹⁹ quatro Projetos de Lei Complementar que objetivam a instituição do tributo sob a justificativa de que esse seria o imposto da justiça social. Em todos eles, saltam as inconstitucionalidades. Vejamos com brevidade os quatro projetos de lei complementar veiculadora do IGF:

A senadora Eliziane Gama (Cidadania-MA) PLP 50/2020. Além da criação do IGF, seu projeto sugere uma medida que poderia gerar efeitos imediatos: o Empréstimo

¹⁹ Fonte: Agência Senado: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141223>. Acessado em 23 de agosto de 2020.

Compulsório aplicado às grandes fortunas, relevando a dupla incidência ou *bis in idem*, vedado pela Constituição Federal.

No projeto, ao Empréstimo Compulsório aplicar-se ia a alíquota de 4% sobre a mesma base tributária do IGF sobre os patrimônios acima de 12.000 (doze mil) vezes o limite de isenção do imposto de renda. O valor arrecadado seria objeto de restituição a partir de 2021, remunerado pela Taxa Referencial (TR) – mesmo índice usado na atualização dos valores do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). O projeto ainda prevê primeiro a criação do Empréstimo Compulsório, vigente durante o período da calamidade pública e após, a instituição do IGF como forma de amenizar o período pós-pandemia sob a justificativa de que o Estado deverá buscar recursos acumulados no passado.

O projeto, no entanto, não definiu o conceito de “fortuna” e nem de “grandes fortunas”, função outorgada pela Constituição Federal, à Lei Complementar.

O PLP 183/2019, do senador Plínio Valério (PSDB-AM), foi apresentado no ano passado, mas ainda não tem parecer de comissão. O projeto que é anterior à Pandemia trata apenas do IGF, sem fazer referência a Empréstimos Compulsórios.

O Senador entende que o tema da tributação de grandes fortunas ainda é de difícil debate e por isso não foi regulamentado nos mais de 30 anos que se seguiram à promulgação da Constituição. No entanto, ele vê espaço para a aprovação da proposta no Senado, especialmente diante das dificuldades exacerbadas pela atual pandemia

Dos quatro projetos em tramitação, o mais antigo é o PLS 315/2015, do senador Paulo Paim (PT-RS), que também não passou pela análise de comissões. A outra iniciativa sobre o tema, do senador Reguffe (Podemos-DF), é o PLP 38/2020, que propõe a vigência imediata do imposto — expressamente pela Constituição, pois o tributo atende ao Princípio da Anterioridade, artigo 150, III, *b* (do exercício financeiro) e *c* da CF (nonagesimal).

Na Câmara dos Deputados, de iniciativa do Deputado Assis Carvalho (PT-PI), tramita o projeto que prevê a instituição do Imposto sobre as Grandes Fortunas com destinação exclusiva ao combate da pandemia do Covid-19 (Coronavírus), portanto, inconstitucional, em razão do Princípio da Não-Afetação aplicado aos impostos e aqui já desposado e prevê como fato gerador do imposto a titularidade de bens e direitos de qualquer natureza, no Brasil ou no exterior, no dia 31 de dezembro de cada ano, em valor global superior a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), sendo atualizado anualmente pelo Poder Executivo que também regulamentará os critérios de avaliação do valor dos bens móveis e imóveis. Como contribuintes, o Projeto prevê que pessoas físicas domiciliadas no Brasil e pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no exterior, em relação ao patrimônio que tenha no Brasil, e os espólios, prevendo que cada cônjuge ou

companheiro será tributado com base no seu patrimônio individual acrescido da metade do patrimônio comum, na constância da sociedade conjugal ou união estável e ainda estabelece que o patrimônio dos filhos menores será tributado juntamente com o dos pais.

Prevê, ao final, a Repartição das Receitas do IGF entre a União e os Estados e Distrito Federal (na proporção de trinta e cinco por cento) e União e Municípios (na proporção de trinta e cinco por cento) usurpando tema de matéria exclusivamente constitucional, além de ignorar a observância ao Princípio da Anterioridade ao determinar a vigência da lei (inconstitucional) na data da sua publicação.

A possibilidade de instituição de tributos no momento pandêmico e pós-pandêmico revela o descompasso do Poder Legislativo com a compreensão das limitações constitucionais ao poder de tributar e a não-observância aos direitos fundamentais do contribuinte na criação de normas tributárias. Seja porque os Projetos de Lei não compreendem a vedação da atividade arrecadatória confiscatória protetora das pessoas físicas e jurídicas e, portanto, os destinatários da norma vindoura, seja porque justifica a instituição de imposto que jamais será utilizado para amenizar os tristes efeitos causados pela COVID-19, seja porque prevê novas fontes (inconstitucionais) de custeio do Estado afastando os Princípios da Isonomia, Anterioridade e Irretroatividade da Lei Tributária.

3. A Preservação dos Direitos Fundamentais sob a Ótica do Poder de Arrecadar

Passamos a análise do dever de recolher tributos e o exercício dos direitos fundamentais, questão pouco desenvolvida pelos estudiosos do direito tributário tanto sob o ponto de vista acadêmico, doutrinário, jurisprudencial quanto sob o ponto de vista dos poderes que democraticamente nos representam.

Isso porque a concentração da matéria no estudo do direito tributário gira em torno, de um lado, de dar à arrecadação, cada vez mais eficiência através da criação de mecanismos legais que garantam a diminuição de evasões fiscais pelos sujeitos passivos das obrigações tributárias e de outro, a tentativa de localizar os vícios, as lacunas ou falhas nas normas que impõem os deveres de observância e fiel cumprimento às obrigações tributárias principais e acessórias.

Uma das atividades típicas do Estado é o poder de instituir, tributos em conformidade com os artigos 150, I, 5º, II da CRFB e 97 do CTN e o interesse pela arrecadação segura, eficaz, eficiente concentrou os estudos dos cientistas do direito ao interpretarem que o recolhimento de tributos é o meio que o sujeito ativo da obrigação tributária se instrumenta financeiramente para alcançar os fins previstos na Lei Fundamental e nas leis tributárias.

No entanto, por vezes, as discussões a respeito da instituição de tributos e sua inexcusável exigência, ignoram a ideia de que a tributação esteja associada a noção de que o cidadão é contribuinte e que cada vez mais, o exercício da tributação deva estar, indubitavelmente associado, também, ao exercício dos direitos fundamentais como elucida a Ilustre Professora Regina Helena Costa:

Consideramos importante remarcar que a compreensão do Direito Tributário, cada vez mais, está voltada à preocupação concernente à adequação da tributação ao exercício dos direitos fundamentais. De fato, universalmente vem se afirmando uma visão humanista da tributação, a destacar que essa atividade estatal não busca apenas gerar recursos para o custeio de serviços públicos, mas, igualmente, o asseguramento do exercício de direitos públicos subjetivos.²⁰

Não negamos a ideia da necessidade de tributação já que em todas as sociedades organizadas, desde a antiguidade, os tributos já possuíam o objetivo de financiar determinadas situações planejadas pelo Estado, e a história nos ensina que a evolução das relações sociais resultou no liame entre o poder estatal de arrecadar tributos e o exercício da cidadania aperfeiçoado na contribuição com as despesas estatais.

Os direitos fundamentais estão reconhecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e como já tratado aqui, foi objeto de proclamação em 1948 pela Assembleia Geral da Nações Unidas em 1948, proclamando no item 1, do artigo XXV:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Na Constituição Federal de 1988, a alguns direitos foram outorgados *status* de direitos fundamentais e, conseqüentemente, lhes foi outorgado um regime jurídico especial, rígido, de aplicação imediata e proteção especial, já que os direitos ali protegidos - materializados pelas normas constitucionais - são cláusulas pétreas e devem, portanto, ser objeto de observância pelo legislador infraconstitucional ao eleger determinados fatos na apreensão da regra matriz de incidência tributária.

²⁰ COSTA. *Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*, p.34.

Entendemos pelo *princípio da não-obstância do exercício de direitos fundamentais por via da tributação*. Explicamos com base nos brilhantes ensinamentos da Professora Regina Helena Costa²¹:

Assim, se a Lei Maior assegura o exercício de determinados direitos, que qualifica como fundamentais, não pode tolerar que a tributação, também constitucionalmente disciplinada, seja desempenhada em despreço com esses mesmos direitos.

Há, nesse sentido, uma relação de observância estabelecida em que o Estado no papel de sujeito ativo da competência tributária, exerce sua atividade tributante constitucionalmente prevista, abstendo-se de restringir, inviabilizar, intimidar ou diminuir os direitos fundamentais, inspirando-se no texto fundamental ao impedir que as normas ali contidas ou aquelas que serão objeto de inserção via emenda, não signifiquem a relativização desses direitos.

Durante a elaboração das normas que regem o poder estatal de arrecadar, tanto o legislador infraconstitucional como o administrador fiscal assumem papel fundamental na relação discricionária que une os sujeitos ativo e passivo da relação obrigacional e, ao estabelecer e regulamentar normas tributárias, assumem o papel de destinatários diretos da observância dos direitos fundamentais desde que não signifiquem a imposição de práticas de eficiência na arrecadação e resultem na restrição desses direitos.

Espera-se, portanto, que sistema tributário nacional, inspire-se, verdadeiramente, na garantia dos direitos fundamentais, ainda que a tributação atinja dois desses direitos do contribuinte: o direito à liberdade e o direito à propriedade privada. Nesse sentido, nos ensina o Professor Roque Antônio Carrazza ao tratar dos limites da competência tributária:

Além disso, a pessoa política, ao exercitar sua competência tributária, é obrigada a levar em conta os direitos fundamentais dos contribuintes, pois do contrário o tributo acabaria por se transformar em mero instrumento de financiamento do Estado, quando, como se sabe, nosso ordenamento jurídico exige que ele seja também utilizado para induzir comportamentos individuais e para fazer com quem prevaleçam os primados da igualdade, da liberdade e da proibição do excesso.²²

A tributação não é mais enxergada como um ato de império do Estado que obrigava os cidadãos, em passado recente, a custear o seu financiamento e ainda que em

21 COSTA. *Imunidades Tributárias e Direitos Fundamentais*, p. 77-81.

22 CARRAZZA. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 430.

nome da praticabilidade e eficiência da arrecadação, os direitos subjetivos do contribuinte não o faz ser visto apenas como súdito, mas como aquele que tem seus direitos individuais garantidos, a exemplo do direito à saúde, à educação, ao meio ambiente ecologicamente adequado, assim como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade e o exercício desses direitos, em síntese conclusiva, cria as situações jurídicas oponíveis a qualquer pessoa, inclusive ao Estado.

Da ideia de que o contribuinte mantém uma relação de igualdade jurídica e não de subordinação com o Fisco surgiu e tramita desde 1999 o Projeto de Lei Complementar 646/1999 cria o Código de Defesa do Contribuinte e objetiva concretizar os valores constitucionalmente consagrados no sistema constitucional brasileiro. Se a tributação se desenvolve dentro dos limites da competência e do poder de tributar, esse objetivo será alcançado respeitando-se os direitos fundamentais do contribuinte a faixa da liberdade das pessoas na qual a tributação não pode se desenvolver.

Nesse raciocínio, a Constituição delimitou o conteúdo possível das leis tributárias e por via reflexa, dos regulamentos, das portarias, dos atos administrativos tributários. À União, aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios é obrigatório, no exercício da competência tributária, o respeito das garantias e direitos individuais dos contribuintes que merecem proteção e respeito aos seus direitos públicos subjetivos constitucionalmente garantidos e aqui está estabelecida a restrição ao exercício da competência tributo com o fim de proteger os direitos fundamentais ao abriga-los dos abusos do poder. Caso contrário, os direitos fundamentais do homem seriam apenas formalmente reconhecidos, mas sem qualquer concretização.

Exemplar da concretização desses direitos é a sua aplicação imediata como previsto pelo art. 5, § 1º da CF e sua inclusão no rol das cláusulas pétreas, o que nos leva a concluir que a arrecadação tributária e os direitos fundamentais não se suprimem, mas se complementam ao desvelar o dever de arrecadação como meio de obtenção para o financiamento estatal e a concretização dos direitos fundamentais do contribuinte.

Em suma, é impossível que o estudo das competências tributárias se realize sem uma análise profunda do Texto Magno, em especial no que se destina a assegurar os direitos fundamentais como meio hábil para rechaçar ação arbitrária do Estado de Direito que rege suas condutas de acordo com as regras que veiculam os direitos fundamentais.

3.1A Preservação do Mínimo Vital e Existencial como Pressupostos para a Proteção e Efetivação dos Direitos Fundamentais

Os recursos econômicos indispensáveis à satisfação das necessidades básicas das pessoas, conhecido como *mínimo vital*, são garantidas pela Lei Maior, especialmente em seus arts.6º e 7º não podem ser alcançados pela tributação de impostos. O mínimo

existencial, também nesse sentido, está intimamente relacionado com a realização dos direitos fundamentais, que representa a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e revela a garantia das condições e exigências mínimas de uma existência digna ou seja, o direito ao mínimo existencial é alicerçado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana e é dever do Estado que a promova e proteja.

Nas lições de John Rawls²³, essa garantia encontra efetividade por meio dos “bens primários”: aquilo que as pessoas livres e iguais precisam como cidadãos. O mínimo existencial não se mantém restrito à satisfação das necessidades físicas dos indivíduos como se a preocupação se esgotasse em sua sobrevivência ou no mínimo vital.

Tratemos, pois, do princípio da capacidade contributiva ao assegurar que as pessoas não deverão recolher tributos aos cofres públicos caso seus direitos fundamentais sejam comprometidos. O princípio da capacidade está intimamente ligado ao princípio da igualdade, seguimos entendendo que é um dos mecanismos mais eficazes para que se alcance, em matéria de impostos, a justiça na tributação ou justiça fiscal.

Segundo o princípio da capacidade contributiva, insculpido no art. §1º do artigo 145 da CRFB, quem tem mais riqueza deverá, proporcionalmente, recolher mais imposto do que aqueles que tem maior riqueza, devendo contribuir mais para a manutenção da coisa pública.

Por essa razão, as cargas impositivas originadas pelo dever de recolher, mediante lei, tributos aos cofres públicos das pessoas jurídicas competentes, deverão considerar as possibilidades econômicas de cada uma das pessoas para que o princípio da isonomia, previsto pelo inciso I, do art. 150, da Carta Política vigente afaste a exigência confiscatória, irrazoável ou que atente contra os direitos e garantias fundamentais daquele que não afetariam o mínimo vital: alimentação, vestuário, cultura, lazer, saúde, educação, previdência social, transporte.

Estendemos o entendimento acima esposado aos tributos indiretos, entendendo que os bens essenciais que compõem a cesta básica do brasileiro deverão ser alcançados pelos mecanismos que desoneram os bens que garantem o mínimo existencial, asfaltando, do consumidor final, a carga econômica.

No mesmo sentido, tanto a tributação direta quanto a tributação indireta deverá ser afastada dos gastos necessários com a alimentação, remédio, vestuário, educação e higiene, das pessoas que se encontrem em situação de pobreza e com dificuldades para manter suas famílias e dependentes econômicos, sob o risco do tributo assumir feição

²³ RAWLS, John. O liberalismo político. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo, Ática, 2000. p.229.

confiscatória, situação expressamente vedada pela Lei Maior e materializada em nosso ordenamento interno pelo princípio do Não-Confisco, previsto pelo art. 150, IV da Constituição, devendo existir uma proteção entre o mínimo existencial e a atividade confiscatória.

Consideramos, assim, que é requisito de validade das normas jurídicas a criação de impostos, que não subtraíam, do contribuinte pessoa física, o mínimo vital, ou coloquem em risco a liberdade de exercício das atividades produtivas lícitas das pessoas jurídicas, reduzindo-lhe a sua capacidade de produção e exploração das atividades econômicas.

A análise de cada caso concreto, levando em consideração os princípios da igualdade, da capacidade contributiva, da função social da propriedade e da dignidade da pessoa humana, são imprescindíveis para relevar se um imposto representa ou não atividade confiscatória do Estado.

Com base na preservação dos direitos fundamentais consagrados na ordem interna e humanos, previstos nos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, o legislador ordinário deverá atender, nas eleições dos fatos tributários, os princípios da capacidade contributiva, graduando os impostos conforme a capacidade econômica do contribuinte, observando o mínimo vital e existencial para a concretização de uma vida digna.

A garantia de um mínimo econômico, não alcançado pela tributação, é o caminho para o atendimento das demais garantias constitucionais básicas para a sobrevivência e desenvolvimento do indivíduo em sua plenitude.

O direito familista passa a estudar os limites da tributação de IRPF sobre as verbas de natureza alimentícia ao considerar com louvor, que os alimentantes, na condição de credores da pensão alimentícia são os antecedentes dependentes do provedor alimentar, mas os alimentados não podem ser considerados contribuintes de impostos que tem traçado sua norma impositiva no acréscimo patrimonial, ou seja, não é capaz e nem tem o dever de suportar carga fiscal aquele recebe os alimentos, já que o direito ao alimento não sugere a capacidade contributiva ao alimentado.

A legislação que estabelece a tributação incidente sobre o pensionamento e a quem, de forma antagônica, tem assegurado pelo ordenamento a garantia do sustento e o Estado passa a admitir, que a norma em vigor afaste a garantia do sustento e autoriza a usurpação do acesso à bens básicos e que pode deixar de garantir o mínimo existencial ao alimentado.

Se a Emenda Constitucional 64/2010 introduziu a alimentação direito social, não faz sentido que um Regulamento a considere acréscimo patrimonial para efeitos de

incidência e tributação de IRPF devido pelo alimentado. Isso porque, o Regulamento do Imposto de Renda, instituído pelo Decreto 3.000 de 26 de março de 1.999 prevê em seu art. 5º que os valores percebidos a título de alimentos ou pensões em cumprimento com acordo homologado judicialmente ou fruto de sentença, incluindo os alimentos provisórios ou provisionais e diante da incapacidade civil do alimentado, a tributação será realizada em nome do tutor, curado ou responsável pela sua guarda.

Mais do que a análise de inconstitucionalidade da cobrança que aguarda apreciação da ação de inconstitucionalidade (ADI 5.422) ajuizada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, (IBDFAM) em 25 de novembro de 2015, que objetiva suspender e impedir a exigência do IRPF sobre verbas de pensões alimentícias e diante dos princípios implícitos e expressos que garantidores do mínimo existencial, propõe-se, uma crítica a respeito analítica a respeito de tal previsão normativa sob o aspecto das garantias individuais e fundamentais dos sujeitos de direito.

A dignidade da pessoa humana é umas das escolhas da Carta Política de 1988 e está associada ao objetivo de erradicação da pobreza, da redução da marginalização e das desigualdades sociais. É o que estabelece o § 2º do artigo 5º ao não excluir quaisquer direitos e garantias decorrentes dos princípios inseridos expressa ou implicitamente pelo Texto Fundamental e, portanto, configuram uma verdadeira “cláusula geral”²⁴ de tutela da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento, não podendo ser perdido, alienado, diminuído pelo Estado de Direito que deverá nortear suas ações no sentido de preservar, do poder estatal de tributar, os mínimos existencial e vital.

Conclusão

A tributação passou a se desenvolver dentro dos limites que a Carta Suprema de 1988 traçou e os legislador ordinário dos entes políticos encontra as delimitações da área e que a tributação pode ser exercida.

É evidente que os direitos fundamentais amparam o contribuinte contra os Poderes do Estado, incluindo o Legislativo. Os Direitos consagrados no art. 5º do Diploma Magno são tão ou mais relevantes que os outorgados à União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios para instituir impostos, taxas, contribuições de melhorias e especiais e os empréstimos compulsórios, por isso, sob a justificativa de exercitarem competências tributárias, não podem tolher a os direitos públicos subjetivos do contribuinte.

A pessoa política não poderá, assim, agir abusando do poder discricionário que lhe foi outorgado, seja pela observância do exercício dos direitos fundamentais que tem como

²⁴ DA ROSA, Conrado Paulino. Curso de Direito de Família Contemporâneo. Salvador: Juspodium, 2019. P. 639-645.

destinatários o legislador infraconstitucional, ordinário, e ao administrador, seja porque todos estão, como representantes do poder estatal de tributar, submetidos a um regime jurídico rígido que regem suas condutas de acordo com as regras que veiculam aqueles direitos.

As leis tributárias não podem instrumentalizar embaraços abusivos ao livre exercício do trabalho já que se subordinam à ordem jurídica e as limitações constitucionalmente estabelecidas, não podendo compelir, conforme ditames do art. 5º, XIII, da CF.

A ideia de que os direitos fundamentais, constitucionalmente reconhecidos, reafirmam e delimitam as competências que as pessoas políticas receberam para tributar e nosso Estado Democrático de Direito exige que a arrecadação reforce os direitos fundamentais do contribuinte.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito*. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. *A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à atuação Estatal no controle de preços*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: RDT, n. 226, out./dez., 2001.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 32ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019.

COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário – Constituição e Código Tributário Nacional*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Imunidades Tributárias – Teoria e Análise da Jurisprudência do STF*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

DA ROSA, Conrado Paulino. *Curso de Direito de Família Contemporâneo*, 2ª ed., Salvador: Juspodium, 2017.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 13.ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direitos Público*. 4ª Edição, 10ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA DEFENSORIA PÚBLICA NA DEFESA DOS VULNERÁVEIS E DOS HIPOSSUFICIENTES EM JUÍZO

MANOEL VICTTOR VIEIRA COELHO:

Graduado em Direito pela PUC/GOIÁS. Especialista em Direito Civil e Consumidor pela UNIAMÉRICA. Especialista em Direito Público pela UNIAMÉRICA. Advogado

RESUMO: A compreensão dos termos vulnerabilidade e hipossuficiência é de suma importância nas relações consumeristas, pois atinge o âmago desse ramo do Direito. Assim, necessário distinguir os institutos e perquirir a legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública na tutela dos sujeitos envolvidos em tais demandas. Considerando a legislação, a doutrina e a jurisprudência atinentes ao tema, o estudo observou a possibilidade de intervenção, em verdade, a obrigatoriedade que paira sobre esses órgãos, em se tratando de relações jurídicas privadas que envolvam hipervulneráveis. Concluiu que a legitimidade e relevância da participação decorrem das normas atuais e da pertinência temática.

Palavras-chave: vulnerabilidade, hipossuficiência.

1 INTRODUÇÃO

De início, cumpre esclarecer que as ideias de vulnerabilidade, hipossuficiência e boa-fé objetiva, partem da dignidade da pessoa humana, que é o núcleo intangível do direito moderno.

Os princípios da vulnerabilidade e da hipossuficiência são situações jurídicas que se prestam a fundamentar a tutela especial conferida por nossa legislação aos que se encaixem nas hipóteses de sua incidência.

Dessa forma, o trabalho busca conceituar vulneráveis e hipossuficientes. Muito embora próximos, vulnerabilidade e hipossuficiência não se confundem, possuem diferenças nítidas que o trabalho pretende demonstrar.

Por outro lado, de nada adianta um sistema protetivo denso, uma legislação completa, se aqueles que mais precisam da proteção jurisdicional não podem exercer tais direitos de forma eficiente, em paridade de armas com aquele que entabula o contrato de consumo.

É nesse escopo que surgem o Ministério Público e a Defensoria Pública, órgãos que são dotados de legitimidade para atuar nessas demandas, possuem afinidade

temática, e mais ainda, têm condições estruturais de promover a adequada defesa dos vulneráveis e hipossuficientes em juízo.

O presente estudo defende que tais instituições são mecanismos de transformação e emancipação social, de modo que é através delas que os verdadeiramente hipervulneráveis (art. 39, IV do CDC) conseguirão perseguir e usufruir de seus direitos.

2.VULNERABILIDADE

O Código de Defesa do Consumidor foi concebido para proteger o polo tido como mais vulnerável na relação consumerista, o consumidor. Portanto, o princípio da vulnerabilidade (art. 4º, I do CDC) deve ser entendido como o princípio básico do sistema consumerista, sem ele, não fará sentido qualquer norma protetiva.

Segundo o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, consumidor pode ser definido como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Essa definição é chamada pela doutrina de consumidor em sentido estrito, *strito sensu* ou standard, diferenciando-se do consumidor por equiparação (arts. 2º, p. único, 17 e 29 do CDC).

Da leitura do *caput* do art. 2º, ante uma interpretação literal, o CDC parece adotar a teoria finalista ou subjetiva. Ou seja, consumidor é todo aquele não profissional, que, ao adquirir um produto ou serviço, o utiliza no âmbito familiar, sem finalidade econômica.

No entanto, Cláudia Lima Marques vai além e aduz que para a correta definição de consumidor e delimitação de abrangência de aplicação do CDC nas relações contratuais, seria necessário fazer uma interpretação teleológica da regra do art. 2º com o sistema consumerista, buscando a *ratio* principal da norma. Assim, destinatário final, para fins de definição de consumidor, seria todo aquele reconhecido como vulnerável em uma relação contratual, de modo que todos esses merecem receber a tutela especial do CDC. MARQUES (*apud* MEDEIROS, 2020, p. 33).

A doutrina majoritária ensina que são três os tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica e a fática.

Entende-se por vulnerabilidade técnica a situação em que o consumidor não detém qualquer conhecimento específico sobre o produto ou serviço que procura, de modo que fica em desvantagem frente ao fornecedor, podendo até ser iludido.

Vulnerabilidade jurídica ou científica, é a ausência de conhecimento das normas jurídicas, a falta de intimidade com demandas jurídicas, ou algum outro conhecimento técnico-científico.

A vulnerabilidade fática, também chamada de socioeconômica, é a desigualdade material entre os contratantes. O fornecedor sempre impõe sua superioridade, seja através do seu poder econômico, em função de sua posição de monopólio, da natureza essencial do produto ou serviço, etc.

Por último, a professora Cláudia Lima Marques defende, em doutrina, uma quarta modalidade de vulnerabilidade, que seria decorrência da vulnerabilidade técnica. Trata-se da vulnerabilidade informacional, referente à necessidade crescente de informação na sociedade atual.

Dessa forma, é a vulnerabilidade que deve ser o princípio fundante para aplicação ou não da norma consumerista ao caso concreto. Cabe ao exegeta, perquirir se uma das partes está em inferioridade, para então restabelecer o equilíbrio contratual, através da aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor.

O Superior Tribunal de Justiça já adotou a teoria finalista para fins de aferição de destinatário final (STJ, REsp. 218505/MG, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 14/02/2000. STJ, REsp. 475220/GO, Rel. Paulo Medina, 6ª Turma, DJ 15/09/2003).

No entanto, a tendência atual, na esteira de Cláudia Lima Marques, é abrandar tal entendimento para, a depender do caso concreto, considerar consumidor não só o destinatário final, mas também a parte que detenha vulnerabilidade na relação jurídica.

Assim decidiu o STJ:

A jurisprudência desta Corte Superior tem ampliado o conceito de consumidor e adotou o definido pela Teoria Finalista Mista, ou seja, consumidor é todo aquele que possua vulnerabilidade em relação ao fornecedor, seja pessoa física ou jurídica, mesmo que não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, mas se apresenta em situação de fragilidade. (STJ, AgInt no REsp 1719344/RO, Min. Marco Aurélio Bellizze, 3º Turma, DJe 15/05/2018).

Este tribunal formou jurisprudência no sentido de que a teoria finalista deve ser mitigada nos casos em que a pessoa física ou jurídica, embora não se enquadre nas categorias de fornecedor ou destinatário final do produto, apresenta-se em estado de vulnerabilidade ou hipossuficiência técnica, autorizando a aplicação das normas previstas no CDC. (STJ, AgInt no AREsp 728797/RS, Min. Marco Buzzi, 4º Turma, DJe 28/05/2018).

Assim, nos termos do que se tem chamado de teoria finalista mitigada ou finalista aprofundada, o STJ decidiu que o consumidor intermediário, qual seja, aquele que adquiriu o produto ou serviço para sua atividade empresarial, pode ser agraciado com a tutela do CDC quando restar demonstrada sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica frente à outra parte.

Por fim, cabe lembrar que no direito do consumidor, a vulnerabilidade da pessoa física é presumida, enquanto a da pessoa jurídica deve ser provada no caso concreto.

3. HIPOSSUFICIÊNCIA

O Código de Processo Civil esclarece que, em regra, nas relações privadas cabe ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito, enquanto o réu deve provar fatos impeditivos, modificativos e extintivos. É o que a doutrina chama de distribuição estática do ônus da prova (art. 373, I e II do CPC/15).

Entretanto, em alguns casos, o CPC autoriza que o magistrado distribua o ônus da prova de maneira diversa. Denomina-se essa hipótese de distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, §1º do CPC/15).

Conforme ensina Leonardo de Medeiros Garcia (2020, p. 109), o Código de Defesa do Consumidor adotou a regra de distribuição dinâmica do ônus da prova, pois no caso concreto, com o objetivo de reequilibrar a relação processual, o juiz poderá inverter a distribuição inicialmente feita pela regra geral do Código de Processo Civil.

Ou seja, ajuizada a ação consumerista, o autor deve provar o fato que constitui seu direito; no entanto, a depender do caso, quando a prova for difícil de ser realizada pelo consumidor ou quando for demasiadamente onerosa, ensejando hipossuficiência, o juiz pode inverter o ônus, de modo diverso da regra encampada pelo CPC. Outra situação capaz de ensejar inversão do ônus da prova é aquela em que as alegações do consumidor são plausíveis, quando há verossimilhança.

Em conclusão, o art. 6º, VIII do CDC facilita a defesa do consumidor, inclusive com a inversão do ônus da prova, sempre que o juiz a determinar de ofício ou a requerimento, nos casos de alegação plausível ou hipossuficiência.

Outrora doutrina e jurisprudência debatiam se a inversão do ônus da prova seria regra de procedimento, a ser determinada no despacho saneador, ou se seria uma regra de julgamento, a ser imposta quando da prolação da sentença.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 tal discussão foi superada, uma vez que o art. 357, inciso III, determina que o juiz deverá distribuir o ônus da prova na

decisão de saneamento e organização do processo, em clara adesão à teoria da regra de procedimento.

A inversão do ônus da prova busca dar suporte ao consumidor com dificuldade econômica ou técnica para que este possa mais facilmente provar os fatos constitutivos de seu direito.

Mas frise-se, a inversão do ônus da prova, instituída pelo art. 6, VIII do CDC não é automática, ela deve ser deferida pelo magistrado, por ser uma regra *ope judicis*.

Por outro lado, o CDC também dispõe de hipóteses de inversão do ônus da prova *ope legis*, pela lei, casos em que não é necessária uma manifestação judicial para tanto.

São três os casos.

O art. 12, §3º do CDC e o art. 14, §3º do CDC, atribuem ao fornecedor o dever de provar que o produto ou serviço não tem defeito. Nessas situações, o defeito é presumido pela norma, de forma que basta ao consumidor comprovar o dano e nexa causal.

Já o art. 38 do CDC atribui a quem patrocina a publicidade o ônus de comprovar a veracidade das informações ali veiculadas.

É nula a cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão quando gerar maior ônus para a parte hipossuficiente defender-se ou invocar a jurisdição, propondo a ação de consumo em local distante daquele em que reside. STJ, CC 32868/SC DJU 11/03/2002, p. 160, Rel. Mina. Nancy Andrighi, j. 18/02/ 2002, 2ª Seção)

Portanto, observada a hipossuficiência, o sistema processual possui mecanismos para facilitar a defesa da parte hipossuficiente.

4. MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFENSORIA PÚBLICA

Segundo os promotores de justiça Marcus Paulo Queiroz Macêdo e Anderson de Castro Ogrizio (2016, p. 42), o termo "ministério" deriva do latim *ministerium*, *minister*, que revela o significado de ofício do servo, função de servir, mister ou trabalho, e "público" é aquilo que pertence ao povo, à plebe, a todos indistintamente.

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da Constituição Federal de 1988).

Na esteira de Hugo de Nigro Mazzilli (2007, p. 33-36), pode-se conceituar Ministério Público como

“o órgão do Estado (e não do governo, nem do Poder Executivo), dotado de especiais garantias, ao qual a Constituição e as leis cometem algumas funções ativas ou interventivas, em juízo ou fora dele, para a defesa de interesses da coletividade, principalmente os indisponíveis e os de larga abrangência social”.

É atribuição do Ministério Público promover a defesa civil e penal do consumidor.

Na esfera civil, o Ministério Público é um dos colegitimados à tutela coletiva do consumidor (arts. 81 e 82 do CDC), mas não é sua atribuição atuar em demandas estritamente individuais.

Portanto, a atuação ministerial deve se dar em matéria de direito coletivo *lato sensu*, ou seja, difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo.

Em que pese certa divergência doutrinária, defende-se que quanto aos interesses individuais homogêneos, o Ministério Público somente possui legitimidade ativa quando estiver devidamente caracterizado relevante interesse social ou quantos os interesses em questão sejam indisponíveis. (WATANABE, 2004, p. 818).

No mesmo sentido, é a lição de Luís Roberto Barroso (2007, p. 45), para quem o Ministério Público tem sua atuação limitada quando se trate de direitos individuais homogêneos, somente tendo legitimação para agir quando os direitos em disputa sejam indisponíveis ou haja interesse social relevante envolvido ou relevância social na tutela coletiva.

A defesa penal do consumidor pelo Ministério Público, se refere basicamente aos crimes contra as relações de consumo, disciplinados entre os arts. 61 e 80 do Código de Defesa do Consumidor e na Lei n. 8.137/90.

A Defensoria Pública está prevista na Constituição Federal de 1988 e cabe a ela implementar e gerir o serviço público de assistência jurídica, de forma integral e gratuita aos que dela necessitarem. (RÉ, 2016, p. 37).

Nos termos do art. 134, *caput* da CF/1988:

“A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a

orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”.

A Defensoria Pública, como autêntico órgão instituído pelo Estado, está inserida como legitimada concorrente à defesa do consumidor, nos termos do art. 82, II do CDC. Ademais sua legitimação é mais ampla que a do Ministério Público, pois refere-se à tutela individual e coletiva.

Hoje, a Defensoria Pública é um instrumento da democracia, bem como uma expressão desse regime, ela não busca garantir apenas o amplo acesso à justiça, almeja ainda contribuir para a emancipação social da população vulnerabilizada.

5. CONCLUSÃO

É necessário concluir que vulnerabilidade e hipossuficiência são institutos similares, mas são dotados de diferenças nítidas quanto à sua natureza jurídica. A ideia de vulnerabilidade reconhece a fragilidade do consumidor. Já a hipossuficiência traz um *plus*, abrange o desconhecimento do produto, do serviço, envolve a capacidade econômica e abarca questões complexas da esfera do fornecedor, na seara processual²⁵.

Diante do exposto, conclui-se que no direito consumerista a vulnerabilidade do consumidor pessoa física possui presunção absoluta (*jure et de jure*), sendo que a consequência prática de tal presunção é o estabelecimento de direitos e garantias especiais ao consumidor, bem como de deveres ao fornecedor. *A priori*, a vulnerabilidade se materializa e produz seus efeitos no plano de direito material.

Já a hipossuficiência não é presumida (*juris tantum*), devendo ser demonstrada no caso concreto. Hipossuficiência é fenômeno de ordem processual que deve ser materializada nos autos.

Portanto, pode-se afirmar que embora todo consumidor seja vulnerável, nem todo consumidor é hipossuficiente.

A jurisprudência, entretanto, não costuma diferenciar os dois institutos.

“A relação jurídica estabelecida entre as partes é de consumo e, portanto, impõe-se que seu exame seja realizado dentro do

²⁵ Diferenças entre vulnerabilidade e hipossuficiência. Direito diário, 2015. Disponível em: <<https://direitodiario.com.br/diferencas-entre-vulnerabilidade-e-hipossuficiencia-2/>>. Acesso em: 18 de jan. de 2021.

microsistema protetivo instituído pelo Código de Defesa do Consumidor, observando-se a vulnerabilidade material e a hipossuficiência processual do consumidor." (STJ. REsp 1293006, 3ª Turma, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, J.: 21/06/2012).

As atribuições dos membros do *Parquet* constituem verdadeiros poderes-deveres, no dizer de Francesco Carnelutti "não tem no processo um direito a exercer, e sim um dever que cumprir". (CARNELUTTI, 2004, p. 81).

No Brasil, a Defensoria Pública deve prestar uma assistência jurídica qualificada e potencializada na tutela dos direitos fundamentais, especialmente em situações de vulnerabilidade, sempre ponderando os direitos envolvidos e as peculiaridades do caso. Desse modo, o Defensor Público está investido na missão de genuíno agente político de transformação social. (RÉ, 2016, p. 42 – 46).

A defesa do consumidor é uma garantia fundamental, assim como um dever do Estado (art. 5º, XXXII da CF).

No tocante à defesa da saúde do cidadão, há legitimidade concorrente entre o Ministério Público e a Defensoria Pública, seja de maneira individual ou coletiva.

Diante das funções análogas desempenhadas, conclui-se que as duas instituições devem caminhar alinhadas, na busca pela racionalização do serviço prestado e por uma melhor efetividade prática, sempre em nome do bem comum.

6. REFERÊNCIAS

ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Prática no direito consumidor**. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte americana**. De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 8. P. 34-55, jan./jun. 2007, p. 45.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Vol. II. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 11. Ed. Salvador: Juspodivm, 2017. V.4.

DIFERENÇAS entre vulnerabilidade e hipossuficiência. **Direito diário**, 2015. Disponível em: <<https://direitodiario.com.br/diferencas-entre-vulnerabilidade-e-hipossuficiencia-2/>>. Acesso em: 18 de jan. de 2021.

FLEXA, Alexandre *et alii*. **Manual do advogado cível**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de defesa do consumidor comentado: artigo por artigo**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz *et alii*. **Manual do promotor de justiça**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo**: volume único. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggieri. **Manual do defensor público**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

WATANABE, Kazuo *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

TRABALHADORES MARÍTIMOS E A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA APLICÁVEL.

BEATRIZ VICTÓRIA DE DIEGO TERZINI:

Advogada. Formada pelo Instituto Damásio de Direito.

Resumo: O presente artigo busca analisar a legislação trabalhista aplicável aos trabalhadores de cruzeiros marítimos após a ratificação da Convenção nº 186 da OIT pelo Brasil. Aliado à isso, busca-se apresentar as controvérsias existentes e as teorias adotadas. Traz também a posição do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho sobre o tema.

Palavras-Chaves: Trabalhador Marítimo. Competência. Justiça do Trabalho.

Abstract: This article seeks to analyze the labor legislation applicable to cruise ship workers after the ratification of ILO Convention No. 186 by Brazil. Allied to this, it seeks to present existing controversies and adopted theories. It also brings the position of the Superior Labor Court and the Regional Labor Courts on the subject.

Key words: Maritime Worker. Jurisdiction. Labor Court.

Sumário: Introdução. 1. Conflito de leis no espaço. 1.1. Lei do pavilhão ou bandeira do navio. 1.2. Aplicação da lei do país de sede do armador. 1.3. Aplicação da teoria do centro de gravidade ou da sede do fato. 2. Posição dos tribunais. 3. Ratificação da Convenção nº 186 da OIT. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

O Direito do Trabalho brasileiro aplica-se às relações empregatícias e conexas, além de outras relações de trabalho que ocorram dentro do território nacional, vigorando o princípio da territorialidade. Nesse sentido, será competente, como regra, o local de prestação de serviços (art. 651 da CLT). Com relação aos empregados brasileiros contratados/transferidos para prestar serviço no exterior, principalmente os trabalhadores marítimos, surge controvérsia doutrinária e jurisprudencial.

No plano internacional, a Convenção nº 186 da OIT, que trata sobre o Trabalho do Marítimo, foi aprovada pelo Congresso Nacional em 2019 e promulgada pelo Presidente da República por meio do Decreto 10.671/2021. Com isso, abre-se discussão sobre os direitos dos trabalhadores marítimos, especialmente em relação aos tripulantes contratados no Brasil para trabalharem em navios de cruzeiros de bandeira estrangeira.

Isto porque, nos termos da lei 7.064/82, é direito do empregado a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o

disposto na referida lei, quando mais favorável do que a legislação territorial estrangeira, no conjunto de normas em relação a cada matéria (art. 3º, II). Em contrapartida, o Código de Bustamante de 1929 (Convenção de Havana), ratificado pelo Brasil, determina que seja aplicada aos trabalhadores a lei do local da matrícula da embarcação, também conhecida como Lei do Pavilhão ou bandeira do navio.

Fato certo é pela incidência da norma mais favorável ao trabalhador, assegurado pela CF, pela legislação brasileira e pela Constituição da própria Organização Internacional do Trabalho. O questionamento se faz com a ratificação da convenção da OIT pelo Brasil e seus impactos nos direitos dos trabalhadores.

Nesse sentido, o presente artigo desenvolverá a análise sobre legislação trabalhista aplicável aos trabalhadores de navios e embarcações, as teorias adotadas e o posicionamento dos Tribunais sobre o tema proposto.

1. Conflito de leis no espaço.

A lei 7.064/82, que dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior, prevê em seu art. 3º, II, que é direito do empregado a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto na referida lei, quando mais favorável do que a legislação territorial estrangeira, no conjunto de normas em relação a cada matéria.

No Código de Bustamante de 1929 (Convenção de Havana), por sua vez, ratificado pelo Brasil, determina que seja aplicada aos trabalhadores a lei do local da matrícula da embarcação, também conhecida como Lei do Pavilhão ou bandeira do navio. No entanto, há casos em que a lei do pavilhão é utilizada para burlar os direitos trabalhistas dos trabalhadores (art. 9º da CLT), tendo os tribunais optado pela aplicação de outras teorias.

Assim, para solucionar a controvérsia, a jurisprudência firmou entendimento acerca da legislação que deve ser empregada para reger os contratos de trabalho de empregados de navio ou embarcações, surgindo 03 possibilidades de solução do conflito de leis no espaço. O TST, por sua vez, vai por caminho diverso das teorias que serão expostas abaixo.

Conforme será demonstrado, o debate sobre a lei aplicável aos trabalhadores marítimos será reaberto com a ratificação da Convenção nº 186 da OIT. Isto porque, referida convenção determina que seja aplicada aos trabalhadores a lei do local da matrícula da embarcação, nos termos do Código de Bustamante.

1.1. Lei do pavilhão ou bandeira do navio.

A Lei do pavilhão ou bandeira do navio consta no Código de Bustamante de 1929 (Convenção de Havana), tratado internacional que cuida de temas relacionados aos

contratos internacionais. Referido Código foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 18.871/29, dispondo que:

Art. 281 do Código de Bustamante: “As obrigações dos oficiais e gente do mar e a ordem interna do navio subordinam-se à lei do pavilhão”.

Trata-se, portanto, de regra geral que vigora no direito internacional e também, em tese, no Brasil. Assim, o país de pavilhão ou de bandeira do navio ou embarcação é aquele que registrou o navio e o habilitou para navegar (local da matrícula), devendo, regra geral, reger as relações entre os marítimos e seus empregadores.

No entanto, há situações em que são constatadas fraudes ao matricular embarcações em locais com menos direitos trabalhista, reduzindo os custos com a mão de obra e aumento da lucratividade. Referida técnica é percebida quando a propriedade e controle efetivo do navio estão em um Estado diferente do que se constata o registro da embarcação.

Nesses casos, a jurisprudência tem afastado aplicação da lei do pavilhão, aplicando a lei do país do armador ou da teoria do centro de gravidade.

1.2. Aplicação da lei do país de sede do armador.

Conforme afirmado, há casos em que a lei do pavilhão é utilizada como artifício para a redução dos direitos trabalhista, tendo a jurisprudência afastado a aplicação da lei do pavilhão e aplicado a lei do país de sede do armador. Nessas situações, verifica-se que o país em que o navio está matriculado não guarda qualquer relação com o armador.

O termo “armador” é um termo técnico empregado para designar a empresa que explora a atividade econômica atrelada ao navio ou embarcação. Desta forma, trata-se de artifício utilizado para a redução dos direitos trabalhistas e aumentar a lucratividade da empresa.

Assim, afastada a Lei do pavilhão diante da fraude, aplica-se a lei do país de sede do armador.

1.3. Aplicação da teoria do centro de gravidade ou da sede do fato.

Nos casos em que não são constatadas as fraudes aos direitos trabalhistas acima demonstrada com a aplicação da lei do país de sede do armador, a jurisprudência tem afastado a aplicação da Lei do Pavilhão e aplicado a teoria do centro de gravidade ou da sede do fato.

A aplicação da teoria do centro de gravidade (most significant relationship, do direito norte-americano) ou da sede do fato (Savigny) permite ao juiz do trabalho aplicar a legislação para reger o contrato de trabalho em navios ou embarcações do país em que esse contrato de trabalho mais tenha irradiado efeitos. A ideia de centro de gravidade diz respeito à identificação da legislação do país em que o contrato de trabalho foi exercido com preponderância.

Se uma empresa armadora sueca, por exemplo, navega em águas brasileiras em um cruzeiro com bandeira ou pavilhão de Honduras, neste caso, a teoria do centro de gravidade aponta para a legislação brasileira para reger o contrato de trabalho dos empregados que laboram na referida embarcação. Isto porque, diante do caso concreto, verifica-se que há uma relação mais próxima com o direito brasileiro, na medida em que o fato provocou maiores efeitos nesse local.

Nesse sentido, conforme demonstrado, as relações de trabalho da tribulação de navios são regidas, em regra, pela lei da matrícula da embarcação. No entanto, caso constatada fraude, chamada de bandeira de favor, a relação jurídica a ser aplicada será a do país da sede do armador. De outro lado, também poderá ser utilizada a teoria do centro de gravidade ou da sede do fato, mesmo que não seja constatada fraude, aplicando-se a lei do local em que o contrato mais irradiou efeitos.

2. Posição dos TST.

Com relação ao TST, atualmente o entendimento majoritário (07 das 08 turmas) é pela aplicação do princípio da norma mais favorável. Com isso, houve o cancelamento da súmula 207 do TST pelo Pleno, que previa a aplicação da lei do local de prestação de serviços.

Súmula nº 207 do TST. CONFLITOS DE LEIS TRABALHISTAS NO ESPAÇO. PRINCÍPIO DA "LEX LOCI EXECUTIONIS" (cancelada) - Res. 181/2012, DEJT divulgado em 19, 20 e 23.04.2012. A relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação.

Assim, à luz do princípio da norma mais favorável, na hipótese de existência de um caso concreto e mais de uma norma trabalhista igualmente aplicável, o operador do direito deverá optar por aquela mais favorável independentemente de sua posição na escala hierárquica.

Nota-se, portanto, que o Tribunal Superior do Trabalho afasta a aplicação das 03 teorias acima mencionadas e possui entendimento majoritário pela aplicação da norma mais favorável. A título exemplificativo coloca-se abaixo a seguinte ementa:

EMPREGADO CONTRATADO NO BRASIL. LABOR EM NAVIO DE CRUZEIRO INTERNACIONAL. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. 1 – Há transcendência política quando se verifica em exame preliminar o desrespeito à jurisprudência majoritária do TST quanto ao tema decidido no acórdão recorrido. 2 – Aconselhável o provimento do agravo de instrumento para melhor exame do recurso de revista quanto à provável divergência jurisprudencial. 3 – Agravo de instrumento a que se dá provimento. II- RECURSO DE REVISTA. RECLAMANTE. LEIS Nºs 13.015/2014 E 13.467/2017. IN Nº 40 DO TST EMPREGADO CONTRATADO NO BRASIL. LABOR EM NAVIO DE CRUZEIRO INTERNACIONAL. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. 1 – A tese vinculante do STF no julgamento do RE 636.331/RJ (Repercussão Geral – Tema 2010) não tratou de Direito do Trabalho, e sim de extravio de bagagem de passageiro: “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”. 2 – A jurisprudência majoritária do TST (sete das oito Turmas), quanto à hipótese de trabalhador brasileiro contratado para desenvolver suas atividades em navios estrangeiros em percursos em águas nacionais e internacionais, é de que nos termos do art. 3º, II, da Lei nº 7.064/82, aos trabalhadores nacionais contratados no País ou transferidos do País para trabalhar no exterior, aplica-se a legislação brasileira de proteção ao trabalho naquilo que não for incompatível com o diploma normativo especial, quando for mais favorável do que a legislação territorial estrangeira. 3 – O Pleno do TST cancelou a Súmula nº 207 porque a tese de que “A relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação” não espelhava a evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial sobre a matéria. E após o cancelamento da Súmula nº 207 do TST, a jurisprudência majoritária se encaminhou para a conclusão de que somente em princípio, à luz do Código de Bustamante, também conhecido como “Lei do Pavilhão” (Convenção de Direito Internacional Privado em vigor no Brasil desde a promulgação do Decreto nº 18.871/29), aplica-se às relações de trabalho desenvolvidas em alto mar a legislação do país de inscrição da embarcação. Isso porque, em decorrência da Teoria do Centro de Gravidade, (most significant relationship), as normas de Direito Internacional Privado deixam de ser aplicadas quando, observadas as circunstâncias do caso, verificar-se que a relação de trabalho apresenta uma ligação substancialmente mais forte com outro ordenamento jurídico. Trata-se da denominada “válvula de escape”, segundo a qual impende ao juiz, para fins de aplicação da legislação brasileira, a análise de elementos tais como o local das etapas do recrutamento e da contratação e a ocorrência ou não de

labor também em águas nacionais. 4 – Nos termos do art. 3º da Lei nº 7.064/1982, a antinomia aparente de normas de direito privado voltadas à aplicação do direito trabalhista deve ser resolvida pelo princípio da norma mais favorável, considerando o conjunto de princípios, regras e disposições que dizem respeito a cada matéria (teoria do conglobamento mitigado). 5 – Não se ignora a importância das normas de Direito Internacional oriundas da ONU e da OIT sobre os trabalhadores marítimos (a exemplo da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 4.361/2002, e da Convenção nº 186 da OIT sobre Direito Marítimo – MLC, não ratificada pelo Brasil). Contudo, deve-se aplicar a legislação brasileira em observância a Teoria do Centro de Gravidade e ao princípio da norma mais favorável, que norteiam a solução jurídica quanto há concorrência entre normas no Direito Internacional Privado, na área trabalhista. Doutrina. 6 – Cumpre registrar que o próprio texto da Convenção nº 186 da OIT sobre Direito Marítimo – MLC, não ratificada pelo Brasil, esclarece que sua edição levou em conta “o parágrafo 8º do Artigo 19 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, que determina que, de modo algum a adoção de qualquer Convenção ou Recomendação pela Conferência ou a ratificação de qualquer Convenção por qualquer Membro poderá afetar lei, decisão, costume ou acordo que assegure condições mais favoráveis aos trabalhadores do que as condições previstas pela Convenção ou Recomendação”. 7 – Não afronta o princípio da isonomia a aplicação da legislação brasileira mais favorável aos trabalhadores brasileiros e a aplicação de outra legislação aos trabalhadores estrangeiros no mesmo navio. Nesse caso há diferenciação entre trabalhadores baseada em critérios objetivos (regência legislativa distinta), e não discriminação fundada em critérios subjetivos oriundos de condições e/ou características pessoais dos trabalhadores. 8 – Desde a petição inicial a pretensão do reclamante é de aplicação da legislação brasileira mais favorável. Desde a defesa a reclamada sustentou que deveriam ser aplicadas Lei do Pavilhão (Código de Bustamante) e a MLC (Convenção do Trabalho Marítimo) utilizada no País da bandeira da embarcação (Malta) e no País sede da empregadora (Bahamas). 9 – Deve ser provido o recurso de revista do reclamante para determinar a aplicação da legislação brasileira mais favorável e determinar o retorno dos autos para que o TRT prossiga no exame do feito como entender de direito. 10 – Recurso de revista a que se dá provimento” (ARR-11800-08.2016.5.09.0028, 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 12/04/2019).

No entanto, em sentido contrário é o entendimento da 4ª Turma TST, que entende pela aplicação da Lei do Pavilhão:

[...] TRABALHO EM NAVIO DE CRUZEIRO SOB BANDEIRA ESTRANGEIRA. PRÉ-CONTRATAÇÃO NO BRASIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NA COSTA BRASILEIRA E EM ÁGUAS DE OUTROS PAÍSES. GENTE DO MAR. CONFLITO DE LEIS NO ESPAÇO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. LEI DO PAVILHÃO (CÓDIGO DE BUSTAMANTE). I) A indústria do transporte marítimo internacional, inclusive de cruzeiros turísticos, tem caráter global, seja quanto à nacionalidade dos navios (pavilhão), seja quanto à diversidade de nacionalidades da tripulação, impondo-se que a gente do mar tenha proteção especial e uniforme numa mesma embarcação. A concepção de aplicação da legislação brasileira aos tripulantes brasileiros contratados por navios estrangeiros não se sustenta diante da realidade da atividade econômica desenvolvida pelas empresas estrangeiras de cruzeiros marítimos, pois, se assim fosse, em cada navio haveria tantas legislações de regência quanto o número de nacionalidades dos tripulantes. Num mesmo navio de cruzeiro marítimo, todos os tripulantes devem ter o mesmo tratamento contratual, seja no padrão salarial, seja no conjunto de direitos. Reconhecer ao tripulante brasileiro – contratado para receber em dólar – direitos não previstos no contrato firmado, conduziria à quebra da isonomia e subversão da ordem e da autoridade marítima, uma vez que os próprios oficiais poderiam questionar suas obrigações à luz da legislação de sua nacionalidade, em desrespeito à lei do pavilhão. Daí porque ser imperativo a aplicação, para todos os tripulantes, da lei do pavilhão, como expressamente prescreve o art. 281 da Convenção de Direito Internacional Privado (Código de Bustamante, ratificado pelo Brasil e promulgado pelo Decreto 18.791/1929): “ As obrigações dos oficiais e gente do mar e a ordem interna do navio subordinam-se à lei do pavilhão “. II) As tratativas preliminares para a contratação de trabalhador, iniciadas em território brasileiro por empresa de agenciamento e arregimentação de trabalhadores para prestar serviço a bordo de embarcação estrangeira com trânsito pela costa brasileira e em águas internacionais, não permitem concluir que a contratação se deu em solo brasileiro, pois a efetivação do contrato somente ocorre com a convergência de vontades das partes envolvidas. Agência de recrutamento atua na aproximação das partes contratantes, sem que se torne parte nas relações de trabalho daí decorrentes (Convenção 181 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, Art. 1º, 1, a. III) Inaplicável a Lei nº 7.064/82, cujo pressuposto é a contratação de trabalhadores no Brasil ou transferidos por seus empregadores para prestar serviço no exterior, hipótese não revelada pelas premissas fáticas constantes no Acórdão Regional, de forma que a legislação brasileira não pode ser invocada sob o fundamento de ser mais benéfica ao trabalhador brasileiro que atua no exterior. O art. 3º da referida Lei se aplica na situação de empregado transferido para o exterior, hipótese que não se ajusta ao caso dos autos. A própria Lei nº 7.064/82 prevê

a inaplicabilidade da legislação brasileira para o empregado contratado por empresa estrangeira (artigos 12 e seguintes). IV) Assim, a legislação brasileira não é aplicável ao trabalhador brasileiro contratado para trabalhar em navio de cruzeiro, (1) por tratar-se de trabalho marítimo, com prestação de serviços em embarcação com registro em outro país; (2) porque não se cuida de empregado contratado no Brasil e transferido para trabalhar no exterior. O fato de a seleção e atos preparatórios terem ocorrido no Brasil não significa, por si só, que o local da contratação ocorreu em solo brasileiro; (3) o princípio da norma mais favorável tem aplicação quando há antinomia normativa pelo concurso de mais de uma norma jurídica validamente aplicável a mesma situação fática, o que não é a hipótese do caso concreto, pois não há concorrência entre regras a serem aplicáveis, mas sim conflito de sistemas. V) Ademais, independentemente do local da contratação ou do país no qual se executam os serviços, é inafastável a regra geral de que a ativação envolvendo tripulante de embarcação é regida pela lei do pavilhão ou da bandeira, e não pela legislação brasileira (Código de Bustamante, ratificado pelo Brasil e promulgado pelo Decreto 18.791/1929). VI) Demonstrado que a prestação de trabalho ocorreu em embarcação estrangeira, independentemente de ter navegado em todo ou em parte em águas brasileiras, não há falar em aplicação da lei brasileira. Assim, não há incidência do princípio do centro de gravidade (most significant relationship), o que levaria a situações limítrofes da prevalência do tempo de navegação em águas nacionais, internacionais ou estrangeiras, com risco de tratamento diferenciado da tripulação, em flagrante violação das normas de direito internacional privado e do art. 178 da Constituição Federal. VII) O Supremo Tribunal Federal firmou tese em repercussão geral (Tema 210) no sentido de prevalência, com arrimo no art. 178 da Constituição Federal, de tratados internacionais sobre a legislação brasileira, especificamente no caso de indenização por danos materiais por extravio de bagagens em voos internacionais, caso em que devem ser aplicadas as convenções de Varsóvia e Montreal em detrimento do Código de Defesa do Consumidor. A tese firmada restou assim editada: “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor.” A ratio desta tese de repercussão geral deve ser aplicada ao presente caso, pois diz respeito a conflito de legislação nacional com aquelas previstas em acordos internacionais, essencialmente a discussão ora travada. VIII) Recurso de revista provido para afastar a condenação com base na legislação trabalhista nacional e, conseqüentemente, julgar improcedentes os pedidos formulados na

reclamação trabalhista. (RR-1829-57.2016.5.13.0005, 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 01/02/2019).

Assim, em razão da divergência com uma das turmas (que aplica a Lei do Pavilhão), foi interposto embargos de divergência para a SDI-1 quanto ao tema, distribuídos ao Ministro Cláudio Brandão, o qual ainda está pendente de julgamento.

No que tange STF, ainda não há posição da Corte sobre o tema. Isto porque, o RE 636.331 tratou sobre contrato de transporte internacional aéreo e não Direito do Trabalho. Logo, nesses casos, com base no art. 178 da CF, a posição é pela prevalência da Convenção de Varsóvia em face do CDC.

3. Ratificação da Convenção nº 186 da OIT.

No plano internacional, a Convenção nº 186 da OIT, que trata sobre o Trabalho do Marítimo, foi aprovada pelo Congresso Nacional em 2019 e promulgada pelo Presidente da República por meio do Decreto 10.671/2021. De forma implícita e explícita, prevê a aplicação das leis trabalhistas da nação da 'bandeira' do navio. Desta maneira, a ratificação da Convenção 186 poderá trazer mudanças no entendimento do TST, ou provocar a manifestação do STF.

Com a ratificação da Convenção 186 da OIT, que prevê, em vários dispositivos, normas menos favoráveis ao trabalhador que a legislação brasileira, discute-se se haverá mudança nesse cenário, especialmente após o STF firmar tese no sentido da prevalência das Convenções de Varsóvia e Montreal sobre as regras do CDC no que concerne ao extravio de bagagem por companhia aérea, por respeito ao art. 178, caput da CF (Tema 210).

No entanto, vale ressaltar que conforme o § 8º do art. 19 da OIT, de modo algum, a adoção de qualquer convenção da OIT por país membro poderá afetar lei daquele país que assegure condições de trabalho mais favoráveis. Nesse sentido, a ratificação da convenção não afastará a aplicação da lei brasileira aos trabalhadores contratados no Brasil para trabalharem em cruzeiros marítimos de bandeira estrangeira.

À título de explicação, as Convenções da OIT são editadas conforme um contexto de graves violações aos direitos humanos e direitos trabalhistas. Assim, com o intuito de minimizar os impactos, as convenções e recomendações da OIT estabelecem patamares mínimos de trabalho para que haja a adesão do maior número de países possível.

Considerações Finais

A lei 7.064/82 prevê a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto na referida lei, quando mais favorável do

que a legislação territorial estrangeira, no conjunto de normas em relação a cada matéria. O Código de Bustamante de 1929, por sua vez, determina que seja aplicada aos trabalhadores a lei do local da matrícula da embarcação, também conhecida como Lei do Pavilhão ou bandeira do navio.

Nos casos em que são constatadas fraudes aos direitos trabalhistas e direitos humanos, os tribunais aplicam a lei do país de sede do armador, também podendo ser aplicada a teoria do centro de gravidade ou da sede do fato do local em que o contrato mais irradiou efeitos. O TST, por sua vez, aplica a norma mais benéfica.

Com a ratificação da Convenção 186 da OIT, que prevê, em vários dispositivos, normas menos favoráveis ao trabalhador que a legislação brasileira, discute-se se haverá mudança nesse cenário. Sob uma ótica mais crítica, verifica-se que os direitos trabalhistas previstos na Convenção da OIT são inferiores aos dispostos na CF, CLT e leis federais. Isto ocorre, pois, as convenções buscam disciplinar apenas os direitos considerados como patamar civilizatório mínimo, não impedindo com que sejam aplicadas outras leis mais favoráveis.

É nesse sentido que dispõe parágrafo 8º do art. 19 da Constituição da OIT que determina que, de modo algum, a adoção de qualquer convenção da OIT por país membro poderá afetar lei daquele país que assegure condições de trabalho mais favoráveis. Dessa forma, os tribunais deverão harmonizar as regras existentes e aplicar a que melhor se enquadre ao caso concreto.

Felizmente, a ratificação da convenção demonstra que o Brasil está alinhado com as diretrizes da OIT de promover um trabalho cada vez mais digno para os trabalhadores marítimos e não afasta, automaticamente, a aplicação da lei trabalhista brasileira, que é norma mais favorável ao trabalhador, a luz da Convenção da OIT.

Referências

ARANTES, Denise. Trabalhadores de cruzeiros marítimos e a legislação aplicável a partir da ratificação da Convenção 186/CLT. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/319096/trabalhadores-de-cruzeiros->

[maritimos-e-a-legislacao-aplicavel-a-partir-da-ratificacao-da-convencao-186-clt](#). Acesso em: 05/08/2021.

BRASIL. Decreto nº 10.671 de 9 de abril de 2021. Promulga o texto da Convenção sobre Trabalho Marítimo - CTM, 2006, firmado em Genebra, em 7 de fevereiro de 2006.

BRASIL. Lei 7.064 de 6 de dezembro de 1982. Dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior.

CAMPOS, Ingrid Zanella Andrade. Direito Marítimo Sistematizado. Curitiba, Juruá, 2017.
CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino; PASOLD, César Luiz. Direito portuário, regulação e desenvolvimento. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CONVENÇÃO Nº 186 DA OIT. Convenção sobre Trabalho Marítimo. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242714/lang--pt/index.htm Acesso em: 02/08/2021

DE SOUZA, François Armand. Noções de Economia dos transportes marítimos, p. 79.

Apud CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. Segurança Marítima e Bandeiras de Conveniência.

Federação Internacional dos Trabalhadores em Transportes. Bandeiras de Conveniência.

HIRATA, Carolina. Lei trabalhista no espaço: marítimos. Disponível em: <https://blog.grancursosonline.com.br/lei-trabalhista-no-espaco-maritimos/>. Acesso em: 24/07/2021

MARTINS, Eliane M. Octaviano. Propriedade de navios e a adoção de bandeira de conveniência. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009.

SUSSEKIND, Arnaldo. Conflitos de leis do trabalho. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

IMPORTÂNCIA DO ESTUDO DA CRIMINOLOGIA PARA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

PAULA ANSELMO DE CARVALHO:

Advogada. Mestranda em Ciências Criminológica Forense, pela UCES. Pós - Graduada em Direito e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes - UCAM. Pós - Graduada em Direito Militar pela Universidade Cândido Mendes - UCAM. Bacharel em Direito pela Universidade do Grande Rio - UNIGRANRIO (2011). Autora de livro jurídico.

RESUMO: O artigo tem como objetivo analisar a importância do estudo da criminologia para a Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. A imprescindibilidade do estudo de cunho criminológico, voltado para o papel do policial militar, frente ao combate e prevenção da criminalidade, se dará através, de temas de grande relevância no campo de pesquisa da criminologia-forense, que poderá ser aplicado diretamente na atividade policial, de forma a influir no desenvolvimento e otimização do serviço policial, bem como na própria rotina policial. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica e análise de dados estatísticos, através de pesquisa de campo, com policiais militares.

PALAVRAS-CHAVE: Polícia Militar. Criminologia. Controle social. Estatísticas. PMERJ.

ABSTRACT: This article aims to analyze the importance of criminology studies of Rio de Janeiro's Military Police. The importance of criminological study that it's focused on the role of military police officer, in face of its fight against the crime and its prevention it will take place through themes of great relevance in the field of forensic criminology research which will be applied directly to police activities, in order to influence the development and optimization of the police service, as well as police routine itself. The literature review and analysis of statistical data, through field research with military police officers will be used as methodological basis.

KEY WORDS: Military Police. Criminology. Social Control. Statistics. PMERJ.

1 Introdução:

Pesquisar sobre a Polícia Militar sempre foi uma tarefa complexa, tanto o é que há poucos pesquisadores que tratam de temas relativos à polícia militar, principalmente no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Isto se dá devido a estrutura militarizada, e com

informações restritas apenas aos próprios militares, trazendo bastante dificuldade no campo de pesquisa. Não que isto seja um defeito da instituição, pelo contrário, trata-se de uma característica peculiar aos que se encontra na caserna.

A polícia militar deve ser encarado pelo pesquisador como objeto de pesquisa dentro do estudo da criminologia, pois conforme veremos no decorrer deste trabalho científico, a polícia militar é o primeiro órgão legitimado pelo Estado, que tem contato direto com o crime, o criminoso e a vítima, tratando-se de instrumento de controle social e formal do Estado.

A criminologia é de suma importância para atividade do policial militar, pois suas teorias e metodologias, se aplicadas de forma correta, podem facilitar e desenvolver o trabalho da PM, já que este é o principal órgão de segurança pública do Estado, legitimado pela Carta Magna de 1988.

O objeto da presente pesquisa é a Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. O problema a ser enfrentado é sobre a importância do estudo da criminologia para atividade do policial militar. A metodologia para resolver esta celeuma será a análise doutrinária e de dados estatísticos, através da pesquisa de campo.

2 Polícia militar e seu contexto criminológico-forense.

Etimologicamente, a conceituação de criminologia seria o estudo do crime. *Crimino* (latim), significa crime, ao passo que *logos* (grego), traduz-se tratado ou estudo. A referida tradução, porém, não é o bastante para conceituar o que é a criminologia.

No ano de 1883, o literário Topinard utilizou pela primeira vez esta palavra, qual seja, criminologia. A literatura antepassada não soube dar a criminologia a definição que lhe cabia, usando apenas o conceito etimológico da palavra.

Somente com o italiano Raffaele Garófalo (1851-1934) que a criminologia recebeu um novo olhar e nova conceituação. Neste momento a criminologia passou a ser considerada uma ciência autônoma. Garófalo foi considerado o Pai da criminologia, desenvolveu as ideias do seu Professor Cesare Lombroso e seguiu num estudo aprofundado da criminologia.

Não se pode falar em criminologia, sem fazer uma análise aprofundada das linhas adotadas por estes literários da criminologia clássica, que tem grande influência e relevância na atual criminologia.

Atualmente a literatura moderna se debruça sobre o tradicional conceito de criminologia de Edwin H. Sutherland.

No entanto esta mesma doutrina, que se debruça sobre o conceito do inspirado Sutherland, entende que este deve ser ampliado, não cabendo conceituar criminologia, desta forma tão sucinta. Cristiano Gonzaga afirma que se pode “dizer que a criminologia é uma ciência autônoma, que estuda o criminoso, o crime, a vítima os controles sociais formais e informais”²⁶. Além disso, Alexandre de Moraes afirma que:

A criminologia é uma ciência, pois traz uma informação válida, confiável e contrastada sobre o problema criminal, obtida através de método (empírico) que se baseia na análise e observação da realidade, dispondo de um objeto de conhecimento próprio e sendo estudado por corpo doutrinário próprio.²⁷

Conclui-se que, modernamente, o conceito de Edwin foi dilapidado, e a criminologia é uma ciência que se consubstancia na análise de dados, cujo estudo se dá através de conhecimentos próprios: o crime, o criminoso, a vítima, e o controle social.

O crime é o ato condenável e reprovável, tipificado no código penal e leis penais extravagantes. Porém, debruçado sob viés do conceito analítico, na perspectiva criminológica, o crime é um fenômeno, humano, individual, cultural e social, ao qual pode vir a ter conceito específicos, a depender da escola criminológica, observarmos que o conceito criminológico de crime é totalmente diferente do adotado pela literatura de direito penal.

O criminoso, a luz do direito penal, é aquele que violou a norma penal, passando a ser sujeito ativo do crime; por outro lado, a criminologia conceitua o delinquente, de uma forma aprofundada, de maneira que o conceito foi sendo dilapidado ao longo dos anos. A escola clássica conceitua delinquente como aquele homem que, por livre arbítrio, optou pelo caminho mal; por outro giro, a escola correcionalista entendia que criminoso é um indivíduo que precisa de ajuda.

A vítima é aquela pessoa física ou jurídica que teve seu bem jurídico violado, por uma conduta criminosa. A criminologia, traz uma parte dedicada a vitimologia, ou seja, estudo da vítima, que teve sua gênese após a segunda guerra mundial.

Destacamos brevemente o literário portenho, Fabián Camaño:

[...] se denomina víctima de delitos o víctimas de crímenes, a toda persona física que padece los efectos o consecuencias de la comisión

²⁶ GONZAGA, Christiano. **Manual da Criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 13.

²⁷ MORAES, A.R.A.; FERRACINI NETO, R. **Criminologia**. Salvador: Juspodivm, 2019.

de um delito o hecho ilícito, ya sea em forma directa o indirecta, tanto en su intedridad física y psíquica [...]28

O controle social é a forma de fazer com que determinado individuo se adeque as normas, e seja submisso a elas. Ele pode existir de duas formas, quais sejam, informal e formal.

Controle social dito *informal*, é aquele destinado a toda sociedade, e não exclusivamente a determinadas pessoas, como por exemplo, a família, meios de comunicação social, escola e religião. Em outra vertente, controle social *formal* é aquele institucionalizado pelo Estado, através das normas jurídicas e métodos específicos, tais como psicologia, medicina legal, criminalísticas etc., e manifesta-se pela atuação oficial de órgãos legitimados, como Polícia, Juiz, Ministério Público etc.

Destacamos o preciso conceito de Perano *et al*:

Comezaremos diciendo que el control social es el conjunto de discursos y prácticas, formales e informales, que tienden a la legitimación de un determinado orden social, y lo realizan de tal forma que encubre las relaciones de poder, produciendo la naturalización de ese orden social. Actúa con el poder de objetivar clasificaciones bionarias de condctas y sujetos en normal/anormal, desviado/encaminado, bueno/malo, legal/ilegal, masculino/femenino, feo/lindo, valor/disvalor, etcétera, premiando a las primeras palabras de la diada y castigando a las segundas29.

O magistrado, o promotor de justiça, o delegado de polícia, o policial federal, civil e militar, são exemplos de órgãos institucionais, que promovem o controle social formal do Estado. Estes estão legitimados pelo Estado, a agir dentro de suas atribuições, em nome dele (Estado).

A polícia militar é o órgão de controle social formal do Estado. É o primeiro órgão institucionalizado que tem contato com o crime, o criminoso e a vítima. Não desprezando o papel funcional das demais carreiras, de forma alguma, apenas traz-se à baila a profundidade do papel do policial militar frente ao crime.

28 CAMAÑO, Fabián. **Víctimas de delitos**. Buenos Aires: Deauno.com, 2011, p.34.

29 PERAN, J.; Luque, L.; Barreto, L.; Crisafulli, L.; Pereyra, T.; Macchione, **N. Manual de Criminología (Primera Parte)**. Córdoba: Advocatus, 2018, p. 38.

Com maestria o Prof. Paulo Rangel assevera que “a atividade policial militar é desenvolvida visando inibir a prática do crime, ou seja, atua com a função de prevenção, evitando o cometimento do ilícito, por isso a farda”³⁰.

As palavras do Ilustre Desembargador Paulo Rangel, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, demonstram, em síntese, a finalidade da função da polícia militar. Não seria nem um pouco prematuro afirmar ainda que a polícia militar, além de prevenir o crime, também o combate, caso este ocorra.

O policial militar, como dito acima, normalmente é o primeiro órgão Estatal que toma conhecimento do fato criminoso, seja através do patrulhamento, ou por denúncia da própria população, através do popular telefone 190. O PM toma ciência dos fatos, lavrando a ocorrência internamente através do BO-PM, leva-os até a autoridade policial local, e este último, após fazer as diligências e comunicações de estilo, encaminhará ao poder judiciário. Podemos notar que a futura marcha processual, cujo legitimado, via de regra nas ações penais públicas, é o Ministério Público, na pessoa do Promotor de Justiça, a quem incumbirá de promover a ação penal, e, se for o caso, depende de uma ação pretérita, que no caso é a do policial militar (normalmente).

Chega-se à conclusão de que a polícia militar encontra-se alinhada a criminologia, uma vez que pode ser considerado instrumento de controle social formal do Estado.

3 Relevância da criminologia ao trabalho do policial militar.

O policial militar, nas suas atividades, necessita muitas das vezes de pensamentos rápidos, estratégicos, para diligenciar determinada situação, pois este é legitimado pelo Estado a atuar de forma eminentemente contra o crime, ou contra situação que possa gerar risco a sociedade.

Juiz Portenho, Gomez Urso (2013) equipara o policial ao juiz, ao atuar de ofício. Vejamos a breve citação:

[...] el agente policial que se enfrenta cotidianamente con hechos delictivos eb ejecución, debe resolver de igual modo que un juez cualquier medida o procedimiento que conlleve interferir en esferas personales resguardadas por nuestra Constitución Nacional³¹.

30 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2019, p. 150.

31 URSO, Juan Facundo Gomes. **Manual de actuación para la policía judicial, de investigaciones, de seguridad, fuerzas municipales e instructores judiciales**. Tomo I. Buenos Aires: Fabian J. Di Plácido, 2013. t. 1, p. 61.

Como dissemos reiteradamente neste trabalho, a Polícia Militar é o primeiro órgão a tomar conhecimento do ato delinquente e/ou antissocial, tomando sempre as medidas preliminares de contenção ou prevenção de possível infração penal, por isso entendemos que a citação do autor portenho se enquadra perfeitamente na função exercida por estes militares.

A criminologia não é uma disciplina meramente teórica, sua extensão vai muito além da literatura, e é extremamente relevante para atividade do policial militar. A criminologia busca fornecer compreensão científica da questão criminal à sociedade, bem como servir de força auxiliar a todo esquema de segurança pública.

Não é possível falar em segurança pública, nos dias atuais, principalmente no estado Rio de Janeiro, sem mencionar a PMERJ, sem colocá-la como instituição central, de combate e prevenção do crime.

A Escola de Chicago (1920-1940), por exemplo, é de suma importância para atividade policial, e traz teorias e fundamentos que podem vir a embasar todo esquema de segurança pública. A Escola de Chicago estuda a influência do meio ambiente sobre conduta criminosa. Outras escolas e teorias, possuem grande relevância para atividade policial.

Vejam a relevância da criminologia, na atividade do policial militar, através das seções abaixo:

3.1 Teoria das janelas quebradas (the Broken Windows Theory)

A presente teoria surgiu na década 80, nos Estados Unidos da América (EUA), baseada em experimentos, estabelecendo o nexos de causalidade entre a prática das infrações penais com a desordem. Exemplifica esta teoria que caso uma janela de determinado edifício seja quebrada, caso não seja prontamente consertada, determinadas pessoas podem pensar tratar-se de imóvel abandonado, motivando que outras janelas sejam quebradas, o que certamente ocorrerá.

A polícia, precisa estar atenta a qualquer sinal de violação da norma penal, através do patrulhamento. Deste modo, o policial diligente deverá intervir e, caso não o faça, a conduta será reiterada por outras pessoas, por acharem que o Estado é condizente com condutas antissociais e criminais.

3.2 Criminologia ambiental.

A criminologia ambiental se trata de uma linha estudo realizada pela influente escola de Chicago. A corrente estudada pela escola tenta desmistificar como a criminalidade surge

nos mais diversos locais, permitindo uma maior visibilidade de onde há maior centralização dos crimes e tipos de crime.

Essa tendência, trazida pela escola de Chicago, tem grande relevância na segurança pública, permitindo que a PMERJ, órgão preventivo, faça um estudo pormenorizado dos locais que mais necessitam da sua intervenção, até para fazer uma simples escala de plantão, realizar distribuição dos policiais, qual o quantitativo necessário para patrulhar um determinado local; como se dará as possíveis operações policiais de combate à criminalidade, dentre outros exemplos.

3.3 *Subcultura delinquente.*

Sendo talvez a teoria mais famosa da criminologia, estabelece esta que ao lado da cultura predominante, na sociedade, existe uma subcultura paralela, aos quais possuem comportamentos e valores específicos, das quais as condutas delitivas seria um produto deste grupo isolado.

Conhecer a subcultura local seria ideal para que seja realizada um mapeamento da segurança pública, ter ciências de quais infrações penais certos grupos estão tendenciosos a cometer, para, então, através de uma análise estratégica, fazer o enfrentamento do combate à criminalidade, com base no perfil do criminoso ou criminosos. Por exemplo, nos *bailes funks*, localizado na periferia, normalmente ocorre a venda corriqueira de substâncias entorpecentes e prostituição infantil, ao qual é sempre noticiado pelas mídias.

3.4 *Teoria do Leabelling Approach.*

Esta teoria é um marco teórico dentro da criminologia, sendo uma das mais importantes teorias do conflito, surgida nos EUA, em 1960. Dispõe esta teoria que a sociedade, contribuiu para o surgimento do comportamento desviado; a sociedade cria um rótulo para aqueles indivíduos que eles julgam ser diferentes, pelo ambiente que reside e pessoas que convivem. O Prof. Christiano Gozaga falou com maestria:

[...] o determinismo como fenômeno social que cria o criminoso tendo em vista o local que ele vive e relaciona-se com outras pessoas. Veja-se o exemplo de um menino que mora numa comunidade carente. Ora, essa pessoa é vítima constante do Estado, uma vez que não possui direitos básicos como cidadão [...]32

Esta teoria talvez seja a mais importante a ser observada pela polícia militar, quase que diariamente, principalmente em incursões nas comunidades, olhando os moradores

32 GONZAGA, 2018, p. 57.

com dignidade, não os rotulando como “delinquentes” ou “suspeitos” pelo simples fato de *viver* em comunidade, comumente comandada pelo tráfico de drogas.

Nas comunidades, em que pese ser dominadas pelo tráfico, em que pese os moradores viverem sob o julgo da incerteza, das mortes em confrontos, existem muitos trabalhadores, pessoas que acordam cedo para levar o mantimento à mesa de sua família. Estas pessoas precisam ser vistas como pessoas, cidadãos, mesmo residindo em local com tanta criminalidade.

A discriminação sofrida pela população, não só por viverem em comunidades, mas pela cor da pele, geram sobre si um olhar de desconfiança com relação a sua idoneidade.

Observamos a citação do brilhante Professor Desimoni:

[...] lá discriminación, em sus distintas formas, consiste em el tratamiento diferencial de una persona o grupo de personas a causa de ciertas características accidentales de ella, como el color de la piel, la religión, el sexo, la situación económica, las opiniones [...]33.

A polícia militar precisa, sob a ótica desta teoria, observar e analisar as incursões nas comunidades, a forma como a operação será feita. Afinal, no meio de tantos criminosos existem cidadãos que merecem ter suas vidas preservadas.

3.5 *Cifra ocultas ou negras.*

Adentrando ao tema das cifras, é importante destacar a diferença de criminalidade real e criminalidade aparente. Criminalidade real refere-se ao número de crimes efetivamente ocorridos; ao passo que criminalidade aparente trata-se de números de crimes, que chegam ao conhecimento do Estado.

Frisa-se que a criminalidade real se sobrepõe a criminalidade aparente; muitas das vezes o número inferior de registros aparentes dá a sociedade aquela falsa sensação de segurança; A cifra negra dispõe através de estáticas o percentual de infrações penais que não chegam ao conhecimento do Estado.

Esta cifra, é importante para levantarmos o seguinte questionamento: qual motivo, das infrações penais não chegarem ao conhecimento do Estado, já que a segurança pública é um direito constitucional fundamental, disponível a todos os indivíduos, nacionais ou estrangeiros?

33 DESIMONI, Luís Maria. **Dignidad humana: política y criminología: reflexiones interdisciplinarias.** Buenos Aires: Visión Jurídica, 2019, p. 128.

Um das hipóteses poderia ser por não haver policiais militares em números suficientes para atender toda demanda populacional do estado; a carência de quantitativo de servidores nas ruas patrulhando faz com que muitos crimes não cheguem ao poder judiciário, pois não há intervenção da polícia militar no momento, e normalmente por não ter um policial presente, muitas pessoas acabam não procurando a autoridade policial, para comunicar o suposto fato criminoso.

3.6 Cifra amarela.

Atualmente a instituição da polícia militar, do Estado, tem sido vilipendiada pela mídia e pela sociedade, nos últimos anos. Isto ocorre devido aos inúmeros casos de abusos e violência cometido por alguns policiais no exercício das funções.

O policial militar trabalha sob forte pressão psicológica, normalmente sai de casa para trabalhar sem a certeza de que irá voltar; presenciando inúmeros colegas de trabalho sendo mortos; falta de reconhecimento por parte da sociedade; tendo que se debruçar sobre o RAS, ou serviço de segurança, para complementar a renda; trabalhando muito, dormindo pouco; tendo na maioria das vezes que agir com muita rapidez, mediante toda esta pressão que recai sobre a sua pessoa. Não que isto justifique, qualquer agressão advinda do policial, sem justa causa, porém devemos tratar estes excessos como fato isolado, e não como uma regra.

A cifra amarela dispõe sobre ocorrências onde há notório abuso e violência policial, contra determinado individuo, que normalmente não é levada ao conhecimento dos órgãos públicos ou de fiscalização, como a corregedoria da polícia, ouvidoria, ministério público, ou comunicado o fato a autoridade policial.

A cifra amarela é importante para que órgãos de segurança pública monitorem e fiscalizem o serviço prestado pelos policiais militares, e puna, aqueles que sem justa causa cometem excessos. Os órgãos de segurança, não devem ser coniventes com atitudes arbitrárias e imorais. A polícia militar, deve ganhar a confiança da sociedade, a credibilidade da instituição deve estar acima, do policial que não foi diligente.

4 Análise de dados estatísticos.

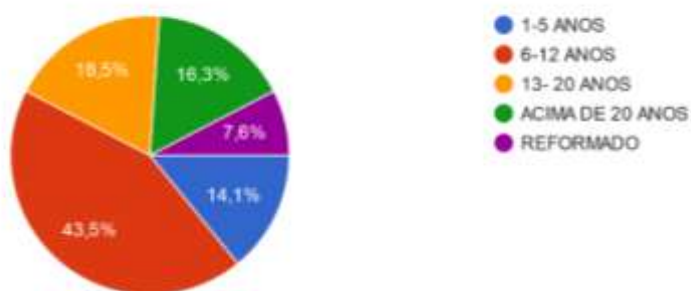
Dada a importância do estudo da criminologia na função exercida pelo policial militar do estado do Rio de Janeiro, do período de 12/06/2020 até 27/06/2020, foram entrevistados 92 (noventa dois) policiais militares, através de enquete on line, na plataforma do google, cujo objetivo era colher dados e informações a respeito desta disciplina, o conhecimento dela pelos policiais, na atividade policial.

É oportuno esclarecer, que foram entrevistados policiais militares apenas do Estado do Rio de Janeiro, praças e oficiais, das mais diferentes graduações, na ativa e reformados.

4.1 Período de trabalho, exercido dentro da PMERJ.

Conforme depreende o gráfico abaixo, podemos notar que há policiais dos mais variados períodos dentro da corporação.

Quanto tempo o senhor (a) tem na PMERJ ?
92 respostas

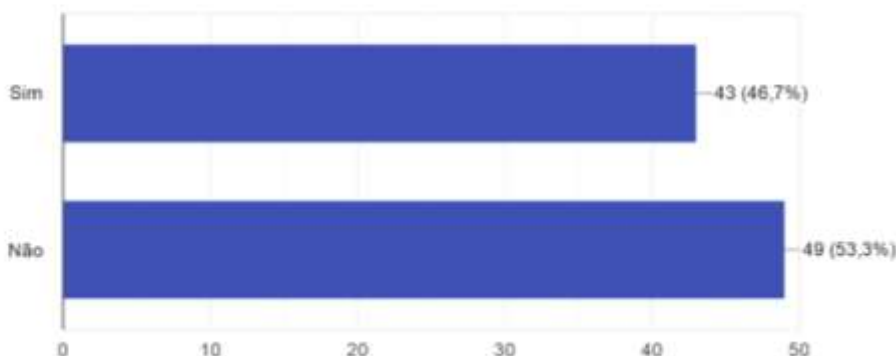


Fonte: Pesquisa de minha autoria, realizada na plataforma *Google Formulários*.

4.2 Estudo da criminologia no curso de formações de praças e/ou oficiais da PMERJ.

Foram questionados os policiais militares se eles se recordam de ter estudado a disciplina da criminologia no curso de formação de praças ou oficiais. Onde 53,3 % dos entrevistados disseram não se recordar da ministração desta disciplina, ao passo que 46,7% dos entrevistados disseram que se recordam desta disciplina.

Se recorda de ter estudado esta disciplina (Criminologia) no curso de formação (praças e/ou oficiais) ?
92 respostas



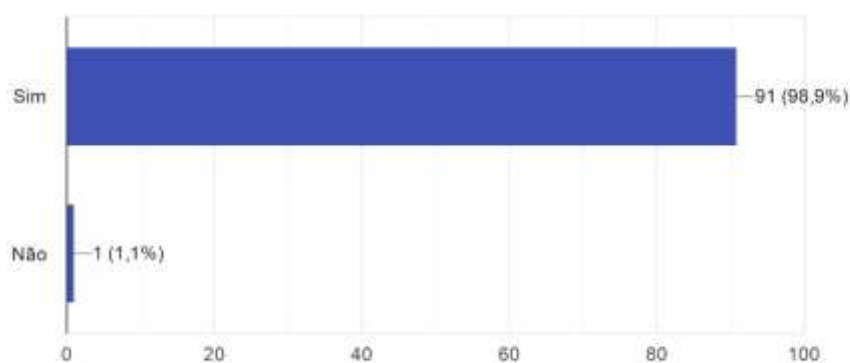
Fonte: Pesquisa de minha autoria, realizada na plataforma *Google Formulários*.

4.3 Influência da criminologia na atividade do policial militar

Foi perguntado aos policiais militares se estes acham que o estudo da criminologia pode influenciar no trabalho por eles exercidos; 98,9% afirmaram ser importante, ao passo que 1,1% desprezaram o estudo da criminologia na atividade do policial militar.

O senhor (a) acha que o estudo da criminologia, pode influenciar no seu trabalho ?

92 respostas



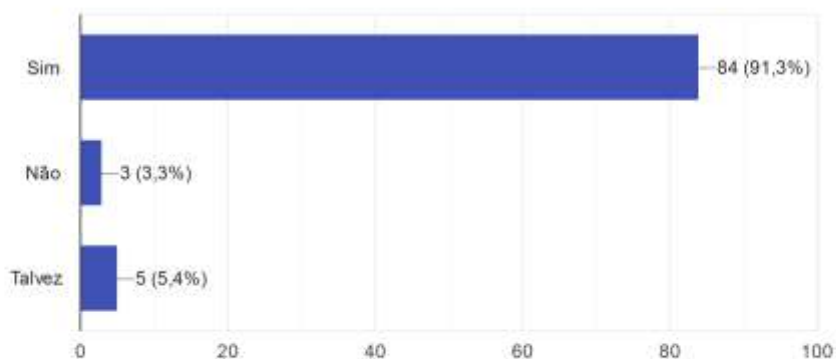
Fonte: Pesquisa de minha autoria, realizada na plataforma *Google Formulários*.

4.4 Curso de capacitação aos policiais militares com base na criminologia

Aos policiais foi perguntado se é relevante que a PMERJ ofereça curso de capacitação a estes, com base na criminologia. Surpreendentemente, 91,3% responderam positivamente, 3,3% disseram não e 5,4% disseram talvez.

O senhor (a) acha que é relevante a PMERJ, fornecer curso de capacitação aos policiais militares, com base na criminologia ?

92 respostas



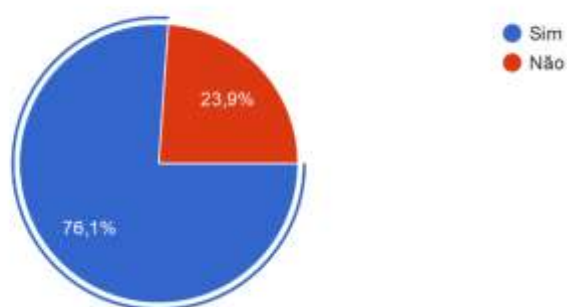
Fonte: Pesquisa de minha autoria, realizada na plataforma *Google Formulários*.

4.5 Conhecimento acerca da disciplina.

A última pergunta da enquete foi questionando se os PMs, já tinham conhecimento desta disciplina antes da presente enquete; 76,1% disseram ter conhecimento, enquanto 23,9% negaram conhecer a disciplina.

O senhor (a) já tinha conhecimento desta disciplina (criminologia), antes da presente enquete ?

92 respostas



Fonte: Pesquisa de minha autoria, realizada na plataforma *Google Formulários*.

Conclusão:

A Polícia Militar nasceu na época do império, com a chegada de D. João ao território nacional; esta teve a função precípua de zelar pela integridade da realeza. Com o passar dos séculos, a função da polícia foi se modulando, e atualmente possui o dever de preservação da ordem pública, através do patrulhamento preventivo e ostensivo.

A Constituição da república Federativa do Brasil de 1988, no artigo 144, inciso V, incluiu a polícia militar como um dos órgãos legitimados para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e patrimônio.

A polícia militar passa a ser objeto de estudo da criminologia, no instante em que é considerado órgão de segurança pública; ou seja, passa a ser instrumento de controle social do Estado.

Diante disto, ao analisar a polícia militar, bem como a atividade desenvolvida, é imprescindível que o faça sob o aspecto da criminologia-forense. A criminologia em muito pode influenciar na atividade policial, de maneira positiva e agregadora, basta ser aplicada de maneira eficiente.

Conforme podemos notar nas seções desta pesquisa, inúmeras teorias e correntes criminológicas podem influenciar e auxiliar positivamente no trabalho policial. A criminologia é uma ciência empírica que faz análise de dados estatísticos, um olhar

observador e crítico ao delinquente, aos subgrupos criminais, aos possíveis locais de maior incidência de condutas desviantes.

Após a pesquisa realizada com noventa dois policiais militares, chegamos algumas conclusões que merecem ser analisadas de maneira minuciosa.

Um número considerável de PMs, quais sejam 23,9%, informaram não ter conhecimento da disciplina criminologia, ao passo que 53,3% dos entrevistados afirmam não se recordar de ter estudado esta disciplina no curso de formação de praças e oficiais, da PMERJ. No entanto, 98% dos PMs, disseram que criminologia pode influenciar na atividade desenvolvida.

Diante dos tópicos relevantes da criminologia, apresentados nesta pesquisa, demonstra-se que esta pode influir no trabalho do policial, ampliando seu campo de atuação, apresentando linhas estratégicas de segurança pública, inclusive de abordagem policial, e principalmente ser um divisor de águas na Política criminal, nesta linha:

[...] Política Criminal, es la disciplina que observa el estudio de la modalidad históricamente envolvente de prevenir y tratar los datos de los fenómenos criminológicos a elaborar los instrumentos y los medios normativos, sociales, jurídicos, asistenciales, médicos etc [...].
34

Frisa-se que foi indagado aos entrevistados se eles acham satisfatório a PMERJ oferecer curso de capacitação aos policiais militares com base na criminologia, e, surpreendentemente, 91,3%, afirmaram ser satisfatório, em outra ponta 3,3% responderam negativamente, outros 5,4% não tem certeza.

Com base nos dados colhidos, podemos perceber que maioria dos entrevistados tem interesse em se aprofundar no estudo da criminologia; frisa-se o estudo da criminologia, voltado exclusivamente para atividade do policial militar.

A presente pesquisa tem por finalidade auxiliar os órgãos de segurança do Estado do Rio de Janeiro, sobretudo o Comando Geral da Polícia Militar, de como viabilizar o trabalho dos policiais militares, mediante conhecimento técnico/teórico desta disciplina, que é de tão grande relevância para a área de segurança pública.

Referência bibliográfica:

CAMAÑO, Fabián. **Víctimas de delitos**. Buenos Aires: Deauno.com, 2011.

34 PONTI, Gianluigi. *Programa de Criminología*. trad. Aldo Riso. Córdoba: Lerner, 2018, p. 14.

DESIMONI, Luís Maria. **Dignidad humana: política y criminología: reflexiones interdisciplinarias**. Buenos Aires: Visión Jurídica, 2019.

GONZAGA, Christiano. **Manual da Criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2019.

MORAES, A.R.A; FERRACINI NETO, R. **Criminologia**. Salvador: Juspodivm, 2019.

PERAN, J.; Luque, L.; Barreto, L.; Crisafulli, L.; Pereyra, T.; Macchione, N. **Manual de Criminología (Primera Parte)**. Córdoba: Advocatus, 2018.

PONTI, Gianluigi. **Programa de Criminología**. trad. Aldo Riso. Córdoba: Lerner, 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2019.

URSO, Juan Facundo Gomes. **Manual de actuación para la policía judicial, de investigaciones, de seguridad, fuerzas municipales e instructores judiciales**. Tomo I. Buenos Aires: Fabian J. Di Plácido, 2013. t. 1.

APOSENTADOS: ESCRAVIDÃO MODERNA IMPOSTA PELO INSS X APOSENTADORIA REVISÃO DA VIDA TODA, JULGAMENTO DO TEMA 1102 NO STF, QUEM VENCERÁ?

EDSON SEBASTIÃO DE ALMEIDA:

Bacharel em Direito, Especialista em Direito Tributário; Consultor Tributário; contabilista, inclusive com expertise em contabilidade tributária e autor de artigos publicados em revistas especializadas, bem como autor do livro: Crimes contra a ordem tributária: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas; experiência de 42 anos, tendo exercido funções de Gestão Tributária, bem como de Assessor da Diretoria Financeira em empresas privadas.

RESUMO: O objetivo deste artigo, dando continuidade ao nosso artigo anterior sobre o tema, é mostrar aos leitores, de maneira geral, a busca do aposentado junto ao judiciário sobre “revisão da vida toda”, expondo as razões de fatos, bem como as jurisprudências favoráveis aos mesmos junto ao STJ, conforme poderá ser constatado no REsp nº 1.596.203-PR. Ainda, mostramos que o STF, no julgamento do RE 630.501-RS, decidiu que o prazo decadencial de 10 (dez) anos, previsto no art. 103, da Lei nº 8.213/1991, não deverá ser aplicado em relação ao pedido de reconhecimento do direito mais vantajoso por equiparar-se à pretensão revisional. Também, mostramos que o ativismo judicial ocasiona judicialização desnecessária, resultando num alto custo ao judiciário, executivo e as partes, podendo ter uma despesa maior no orçamento anual do que deferimento das revisões em benefício dos aposentados. Todavia, o aposentado em relação aos seus direitos tem sido submetido ao STF, porém, temos presenciado um ativismo judicial em que os três poderes não demonstram nenhum interesse na solução das amarras do constitucionalismo. Por sua vez, mostramos o papel dos três poderes numa democracia republicana que é prejudicada com ativismo judicial, pois o STF deveria acatar as jurisprudências do STJ, evitando que sejam mais uma judicialização desnecessária reparando uma injustiça institucional imposta pelo INSS aos aposentados após sujeitar-se a uma escravidão moderna das sociedades empresariais privadas consolidadas pelo INSS durante décadas. Ainda, discorreremos sobre o RE nº 1.276.977, de 5/8/2020, referente ao Tema 1102, da Repercussão Geral com julgamento realizado no dia 11/6/2021, cuja votação estava empatada em cinco a favor e cinco contra, ocasião em que ficou para o Ministro Alexandre de Moraes o “voto minerva”,

mas o mesmo pediu “vista do voto”, retornando de forma presencial na sessão do plenário prevista para o mês de agosto de 2021.

SUMÁRIO: 1.Introdução. 2. Entenda a busca do aposentado junto ao judiciário sobre “revisão da vida toda”. 3. Ativismo Judicial: ocasiona judicialização desnecessária, resultando num alto custo ao judiciário, executivo e as partes. 4. O papel dos três poderes numa democracia republicana é prejudicado com ativismo judicial. 5. O julgamento realizado no STF, o placar está em 5x5, quem vencerá? 6. Considerações finais. 7. Referências Bibliográficas.

Palavras-chaves: Aposentado, revisão da vida toda, STF, STJ, INSS, julgamento, ativismo judicial, judicialização, executivo, legislativo, judiciário, democracia republicana.

1 – INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é mostrar aos leitores, de maneira geral, a busca do aposentado junto ao judiciário sobre “revisão da vida toda”.

Inicialmente, mostramos ao leitor que os trabalhadores aposentados das sociedades empresariais privadas são penalizados em relação aos proventos do INSS, aliás, diferente daqueles aposentados das governanças corporativas públicas cujo provento é com base no último salário quando da atividade.

Desse modo, expomos as razões de fatos, bem como as jurisprudências favoráveis aos mesmos junto ao STJ, conforme poderá ser constatado no REsp nº 1.596.203-PR. Ainda, mostramos sobre o declínio do *status* segundo a classe por “salário mínimo das classes” existentes na pirâmide divulgada pelo DIEESE, o qual o trabalhador se encontra após aposentadoria.

Também, mostramos que o aposentado ao buscar um direito a que pretende ele é submetido ao STF, por esse motivo, temos presenciado um ativismo judicial em que os três poderes não demonstram nenhum interesse na solução das amarras do constitucionalismo.

Diante disso, prejudicando os trabalhadores aposentados idosos que buscam “melhor qualidade de vida”, no pouco tempo que lhes restam para sua sobrevivência, bem como livrar-se das amarras públicas e das instituições financeiras.

Enfim, mostramos que o STF, com base nas jurisprudências pacificadas pelo STJ, sobre “revisão da vida toda”, deveria acatar as decisões daquela Corte, evitando que as mesmas sejam mais uma judicialização desnecessária, resultando num alto custo ao judiciário, executivo e as partes.

Ainda, mostramos que o STF poderia reparar uma injustiça institucional imposta pelo INSS aos aposentados no Brasil após sujeitar-se a uma escravidão moderna das sociedades empresariais privadas consolidadas pelo INSS durante décadas, tão somente pelo fato de os três poderes se absterem do seu papel, numa democracia republicana que todos nós brasileiros queremos para o País.

Finalmente, no item sobre o julgamento do Tema 1102, da Repercussão Geral, realizado em 11/6/2021, somos sabedores de que a votação estava empatada em cinco a favor e cinco contra, ocasião em que ficou para o Ministro Alexandre de Moraes o “voto minerva”, mas o mesmo pediu “vista do voto”, solicitando que o julgamento retornasse de forma presencial, com as sessões plenárias retomadas em 2/8/2021, que de certa forma terão relevantes argumentos prós e contras.

2 – ENTENDA A BUSCA DO APOSENTADO JUNTO AO JUDICIÁRIO SOBRE “REVISÃO DA VIDA TODA”

É do nosso conhecimento que o serviço público possibilita aos seus servidores que estão na inativa, ou seja, o aposentado, um benefício no valor com a paridade do salário da ativa, bem como previdência complementar.

Entretanto, aqueles executivos gestores ou técnicos, entre outros trabalhadores das empresas privadas que recebem ou receberam salários acima 20 (vinte) salários-mínimos ou mais, ficarão sujeitos no fim da vida a ter uma queda substancial no seu padrão de vida, caso não recebam pelo menos o teto máximo para fins de aposentadoria do INSS, que é de R\$6.433,57 (seis mil e quatrocentos e trinta e três reais e cinquenta e sete centavos).

De fato, tal situação vem ocorrendo com muitos brasileiros principalmente aqueles que trabalharam nas sociedades empresariais privadas, pois o aposentado antes do seu desligamento do último vínculo, por exemplo, em relação às classes sociais por faixas de salário-mínimo, com base no último salário anterior ao recebimento do primeiro benefício, hipoteticamente suponhamos que ele se encontrava na classe “A”, que são os trabalhadores que possuem rendimentos acima de 20 salários-mínimos.

De sorte que, segundo o DIEESE, a classe “A” está conceituada de “média alta”, localizada no ápice da pirâmide; salientamos que o referido *status* geralmente é em função do cargo que o trabalhador ocupava na governança corporativa privada, por exemplo, aqueles cargos técnicos, gestão e direção.

Diante disso, mencionamos o referido exemplo, tomando por base um aposentado que na ativa encontrava-se numa faixa salarial de “classe A”, agora imaginem o padrão de vida em classes inferiores, não tenham dúvidas, é de miserabilidade.

Por outro lado, aqueles trabalhadores pertencentes à classe “média baixa (D)” constituem os de baixa qualificação, pobres, entre outros, e, pasmem, é aquele trabalhador da classe “A” quando do desligamento do vínculo empregatício e hoje encontra-se na classe “média baixa (D)”. Enfim, é de se questionar: Esse é o prêmio a um trabalhador aposentado que contribuiu com o teto máximo ao INSS, em função do cargo que ocupava por sua qualificação profissional?

No que diz respeito à revisão referente ao Plano Real, somos sabedores de que a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu por unanimidade que no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria, para os segurados filiados à previdência social até 28/11/1999, levando em consideração a média dos maiores salários de contribuição, correspondente a 80% (oitenta por cento) de todo período contributivo, anteriores à competência de julho de 1994, como isso, proporcionando ao segurado a maior renda mensal possível, ou seja, mais vantajosa.

Nesse sentido, o Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, proferindo em 11/12/2019, no julgamento do REsp nº 1.596.203-PR35, esclarece:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL AFETADO COMO REPETITIVO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. REVISÃO DE BENEFÍCIO. SOBREPOSIÇÃO DE NORMAS. APLICAÇÃO DA REGRA DEFINITIVA PREVISTA NO ART. 29, I E II DA LEI 8.213/1991, NA APURAÇÃO DO SALÁRIO DE BENEFÍCIO, QUANDO MAIS FAVORÁVEL DO QUE A REGRA DE TRANSIÇÃO CONTIDA NO ART. 30. DA LEI 9.876/1999, AOS SEGURADOS QUE INGRESSARAM NO SISTEMA ANTES DE 26.11.1999 (DATA DE EDIÇÃO DA LEI 9.876/1999). CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO MELHOR BENEFÍCIO. PARECER DO MPF PELO DESPROVIMENTO DO FEITO. RECURSO ESPECIAL DO SEGURADO PROVIDO. 1. A Lei 9.876/1999 adotou nova regra de cálculo dos benefícios previdenciário, ampliando gradualmente a sua base de cálculo dos benefícios que passou a corresponder aos maiores salários de contribuição relativos a 80% de todo o período contributivo do Segurado, substituindo a antiga regra que determinava o valor do benefício a partir da média aritmética simples dos 36 últimos salários de contribuição dos meses anteriores ao do afastamento do Segurado da atividade ou da data da entrada do requerimento administrativo. 2. A nova lei trouxe, também, uma regra de transição, em seu art. 30., estabelecendo que no cálculo do salário

35 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Recurso Especial nº 1.596.203-PR. Processo nº 2016/0092783-9.** Recorrente: Edeimar Mombach. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 2/5/2020.

de benefício dos Segurados filiados à Previdência Social até o dia anterior à data de publicação da Lei 9.876/1999, o período básico de cálculo só abarcaria as contribuições vertidas a partir de julho de 1994 (estabilização econômica do Plano Real). 3. A regra transitória deve ser vista em seu caráter protetivo, como é típico do Direito Previdenciário. O propósito do art. 3o. da Lei 9.876/1999 e seus parágrafos foi estabelecer regras de transição que garantissem que os Segurados não fossem atingidos de forma abrupta por regras mais rígidas de cálculo dos benefícios. 4. Nesse passo, não se harmoniza com o Direito Previdenciário admitir que tendo o Segurado recolhido melhores contribuições antes de julho de 1994, tais pagamentos sejam simplesmente descartados no momento da concessão de seu benefício, sem analisar as consequências da medida na apuração do seu valor (do benefício), sob pena de infringência ao princípio da contrapartida. 5. É certo que o sistema de Previdência Social é regido pelo princípio contributivo, decorrendo de tal princípio a consequência de haver, necessariamente, uma relação entre custeio e benefício, não se afigurando razoável que o Segurado realize contribuições e não possa se utilizar delas no cálculo de seu benefício. 6. A concessão do benefício previdenciário deve ser regida pela regra da prevalência da condição mais vantajosa ou mais benéfica ao Segurado, nos termos da orientação do STF e do STJ. Assim, é direito do Segurado o recebimento de prestação previdenciária mais vantajosa dentre aquelas cujos requisitos cumpre, assegurando, conseqüentemente, a prevalência do critério de cálculo que lhe proporcione a maior renda mensal possível, a partir do histórico de suas contribuições. 7. Desse modo, impõe-se reconhecer a possibilidade de aplicação da regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando se revelar mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3o. da Lei 9.876/1999, respeitados os prazos prescricionais e decadenciais. Afinal, por uma questão de racionalidade do sistema normativo, a regra de transição não pode ser mais gravosa do que a regra definitiva. 8. Com base nessas considerações, sugere-se a fixação da seguinte tese: Aplica-se a regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3o. da Lei 9.876/1999, aos Segurados que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999. 9. Recurso Especial do Segurado provido. (REsp

1596203/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2019, DJe 17/12/2019)

Ainda, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE 630.501-RS36, decidiu que o prazo decadencial de 10 (dez) anos, previsto no art. 103, da Lei nº 8.213/1991, não deverá ser aplicado em relação ao pedido de reconhecimento do direito ao benefício mais vantajoso por equiparar-se à pretensão revisional, não se aplica o prazo decadencial para fins de preservação do direito adquirido³⁷ a nova circunstância de fato.

Não obstante, observamos que na maioria dos artigos da espécie notícias divulgadas nas redes sociais, vem sustentando que o prazo decadencial é de 10 (dez) anos, a partir da data do primeiro pagamento dos proventos da aposentadoria, admitindo uma perspectiva que não é favorável ao segurado do INSS, data vênua, o que discordamos.

Pois, conforme já expusemos, o STF no julgamento do RE 630.501-RS, decidiu que o prazo decadencial de 10 (dez) anos, previsto no art. 103, da Lei nº 8.213/1991³⁸, não se aplica ao aposentado, no sentido de que o pedido revisional não tem prazo decadencial, conforme mencionamos trata-se de direito adquirido, não havendo nenhum óbice no que que diz respeito ao lapso temporal da sua pretensão.

Além disso, cada ação contém um modo de pedir distinto das demais ações, por exemplo, aqueles pedidos revisionais solicitados na esfera administrativa ao INSS sem nenhuma resposta que ultrapasse o prazo decadencial estão garantidos, considerando que o órgão público não cumpriu uma “obrigação de fazer”.

36 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Recurso Extraordinário nº 630.501-RS, de 21/2/2013**. Aposentadoria, proventos, cálculos, benefício mais favorável não há prazo decadencial em preservação do direito adquirido frente a nova circunstância de fato não se aplicando no prazo decadencial previsto no art. 3º da Lei nº 8.213/1991, nas revisões que não pode ser afetada por decurso do tempo. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Redator do Acórdão: Ministro Marco Aurélio. Publicado no DJe nº 166, divulgação em 23/8/2013, publicação em 26/8/2013, Ementário nº 2700-1. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/6/2021.

37 PREVIDENCIARISTA. **PREVIDENCIÁRIA. TRF 4. PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. DIREITO ADQUIRIDO AO MELHOR BENEFÍCIO. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM REPERCUSSÃO GERAL, NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 630.501**. Publicado em 17/4/2015. Disponível em: <https://www.previdenciarista.com.br>. Acesso em: 15/6/2021.

38 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15/6/2021.

Enfim, no item 8, do Recurso Especial nº 1.596.203-PR39, “Recurso Repetitivo”, o Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho assim se posiciona:

8. Com base nessas considerações, sugere-se a fixação da seguinte tese: Aplica-se a regra definitiva prevista no art. 29, I e I da Lei 8.213/1991, na apuração do salário benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3º da Lei 9.876/1999, aos Segurados que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999.

Diante disso, o aposentado, com base na tese do REsp nº 1.596.203/PR, nas demandas como causa de pedir, solicitou que fosse adotado o cálculo com base na regra definitiva prevista no art. 29, I e I da Lei 8.213/1991, na apuração do salário benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3º da Lei 9.876/1999, aos Segurados que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999.

3 – ATIVISMO JUDICIAL: OCASIONA JUDICIALIZAÇÃO DESNECESSÁRIA, RESULTANDO NUM ALTO CUSTO AO JUDICIÁRIO, EXECUTIVO E ÀS PARTES

Nas redes sociais, demandas e na doutrina temos nos posicionado no sentido de que o aposentado neste País é um “boi de piranha” das anomalias decorrentes do institucionalismo, em que prevalece o marketing institucional em detrimento da realidade dos fatos, a exemplo do que ocorre com os baixos proventos dos aposentados no Brasil após sujeitar-se a uma escravidão moderna das sociedades empresariais privadas durante décadas consolidada pelo INSS quando da aposentadoria.

De fato, o aposentado com objetivo de reparar uma injustiça institucional imposta pelo INSS, inclusive pelas sociedades empresariais privadas, legislativo, executivo e judiciário, tem procurado o judiciário, a exemplo do que ocorreu com a desaposentação, reaposentação e o ADI 6025/DF e atualmente, conforme temos conhecimento no julgamento virtual do Tema 1102, da Repercussão Geral, realizado em 11/6/2021, da “revisão da vida toda”, do Recurso Extraordinário - RE nº 1.276.977/RG-DF, Relator Ministro Marco Aurélio.

39 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Recurso Especial nº 1.596.203-PR. Processo nº 2016/0092783-9.** Recorrente: Edemar Mombach. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia. Filho. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 2/5/2020.

Entretanto, quando o aposentado busca um direito a que pretende ele é submetido ao STF, com isso, temos presenciado um ativismo judicial em que os três poderes não têm demonstrado nenhum interesse na solução das amarras do constitucionalismo.

Diante disso, prejudicando os trabalhadores aposentados idosos que buscam “melhor qualidade de vida”, no pouco tempo que lhes restam para sua sobrevivência, bem como livrar-se das amarras públicas e das instituições financeiras na condição de devedor dos empréstimos consignados⁴⁰.

Assim, em nosso artigo sobre Reapostentação em relação às despesas em razão da idade, saúde entre outras, explicamos:

Além do mais, muitos aposentados estão com estado de saúde debilitado, quer seja em razão de ser portador de doença grave, invalidez, entre outras e, pela própria idade, acaba tendo um elevado custo com plano de saúde e medicamentos de uso contínuo, comprometendo a baixa renda dos proventos da aposentadoria, inclusive necessitando efetuar empréstimos consignados a fim de cobrir despesas; aliás, as estatísticas comprovam a grande procura dos aposentados a fim de obterem os referidos empréstimos.

No ativismo judicial o STF acaba sendo sobrecarregado em razão das jurisprudências no segundo grau de jurisdição e no STJ as quais não prevaleceram, pelo fato de o Executivo, por meio da PGFN e da Procuradoria Federal da União, interpor Recurso Extraordinário com Repercussão Geral.

Com isso, acoberta as anomalias institucionais do legislativo e do poder executivo na elaboração de normas⁴¹ em prol do aposentado que, na verdade, o executivo não tem nenhum interesse em aumentar despesas com gastos previdenciários a fim de não contrariar a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), quando da elaboração do Orçamento Anual.

Explicamos que as atuações dos três poderes ocasionam o ativismo judicial, senão vejamos:

Enfim, o problema é do Executivo, que, por meio de regulamentação, poderia editar uma norma, tanto por medida provisória, a qual seria convertida em lei, em seguida seria regulamentada, quanto por

40 ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Reapostentação: o julgamento pelo STF em 06.02.2020 Retrata um Ativismo judicial?** São Paulo: Revista SÍNTESE Direito Previdenciário - Ano 19, nº 96 (maio/jun. 2020), 2020, p. 211.

41 Op. Cit.

instrução normativa, que é um diploma legal utilizado pela Fazenda Nacional, que explicita a lei.

Já o Legislativo poderia ter tratado o tema na PEC 6/2019; entretanto, até o momento, não vislumbrou tal inclusão. Com isso, o judiciário está na zona de conforto, pois qualquer medida nesse sentido provocada por ele terá o mesmo desfecho. “Somente lei pode criar benefícios, não havendo por ora direito à desaposentação ou a reaposentação”.

Em suma, sobre o suposto ativismo judicial, parece-nos que os aposentados atuais estão à margem da reengenharia financeira do Poder Público, e tão somente serviram de “boi de piranha” para aprovação da PEC 6/2019, como uns dos responsáveis pelo “rombo previdenciário”.

Vale ressaltar que o suposto rombo de que se fala ocasionado pelos beneficiários do INSS, oriundos das sociedades empresárias privadas, talvez das governanças corporativas públicas, bem como o impacto financeiro que expõe o INSS no RE nº 1.276.977/RG-DF, data vênua, não tenha sido maior do que o custo do judiciário pela judicialização, bem como do aumento da carga tributária em decorrência da falta de controle dos gastos públicos.

Além do mais, pergunta-se: os elevados gastos públicos sem controle que ocasionaram os aumentos da carga tributária para cobrir Orçamento Anual são menores que qualquer reajuste dos proventos da aposentadoria? Acreditamos que não, pois as revisões são específicas e o rombo em relação aos reajustes que constam nas peças do RE nº 1.276.977/RG-DF não traduzem uma realidade, aliás, é no mínimo discutível.

Enfim, não há sentido lógico-jurídico e nem ético em não conceder “melhor qualidade de vida” ao aposentado efetuando reajustes em seus proventos, por essa razão, o julgamento do Tema 1102, da Repercussão Geral do RE nº 1.276.977/RG-DF, referente às demandas denominadas “revisão da vida toda”, requer que seja favorável ao aposentado e não à União (INSS).

4 – O PAPEL DOS TRÊS PODERES NUMA DEMOCRACIA REPUBLICANA É PREJUDICADO COM ATIVISMO JUDICIAL

Nesse contexto, o STF nos julgamentos anteriores se posicionou sobre a impossibilidade de atuação do Poder judiciário como legislador positivo, em respeito à separação dos Poderes, independência em que deve prevalecer a harmonia num sistema

de freios e contrapesos; por esse motivo, ocorreu o 'efeito bumerangue', em outras palavras, o judiciário passa a bola para o legislativo e o executivo, que nada fizeram.

Diante disso, no campo do empirismo transcendental no meu foro íntimo fiz uma viagem no tempo em relação a *Charles-Louis de Secondat*, barão de *La Brède*, o *Montesquieu*, que foi político, filósofo e escritor francês, autor de "Espírito das Leis", teórico da doutrina que veio culminar com a separação dos poderes numa política de ideais republicanos, cuja *causa mortis* dele com 66 (sessenta e seis) anos de idade, em 10/2/1755, foi em decorrência de uma forte febre, já quase cego.

Ainda, Montesquieu, se vivo estivesse e domiciliado no Brasil, ficaria estarrecido como instituidor do espírito das leis, pois, sendo naquela época doutrinador, ele vislumbrou sobre a harmonia dos três poderes, isto é, executivo, legislativo e judiciário numa república em que cada um agindo com seu papel de forma eficaz em benefício da democracia, conforme os anseios da sociedade.

Enfim, da obra de *Montesquieu*⁴² podemos refletir sobre seus ensinamentos, observem:

Se eu pudesse fazer com que todo mundo tivesse novas razões para estimar seus deveres, seu príncipe, sua pátria, suas leis; com que todos pudessem sentir melhor sua felicidade em cada país, em cada governo, em cada posto onde cada qual se achasse, julgar-me-ia o mais feliz dos mortais.

Seu eu pudesse fazer com aqueles que governem aumentassem seus conhecimentos acerca daquilo que deve prescrever, e aqueles que obedecem encontrassem um novo prazer em obedecer, julgar-me-ia o mais feliz dos mortais.

Julgar-me-ia o mais feliz dos mortais se pudesse fazer com quem os homens pudessem se libertar de seus preconceitos. Por preconceito quero significar aqui não aquilo que faz com que ignoremos certas coisas, mas o que faz com que nos ignoremos a nós mesmos.

[...]

Também é claro que o monarca que, levado por maus conselhos ou pela própria negligência, deixar de executar as leis, poderá facilmente reparar o mal: para isso bastará mudar o Conselho ou se corrigir dessa negligência. Porém, quando em um governo popular

42 MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 14-35.

as leis não são mais executadas, o Estado já estará perdido, pois isso só pode ser consequência da corrupção da república.

De maneira que, a fim de evitar ativismo judicial⁴³, falta de projetos de leis adequando-os à realidade contemporânea, entre outras situações, inclusive de autoritarismo, data vênua, entendemos que poderia ser alterado o art. 142, da CF/1988, que estabelece sobre a garantia dos poderes constitucionais, pelas Forças Armadas sob a autoridade suprema do Presidente de República, vale dizer do Poder Executivo, entretanto, entendemos, com a devida vênua, que o dispositivo constitucional não está no contexto sobre a “teoria dos poderes”, de ideais republicanos a que se refere *Montesquieu*.

Pois os seus ensinamentos nos mostraram que os poderes deveriam se equilibrar entre a autonomia e a intervenção nos demais poderes, cada um não poderia ser desrespeitado nas suas funções.

Entretanto, quando um deles viesse agir de forma excessivamente autoritária, com isso, extrapolando sua competência, os demais poderes poderiam intervir pela desarmonia ocasionada; a fim de prevalecer a harmonia entre os poderes, entendemos que essa cobrança entre os poderes poderia numa democracia republicana ser uma medida saudável para o fortalecimento das leis no país, segurança jurídica, prevalecendo que o poder emana do povo.

Portanto, o STF com base nas jurisprudências pacificadas pelo STJ, sobre “revisão da vida toda”, deveria acatar as decisões daquela Corte, evitando que sejam mais uma judicialização desnecessária, resultando num alto custo ao judiciário, ao executivo e às partes.

Além disso, reparar uma injustiça institucional imposta pelo INSS aos aposentados no Brasil após sujeitar-se a uma escravidão moderna das sociedades empresariais privadas consolidadas pelo INSS durante décadas, tão somente pelo fato de os três poderes se

43 OLIVEIRA, Umberto Machado de (coord.); ANJOS, Leonardo Fernandes dos. **Ativismo Judicial**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 197-208. Os autores, no item 3.1, “Há criação de direito no ativismo judicial? Assim, sobre o entendimento de Cappelletti, explicam:

“Defende, ao final, que a democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária e sim significa também participação, tolerância e liberdade. Nesse contexto, um judiciário que seja razoavelmente independente dos “caprichos, talvez momentâneos, da maioria”, pode contribuir muito para a democracia. O ativismo judicial, ou seja, um “judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo”, contribuiria e muito para isso, na medida em que tenha capacidade para assegurar a preservação do sistema *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos de nossas sociedades contemporâneas”.

absterem do seu papel, numa democracia republicana que todos nós brasileiros queremos para o País.

5 – O JULGAMENTO REALIZADO NO STF, O PLACAR ESTÁ EM 5X5, QUEM VENCERÁ?

O julgamento do Tema 110244 da Repercussão Geral, realizado no dia 11/6/2021, de “revisão da vida toda”, somos sabedores de que a votação estava empatada em cinco a favor e cinco contra, ocasião em que ficou para o Ministro Alexandre de Moraes, o “voto minerva”, mas o mesmo pediu “vista do voto” para adiar a decisão em seguida solicitou ao Presidente do STF, Ministro Luiz Fux, que o julgamento retornasse de forma presencial, com as sessões plenárias retomadas em 2/8/2021, que de certa forma terão relevantes argumentos prós e contras.

Nesse sentido, o STF, poderá colocar uma pá de cal de uma regra de transição criada em 1999, instituída na reforma da previdência, a qual foi prejudicial aos segurados do INSS do que a própria regra permanente.

Tal regra de transição prevista no art. 3º da Lei nº 9.876/1999 aplica-se aos Segurados que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da mencionada lei.

Naquela ocasião do julgamento, acompanharam o Relator Ministro Marco Aurélio os ministros Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, bem como as ministras Carmem Lúcia e Rosa Weber. Entretanto, teve o voto divergente do Ministro Nunes Marques, com isso, acompanharam a divergência os seguintes ministros: Dias Toffoli, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Luiz Fux.

Assim, reportando-nos sobre o direito conquistado pelo aposentado junto ao STJ, é bom lembrar que o STF, no julgamento do RE nº 630.501, de 2013, já se manifestou favoravelmente reconhecendo o direito do segurado ao recebimento de prestação previdenciária mais vantajosa entre aquelas cujos requisitos se cumprem. Ainda, sobre o prazo decadencial de 10 (dez) anos, previsto no art. 103, da Lei nº 8.213/1991, decidiu favorável ao aposentado, manifestando no sentido de que no pedido revisional não há

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Tema nº 1102, de 11/6/2021, da Repercussão Geral**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/6/2021.

O Tema refere-se a Repercussão Geral do RE nº 1.276.977-DF, o qual tratou no julgamento do plenário o seguinte:

Possibilidade de revisão de benefício previdenciário mediante a aplicação da regra definitiva do art. 29, dos incisos I e II, da Lei nº 8.213/1991, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3º da Lei nº 9.876/1999, aos segurados que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social antes da publicação da referida Lei nº 9.876/1999, ocorrida em 26/11/1999. Relator: Ministro Marco Aurélio. Ata de Julgamento nº 19, de 14/6/2021, DJE nº 119, divulgado em 21/6/2021, com vistas ao Ministro Alexandre de Moraes

prazo decadencial por preservação do direito adquirido ante a nova circunstância de fato, o que, com a devida vênia, descarta a pretensão daqueles que defendem o prazo decadencial de 10 (dez) anos.

Nesse sentido, o direito à revisão leva em consideração o lapso temporal do período contributivo do segurado, isto é, considera as contribuições previdenciárias anteriores a julho de 1994, bem como o alcance para aqueles segurados que recebem ou tenham recebido benefícios previdenciários calculados com base na Lei nº 9.876/199945, bem assim que tenham contribuições previdenciárias anteriores a julho de 1994.

Vale mencionar que o STJ julgou favoravelmente a tese jurídica no julgamento do recurso repetitivo de Tema 999, entretanto, o debate teve repercussão geral reconhecida no STF, por meio do Tema 1102.

Ainda, a tese da “revisão da vida toda” tem o parecer favorável do Procurador-Geral da República Augusto Ara, o qual sustenta que não levar em consideração os recolhimentos das contribuições anteriores a julho de 1994 contraria o direito ao melhor benefício, e concluiu pelo desprovimento do recurso extraordinário interposto pelo INSS e manutenção da tese fixada pelo STJ.

Não obstante, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, autor do RE nº 1.276.97746, de 5/8/2020, no julgamento de 27/8/2020, irresignado, interpôs o referido RE contrário ao direito ao Segurado da “revisão do benefício mais favorável”, sob alegação da repercussão econômica ocasionando impacto financeiro decorrente da imediata aplicação da tese, oriundo das aposentadorias por tempo de contribuições, por exemplo, 16,4 bilhões para os últimos cinco anos.

Vale esclarecer que o argumento do INSS contra a tese da “revisão do benefício mais favorável” é um dos argumentos defendido pelo Ministro Nunes Marques no seu voto divergente do Relator, sob o fundamento de que a revisão das aposentadorias resultaria no aumento dos benefícios e impactaria os Cofres da União com gastos estimados em R\$ 46 bilhões, no período de 10 (dez) anos.

Mais uma vez, conforme já mencionamos em outros artigos, o aposentado é um verdadeiro “boi de piranha”, em que as governanças públicas do País, com objetivo de

45 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 9.876, de 26/11/1999**. Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15/6/2021.

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Acórdão da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 1.276.977-DF, de 5/8/2020, julgamento de 27/8/2020**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/6/2021.

sensibilizarem a opinião pública, utilizam argumentos de que os aumentos nos benefícios da aposentadoria trariam impactos financeiros à União, com isso, não concedendo direito de uma melhor aposentadoria mantendo-os numa escravidão moderna.

Ora, se o que se pretende com tal argumento⁴⁷ é a diminuição dos gastos, pergunta-se: Por que não começar diminuindo os gastos públicos? Pois somos sabedores de que a falta de controle dos gastos públicos é que ocasiona impactos financeiros no orçamento da União, resultando inclusive no aumento da carga tributária bruta que é atualmente estimada em 31,64% (trinta e um inteiros e sessenta e quatro centésimos por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) em 2020.

6 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste artigo foi no sentido de mostrar aos leitores, de maneira geral, a busca do aposentado junto ao judiciário sobre “revisão da vida toda”, expondo as razões de fatos, bem como as jurisprudências favoráveis junto ao STJ, conforme poderá ser constatado no REsp nº 1.596.203-PR. Assim, o objetivo foi alcançado na medida em que ampliou a compreensão do problema proposta respondendo aos objetivos gerais e específicos.

Ainda, temos presenciado um ativismo judicial em que os três poderes não demonstram nenhum interesse na solução das amarras do constitucionalismo, prejudicando os trabalhadores aposentados idosos que buscam “melhor qualidade de vida”, no pouco tempo que lhes restam para sua sobrevivência, bem como livrar-se das amarras públicas e das instituições financeiras.

Diante disso, o STF com base nas jurisprudências pacificadas pelo STJ, sobre “revisão da vida toda”, deveria acatar as decisões daquela Corte, evitando que sejam mais uma judicialização desnecessária, resultando num alto custo ao judiciário, ao executivo e às partes.

Portanto, alcançamos nosso objetivo mostrando ao leitor que é possível o STF conceder ao aposentado o direito da “revisão da vida toda” mantendo as jurisprudências do STJ e a sua própria decisão favorável ao aposentado sobre o melhor benefício, constante no RE nº 630.501, de 2013, com isso, evitará uma judicialização desnecessária não prosperando um ativismo judicial por falta de cumprimento do papel dos poderes legislativo e executivo, inclusive dando aos outros tribunais em especial o STJ eficácia das jurisprudências pacificadas no plenário daquele órgão julgador.

⁴⁷ GOES, Severino. **Amicus curiae questiona argumentos do governo em julgamento da revisão da vida toda**. Publicado em 15/6/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 20/6/2021.

Por esses motivos, a retomada do julgamento do Tema 1102, da Repercussão Geral, com placar de 5x5, sendo convertido favoravelmente em benefício do aposentado será uma perspectiva em que o STF demonstrará ao País sob a sua égide um sentido lógico-jurídico e ético e de justiça, não prejudicando os trabalhadores aposentados idosos que buscam “melhor qualidade de vida”, no pouco tempo que lhes restam para sua sobrevivência, inclusive agravado com a Pandemia do Coronavírus – COVID 19 e sua mutação com a variante Delta, com isso, livrá-los das amarras públicas e das instituições financeiras.

7 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Reapostentação: o julgamento pelo STF em 06.02.2020 Retrata um Ativismo judicial?** São Paulo: Revista SÍNTESE Direito Previdenciário - Ano 19, nº 96 (maio/jun. 2020), 2020, p. 211.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15/6/2021.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 9.876, de 26/11/1999.** Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15/6/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Recurso Especial nº 1.596.203-PR. Processo nº 2016/0092783-9.** Recorrente: Edemar Mombach. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia. Filho. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 2/5/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário nº 630.501-RS, de 21/2/2013.** Relatora: Ministra Ellen Gracie. Redator do Acórdão: Ministro Marco Aurélio. Publicado no DJe nº 166, divulgação em 23/8/2013, publicação em 26/8/2013, Ementário nº 2700-1. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/6/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Acórdão da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 1.276.977-DF, de 5/8/2020, julgamento de 27/8/2020.** Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/6/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Tema nº 1102, de 11/6/2021, da Repercussão Geral.** Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/6/2021.

GOES, Severino. ***Amicus curiae* questiona argumentos do governo em julgamento da revisão da vida toda**. Publicado em 15/6/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 20/6/2021.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

OLIVEIRA, Umberto Machado de (coord.); ANJOS, Leonardo Fernandes dos. **Ativismo Judicial**. Curitiba: Juruá, 2010.

PREVIDENCIARISTA. **PREVIDENCIÁRIA. TRF 4. PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. DIREITO ADQUIRIDO AO MELHOR BENEFÍCIO. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM REPERCUSSÃO GERAL, NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 630.501**. Publicado em 17/4/2015. Disponível em: <https://www.previdenciarista.com.br>. Acesso em: 15/6/2021.

A TRIBUTAÇÃO DOS SERVIÇOS E MERCADORIAS NA ECONOMIA DIGITAL: A DISPUTA E OS LIMITES DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA ENTRE ESTADOS E MUNICÍPIOS

ROBERTA BOLDRIN DOS ANJOS:

Mestranda em Direito Constitucional e Processual Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Professora de Curso Preparatório para Concursos Públicos e Exame de Ordem.

Resumo: O presente artigo tem o objetivo de enfrentar as questões relacionadas com a tributação dos novos serviços sob os aspectos constitucionais e infraconstitucionais. Abordaremos a tributação da economia digital com a finalidade de interpretar os dispositivos legais que alicerçam a exação tributária sob o olhar da doutrina, jurisprudência e das fontes formais e materiais do direito tributário. Para isso, analisaremos a tributação dos serviços da economia digital contemporânea, a exemplo dos serviços de *over-the-top* transmitidos via *streaming* e serviços *on demand*, bem como os serviços de intermediação ou agenciamento de hospedagem, de transporte desenvolvidos através de aplicativos, das operações envolvendo software de prateleira ou por meio digital - via download ou na nuvem - e a disputa da competência tributária entre os Estados na exigência do ICMS e dos Municípios na exigência do ISS.

Abstract: This article aims to address issues related to the taxation of new services under constitutional and infraconstitutional aspects. We will approach the taxation of the digital economy in order to interpret the legal provisions that underlie tax exaction from the perspective of doctrine, jurisprudence and the formal and material sources of tax law. To this end, we will look at the taxation of services in the contemporary digital economy, such as over-the-top streaming services and on-demand services, as well as hosting, brokering, application-developed services, operations involving off-the-shelf or digital software - either download or cloud - and the dispute over tax jurisdiction between states under the ICMS requirement and the municipalities under the ISS requirement.

Palavras-chaves: tributação de novos serviços, economia digital, serviços de intermediação, *streaming*, software, competência tributária, ICMS, ISS.

Keywords: taxation of new services, digital economy, intermediation services, streaming, software, tax competence, ICMS, ISS.

Sumário: 1. Introdução. 2. Os Serviços de Streaming e *Over-The-Top* e a Tentativa da Tributação pelos Estados e Municípios. 3. A Inconstitucionalidade da Exigência de ISS e ICMS nos Serviços *Over-The-Top*. 3.1. Tributação e conflito de competência na incidência de ISS ou ICMS sobre os aplicativos de serviços de transporte. 3.2. Tributação de negócios desenvolvidos através de aplicativos de serviços de hospedagem. 4. A Inconstitucionalidade da Exigência de ISS e ICMS nos Serviços *Over-The-Top*. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1.Introdução

A economia digital refere-se a uma ampla gama de atividades econômicas que usam informações e conhecimentos digitalizados como fatores-chave de produção. A digitalização da economia gera muitos benefícios e, à medida que as tecnologias digitais impulsionam a inovação e incentivam as oportunidades de emprego e o crescimento econômico, elas também transformam as interações sociais, provocando amplas mudanças de comportamento dos consumidores.

Em um cenário mais positivo, diversos fatores tendem a impulsionar a economia, gerando maiores investimentos em inovação e tecnologia nos diversos setores que ainda podem ampliar seu desenvolvimento tecnológico.

A queda contínua da taxa Selic, com o melhor índice histórico esperado para 2020 (5,8% em 2018, 5,6% em 2019 e 5,4% em 2020)⁴⁸, trará fôlego ao setor. Com juros baixos, o consumidor geral se sentirá mais compelido a realizar empréstimos e financiamentos, investindo em produtos e serviços do setor de tecnologia - geralmente, com maior valor agregado.

Essa também representará uma oportunidade para empresas de diversos setores investirem em tecnologia e atualizarem seu negócio, aperfeiçoando sua gestão com a contratação de produtos e serviços de software, otimizando processos internos, melhorando a experiência de seus consumidores e criando novos canais de comunicação com o público. Como resultado, o mercado de tecnologia ficará aquecido, com um ambiente propício para a expansão de negócios e melhores índices de lucro, com novas empresas se consolidando no mercado e fortalecendo a economia digital brasileira. Com maior competitividade interna e inovação, e favorecida pelo aumento do consumo interno, a economia digital brasileira também ganhará maior competitividade no cenário internacional.

⁴⁸ 48 Cenários prospectivos do setor de Economia Digital 2018-2020: A transformação digital e o potencial de mercado do segmento de Software e Serviços de TI. Acesso: 2 de dezembro de 2019: <https://blog.sebrae-sc.com.br/o-setor-de-economia-digital-2018-2020/>

A inflação também estará mais controlada, com valores próximos à meta do governo (3,19% em 2018, 3,22 em 2019 e 3,89 em 2020, com a meta do governo em 4,15% para 2018, 4,10% em 2019 e 4% em 2020), o que representa maior poder de compra para os consumidores, propiciando melhores vendas às empresas e maiores recursos para investir em tecnologia.⁴⁹

Um recente estudo da Accenture aponta que, em 2016, a economia digital era responsável por 22% do PIB Brasileiro. A expectativa do mesmo estudo é que esse valor atinja 25,1% em 2021, podendo ser acrescido de 5,7% (equivalente a US\$ 115 bilhões), se adotada uma estratégia digital otimizada. Já o estudo da Oxford Economics indica que, em 2025, a economia digital global deverá representar um montante de US\$ 23 trilhões, registrando um crescimento 2,5 vezes superior ao crescimento da economia mundial em geral.

O setor de Tecnologias da Informação e Comunicação congrega os segmentos Telecom, Indústria (hardware) e Software e Serviços de TI. O segmento de Telecom abrange as áreas de telecomunicações por fio, sem fio ou por satélite, operadoras de televisão por assinatura e outras atividades relacionadas. A Indústria de TIC contempla a fabricação de equipamentos de informática e periféricos, produtos eletrônicos e ópticos, mídias e equipamentos de comunicação. O segmento de Software e Serviços de TI contempla as atividades dos serviços de tecnologia da informação, tratamento de dados, hospedagem na internet e outras atividades relacionadas

Tecnologia da Informação (TI):

- a) Indústria (Hardware) - contempla a fabricação de equipamentos de informática e periféricos, produtos eletrônicos e ópticos, mídias e equipamentos de comunicação;
- b) Software e Serviços de TI - são as atividades dos serviços de tecnologia da informação, tratamento de dados, hospedagem na internet e outras atividades relacionadas;
- c) Telecom (C) - inclui as áreas de telecomunicações por fio, sem fio ou por satélite, operadoras de televisão por assinatura e outras atividades relacionadas.

Em 2018, o mercado brasileiro de Tecnologia da Informação apresentou uma melhora em todos os seus segmentos, mesmo se considerarmos que no ano, o PIB brasileiro teve um crescimento de apenas 1,1% em relação ao ano anterior e com a influência de fortes

⁴⁹ Cenários prospectivos do setor de Economia Digital 2018-2020: A transformação digital e o potencial de mercado do segmento de Software e Serviços de TI. Acessado em 2 de dezembro de 2019: <https://blog.sebrae-sc.com.br/o-setor-de-economia-digital-2018-2020/>.

variações cambiais ocorridas no período. Mesmo assim, o setor de TI ainda apresentou um dos melhores desempenhos no cenário econômico nacional. No mundo, o setor de TI apresentou um crescimento de 6,7%, com o segmento crescendo 9,8% no Brasil, atingindo US\$ 47,7 bilhões, se considerarmos software, serviços, hardware e as exportações. Com esse mercado, o Brasil se manteve na 9ª posição no ranking mundial, representando 2,1% do mercado mundial de TI e 42,8% do mercado da América Latina.⁵⁰ Dentro do segmento, os serviços de TI tiveram maior relevância. Com um mercado bastante fragmentado, a área foi a que apresentou o crescimento mais acentuado em 2018, situação refletida nos estudos que acompanham as empresas ativas no país, e que apontam um crescimento maior que 65% no primeiro semestre de 2018 no setor de serviços. Avaliando o cenário de tecnologia, observamos que muitas das empresas de serviços são constituídas por pessoas

O mercado mundial de Software e Serviços atingiu em 2018 o valor de US\$ 1,220 bilhões, e o Brasil se manteve na 9ª posição no ranking mundial, com um mercado interno de aproximadamente US\$ 23 bilhões.

Tendo em vista a importância que a economia digital assume para o crescimento da economia nacional, este artigo aponta para a tributação da economia digital.

2. Os Serviços de Streaming e *Over-The-Top* e a Tentativa da Tributação pelos Estados e Municípios

Os serviços de streaming *over-the-top* são as denominadas transmissões provisórias de conteúdo, via *streaming*, de áudio e vídeo. O serviço de *streaming* ou fluxo de mídia consiste na disponibilização de conteúdo em tempo real, sem necessidade de recebimento ou disponibilização integral do arquivo envolvendo uma contratação direta, sem que haja qualquer intermediação, entre o usuário e aquele que disponibilizará o serviço.

O negócio jurídico compreende a possibilidade de o usuário usar apenas os conteúdos disponibilizados mediante pagamento periódico. A causa do contrato é exatamente a disponibilização de conteúdo de áudio e/ou vídeo em ambiente virtual em troca de pagamento periódico, pressupondo o acesso à internet pelo assinante.

Diferente das transmissões via cabo, os serviços via *streaming*, são caracterizados por um fluxo de mídia muito ágil, pois a operação se dá através da rede mundial de computadores, mediante transmissão contínua e em alta velocidade. O conteúdo escolhido dentro da plataforma é enviado repetidamente, impedindo que haja falha no acesso às informações e permitem o acesso integral ou parcial do conteúdo. Na atividade de

⁵⁰ Mercado Brasileiro de Software: panorama e tendências, 2019 = Brazilian Software Market: scenario and trends, 2019 versão para o inglês: Anselmo Gentile - 1ª. ed. - São Paulo: ABES - Associação Brasileira das Empresas de Software, 2019.

streaming, há um ambiente virtual em que o consumidor pode navegar, usufruindo do conteúdo disponibilizado e acessível.

Uma outra característica exclusiva do serviço *over-the-top* é o serviço de *streaming on demand* que ocorre pela disponibilização, sob demanda, de conteúdo armazenado em nuvem, no qual, os dados veiculados não são definitivamente baixados no aparelho do usuário, uma vez que o acondicionamento dos dados se dá em arquivos menores do que o tamanho daquele que se quer acessar.

O *streaming* diferencia-se, assim, do *download*, porque não é preciso transmitir completamente o arquivo para a sua reprodução. Na operação de *streaming*, não permanece qualquer resquício dos dados acessados, como ocorre como serviço de TV por assinatura, uma vez que, nenhuma informação é transferida em caráter permanente ou definitivo para o usuário.

Uma outra peculiaridade das plataformas de *streaming*, é a permissão de *download* para o consumidor usufruir em modo *offline* do conteúdo disponibilizado. No entanto, não há transferência definitiva ou imutável como na aquisição de conteúdo via *download*, porque o conteúdo de áudio e vídeo não comportam a cessão definitiva dos conteúdos disponibilizados.

Compreendendo que sequer o contratado é o proprietário dos conteúdos para cedê-los ao usuário, não há qualquer entendimento acerca da transferência definitiva de dados envolvendo a empresa prestadora e o assinante.

Enfrentemos, assim, as questões tributárias na tentativa de minimizar o desequilíbrio na tributação das empresas de TV por assinatura *versus* as empresas prestadoras de serviços *over-the-top*.

Em 14.12.2016 foi aprovada pelo Senado Federal a Lei Complementar 157, responsável por introduzir importantes alterações na LC 116/03, refletimos sob dois aspectos: a necessidade de tributar os serviços *over-the-top*, por serem fontes extremamente significativas dos prestadores, e o consequente aumento na arrecadação dos Municípios, já que o item 1.09 da lista anexa, ao inovar, estabeleceu:

1.09 - Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, sujeita ao ICMS). (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016).

Ocorre que os serviços *over-the-top* não constituem cessão definitiva e nem se equiparam a prestação de serviços, portanto, sobre as suas receitas não poderá incidir o ISS. A Lei Complementar, na tentativa de anteder aos anseios das empresas de TV por assinatura, criaram uma solução inconstitucional.

Os Estados, por sua vez, representados pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONDAZ), editaram o Convênio 106/201751, no qual prevê a exigência de ICMS sobre a comercialização de transferência de dados por meio da rede mundial de computadores, ou seja, a transferência de dados de *softwares*, jogos e arquivos eletrônicos, desde que padronizados, através da *internet* resultam em incidência de ICMS.

O Convênio estabeleceu, ainda, o contribuinte do ICMS e as hipóteses de responsabilidade tributária por substituição,⁵² que foram atribuídas aos comercializadores

51 Cláusula primeira. As operações com bens e mercadorias digitais, tais como softwares, programas, jogos eletrônicos, aplicativos, arquivos eletrônicos e congêneres, que sejam padronizados, ainda que tenham sido ou possam ser adaptados, comercializadas por meio de transferência eletrônica de dados observarão as disposições contidas neste convênio.

Cláusula segunda. As operações com os bens e mercadorias digitais de que trata este convênio, comercializadas por meio de transferência eletrônica de dados anteriores à saída destinada ao consumidor final ficam isentas do ICMS.

Cláusula terceira. O imposto será recolhido nas saídas internas e nas importações realizadas por meio de site ou de plataforma eletrônica que efetue a venda ou a disponibilização, ainda que por intermédio de pagamento periódico, de bens e mercadorias digitais mediante transferência eletrônica de dados, na unidade federada onde é domiciliado ou estabelecido o adquirente do bem ou mercadoria digital.

Cláusula quarta. A pessoa jurídica detentora de site ou de plataforma eletrônica que realize a venda ou a disponibilização, ainda que por intermédio de pagamento periódico, de bens e mercadorias digitais mediante transferência eletrônica de dados, é o contribuinte da operação e deverá inscrever-se nas unidades federadas em que praticar as saídas internas ou de importação destinadas a consumidor final, sendo facultada, a critério de cada unidade federada:

I - a indicação do endereço e CNPJ de sua sede, para fins de inscrição; II - a escrituração fiscal e a manutenção de livros e documentos no estabelecimento referido no inciso I; III - a exigência de indicação de representante legal domiciliado em seu território. § 1º A inscrição de que trata o caput será realizada, preferencialmente, por meio da internet, mediante procedimento simplificado estabelecido por cada unidade federada. § 2º A critério da unidade federada, poderá ser dispensada a inscrição de que trata esta cláusula, devendo o imposto, neste caso, ser recolhido por meio de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRE, ou documento de arrecadação estadual previsto na legislação da respectiva unidade.

52 Cláusula quinta Nas operações de que trata este convênio, as unidades federadas poderão atribuir a responsabilidade pelo recolhimento do imposto: I - àquele que realizar a oferta, venda ou entrega do bem ou mercadoria digital ao consumidor, por meio de transferência eletrônica de dados, em razão de contrato firmado com o comercializador; II - ao intermediador financeiro, inclusive a administradora de cartão de crédito ou de outro meio de pagamento; III - ao adquirente do bem ou mercadoria digital, na hipótese de o contribuinte ou os responsáveis descritos nos incisos anteriores não serem inscritos na unidade federada

de mercadorias digitais, intermediadores de mercadorias digitais, intermediadores e consumidores de produtos por meio eletrônico de comércio eletrônico, entre outros.

Naturalmente, como resultado da autorização do Confaz, os Estados têm editado as suas normas locais prevendo a efetividade da cobrança do ICMS, o que confere, tanto ao Convênio 106/2017 quanto às normas estaduais, inconstitucionalidades.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a respeito do Convênio⁵³:

Numa primeira análise, verifico a relevância dos fundamentos invocados, pois admitir a incidência de ICMS sobre o software padronizado por transferência eletrônica por download (o conteúdo é baixado da internet e armazenado no aparelho do usuário) e por acesso remoto, o chamado streaming (o conteúdo acessado, um filme, por exemplo, não é armazenado no aparelho e somente poderá ser acessado novamente por meio de outro acesso à internet), com base em convênio e decreto afronta, sem qualquer dúvida, o disposto no art. 146 da Constituição Federal, pois compete somente a lei complementar dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre os entes da federação; regular as limitações constitucionais ao poder de tributar e estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária (base de cálculo, fato gerador e contribuintes responsáveis).

Ademais, o Plenário do STF, no julgamento da ADIn 1945, tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes, embora tenha se posicionado, por maioria de votos, pela necessidade de ser dado tratamento idêntico ao software em base física àquele objeto de download na internet, ainda não há decisão definitiva e, assim, forçoso concluir que deve ser analisado se o comércio de produtos digitais na internet constitui fato gerador do ICM, diante dos termos do art. 155, II da Constituição Federal, isto é, se a transferência de conteúdo de digital (por download ou streaming) configura uma circulação efetiva de mercadorias.

de que trata a cláusula quarta; IV - à administradora de cartão de crédito ou débito ou à intermediadora financeira responsável pelo câmbio, nas operações de importação.

53 Concessão de Liminar (15.03.2018) Processo sob o n. 1010278-54.2018.8.26.0053 - Mandado de Segurança Coletivo Requerente: Brasscom - Associação Brasileira das Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação. Requerido: Coordenador da Coordenadoria da Administração Tributária - CAT e outros

Na tentativa de impor as regras de responsabilidade por substituição tributária e criar uma nova incidência de ICMS na transferência de conteúdo digital, o Convênio usurpou a competência da Lei Complementar.

Evoluímos, portanto, para as discussões a respeito da inconstitucionalidade da cobrança de ISS e ICMS sobre os serviços *over-the-top*.

2.A Inconstitucionalidade da Exigência de ISS e ICMS nos Serviços *Over-The-Top*

A previsão do art. 156, III, da CRFB outorga, aos Municípios, a exigência do ISS desde que os serviços de qualquer natureza estejam, expressamente, contidos pela lista anexa à LC 116/2003, excluindo a competência dos Municípios apenas em relação aos serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ambos, previstos no âmbito da competência dos Estados (art. 155, II, da CF).

À lei tributária infraconstitucional não cabe a criação de conceitos do direito privado e muito menos a ampliação da materialidade das hipóteses da norma de incidência tributária. Nesse sentido, a prestação de serviços incidirá apenas sobre as obrigações de fazer, prestar, que envolvam um esforço humano físico-intelectual prestado a uma pessoa ou a terceiros, independentemente de habitualidade em que haja contratação de natureza privada e onerosa entre o prestador e o tomador do serviço, que definam o conteúdo material ou imaterial que objetive obtenção de um bem.

Porém, apesar de previstos pela lista anexa à LC 116/2003, alguns serviços carecem de constitucionalidade por desatenderem ao conteúdo previsto pelo art. 156, III, da CF e o serviço de streaming é um deles, uma vez que, o item 1.09 responde não por uma obrigação de fazer, mas revela, na verdade, a disponibilização de conteúdo de áudio e vídeo sem cessão definitiva, tendo natureza de cessão de direitos, não podendo se equiparar nem às prestações de serviços e nem aos serviços de comunicação.

Contrário ao entendimento acima esposado, o voto do Relator Ministro Luiz Fux, que reconheceu a incidência de ISS identificando a obrigação de fazer na atividade das operadoras de plano de saúde, no RE 651.703, conclui que o conceito de serviço não está vinculado à configuração dada pelo direito privado, sendo, na realidade, o oferecimento de uma utilidade para outrem, a partir de um conjunto de atividades imateriais, prestados com habitualidade e intuito de lucro, podendo ou não estar conjugada com a entrega de bens ao tomador.

O voto adota o posicionamento de que é de competência da Lei Complementar a definição do conceito de “serviços de qualquer natureza”, cabendo a ela o poder de estabelecer, de forma ampla, o conceito de serviço, independentemente de qualquer outro conceito

prévio, seja constitucional ou de direito privado, portanto, a interpretação isolada do art. 110, do CTN resultaria, inconcebivelmente, na prevalência hermenêutica na ordem jurídica. Ainda nesse sentido, destacamos os trechos do voto do Ministro Luiz Fux na superação entre as obrigações de fazer e de dar para fins de cobrança de ISS desenvolvido no RE 651.70354:3. *O Direito*

54 Trecho do Voto do Ministro Luiz Fux no RE 651.703. p. 5-7

8. A doutrina do tema, ao analisar os artigos 109 e 110, aponta que o CTN, que tem status de lei complementar, não pode estabelecer normas sobre a interpretação da Constituição, sob pena de restar vulnerado o princípio da sua supremacia constitucional. 9. A Constituição posto carente de conceitos verdadeiramente constitucionais, admite a fórmula diversa da interpretação da Constituição conforme a lei, o que significa que os conceitos constitucionais não são necessariamente aqueles assimilados na lei ordinária. 10. A Constituição Tributária deve ser interpretada de acordo com o pluralismo metodológico, abrindo-se para a interpretação segundo variados métodos, que vão desde o literal até o sistemático e teleológico, sendo certo que os conceitos constitucionais tributários não são fechados e unívocos, devendo-se recorrer também aos aportes de ciências afins para a sua interpretação, como a Ciência das Finanças, Economia e Contabilidade. 11. A interpretação isolada do art. 110, do CTN, conduz à prevalência do método literal, dando aos conceitos de Direito Privado a primazia hermenêutica na ordem jurídica, o que resta inconcebível. Consequentemente, deve-se promover a interpretação conjugada dos artigos 109 e 110, do CTN, avultando o método sistemático quando estiverem em jogo institutos e conceitos utilizados pela Constituição, e, de outro, o método teleológico quando não haja a constitucionalização dos conceitos. 12. A unidade do ordenamento jurídico é conferida pela própria Constituição, por interpretação sistemática e axiológica, entre outros valores e princípios relevantes do ordenamento jurídico. 13. Os tributos sobre o consumo, ou tributos sobre o valor agregado, de que são exemplos o ISSQN e o ICMS, assimilam considerações econômicas, porquanto baseados em conceitos elaborados pelo próprio Direito Tributário ou em conceitos tecnológicos, caracterizados por grande fluidez e mutação quanto à sua natureza jurídica. 14. O critério econômico não se confunde com a vetusta teoria da interpretação econômica do fato gerador, consagrada no Código Tributário Alemão de 1919, rechaçada pela doutrina e jurisprudência, mas antes em reconhecimento da interação entre o Direito e a Economia, em substituição ao formalismo jurídico, a permitir a3 permitindo uma releitura do papel conferido aos supracitados dispositivos. 8. A doutrina do tema, ao analisar os artigos 109 e 110, aponta que o CTN, que tem status de lei complementar, não pode estabelecer normas sobre a interpretação da Constituição, sob pena de restar vulnerado o princípio da sua supremacia constitucional. 9. A Constituição posto carente de conceitos verdadeiramente constitucionais, admite a fórmula diversa da interpretação da Constituição conforme a lei, o que significa que os conceitos constitucionais não são necessariamente aqueles assimilados na lei ordinária. 10. A Constituição Tributária deve ser interpretada de acordo com o pluralismo metodológico, abrindo-se para a interpretação segundo variados métodos, que vão desde o literal até o sistemático e teleológico, sendo certo que os conceitos constitucionais tributários não são fechados e unívocos, devendo-se recorrer também aos aportes de ciências afins para a sua interpretação, como a Ciência das Finanças, Economia e Contabilidade. 11. A interpretação isolada do art. 110, do CTN, conduz à prevalência do método literal, dando aos conceitos de Direito Privado a primazia hermenêutica na ordem jurídica, o que resta inconcebível. Consequentemente, deve-se promover a interpretação conjugada dos artigos 109 e 110, do CTN, avultando o método sistemático quando estiverem em jogo institutos e conceitos utilizados pela Constituição, e, de outro, o método teleológico quando não haja a constitucionalização dos conceitos. 12. A unidade do ordenamento jurídico é conferida pela própria Constituição, por interpretação sistemática e axiológica, entre outros valores e princípios relevantes do ordenamento jurídico. 13. Os tributos sobre o consumo, ou tributos sobre o valor agregado, de que são exemplos o ISSQN e o ICMS, assimilam

Constitucional Tributário adota conceitos próprios, razão pela qual não há um primado do Direito Privado. 4. O art. 110, do CTN, não veicula norma de interpretação constitucional, posto inadmissível interpretação autêntica da Constituição encartada com exclusividade pelo legislador infraconstitucional. 5. O conceito de prestação de “serviços de qualquer natureza” e seu alcance no texto constitucional não é condicionado de forma imutável pela legislação ordinária, tanto mais que, de outra forma, seria necessário concluir pela possibilidade de estabilização com força constitucional da legislação infraconstitucional, de modo a gerar confusão entre os planos normativos. 6. O texto constitucional ao empregar o signo “serviço”, que, a priori, conota um conceito específico na legislação infraconstitucional, não inibe a exegese constitucional que conjuga o conceito de Direito Privado. 7. A exegese da Constituição configura a limitação hermenêutica dos arts. 109 e 110 do Código Tributário Nacional, por isso que, ainda que a contraposição entre obrigações de dar e de fazer, para fins de dirimir o conflito de competência entre o ISS e o ICMS, seja utilizada no âmbito do Direito Tributário, à luz do que dispõem os artigos 109 e 110, do CTN, novos critérios de interpretação têm progressivamente ampliado o seu espaço. 2. A coexistência de conceitos jurídicos e extrajurídicos passíveis de recondução a um mesmo termo ou d expressão, onde se requer a definição de qual conceito prevalece, se o jurídico ou o extrajurídico, impõe não deva ser excluída, a priori, a possibilidade de o Direito Tributário ter conceitos implícitos próprios ou mesmo fazer remissão, de forma tácita, a conceitos diversos daqueles constantes na legislação infraconstitucional, mormente quando se trata de interpretação do texto constitucional. 3. O Direito Constitucional

considerações econômicas, porquanto baseados em conceitos elaborados pelo próprio Direito Tributário ou em conceitos tecnológicos, caracterizados por grande fluidez e mutação quanto à sua natureza jurídica. 14. O critério econômico não se confunde com a vetusta teoria da interpretação econômica do fato gerador, consagrada no Código Tributário Alemão de 1919, rechaçada pela doutrina e jurisprudência, mas antes em reconhecimento da interação entre o Direito e a Economia, em substituição ao formalismo jurídico, a permitir a incidência do Princípio da Capacidade Contributiva. 15. A classificação das obrigações em “obrigação de dar”, de “fazer” e “não fazer”, tem cunho eminentemente civilista, como se observa das disposições no Título “Das Modalidades das Obrigações”, no Código Civil de 2002 (que seguiu a classificação do Código Civil de 1916), em: (i) obrigação de dar (coisa certa ou incerta) (arts. 233 a 246, CC); (ii) obrigação de fazer (arts. 247 a 249, CC); e (iii) obrigação de não fazer (arts. 250 e 251, CC), não é a mais apropriada para o enquadramento dos produtos e serviços resultantes da atividade econômica, pelo que deve ser apreciada cum grano salis. 16. A Suprema Corte, ao permitir a incidência do ISSQN nas operações de leasing financeiro e leaseback (RREE 547.245 e 592.205), admitiu uma interpretação mais ampla do texto constitucional quanto ao conceito de “serviços” desvinculado do conceito de “obrigação de fazer”.

Tributário adota conceitos próprios, razão pela qual não há um primado do Direito Privado. 4. O art. 110, do CTN, não veicula norma de interpretação constitucional, posto inadmissível interpretação autêntica da Constituição encartada com exclusividade pelo legislador infraconstitucional. 5. O conceito de prestação de “serviços de qualquer natureza” e seu alcance no texto constitucional não é condicionado de forma imutável pela legislação ordinária, tanto mais que, de outra forma, seria necessário concluir pela possibilidade de estabilização com força constitucional da legislação infraconstitucional, de modo a gerar confusão entre os planos normativos. 6. O texto constitucional ao empregar o signo “serviço”, que, a priori, conota um conceito específico na legislação infraconstitucional, não inibe a exegese constitucional que conjura o conceito de Direito Privado. 7. A exegese da Constituição configura a limitação hermenêutica dos arts. 109 e 110 do Código Tributário Nacional, por isso que, ainda que a contraposição entre obrigações de dar e de fazer, para fins de dirimir o conflito de competência entre o ISS e o ICMS, seja utilizada no âmbito do Direito Tributário, à luz do que dispõem os artigos 109 e 110, do CTN, novos critérios de interpretação têm progressivamente ampliado o seu espaço, 2 Supremo Tribunal Federal permitindo uma releitura do papel conferido aos supracitados dispositivos.

Nesse julgado, portanto, o STF sinalizou mudança de entendimento e a relatoria foi acompanhada pela maioria dos Ministros daquela Corte no sentido de que a evolução tecnológica e os novos tempos impõem uma alteração de concepção com relação aos conceitos constitucionais.

Destacamos dois votos no sentido da incidência do ISS, mas sob justificativas diferentes do Ministro Luiz Fux. São eles os Ministros Edson Fachin e Luiz Roberto Barroso ao, respectivamente, defenderem a incidência de ISS, o primeiro por identificar uma obrigação de fazer tanto na atividade-meio quanto na atividade-fim, afastando a obrigação de dar e o segundo porque o conceito de serviços na CRFB é mais amplo do que o descrito no Direito Civil e busca abranger as múltiplas e complexas atividades econômicas existentes no mercado.

Orlando Gomes, em sentido contrário em sua obra-prima a respeito das obrigações, esclarecia, já na década de 80, a natureza das obrigações: *nas obrigações de dar, o que interessa ao credor é a coisa que lhe deve ser entregue, pouco lhe importando a atividade*

*de que o devedor precisa exercer para realizar a entrega. Nas obrigações de fazer, ao contrário, o fim que se tem em mira é aproveitar o serviço contratado.*⁵⁵

Nenhuma das hipóteses de cessão de direitos prevista pela lista anexa à LC 116/2003, portanto, poderia ensejar a cobrança de ISS, por não constituírem uma obrigação de fazer e por consequência, não se subordinarem ao conceito constitucional de serviços, a exemplo dos subitens 1.05,56 3.0257, 15.0858 e 15.0959 da lista anexa.

É nesse sentido que entendemos como a Profa. Betina Treigner Grupenmacher⁶⁰: *a lei tributária infraconstitucional não poderá criar conceitos e ampliar a materialidade das hipóteses de incidência dos tributos desvirtuando seu arquétipo constitucional.*

Os serviços *over-the-top* transmitidos por *streaming* não consistem, portanto, em cessão definitiva já que possuem a natureza da cessão de direitos, o que afasta a prestação de serviços, não podendo haver a incidência de ISS.

O local para fins de identificação do aspecto espacial e competência do Município parece impraticável, já que, o local da prestação de serviços para definição do ente tributante esbarra em um problema de ordem prática: o local da prestação de serviços é aquele em que o contrato é ultimado, ou seja, o Município em que está o tomador do serviço, mas esse não é o entendimento previsto pelo art. 4º da LC 116/2003, já que para fins de incidência do ISS, os prestadores dos serviços *over-the-top* realizados por meio de *streaming* estão fora do território nacional, - a exemplo da *Netflix, Google Play, Spotify* -, sendo devido o imposto ao Município tomador (art. 1º, §1º combinado com o art. 6º, §2º, inciso I da LC 116/2003⁶¹), tornando inviável ou impraticável o recolhimento do imposto

55 GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro, 1967.p 67

56 1.05 – Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação.

57 3.02 – Cessão de direito de uso de marcas e de sinais de propaganda.

58 15.08 – Emissão, remissão, alteração, cessão, substituição, cancelamento E registro de contrato de crédito; estudo, análise e avaliação de operações de crédito; emissão, concessão, alteração ou contratação de aval, fiança, anuência e congêneres; serviços relativos a abertura de crédito, para quaisquer fins.

59 15.09 – Arrendamento mercantil (**leasing**) de quaisquer bens, inclusive cessão de direitos e obrigações, substituição de garantia, alteração, cancelamento e registro de contrato, e demais serviços relacionados ao arrendamento mercantil (**leasing**).

60 GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Tributação do Streaming: Tributação do Streaming e Serviços Over-The-Top*. São Paulo, 2018. p. 331.

61 **Art. 1º** O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador. **§ 1º** O imposto incide também sobre o serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País. **Art. 6º** Os Municípios e o Distrito Federal, mediante lei, poderão atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito

ou porque essas empresas estrangeiras não se submeteriam à legislação nacional ou por mera falta de conhecimento de como recolher o imposto aos cofres públicos dos Municípios ou pior: como imaginar que os usuários recolham, além das mensalidades devidas pela disponibilização dos serviços, o ISS aos Municípios.

2.1 Tributação e conflito de competência na incidência de ISS ou ICMS sobre os aplicativos de serviços de transporte

A cessão de direito de uso de *software* ou o licenciamento está previsto na lista anexa à LC 116/2003, no subitem 1.05, estabelecendo a incidência de ISS. Motivo pelo qual os aplicativos de transportes cujas pessoas jurídicas são as proprietárias dos softwares que permitem a conexão entre os motoristas e passageiros para a efetivação do serviço de transporte individual, seja ele privado ou de táxi, a exemplo do Cabify, 99 Táxi, Uber, entre outros.

Todas essas pessoas jurídicas, no entanto, através dos Termos de Uso que regulam a relação entre a empresa e o usuário dos serviços, na medida em que coloca, à disposição de seus passageiros, o serviço de transporte individual e o modelo econômico de negócio é traduzida em verdadeira obrigação de dar e não uma obrigação de fazer.

O Município de São Paulo, por seu turno, na solução de Consulta n. 30 de 24 de novembro de 2014, considerou que o contrato celebrado entre os aplicativos de transporte e os taxistas era de intermediação através de plataforma eletrônica, em troca de uma comissão devida pela intermediação entre os usuários e os taxistas, enquadrando o serviço no subitem 10.262 da lista anexa à Lei Complementar 116/2003, porém, em julho de 2017, através de Parecer Normativo a Prefeitura do Município de São Paulo, uniformizou entendimento acerca dos negócios jurídicos de licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação, sob a justificativa de atender ao item 1.0563 da lista anexa à Lei Complementar.

tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação, inclusive no que se refere à multa e aos acréscimos legais. § 2º Sem prejuízo do disposto no caput e no § 1º deste artigo, são responsáveis: (Vide Lei Complementar nº 123, de 2006). I – o tomador ou intermediário de serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País;

62 10.02 – Agenciamento, corretagem ou intermediação de títulos em geral, valores mobiliários e contratos quaisquer.

63 1.05 – Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação.

No entanto, as autoridades fiscais pretendem reclassificar as funcionalidade de tais aplicativos como serviços prestados às pessoas jurídicas, enquadrando-as, portanto, como intermediação de serviços entre o passageiro e o motorista quando na realidade, não se sujeita o serviço realmente prestado, qual seja: emissão de relatórios mensais sem qualquer participação dos aplicativos de transporte em tal emissão, já que configura, apenas, mais uma funcionalidade do software.

Outro ponto de preocupação é a insegurança jurídica como resultado da tentativa de exigência de ICMS pelos Estados. Através da edição do Convênio ICMS 181/2015, aprovou uma redução de alíquota do imposto sobre operações com software, ou seja, está estabelecido o conflito de competência entre Estados e Municípios na operação com aplicativos e programas de computadores.

Tanto a tentativa de exigência do ICMS, quanto a de ISS são inconstitucionais, além de ilegais porque a legislação de ambos os impostos não poderá alterar a natureza do direito autoral concedida pela CRFB e regulamentada pela Lei de Direitos Autorais.

Nesse sentido entendemos como o Prof. Gustavo Brigagão⁶⁴:

Como se sabe, um dos principais requisitos para a incidência do ICMS é a necessidade de que haja "operação da qual decorra circulação", ou seja, negócio jurídico do qual decorra a transmissão da propriedade do bem vendido, a transferência da disponibilidade do bem objeto da transação. É nesse sentido a jurisprudência pacífica dos nossos tribunais superiores.

Especificamente em relação ao assunto examinado nesta coluna, verificamos que a exploração econômica de produtos digitais que tenham a natureza de direito autoral não se dá, obviamente, por meio de um contrato do qual decorra a transferência da sua propriedade, mas, sim, pelo licenciamento do direito de uso daquele bem intelectual.

Depreende-se disso que a negociação do software é, na verdade, uma negociação do direito de uso a ele inerente, e não das informações digitais nele contidas. Ou seja, ao fazer a venda de um software, o detentor do direito autoral não cede o referido direito

⁶⁴ BRIGAGÃO, Gustavo. ICMS não incide sobre *download* de *softwares*, Consultor Jurídico, 24-2-2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-24/consultor-tributario-icms-nao-incide-download-softwares> Acesso em: 01 dez 2019.

ao consumidor. Ao contrário, ele mantém o referido direito em seu patrimônio, podendo continuar a ceder o seu uso a outras pessoas.

Em outras palavras, a disponibilidade do "bem incorpóreo" se mantém com o cedente, sendo permitido ao consumidor simplesmente utilizar o software sem qualquer poder de disposição.

O comércio eletrônico de bens incorpóreos, portanto, não promove "operação da qual decorra circulação", como é necessário para a incidência do ICMS. Só por essa razão, já se poderia negá-la na sua inteireza.

Contudo, ainda que superada a questão de não haver operação, o ICMS não poderia incidir sobre o comércio de bens digitais por inexistir "mercadoria" comercializada, pois, como visto acima, o software, por si só, não é destinado à venda ou à revenda, ou seja, não é destinado ao comércio. A sua exploração econômica se dá por meio da cessão e do licenciamento do seu uso, e não da sua alienação. (grifos próprios)

A despeito do assunto, complementa a respeito da incidência do ICMS somente sobre o *software* de prateleira que, produzido em série, é adquirido pelo consumidor: *o software de prateleira é tributável pelo ICMS porque é produzido em série e comercializado no varejo, sendo necessária a utilização de um corpus mechanicum para que ele possa circular. Ou seja, o entendimento que se extrai do referido julgado é o de que a tributação pelo ICMS ocorre por causa do seu suporte físico, e não pelo seu conteúdo. Inexistindo o suporte físico, como ocorre nas hipóteses de download, não incide o referido imposto.*

Porém, entendimento em sentido oposto é o do STF que, ao analisar a ADIn 1.945, de 26/5/2010, sendo relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, o Plenário do STF se manifestou, por maioria de votos, pela necessidade de dar-se tratamento idêntico ao *software* contido em base física e àquele objeto de *download* na internet. De qualquer forma, por ser decisão proferida em medida cautelar, ela ainda não representa uma posição firme do tribunal sobre o assunto.

Não olvidamos que não há nem efetiva prestação de serviços que enseje a cobrança de ISS e nem circulação de mercadorias, afastando, contudo, a incidência de ICMS.

A legislação, portanto, necessita ser revista sob o risco de causar ainda mais insegurança jurídica ora como resultado de interpretações não uníssonas por parte das autoridades fiscais, ora pela falta de adaptação da legislação às novas tecnologias e

negócios. É certo que ainda que incida ISS ou ICMS, a exigência desses tributos não poderá resultar em inconstitucionalidades.

2.2 Tributação de negócios desenvolvidos através de aplicativos de serviços de hospedagem

Na hipótese em que ocorre a intermediação de serviços de hospedagem por meio de aplicativo, a exemplo da plataforma Airbnb, deverá ser analisada se a locação é por temporada, definida pelo art. 48 da Lei 8.245/199165, "Lei do Inquilinato", ou prestação de serviços de hospedagem que é disciplinada pelo art. 23 da Lei 11.771/199166, "Lei do Turismo" que define a relação como "meios de hospedagem".

A distinção é extremamente relevante para fins de tributação por ISS, já que a locação imobiliária não enseja o nascimento da obrigação tributária e hipótese de incidência do imposto municipal, mas poderia ensejar a cobrança do ISS na prestação do serviço quando se tratar de hospedagem, sendo possível a exigência não só do ISS, mas da taxa de fiscalização de estabelecimento também devido ao Município.

Vejamos o item 1.10 que é objeto do projeto de Lei Complementar 493/2017 que objetiva adicionar à lista anexa à LC 116/2003, os serviços de intermediação:

Item 1.10 da Lista de Serviços: *"Agenciamento, organização, intermediação, planejamento e gerenciamento de informações, através de meio eletrônico, de serviços de transporte privado individual previamente contratado por intermédio de provedor de aplicações da internet"*

O ISS não incidirá, portanto, sobre os serviços de locação de bem imóvel. Nesse sentido é a Súmula Vinculante 31:

É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS sobre operações de locação de bens móveis.

65 **Art. 48.** Considera - se locação para temporada aquela destinada à residência temporária do locatário, para prática de lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, feitura de obras em seu imóvel, e outros fatos que decorrem tão-somente de determinado tempo, e contratada por prazo não superior a noventa dias, esteja ou não mobiliado o imóvel.

66 **Art. 23.** Consideram-se meios de hospedagem os empreendimentos ou estabelecimentos, independentemente de sua forma de constituição, destinados a prestar serviços de alojamento temporário, ofertados em unidades de frequência individual e de uso exclusivo do hóspede, bem como outros serviços necessários aos usuários, denominados de serviços de hospedagem, mediante adoção de instrumento contratual, tácito ou expresso, e cobrança de diária.

O ISS é devido apenas quando realizadas as atividades de intermediação, mas não se aplica às redes de hotéis que prestam serviços típicos de hospedagem e não de intermediação. Porém, uma boa parte dos negócios intermediados pelo Airbnb está concentrado em particulares que se valem da ausência de maior burocracia e maior retorno financeiro.

3. Inconstitucionalidade da Exigência de ICMS nos Serviços *Over-The-Top*

Passemos a analisar a questão sobre o ponto de vista da cobrança do ICMS com base no Convênio 106/2017 que passou a estabelecer, a partir de 1.04.2018 a incidência de ICMS sobre a comercialização de *softwares*, jogos, aplicativos e arquivos eletrônicos, desde que sejam padronizados e estabelecendo como contribuintes os detentores dos sítios eletrônicos, denominados *sites* ou plataformas eletrônicas.

Entendemos que a regra contida no Convênio não conflita com o item 1.09 da lista anexa à LC 116/2003 porque essa visa a incidência de ISS na cessão não definitiva de conteúdo de áudio, vídeo, imagem e texto através da internet e aquele esclarece que a comercialização dos itens é necessária para a incidência do ICMS.

Ocorre que para fins de incidência do ICMS-Comunicação é necessária não somente a comunicação para atrair a incidência do imposto, mas também que haja, além da onerosidade contratual, um transmissor e um receptor identificáveis em ambos os polos. No mais, seguimos as lições do Prof. Roque Antonio Carrazza ao definir o ICMS só incide quando, em decorrência da execução onerosa de um contrato de prestação e serviços de comunicação, firmado entre um prestador e um tomador, este último passa a trocar mensagens com um terceiro perfeitamente identificável.⁶⁷

Não se identificam com os serviços de televisões por assinatura. Isso porque estes são prestados por empresas que, se valem da sua própria estrutura para veicular a mensagem (programa) ao destinatário (telespectador). Ressaltamos que que essa própria incidência também é controversa, mas em razão de serem as mesmas empresas que veiculam a mensagem e prestam serviços de comunicação, há um autosserviço e não uma prestação.

Concluimos no sentido da não-incidência do ICMS-Comunicação sobre os serviços de streaming se deve ao fato de que não há qualquer tipo de relação comunicativa entre a empresa que disponibilize o conteúdo e o assinante que realiza a contratação.

4. Conclusão

67 CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. P 256.

A presença de novos modelos de negócios, passíveis ou não de intermediação, é uma realidade presente e impossível de se afastar, e o aumento dos novos modelos econômicos impede que as legislações estaduais e municipais legislem sobre matérias não previstas em suas competências, sob o risco de inconstitucionalidade e ilegalidade nas interpretações realizadas por parte da fiscalização.

Tanto a legislação do Município quanto do Estado que utilizem a tributação como forma de inibir esses novos negócios, impondo a arrecadação do tributo ou criando obrigações claramente abusivas, resultará em insegurança jurídica e em desconfiança por parte de investidores estrangeiros no país.

A tributação, portanto, não poderá resultar em instabilidade, mas sim em segurança jurídica, aumento de oportunidade de emprego, estabilidade econômica com a queda de juros e taxas e maior crescimento econômico orientado pelos novos modelos de negócio diante do estabelecimento de regras precisas, seguras, claras e constitucionais.

5. Bibliografia

ANDRADE, Leonardo Aguirra de Andrade. Tributação de Negócios Desenvolvidos Por Meio de Aplicativo Associados aos Serviços de Hospedagem no Brasil. In FARIA, R.V.; SILVEIRA, R.M.; MONTEIRO, A.L. (coord.). Tributação da Economia Digital – Desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRIGAGÃO, Gustavo. ICMS não incide sobre *download* de *softwares*, Consultor Jurídico, 24-2-2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-24/consultor-tributario-icms-nao-incide-download-softwares> Acesso em: 01 dez 2019.

CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

Cenários prospectivos do setor de Economia Digital 2018-2020: A transformação digital e o potencial de mercado do segmento de Software e Serviços de TI. Acesso: 2 de dezembro de 2019: <https://blog.sebrae-sc.com.br/o-setor-de-economia-digital-2018-2020/>

GALDINO, Guilherme. Streaming: incidência de ICMS- Mercadoria, ICMS- Comunicação ou ISS sobre serviço de valor adicionado? In Revista Tributária e de Finanças Públicas 2019 – Rtrib 140.

GOMES, Orlando. Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1967

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Tributação do Streaming: Tributação do Streaming e Serviços Over-The-Top. In Piscitelli, Tathiane (coord). Tributação da Economia Digital. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

MACEDO, Alberto. "Tributação de atividades de streaming de áudio e vídeo: guerra fiscal entre ISS e ICMS". In FARIA, R.V.; SILVEIRA, R.M.; MONTEIRO, A.L. (coord.). Tributação da Economia Digital – Desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2018.

MACHADO, Rodrigo Brunelli; Brandão, Nathalia Xavier da Silveira de Mello. Tributação de Negócios Desenvolvidos Por Meio de Aplicativos Associados aos Serviços de Transporte. In FARIA, R.V.; SILVEIRA, R.M.; MONTEIRO, A.L. (coord.). Tributação da Economia Digital – Desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2018.

Mercado Brasileiro de Software: panorama e tendências, 2019 = Brazilian Software Market: scenario and trends, 2019 versão para o inglês: Anselmo Gentile - 1ª. ed. - São Paulo: ABES - Associação Brasileira das Empresas de Software, 2019.

PISCITELLI, Tathiane. A Inconstitucionalidade do Convênio ICMS 106/2017 e a Incidência do ICMS Sobre Bens Digitais. In Piscitelli, Tathiane (coord.). Tributação da Economia Digital. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

SCHOUERI, Luis Eduardo; GALDINO, Guilherme. Internet das Coisas à luz do ICMS e do ISS: entre mercadoria, prestação de serviço de comunicação e serviço de valor adicionado. In FARIA, R.V.; SILVEIRA, R.M.; MONTEIRO, A.L. (coord.). Tributação da Economia Digital – Desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2018.

A NATUREZA JURÍDICA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DANIELLE FERREIRA SIMÕES: Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário de Belo Horizonte.

RENAN PAULO DOS SANTOS DA COSTA ALVES

(orientador)

RESUMO: A violência contra a mulher por razões de gênero é histórica e tem caráter estrutural, garantindo a sua perpetuação por intermédio do patrocínio da ordem sociocultural patriarcal. Não é incomum que tal violência se apresente de forma cíclica, encontrando o seu ponto culminante na eliminação da vida da mulher, fenômeno que ganhou visibilidade graças à luta do movimento feminista. A curva ascendente de crimes de ódio contra as mulheres levou o legislador pátrio a editar a Lei nº 13.104/2015, que insere o feminicídio nas qualificadoras do crime de homicídio, elevando a faixa de fixação da pena quando o delito for cometido contra mulher por razões da condição de sexo feminino. Tão logo o instituto foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro, surgiu uma controvérsia em relação à sua natureza jurídica, dividindo-se a doutrina, basicamente, em três correntes. Enquanto alguns estudiosos concebem o feminicídio como uma circunstância subjetiva, outros sustentam o cunho objetivo da qualificadora, havendo, ainda, uma corrente que defende a sua natureza híbrida, de modo que quando o crime envolver violência doméstica e familiar a natureza será objetiva, ao passo que o cometimento mediante menosprezo ou discriminação à condição de mulher conduzirá ao caráter subjetivo da circunstância. A presente monografia de revisão de literatura se pautará por uma pesquisa qualitativa, realizada pelo método dedutivo, pretendendo-se, como objetivo geral, perquirir os apontamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da natureza jurídica da qualificadora do feminicídio a fim de constatar qual é a mais correta aplicação do novel instituto segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. O estudo se inicia pela explanação da problemática da violência presente nas relações de gênero, passando-se à análise da lei responsável por incorporar o feminicídio ao ordenamento pátrio. Em seguida, expõe-se os apontamentos doutrinários relativos à natureza jurídica da qualificadora, analisando-se, ainda, o atual entendimento do STJ sobre o tema. Ao final, concluiu-se que a jurisprudência da Corte é firme em reconhecer a natureza objetiva do feminicídio, admitindo a sua coexistência com circunstâncias de índole subjetiva, o que permite punir de forma mais rigorosa tais crimes de ódio contra as mulheres. Em decorrência disso, revela-se admissível o chamado feminicídio privilegiado, inexistindo prejudicialidade da análise da qualificadora após o reconhecimento da causa de diminuição de pena insculpida no §1º do artigo 121 do Código Penal pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri.

Palavras-chave: Violência contra a mulher. Gênero. Femicídio. Qualificadora. Natureza jurídica.

ABSTRACT: Gender-based violence against women is historical and structural in character, guaranteeing its perpetuation through the sponsorship of the patriarchal socio-cultural order. It is not uncommon for such violence to present itself cyclically, finding its culmination in the elimination of women's lives, a phenomenon that has gained visibility thanks to the struggle of the feminist movement. The upward curve of hate crimes against women led the national legislature to enact Law No. 13,104 / 2015, which inserts femicide in the qualifiers of the crime of homicide, raising the penalty setting range when the offense is committed against a woman for reasons of female gender condition. As soon as the institute was inserted in the Brazilian legal system, a controversy arose regarding its legal nature, dividing the doctrine, basically, in three currents. While some scholars conceive of femicide as a subjective circumstance, others support the objective nature of the qualifier, and there is also a current that defends its hybrid nature, so that when the crime involves domestic and family violence, nature will be objective, whereas the commitment by belittling or discriminating against the condition of a woman leads to the subjective nature of the circumstance. The present monograph of literature review will be guided by a qualitative research, performed by the deductive method, intending, as a general objective, to investigate the doctrinal and jurisprudential notes about the legal nature of the qualifier of femicide in order to verify which is the most correct application of the novel institute according to the jurisprudence of the Superior Court of Justice. The study begins with an explanation of the problem of violence present in gender relations, moving on to the analysis of the law responsible for incorporating femicide into the national order. Then, the doctrinal notes related to the legal nature of the qualifier are exposed, also analyzing the STJ's current understanding on the topic. That way, it is concluded that the Court's jurisprudence is firm in recognizing the objective nature of femicide, admitting its coexistence with subjective qualifiers, which allows for more rigorous punishment of such hate crimes against women, being also admitted the existence of privileged femicide, behold, there would be no prejudice to the analysis of the qualifier of femicide after the recognition of the reduction inscribed in paragraph 1 of article 121 of the Penal Code by the Sentencing Council of the Jury Court.

Keywords: Violence against women. Gender. Femicide. Qualifier. Legal nature.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 ORIGEM HISTÓRICA DO FEMINICÍDIO. 2.1 A violência nas relações de gênero. 2.2 O ciclo da violência contra a mulher. 2.3 A luta contra a violência de gênero encabeçada pelo movimento feminista. 2.4 O caso Maria da Penha e a Lei nº 11.340/2006. 3 SURGIMENTO DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 3.1 Razões da condição de sexo feminino. 3.1.1 Violência doméstica e familiar contra a mulher. 3.1.2 Menosprezo ou discriminação à condição de mulher. 4

APONTAMENTOS DOUTRINÁRIOS CONCERNENTES À NATUREZA JURÍDICA DO FEMINICÍDIO. 4.1 Classificação das qualificadoras do crime de homicídio. 4.2 Correntes doutrinárias alusivas à natureza jurídica do feminicídio. 4.2.1 A natureza subjetiva da qualificadora do feminicídio. 4.2.2 A natureza objetiva da qualificadora do feminicídio. 4.2.3 A natureza híbrida da qualificadora do feminicídio. 4.2.4 Possível solução ao dissenso doutrinário. 5 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO. 5.1 Feminicídio praticado com menosprezo ou discriminação à condição de mulher. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Em que pese a evolução dos valores ligados aos direitos das mulheres, a violência de gênero continua sendo um fenômeno extremamente democrático, que atinge todas as classes sociais e os mais variados níveis de formação. Cuida-se de uma tirania histórica que tem caráter estrutural, perpetuando-se graças à posição de subordinação da mulher frente ao homem patrocinada pela ordem sociocultural patriarcal.

Tal violência costuma se dar dentro de um ciclo que, não raro, encontra o seu ápice na eliminação da vida da mulher, fato que evidencia a necessidade de uma punição mais severa para os homicídios praticados nesse contexto. Contudo, no Brasil, até o ano de 2015, inexistia punição especial para a referida conduta, fazendo com que o homicídio decorrente da violência de gênero recebesse os mais diversos tratamentos quando submetido à íntima convicção soberana dos jurados no Tribunal do Júri, órgão que detém a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Conforme as circunstâncias apresentadas pelo caso concreto, os jurados poderiam qualificar um homicídio cometido contra uma mulher por razões de gênero pela torpeza, pela futilidade, ou, ainda, pela impossibilidade de defesa da vítima. Se, por outro lado, entendessem que eventual ciúme motivador do delito caracteriza motivo de relevante valor moral, poder-se-iam aplicar a causa especial de diminuição de pena consubstanciada no §1º do artigo 121 do Código Penal, configurando o que chama a doutrina de homicídio privilegiado.

Nesse diapasão, foi editada a Lei nº 13.104/2015, responsável por criar uma nova qualificadora para o homicídio, elevando a faixa de fixação da pena quando ele for cometido contra mulher por razões da condição de sexo feminino, acarretando, ademais, a hediondez inerente às modalidades qualificadas da infração penal. A circunstância, que recebeu o *nomen juris* de feminicídio, verifica-se quando o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher ou quando for cometido com menosprezo ou discriminação à condição feminina.

Tão logo o feminicídio foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina pátria começou a divergir em relação à sua natureza jurídica. Enquanto alguns estudiosos acreditam se tratar de circunstância subjetiva, umbilicalmente ligada à motivação do agente para a prática delitiva, outros sustentam o caráter objetivo da qualificadora, afirmando que, para a sua configuração, basta que o crime esteja atrelado à violência doméstica e familiar ou seja perpetrado com menosprezo ou discriminação à condição de gênero.

Existe, ainda, uma terceira corrente que defende a natureza híbrida da circunstância, dividindo os incisos da norma explicativa introduzida pela lei supracitada – o §2º-A do artigo 121 do Código Penal. Para os adeptos desse entendimento, o inciso I, que trata do feminicídio praticado em um contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, revelaria uma natureza objetiva, aferível de forma pragmática. Já o inciso II, que versa sobre o feminicídio cometido com menosprezo ou discriminação à condição de mulher, teria caráter subjetivo, eis que associado ao motivo que levou à prática do crime.

Nada obstante a discussão aparente ser meramente didática, a definição da natureza jurídica de uma circunstância traz diversas consequências práticas. Em se tratando de concurso de pessoas, a qualificadora do feminicídio somente se comunicará ao coautor ou ao partícipe se, além de ter ingressado previamente na esfera de conhecimento do agente, for considerada como de caráter objetivo. Os motivos que qualificam o homicídio, por outro lado, são incomunicáveis, haja vista que a motivação para a prática delitiva é individual.

Ademais, não se admite o reconhecimento concomitante de duas qualificadoras de ordem subjetiva, em observância ao princípio do *non bis in idem*, que estabelece a garantia de que uma mesma circunstância não enseje duas valorações jurídicas. Em decorrência disso, uma vez atribuída ao motivo do crime a condição de qualificadora, o fato não poderá ser novamente valorado pelo magistrado, utilizando a mesma circunstância duas vezes.

Destarte, o reconhecimento do caráter subjetivo do feminicídio impediria a sua imputação conjunta com outras qualificadoras de caráter pessoal, como aquelas concernentes à torpeza ou à futilidade. De igual modo, não poderia ser acolhida a causa especial de diminuição de pena constante do §1º do artigo 121 do Código Penal, que trata do crime praticado por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo após a injusta provocação da vítima, pois esta possui, igualmente, caráter subjetivo.

Outra implicação da definição da natureza jurídica da qualificadora do feminicídio se dá na quesitação realizada na sessão de julgamento do Tribunal do Júri. Nessa oportunidade processual, é realizado um questionário consistente em um conjunto

de perguntas a serem respondidas pelos jurados após os debates realizados em plenário. Tais perguntas são chamadas de quesitos, sendo certo que, ao formulá-los, o Juiz Presidente cuidará de abranger todos os elementos do mérito, elaborando as perguntas em uma ordem pré-definida.

O primeiro quesito deve tratar da materialidade do fato, seguido de indagação sobre a autoria delitiva. Depois, poderá ser formulada uma pergunta relativa à tese de tentativa ou de desclassificação do delito, o que pode afastar a competência do Tribunal do Júri. O próximo quesito é chamado de absolutório genérico, pois permite que os jurados absolvam o acusado pelas mais variadas razões. Na sequência, formula-se questão alusiva às causas de diminuição de pena alegadas pela defesa e, por fim, sobre eventuais qualificadoras ou majorantes reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram viável a acusação.

Nota-se, assim, que a minorante prevista pelo §1º do artigo 121 do Código Penal é votada antes do quesito atinente às qualificadoras. Dessa forma, caso se considere o feminicídio como uma circunstância de cunho subjetivo, o reconhecimento do privilégio faria com que a questão referente à novel qualificadora sequer chegasse a ser enfrentada. Isso porque, conforme já assinalado, a figura do homicídio qualificado-privilegiado somente é admitida quando a qualificadora ostenta natureza objetiva, visto que a minorante possui caráter subjetivo, não podendo, portanto, coexistir com outra circunstância de igual natureza.

Com vistas a dirimir tais questões, indaga-se: a qualificadora do feminicídio ostenta natureza jurídica objetiva, subjetiva ou híbrida? A presente monografia tem como objetivo geral perquirir os apontamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da natureza jurídica do feminicídio, buscando constatar qual é a mais correta aplicação da novel qualificadora segundo a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, órgão do Poder Judiciário responsável por assegurar a uniformidade da interpretação da legislação federal.

Para tanto, foram delineados os seguintes objetivos específicos: apresentar a origem histórica do feminicídio, permitindo compreender a problemática da violência de gênero; analisar o contexto da promulgação da Lei nº 13.104/2015, responsável pela inserção da circunstância no ordenamento jurídico brasileiro, destrinchando também as conjunturas configuradoras da novel qualificadora; e investigar os apontamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da sua natureza jurídica.

Parte-se da hipótese de que a qualificadora do feminicídio é de índole subjetiva, tendo em vista que a verificação do contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher ou do menosprezo ou discriminação à condição de mulher guarda relação com a esfera interna do agente, correspondendo à sua motivação para a prática delitiva. Dizer o

contrário conduziria ao disparate de afirmar que o feminicídio é meio ou modo de execução do crime, revelando-se, dessa maneira, uma circunstância objetiva.

A pesquisa, no que concerne à abordagem, será qualitativa, tratando-se de estudo baseado em dados secundários extraídos da doutrina, da jurisprudência, de artigos científicos e jornalísticos, bem como da legislação vigente acerca do tema. Para alcançar a finalidade almejada, será realizado levantamento bibliográfico sobre a violência contra a mulher, a inserção do feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro e, por fim, os posicionamentos relativos à natureza jurídica da circunstância.

O primeiro capítulo de desenvolvimento deste trabalho apresentará a problemática da violência de gênero e sua histórica construção alicerçada na estrutura patriarcal. Como premissa para a compreensão do problema proposto por este estudo, será abordado o conceito de gênero, a violência presente nas relações de gênero e a luta contra essa violência liderada pelo movimento feminista. Além de convenções e legislações representativas do avanço na igualdade de gênero, traz-se à baila também a história de Maria da Penha Maia Fernandes, que dialetiza com a edição da Lei nº 11.340/2006, marco histórico do direito das mulheres no Brasil.

No capítulo seguinte, analisar-se-á o feminicídio no país, explorando o contexto da promulgação da Lei nº 13.104/2015, responsável pela sua inserção no ordenamento jurídico. Após um breve panorama da positivação do instituto nos Estados ibero-americanos, relata-se alguns posicionamentos doutrinários acerca da assertividade do legislador pátrio, explicando de forma pormenorizada as hipóteses em que restará configurada a qualificadora.

O terceiro capítulo, por sua vez, enuncia os posicionamentos doutrinários relativos à natureza jurídica do feminicídio. Para uma melhor cognição do item, é realizada, inicialmente, uma apresentação da classificação das qualificadoras do homicídio. Depois, passa-se à análise das correntes relativas à natureza jurídica do feminicídio, que se dividem em objetiva, subjetiva e híbrida, demonstrando-se, ainda, uma possível solução ao dissenso doutrinário.

Por fim, o quarto capítulo revela o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, sendo a Corte o órgão responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil. O tópico se inicia com a explanação do entendimento dos tribunais pátrios, que tanto divergiram até que o STJ se pronunciasse. Na sequência, descreve-se o contexto em que se deram as primeiras manifestações da Corte sobre a natureza jurídica do feminicídio, apontando em que sentido caminha a sua jurisprudência até os dias atuais.

2 ORIGEM HISTÓRICA DO FEMINICÍDIO

A compreensão da necessidade de uma tutela diferenciada às mulheres na busca de uma igualdade aristotélica pressupõe a assimilação da problemática da violência de gênero e sua construção histórica patrocinada pelo patriarcalismo. Para tanto, é preciso depreender os papéis sociais de gênero, a violência contra a mulher e a luta encabeçada pelo movimento feminista contra essa violência.

No âmbito brasileiro, se mostra impossível tratar dos temas supramencionados sem trazer à baila a história de Maria da Penha Maia Fernandes, mulher cujos direitos humanos foram violados de forma tão severa ao ponto de ocasionar a condenação internacional do Brasil frente a sua inércia jurídica, culminando na edição da Lei nº 11.340/2006, que tem por objetivo coibir a violência doméstica e familiar contra o gênero feminino.

Nessa toada, o presente capítulo visa a expor, como meio imprescindível para a compreensão do problema proposto por esta monografia, os antecedentes históricos do feminicídio, abarcando tanto a historicidade das demandas apresentadas pelas mulheres, quanto o ciclo da violência de gênero, que, não raro, encontra sua forma mais grave na eliminação da vida da mulher.

2.1 A violência nas relações de gênero

Em primeiro lugar, se faz necessário conceituar gênero, perpassando tal conceito, invariavelmente, pelos papéis sociais atribuídos a cada um dos sexos. Para Guacira Lopes Louro (2007), a teoria do gênero enfatiza a construção social e histórica produzida sobre as características biológicas de um corpo. No mesmo sentido, anota a socióloga Joan Scott que:

O termo "gênero" também é utilizado para designar as relações sociais entre os sexos. Seu uso rejeita explicitamente explicações biológicas, como aquelas que encontram um denominador comum, para diversas formas de subordinação feminina, nos fatos de que as mulheres têm a capacidade para dar à luz e de que os homens têm uma força muscular superior. Em vez disso, o termo "gênero" torna-se uma forma de indicar "construções culturais" - a criação inteiramente social de ideias sobre os papéis adequados aos homens e às mulheres. Trata-se de uma forma de se referir às origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas de homens e de mulheres. "Gênero" é, segundo esta definição, uma categoria social imposta sobre um corpo sexuado. (SCOTT, 1995, p. 75)

E é a repetição cultural que faz com que as características tidas como masculinas e femininas sejam tomadas como inerentes ao indivíduo, revelando o quão tênue é a linha divisória entre natureza e cultura. Com certa frequência, a ideia de gênero se confunde com a noção de sexo, o qual representa a dicotomia binária macho/fêmea, determinada na formação genitália do feto. Nesse diapasão, Juliana Anacleto dos Santos destaca que:

O conceito de gênero é construído como categoria social que interfere no cotidiano das pessoas. Antes mesmo de nascer já são criadas expectativas para o novo indivíduo. A primeira pergunta a nova alma anunciada é: “É menino ou menina?” Da cor do quarto a escolha profissional, as oportunidades de vida já são construídas pela família que o espera. Sua suposta fragilidade ou virilidade já está construída no imaginário social familiar e será levado consigo por toda vida, tendo peso imponderável em suas escolhas pessoais. Mais do que uma identidade apreendida, o gênero desta nova alma estará imerso nas complexas teias das relações sociais, políticas, econômicas e psicológicas entre homens e mulheres; relações estas que fazem parte da estrutura social institucionalizada da sociedade. Esta construção é dada através de processos de socialização e educação dos sujeitos para se tornarem homens ou mulheres e ainda, no estabelecimento dos padrões sociais entre eles. (SANTOS, 2006, p. 8)

Analisando isoladamente o conceito supramencionado, poder-se-ia afirmar que a violência de gênero abarca tanto a violência de homens contra mulheres quanto a de mulheres contra homens, haja vista que se delimita quando é exercida de um sexo sobre o outro. Todavia, a violência presente nas relações de gênero tem como aliada a ordem sociocultural patriarcal, que é responsável por tornar a mulher a vítima preferencial.

Heleieth Saffioti (2004, p. 44) conceitua o patriarcado como “o regime da dominação-exploração das mulheres pelos homens”. Com efeito, ao examinar os papéis sociais de gênero, nota-se uma supervalorização dos papéis masculinos em relação aos femininos. Tal fato propicia uma condição de subordinação da mulher perante o homem, que se vale do patriarcado para situar-se em uma posição privilegiada nas relações de poder, atuando predominantemente na esfera pública, enquanto à mulher é reservada a esfera privada.

De acordo com Maria Cecília de Souza Minayo (2005, p. 118), “os abusos e preconceitos contra as mulheres se fundam no dualismo hierárquico de origem grega que privilegia a mente”, sendo a atribuição da representação da lógica e da razão ao homem um padrão cultural milenar. Em contrapartida, sempre subsistiu um preconceito contra o corpo feminino, que é descrito como o lócus da corporalidade, da emoção, das coisas efêmeras.

Já nesse tempo foi se consolidando a hipossuficiência da mulher, que foi colocada em uma posição de subserviência e passividade frente ao homem, razão pela qual a sociedade patriarcal a enxerga como detentora de menores responsabilidades e importância social. Nessa toada, são toleradas formas de discriminação contra a mulher e disseminadas práticas sociais que autorizam os mais diversos ataques contra a sua integridade, desenvolvimento e liberdade.

Em reforço a esses argumentos, cumpre mencionar o entendimento trazido pela Convenção de Belém do Pará, concluída em 1994, no sentido de que a violência contra a mulher, compreendida como uma modalidade da violência de gênero, constitui uma “ofensa contra a dignidade humana e é manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens”, permeando todos os setores da sociedade e afetando de forma negativa suas próprias bases.

2.2 O ciclo da violência contra a mulher

É cediço que o feminicídio é uma das facetas mais perversas da violência de gênero. Isso porque a violência contra as mulheres se dá, na maioria das vezes, de forma progressiva, tratando-se de um processo cujas primeiras manifestações são bastante sutis, tornando-se gradativamente mais expressivas.

A psicóloga norte-americana Lenore Edna Walker identificou que as agressões perpetradas em um contexto conjugal são periódicas, ocorrendo dentro de um ciclo que é constantemente repetido. Com muita didática, o Instituto Maria da Penha divide esse ciclo em três fases: aumento da tensão, ato de violência e arrependimento e comportamento carinhoso.

Em um primeiro momento, o agressor se mostra tenso e facilmente irritável, tendo acessos de raiva por questões insignificantes. É comum que, nessa fase, a vítima não reconheça o que está havendo, escondendo os eventos das demais pessoas e isentando o agressor de culpa pelo seu comportamento, seja porque atribui a si própria essa culpa ou porque entende ser oriunda de um fato alheio ao casal.

Com o aumento da tensão, é muito provável que a situação evolua para a próxima fase, na qual ocorre a explosão do agressor, que materializa todo o estresse em violência verbal, física, psicológica, moral e/ou patrimonial. Embora consciente do poder destrutivo que o agressor tem em relação à sua vida, é comum que a mulher se sinta paralisada diante da tensão psicológica severa que está sofrendo.

Após esse momento, costuma ocorrer um distanciamento da vítima em relação ao agressor. Este, todavia, se mostra arrependido, tornando-se amável em busca da reconciliação, o que, em geral, se concretiza pela pressão que a mulher sente de manter o

seu relacionamento perante a sociedade. Ademais, é recorrente que os agressores construam uma autoimagem de parceiros perfeitos e ótimos pais, dificultando a constatação da violência pela mulher e diminuindo a credibilidade de uma eventual denúncia.

O casal, finalmente, passa por um período relativamente calmo, satisfazendo a mulher que constata os esforços e a mudança de atitude. Com a demonstração de remorso pelo agressor, a vítima passa a se sentir responsável por ele, estreitando a relação de dependência preexistente. Por fim, a tensão volta a ter lugar e, com ela, as agressões da primeira fase.

Convém salientar que, com o passar do tempo, os intervalos entre uma etapa e outra ficam menores, tendendo as agressões a acontecerem sem obedecer à ordem das fases. Para que o ciclo da violência não termine com o feminicídio, é necessário reconhecê-lo e quebrá-lo, o que somente se mostra possível a partir do fortalecimento de uma rede de apoio à mulher vítima dessa violência.

2.3 A luta contra a violência de gênero encabeçada pelo movimento feminista

A visibilidade da problemática da violência de gênero muito deve ao movimento feminista, o qual, segundo Bueno (2011), resume-se na busca da melhoria da condição de vida das mulheres, eliminando as desvantagens relacionadas ao *status* alcançado pelos homens ao longo da história.

O reconhecimento da maior vulnerabilidade a que se submetem as mulheres tem como marco inicial Olympe de Gouges, pseudônimo da vanguardista Marie Gouze, que, liderando um grupo de teatro formado exclusivamente por mulheres, defendia a emancipação feminina, a instituição do divórcio e o fim da escravatura.

Como resultado da luta por igualdade representada pela Revolução Francesa, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, publicada em 1789, consagrou em seu artigo primeiro o princípio da igualdade, com os seguintes dizeres: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”.

Embora a Declaração tenha representado um grande avanço para a noção de igualdade, as mulheres não foram alçadas à categoria de sujeito de direitos. Buscando corrigir esse erro, Olympe de Gouges apresentou uma Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã à Assembleia Nacional da França, em 1791, cujo artigo primeiro proclamava que “A mulher nasce livre e tem os mesmos direitos do homem. As distinções sociais só podem ser baseadas no interesse comum”.

Os franceses, por óbvio, não estavam preparados para este ato político, que fez com que a dramaturga fosse guilhotinada em 1793, após ser denunciada por ser uma “mulher desnaturada” e, sem direito à advogado, condenada como contra revolucionária. Nada obstante o insucesso do ato, foi aberto um espaço para provocações e questionamentos em relação aos direitos das mulheres.

Com o passar do tempo, outras Olympes surgiram e deram força ao feminismo, que veio a constituir o movimento social mais importante do século XX. Acerca do tema, anota Maria Cecília de Souza Minayo que:

A partir da segunda metade desse século, sua estratégia de ação [do feminismo] se centrou na desconstrução das seculares raízes culturais da inferioridade feminina e do patriarcalismo, nas denúncias das diversas formas de violência, nas tentativas de modificar as leis que mantinham a dominação masculina e na construção de novas bases de relação, protagonizada por mudanças de atitudes e de práticas nas relações interpessoais. (GOMES; MINAYO; SILVA, 2005, p. 119)

A partir da segunda onda feminista, no início da década de 1960, iniciaram-se estudos acerca do gênero na Europa e nos Estados Unidos que aturaram como uma resposta ao determinismo biológico que guiava o processo de diferenciação entre os sexos até então. Na mesma época, o movimento das mulheres vociferou pela incorporação do princípio da igualdade entre homens e mulheres nos estatutos legais.

Apesar de avanços no sentido de garantir a paridade entre os gêneros, as teóricas feministas ainda questionavam a insuficiência dessas conquistas para alcançar uma isonomia material, aduzindo que o idêntico tratamento legal jamais poderia igualar homens e mulheres. Passaram, então, a cobrar mudanças na legislação que propiciassem ao gênero feminino a satisfação de suas necessidades particulares, discussão que possibilitou abordar questões mais profundas como gravidez, violência doméstica e pornografia, temas negligenciados pelas feministas liberais em favor daqueles ligados ao acesso igualitário ao poder econômico.

Pouco depois, a década de 1970 ficou marcada pelos primeiros movimentos feministas que clamavam pela punição dos chamados crimes passionais e pelo abandono do instituto da legítima defesa da honra, comumente invocado quando do julgamento dos agressores de mulheres, que se valem da influência do sexismo reinante na sociedade patriarcal.

Em 1979, as Nações Unidas aprovaram a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), a qual representa um marco da concretização da igualdade material feminina, tratando-se do primeiro tratado

internacional a dispor amplamente sobre os direitos humanos das mulheres. A Convenção estabeleceu um duplo compromisso a ser cumprido pelos Estados-parte: reprimir qualquer forma de discriminação contra a mulher e promover os direitos desta na busca da igualdade de gênero.

De acordo com Flávia Piovesan (2013, p. 268), até dezembro de 2012, a CEDAW contava com a adesão de 187 Estados-partes. Destaca a autora que, refletindo tal dado a maciça ratificação da Convenção pelos países, fica evidenciado “o paradoxo de ser o instrumento que recebeu o maior número de reservas formuladas pelos Estados, dentre os tratados internacionais de direitos humanos”, consistindo a maior parte das reservas em óbices culturais, religiosos e legais à aplicação do artigo 16, que trata da igualdade entre os sexos na seara familiar.

No Brasil, foi na transição dos anos 70 para os anos 80 que a problemática trazida a público e politizada pelo movimento feminista ganhou notoriedade. Nessa época surgiram os primeiros programas desenvolvidos em parceria com o Estado com o intuito de erradicar a violência contra a mulher, podendo-se citar como exemplo a criação de serviços como os oferecidos pelas Delegacias Especializadas de Atendimento às Mulheres, as casas-abrigo e os centros de referência multiprofissionais cujo enfoque era, principalmente, a violência sexual e física cometida por pessoas com quem as vítimas mantinham relação íntima de afeto.

Narra Bueno (2011) que, em meados da década de 1980, o movimento feminista brasileiro se articulou com o objetivo de fundar um órgão representativo dos direitos das mulheres junto ao governo federal. Tal organização culminou na criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, instituído pela Lei nº 7.353/85, que previu como finalidade a promoção de políticas que buscam eliminar a discriminação contra o gênero feminino, bem como assegurar-lhe condições de liberdade e de igualdade de direitos, além de plena participação nas atividades políticas, econômicas e culturais do país.

O Conselho, articulado com vários núcleos do movimento feminista nacional, buscou conscientizar a sociedade civil e a Assembleia Constituinte sobre os direitos da mulher, chegando a elaborar a “Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes”, que descrevia as propostas e reivindicações a serem acolhidas pelo novo texto constitucional. Os anseios do chamado ‘*lobby* do batom’ foram efetivamente atendidos pelo legislador constituinte, que incorporou a dimensão material do princípio da igualdade à ordem constitucional, alçando-o à categoria de objetivo fundamental da República.

Ainda segundo Bueno, considerando todos os dispositivos alusivos à mulher consubstanciados na Magna Carta de 1988, é possível identificar doze eixos temáticos: dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); igualdade formal (*caput* do art. 5º); igualdade genérica entre homens e mulheres, em direitos e obrigações (art. 5º, I); igualdade entre os

sexos em relação a direitos e deveres decorrentes das entidades familiares (art. 226, §§ 3º, 4º e 5º); direitos relativos ao trabalho (art. 7º, XX e XXX); direitos políticos (artigos 14 e 15); igualdade entre os sexos na aquisição da propriedade (art. 183, §1º e art. 189, parágrafo único); direitos relativos à proteção da maternidade (art. 6º, art. 7º, XVIII, art. 201, II, art. 203, I, todos da CR/88 e art. 10, II, *b* do ADCT); igualdade no gozo do direito à educação (art. 206, I); direito à aposentadoria (art. 40, III, *a* e artigo 201, §7º, I e II); direito à participação nos quadros militares (art. 143, §2º); e, finalmente, proteção contra a violência doméstica (art. 226, §8º).

Em 1994, foi realizada a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, comumente chamada de Convenção de Belém do Pará, por ter sido lá concluída. Através dela, foram reforçadas as obrigações estatuídas pela CEDAW, ampliando a previsão de medidas voltadas à erradicação da violência contra a mulher.

Uma vez positivadas as premissas supracitadas na Constituição, teve início um árduo processo de implementação de políticas afirmativas e de adequação da legislação ordinária à nova ordem constitucional. É nesse cenário que nasce a Lei nº 11.340/06, cujo artigo primeiro fundamenta os dispositivos legais no próprio artigo 226, §8º da CR/88, bem como na CEDAW e na Convenção de Belém do Pará.

2.4 O caso Maria da Penha e a Lei nº 11.340/2006

Maria da Penha Maia Fernandes é uma farmacêutica bioquímica graduada pela Universidade Federal do Ceará em 1966. No ano de 1974, Maria da Penha iniciou um mestrado em Parasitologia em Análises Clínicas na Universidade de São Paulo, onde conheceu Marco Antônio Heredia Viveros, um colombiano pós-graduando em Economia. O que viria a ser o seu algoz se apresentava à época como um homem amável, educado e solidário com todos à sua volta, pelo que conquistou a bioquímica.

Pouco tempo depois, Maria da Penha e Marco Antônio iniciariam um namoro, contraindo matrimônio no ano de 1976. Depois do nascimento da primeira filha e da conclusão do mestrado de Maria da Penha, em 1977, eles se mudaram para Fortaleza, cidade natal da jovem mestra. Tudo corria bem até que nasceu a segunda filha do casal, momento em que a história de amor se transformou em um pesadelo.

Quando Marco Antônio obteve a cidadania brasileira e se estabilizou profissional e economicamente, passou a se apresentar como um homem intolerante e agressivo em relação à esposa e às próprias filhas. Narra Maria da Penha que vivenciou o ciclo da violência por várias vezes, tornando-se cada vez mais frequentes o medo, a tensão e as atitudes violentas.

Consoante já explanado pelo presente capítulo, existe uma fase do ciclo da violência doméstica em que o agressor se mostra arrependido e determinado a mudar de atitude. Foi nessa fase, conhecida como “lua de mel”, que Maria da Penha, esperançosa com a reconciliação, deu à luz a sua terceira filha. Nada obstante, Marco Antônio voltou a se portar de forma agressiva, tendo acessos de raiva sem razão aparente.

O ponto alto das agressões ocorreu no dia 29 de maio de 1983, quando Maria da Penha acordou com um tiro nas costas que, segundo o seu marido, havia sido disparado por assaltantes. Em decorrência desse episódio, Maria da Penha ficou paraplégica devido a lesões irreversíveis na terceira e quarta vértebra torácica, laceração na dura-máter e destruição de um terço da medula, além de outras complicações físicas e traumas psicológicos.

Depois de 4 (quatro) meses hospitalizada, Maria da Penha foi mantida em cárcere privado por cerca de 15 (quinze) dias, ocasião em que Marco Antônio tentou eletrocutá-la durante o banho. Nesse ínterim, a família de Maria da Penha providenciou a sua segura saída de casa, dando a ela o apoio jurídico necessário para que sua conduta não configurasse abandono de lar, o que poderia levar à perda da guarda das filhas.

Para a sua surpresa, ao buscar justiça pelo ocorrido, Maria da Penha foi revitimizada pelo Poder Judiciário. O descaso com que o crime foi enfrentado fez com que Marco Antônio somente fosse julgado em 1991, oportunidade em que foi sentenciado à 15 (quinze) anos de prisão, embora tenha aguardado o julgamento dos recursos impetrados em liberdade.

Sentindo-se frustrada pela ineficácia da sua luta por justiça, Maria da Penha decidiu escrever um livro narrando toda a sua história e juntando o andamento processual, o qual recebeu o título “Sobrevivi... posso contar”, vindo a ser publicado em 1994. Ainda assim, Marco Antônio teve sua pena reduzida para 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de prisão por ocasião do julgamento ocorrido no ano de 1996, sendo que, mais uma vez, a pena não foi iniciada.

Em 1997, o livro supramencionado chegou ao conhecimento do Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e do Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM). Enquanto o CLADEM pode ser conceituado como uma rede feminista pelos direitos das mulheres atuante no Caribe e na América Latina, o CEJIL é um consórcio de direitos humanos que visa a plena implementação das normas internacionais de direitos humanos no direito interno dos estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Essas ONGs foram determinantes para que a história de Maria da Penha tomasse uma proporção internacional, uma vez que sugeriram a ela que denunciasse o caso à

Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA. A denúncia fundava-se na negligência com que os casos de violência doméstica eram tratados no Brasil, país que já era signatário de diversos tratados acerca do tema, como o Pacto de San José da Costa Rica, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

Mesmo após receber 4 (quatro) ofícios da CIDH/OEA, o Brasil permaneceu inerte. No entanto, em 2001, o país foi responsabilizado por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica perpetrada contra as mulheres. Na oportunidade, a Comissão recomendou ao Estado brasileiro a conclusão do processamento penal de Marco Antônio Heredia Viveros, a reparação simbólica e material à Maria da Penha, particularmente pela falha em oferecer um recurso rápido e efetivo, e a identificação e execução de um processo de reforma que evite a tolerância estatal em relação à violência doméstica.

Diante das recomendações da OEA, foi formado, em 2002, um consórcio de ONGs feministas para a elaboração de uma lei destinada ao combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Depois de muitos debates, o Projeto de Lei nº 4.559/2004 foi aprovado por unanimidade na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, sendo a Lei nº 11.340 sancionada pelo então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva no ano de 2006.

Embora a prisão de Marco Antônio tenha ocorrido apenas 6 (seis) meses antes da prescrição dos seus crimes, perfazendo-se 19 (dezenove) anos e 6 (seis) meses da luta de Maria da Penha, ela teve a reparação material e simbólica recomendada pela CIDH/OEA. Além de uma indenização recebida pelo Estado do Ceará, a lei *supra* foi batizada com o seu nome, homenageando-a pelo seu empenho contra as violações dos direitos humanos das mulheres.

Desde então, Maria da Penha recebeu um reconhecimento nacional e internacional, atuando ativamente para divulgar a Lei nº 11.340/2006 e contribuir para a conscientização dos operadores do Direito, da classe política e da sociedade sobre a importância da sua correta aplicabilidade. Assim, Maria da Penha acredita que forma multiplicadores, o que também se pretende pela inserção de sua história no presente trabalho.

3 SURGIMENTO DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A curva ascendente da violência contra a mulher por razões de gênero – ou o seu conhecimento por parte do Poder Público – inspirou alguns Estados da América Latina a positivarem o feminicídio em seus ordenamentos jurídicos. Tal movimento se deve,

principalmente, às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos relacionadas à omissão dos Estados na investigação de crimes relacionados à violência de gênero, como aquela proferida no caso Maria da Penha.

Para exemplificar a adesão maciça dos países à positividade do feminicídio a partir dos anos 2000, destaca-se que os seguintes Estados ibero-americanos incorporaram o instituto às suas legislações internas: Costa Rica, em 2007; Guatemala, em 2008; El Salvador, em 2010; Panamá, em 2011; Nicarágua, em 2012; Bolívia e Peru, em 2013; e Venezuela, em 2014. No entanto, apesar da proximidade com que as referidas nações aderiram à positividade do feminicídio, não se percebe uma uniformidade na definição dos elementos do dispositivo legal.

Dispõem Luciana Gebrim e Pablo Borges (2014, p. 7) que, na Bolívia, o instituto foi incorporado ao Código Penal como “uma ação de extrema agressão, que viola o direito fundamental à vida e causa a morte da mulher pelo simples fato de ser mulher”, elencando diversas circunstâncias aptas a caracterizar o feminicídio. Noutra ponta, a Costa Rica o tipifica como a conduta de “quem dê morte a uma mulher com quem mantenha uma relação de matrimônio, em união de fato, declarada ou não”, restringindo bastante o alcance do instituto.

Na Guatemala, estatuiu-se que “quem no marco das relações de poder entre homens e mulheres der morte a uma mulher, por sua condição de mulher” comete feminicídio. Segundo os autores, contudo, as circunstâncias elencadas pela lei são abrangentes demais para terem aplicabilidade, tendo feito o legislador uso de expressões subjetivas, como “misoginia” e “ódio”. A Nicarágua, por sua vez, tipificou o feminicídio como o crime perpetrado pelo homem que, no marco de relações desiguais de poder, dá causa à morte de uma mulher, limitando o sujeito ativo do delito apenas ao indivíduo do sexo masculino.

No Brasil, até o ano de 2015, inexistia punição especial para a eliminação da vida da mulher por razões da condição de sexo feminino, sendo tal conduta tipificada, de forma genérica, como homicídio. Contudo, o fato de o delito constante do artigo 121 do Código Penal já contar, à época, com cinco qualificadoras, isto é, circunstâncias que alteram o intervalo da pena cominada, fazia com que o homicídio decorrente da violência de gênero recebesse os mais diversos tratamentos quando submetido à íntima convicção soberana dos jurados no Tribunal do Júri, órgão que detém a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

De acordo com as circunstâncias apresentadas pelo caso em julgamento, o homicídio cometido contra a mulher por razões de gênero poderia ser qualificado pela torpeza, pela futilidade ou, ainda, pela impossibilidade de defesa da vítima. Se, por outro lado, os jurados entendessem que eventual ciúme motivador do crime configura motivo

de relevante valor moral, poderia ser aplicada ao delito a causa de diminuição de pena prevista no §1º do artigo 121 do estatuto repressivo, comumente chamada de privilegiadora.

A Lei nº 13.104, publicada em 9 de março de 2015, alterou esse cenário a partir da criação de uma nova qualificadora para o crime de homicídio. A circunstância, que recebeu o *nomen juris* de feminicídio, eleva a faixa de fixação da pena quando o delito é cometido contra mulher por razões da condição de sexo feminino.

A proposta que deu origem à lei é da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito⁶⁸ da Violência Contra a Mulher. Instaurada em 2012, a CPMI tinha como objetivo investigar a problemática da violência contra o público feminino no Brasil e apurar denúncias de omissão pelo Poder Público no que tange à aplicação dos instrumentos legais destinados à proteção das mulheres em situação de violência.

O relatório final publicado pela Comissão em 2013 apontou a necessidade de mudanças legais e culturais urgentes para cessar o aumento vertiginoso de homicídios de mulheres por razões de gênero. Conforme pesquisa realizada pelo Mapa da Violência, mais de 92 (noventa e duas) mil mulheres foram mortas no país nos últimos 30 anos, 43 (quarenta e três) mil delas só na última década, o que representa um aumento de 217,6%.

Após um ano e meio de trabalho, a CPMI da Violência Contra a Mulher realizou um verdadeiro diagnóstico da situação da violência de gênero no Brasil, trazendo quase 70 (setenta) recomendações aos mais diversos órgãos e poderes constituídos. Para tanto, foram levantados inúmeros dados relativos ao tema, destacando-se, dentre eles, o fato de que a maioria das mulheres assassinadas no Brasil são mortas pelos seus próprios parceiros.

Diante disso, recomendou-se ao Estado Brasileiro maior atenção em relação ao enfrentamento da problemática da violência contra as mulheres, especialmente para reduzir os feminicídios praticados por parceiros íntimos. Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça foi orientado a ampliar a competência das Varas de Violência Doméstica, de modo que estes sigam com a instrução processual até a fase de pronúncia em caso de crimes dolosos contra a vida praticados contra mulheres em um contexto de violência doméstica e familiar.

⁶⁸ De acordo com o exposto no §3º do artigo 58 da Constituição da República, as Comissões Parlamentares de Inquérito são dotadas de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, podendo ser criadas pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, órgão responsável por promover a responsabilidade civil ou criminal dos infratores. Quando criadas em conjunto por ambas as casas legislativas, recebem o nome de Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI).

Indo mais a fundo, o Grupo de Trabalho sobre Legislação constituído pela CPMI da Violência Contra a Mulher propôs o Projeto de Lei do Senado nº 292/2013, que buscava incorporar o feminicídio às qualificadoras do crime de homicídio. No texto inicial, a circunstância era definida como uma forma extrema de violência de gênero que resulta na morte da mulher, constando da justificativa que “o feminicídio é a instância última de controle da mulher pelo homem: o controle da vida e da morte”.

Ocorre que a redação proposta pela CPMI era um tanto quanto restritiva, exigindo que o delito envolvesse relação íntima de afeto ou parentesco entre a vítima e o agressor, a prática de qualquer tipo de violência sexual contra a vítima ou mutilação ou desfiguração da ofendida. O texto trazia, ainda, a previsão de aplicação da pena sem prejuízo das sanções relativas aos demais crimes conexos ao feminicídio.

Contudo, a Lei nº 13.104/2015, sancionada pela então Presidenta Dilma Rousseff um dia após a data em que se celebra o Dia Internacional da Mulher, ganhou contornos bem diferentes. A lei promulgada define o feminicídio apenas como o homicídio perpetrado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, entendido como aquele que envolve violência doméstica e familiar ou que é praticado com menosprezo ou discriminação à condição feminina, o que permite a ampliação do alcance da novel qualificadora.

A referida lei cuidou também de causas especiais de aumento de pena aplicáveis quando da incidência da qualificadora em apreço, majorando a pena em 1/3 (um terço) até a metade se o delito for cometido durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto, contra pessoa menor de 14 (quatorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência ou na presença de ascendente ou descendente da vítima.

Na busca de melhorar o texto legal, foi editada a Lei nº 13.771/2018, que modificou as referidas majorantes e acrescentou mais uma. Assim, passaram a aumentar a pena do agente o cometimento do delito durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto, contra pessoa menor de 14 (quatorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, portadora de deficiência ou doença degenerativa que acarrete condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental, na presença física ou virtual de ascendente ou descendente da vítima, ou em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do *caput* do artigo 22 da Lei nº 11.340/2006.

Dados do Monitor da Violência – uma parceria entre o G1, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública e o Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo – revelam que quase 5 (cinco) mil feminicídios foram registrados desde que o instituto foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. Verifica-se, ainda, um aumento no número de feminicídios registrados a cada ano, chegando a 1.314 (um mil trezentos e quatorze)

casos só em 2019, ano em que uma mulher foi morta por razões de gênero a cada sete horas, em média.

Em entrevista ao Portal Geledés, a advogada Daniele Duque-Estrada ressalta o cuidado que se deve ter na interpretação dos dados, sendo certo que ainda existe um problema no reconhecimento de alguns casos como feminicídios, o que pode tornar os números ainda mais expressivos. Segundo a professora, antes de ser uma questão jurídica, o feminicídio é um problema sociológico, retratando a Lei nº 13.104/2015 a preocupação do Estado em evitar e coibir tal conduta dentro de um contexto que atenda às diretrizes internacionais.

Ao tratar do tema, Bitencourt (2019) destaca a assertividade do legislador contemporâneo em criar uma qualificadora especial para potencializar o combate à violência de gênero ao invés de incluir um novo tipo penal. Assim, ampliou-se de forma adequada a proteção da mulher vítima de tal violência, garantindo-lhe maior proteção sem incorrer em inconstitucionalidade decorrente de proteção excessiva e discriminatória.

3.1 Razões da condição de sexo feminino

Como visto, incluiu-se no homicídio uma sexta circunstância qualificadora: matar mulher por razões da condição de sexo feminino. Na verdade, a exigência de ser o homicídio cometido por tais razões é o que caracteriza o feminicídio, tendo em vista que se a lei exigisse somente que o sujeito passivo do crime fosse uma mulher a hipótese seria de femicídio.

Com o fito de realizar tal diferenciação, Rogério Sanches (2015) destaca que o feminicídio pressupõe “agressões que tenham como motivação a opressão à mulher”. Pontua, em contrapartida, que configura femicídio matar mulher sem menosprezo ou discriminação à condição de mulher, ainda que dentro da unidade doméstica e familiar. No mesmo sentido, enfatiza Fernando Capez que não se deve confundir feminicídio com femicídio, afirmando que:

Este indica o assassinato de mulheres em sentido amplo, ou seja, qualquer homicídio que tenha como vítima uma mulher, ainda que a motivação seja absolutamente alheia ao gênero. Em contrapartida, o feminicídio caracteriza-se pelo homicídio da mulher motivado justamente por questões de gênero, por razões da condição do sexo feminino. O primeiro é gênero do qual o segundo é espécie, ou seja, todo feminicídio é femicídio, mas não o contrário. (CAPEZ, 2019, p. 130)

Segundo Guilherme Nucci (2020), o elemento caracterizador do feminicídio – razões da condição de sexo feminino – diz respeito, na verdade, ao seu fundamento de criação. Uma vez que o *caput* do artigo 121 do Código Penal já prevê o homicídio cometido contra mulher, sendo certo que o termo “alguém” não difere condição sexual, o legislador se viu obrigado a fundamentar a opção normativa de uma nova qualificadora.

Convém destacar que o Projeto de Lei nº 8305/2014, originado do Projeto de Lei do Senado nº 292/2013, continha, inicialmente, a expressão “gênero”, que, como já explanado pelo presente trabalho, diz respeito a uma distinção baseada nos papéis sociais atribuídos ao homem e à mulher. Contudo, durante os debates ocorridos no curso do processo legislativo, a bancada de parlamentares religiosos do Congresso Nacional fez pressão para que o vocábulo “gênero” fosse substituído por “sexo feminino”, que remonta a noção de características inatas do ponto de vista biológico, sendo tal proposição aceita para viabilizar a aprovação do projeto.

Nada obstante se entenda que a expressão “razões de sexo feminino” está intimamente ligada às razões de gênero, o texto oficial da lei promulgada deu margem à uma discussão acerca dos possíveis sujeitos passivos do delito. O que se questiona, em verdade, é a possibilidade da mulher transsexual ou transgênero, isto é, cujo sexo biológico não corresponde à identidade de gênero, figurar como vítima do crime de homicídio em sua modalidade qualificada pelo feminicídio.

Acerca do tema, Rogério Greco (2019) entende que o critério jurídico é o que traduz a segurança exigida pelo direito penal, de modo que somente a portadora de um registro oficial no qual conste expressamente o seu sexo feminino poderá ser considerada como sujeito passivo do crime em tela. Lado outro, Bitencourt (2019), representando a corrente doutrinária contrária, entende que o substantivo mulher utilizado pela legislação abrange transexuais e travestis que se identifiquem como do sexo feminino.

De toda sorte, a Lei nº 13.104/2015 no intuito de elucidar o que se entende por “razões de sexo feminino”, acrescentou ao artigo 121 do Código Penal o §2º-A, que as elencou como sendo o crime que envolve violência doméstica e familiar contra a mulher ou que é praticado com menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Segue adiante as hipóteses previstas pela legislação.

3.1.1 Violência doméstica e familiar contra a mulher

O primeiro inciso da norma explicativa refere-se ao crime praticado em um contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher. Partindo de uma interpretação

lógico-sistemática⁶⁹, recorre-se para fins de reconhecimento das hipóteses de violência doméstica e familiar ao conceito previsto pela Lei nº 11.340/06, criadora de mecanismos para coibir tal fenômeno.

Em seu artigo 5º, a referida lei, em consonância com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, da qual o Brasil é signatário, define a violência doméstica e familiar contra a mulher como sendo qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico ou dano moral ou patrimonial.

Dispõe a Lei Maria da Penha, ainda, que a violência pode se dar no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto em que o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida. Reforçando essa previsão, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 600, a qual assevera que não se exige coabitação entre autor e vítima para a configuração da agressão em análise.

Apesar do conceito trazido pela legislação, Cezar Roberto Bitencourt adverte que a expressão “violência doméstica e familiar” é inadequada, tendo em vista a exigência de que a situação fática apresente dupla característica. Aduz o autor que, embora seja a regra a violência ocorrer no âmbito doméstico e familiar, ela não é exclusiva, salientando que:

Poderá haver violência doméstica que não se inclua na familiar, v.g., alguém estranho a relação familiar que, por alguma razão, esteja coabitando com o agressor, ou então, que a violência recaia sobre um empregado ou empregada que presta serviços à família etc. Pois essa relação, a despeito de caracterizar-se como doméstica, não é estritamente familiar, e, com a ligação com a preposição aditiva “e”, poderá gerar intermináveis discussões sobre a necessidade de a referida violência abranger as duas circunstâncias, “doméstica e familiar”, em obediência ao princípio da tipicidade estrita. (BITENCOURT, 2019, p. 99)

Com a devida vênia, não assiste razão ao doutrinador, eis que a expressão “violência doméstica e familiar” apenas faz referência à Lei Maria da Penha, que se utiliza de igual termo para definir esse triste fenômeno em seu artigo 5º. Dessa forma, logrou êxito o legislador em atender à boa técnica jurídica, garantindo a harmonia do ordenamento pátrio.

⁶⁹ Segundo Marcelo Mazotti (2010), é o método de interpretação que visa coordenar a norma interpretada com todo o ordenamento jurídico, com o fito de manter a integridade e a coerência da legislação.

3.1.2 Menosprezo ou discriminação à condição de mulher

No que tange ao menosprezo à condição de mulher para fins de caracterização da qualificadora do feminicídio, esclarece Rogério Greco (2019, p. 41) que ele “pode ser entendido no sentido de desprezo, sentimento de aversão, repulsa, repugnância à uma pessoa do sexo feminino”. No mesmo sentido, aduz Alice Bianchini (2016, p. 206) que “há menosprezo quando o agente pratica o crime por nutrir pouca ou nenhuma estima ou apreço pela mulher vítima”.

Embora o feminicídio mais comum seja aquele perpetrado por um parceiro íntimo da ofendida, nesses casos, a vítima pode ser até mesmo uma mulher desconhecida do agente. Isso porque a misoginia revelada pelo menosprezo à condição de mulher prescinde de qualquer vínculo anterior ao delito, tratando-se de um sentimento de aversão patológico pelo feminino.

Noutra ponta, a discriminação à condição feminina tem, segundo Greco (2019), o sentido de tratar de forma diferente, distinguindo pela simples condição de mulher da vítima. Elucidando o tema, Alice Bianchini (2016, p. 206) dá os seguintes exemplos de feminicídio discriminatório: “matar mulher por entender que ela não pode estudar, por entender que ela não pode dirigir, por entender que ela não pode ser diretora de uma empresa, por entender que ela não pode pilotar um avião etc.”

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 1979) define a discriminação contra a mulher como toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher dos direitos humanos e liberdades fundamentais, independentemente do âmbito em que se derem tais restrições.

Elucida Mariana Bueno (2011) que, até a promulgação da CEDAW, a igualdade entre os gêneros resumia-se em outorgar ao gênero feminino os mesmos direitos de que gozam os homens, garantindo às mulheres uma proteção especial apenas no que concerne às questões ligadas à sua função reprodutora. Aduz a autora, no entanto, que:

O conceito de discriminação contra a mulher trazido pela CEDAW, todavia, reformula essa noção, afirmando que a igualdade jurídica entre os homens e as mulheres não se reduz a um problema de semelhanças ou diferenças entre os sexos. A Convenção propõe que mulheres e homens são igualmente diferentes e que o tratamento igualitário não está em tratar a mulher como o homem, mas em reconhecer que será discriminatório todo tratamento que tenha por resultado a desigualdade. (BUENO, 2011, p. 67)

4 APONTAMENTOS DOUTRINÁRIOS CONCERNENTES À NATUREZA JURÍDICA DO FEMINICÍDIO

Tão logo o feminicídio foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina pátria começou a analisar qual seria a natureza jurídica da novel qualificadora: subjetiva ou objetiva. Cinco anos após a promulgação da Lei nº 13.104/2015, o tema ainda constitui questão controvertida entre os estudiosos, sendo certo que definir tal natureza é o ponto central do problema proposto pela presente monografia.

Consoante assinalado anteriormente, embora a discussão aparente ser puramente didática, dela decorrem diversas consequências práticas. A depender da natureza jurídica adotada, modificam-se questões alusivas à comunicabilidade da qualificadora a eventuais coautores ou partícipes do crime; à possibilidade de feminicídio privilegiado; à quesitação no Tribunal do Júri; e à coexistência da qualificadora do feminicídio com as qualificadoras do motivo torpe ou do motivo fútil, que são subjetivas.

Nesse viés, serão abordados os três posicionamentos enunciados pela doutrina acerca da matéria: o que concebe o feminicídio como uma qualificadora de caráter subjetivo; o que o considera uma circunstância objetiva; e o que defende a sua natureza híbrida, dividindo as hipóteses elencadas pela norma explicativa do §2º-A do Código Penal, de modo que o cenário apresentado pelo inciso I teria caráter objetivo e a conjuntura explicitada no inciso II seria de ordem subjetiva.

Para uma melhor compreensão do tema, contudo, é essencial o conhecimento da classificação das qualificadoras do homicídio realizada pela doutrina, bem como do porquê de elas serem consideradas como circunstâncias e não como elementares do crime. Diante disso, o presente capítulo será dividido em duas partes, tratando-se primeiro da classificação das circunstâncias qualificadoras do homicídio, e explanando-se, em seguida, propriamente os apontamentos doutrinários relacionados à natureza jurídica do feminicídio.

4.1 Classificação das qualificadoras do crime de homicídio

O homicídio é considerado qualificado quando cometido dolosamente em uma das hipóteses contidas no §2º do artigo 121 do Código Penal, condutas as quais a lei comina pena de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão, ao passo que o homicídio simples, previsto no *caput* do mesmo artigo, tem pena cominada em 6 (seis) a 20 (vinte) anos. Ademais, sendo o homicídio qualificado, tem ele natureza hedionda, nos termos do artigo 1º, I da Lei nº 8.072/90.

Estatui Rogério Greco (2019) que as qualificadoras devem ser consideradas como circunstâncias, e não como elementares do tipo. As elementares, segundo Estefam e

Gonçalves (2019, p. 194), correspondem aos “dados essenciais da figura típica, sem os quais não há crime, ou, ainda, cuja ausência provoca o surgimento de outro delito”.

O homicídio simples tem como elementares “matar” e “alguém”, acarretando a exclusão de uma delas a atipicidade do fato ou a desclassificação para outro crime. A conduta de eliminar a vida de um objeto ao invés de uma pessoa, por exemplo, não corresponde a qualquer tipo penal, fazendo com que o fato não seja considerado crime ante a falta de tipicidade penal. Noutra ponta, o ato de, intencionalmente, lesionar uma pessoa ao invés de matá-la, faz com que o delito seja desclassificado para aquele previsto no artigo 129 do estatuto repressivo.

Já as circunstâncias, ainda segundo Estefam e Gonçalves, são “dados acessórios da figura típica que, agregados ao tipo fundamental, influem na quantidade da pena”. Elucida Greco (2019, p. 568) que “a existência ou não de uma circunstância em nada interfere na definição da figura típica, tendo a sua importância limitada ao aumento ou diminuição da pena de uma determinada infração penal”.

A título de exemplo, o cometimento mediante recurso que dificulta a defesa do ofendido previsto no inciso IV do §2º do artigo 121 constitui circunstância do homicídio, haja vista o aumento da faixa de fixação de pena estabelecida no *caput*. Em contrapartida, o motivo de relevante valor moral ou social contido no §1º diminui a pena-base do delito, revelando-se, outrossim, circunstância do crime de homicídio.

Ao contrário do que ocorre com as elementares do delito, o afastamento de uma circunstância não implica a atipicidade do fato ou a alteração da sua denominação jurídica. A exclusão tão somente incidirá no grau de reprovabilidade da conduta, podendo aumentar ou diminuir o patamar mínimo da pena cominada ao delito.

Em seu artigo 30, o Código Penal faz menção às circunstâncias de caráter pessoal, levando o intérprete da lei a concluir pela existência de uma divisão entre as circunstâncias dos crimes. Nessa esteira, a doutrina costuma classificar as qualificadoras do homicídio em objetivas e subjetivas, o que acarreta importantes consequências práticas.

Também chamadas de qualificadoras de caráter real, as circunstâncias objetivas, segundo o entendimento de Estefam e Gonçalves (2019, p. 194), traduzem “dados de natureza concreta, perceptíveis sensorialmente”. Sem embargo, destaca Nucci (2020) a importância de detectar, no ânimo do agente, a vontade de concretizar as qualificadoras de caráter objetivo, devendo o dolo do sujeito ativo envolver todos os elementos objetivos do tipo penal.

Alice Bianchini (2016, p. 205) enuncia que tais circunstâncias são aquelas “associadas à infração penal em si, tais como o meio, o modo de execução do crime e o

tipo de violência empregado”. Por sua vez, Damásio de Jesus (1999, apud GRECO, p. 26) classifica como circunstância objetiva também aquelas que se relacionam com o tempo, ocasião, lugar, objeto material e qualidades da vítima.

Particularmente em relação ao homicídio, Cezar Roberto Bitencourt (2019) entende como circunstâncias objetivas o emprego de meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum, e a utilização de recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido, eis que tais hipóteses se relacionam aos meios e modos de execução do delito.

Insta salientar que, na hipótese de concurso de pessoas, as circunstâncias em apreço se comunicam aos concorrentes, conforme depreende-se, *a contrario sensu*, da regra constante do artigo 30 do estatuto repressivo. Contudo, de acordo com os ensinamentos de Damásio de Jesus (1999, apud GRECO, p. 27), a circunstância objetiva “não pode ser considerada no fato do partícipe se não entrou na esfera de seu conhecimento”.

As qualificadoras de ordem subjetiva, por sua vez, representam “dados de natureza anímica ou psíquica” que se referem à intenção do agente, conforme estatuem Estefam e Gonçalves (2019, p. 194). No mesmo sentido, Alice Bianchini (2016, p. 205) afirma que se tratam de circunstâncias “vinculadas à motivação e à pessoa do agente e não ao fato por ele praticado”. Ao proceder à distinção entre circunstâncias qualificadoras de ordem subjetiva e objetiva, Damásio de Jesus elucida que:

Circunstâncias subjetivas (de caráter pessoal) são as que só dizem respeito à pessoa do participante, sem qualquer relação com a materialidade do delito, como os motivos determinantes, suas condições ou qualidades pessoais e relações com a vítima ou com outros concorrentes. (JESUS, 1999, apud GRECO, p. 26-27)

Cezar Roberto Bitencourt (2019) divide as circunstâncias de ordem subjetiva entre as relacionadas aos motivos do agente e as alusivas aos fins por ele almejados. No que tange às qualificadoras clássicas do homicídio, isto é, àquelas existentes desde a promulgação do Código Penal em 1940, ostentam natureza subjetiva os delitos cometidos por motivo fútil ou torpe, ou para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime.

Já no que concerne ao homicídio perpetrado contra integrantes de órgãos da segurança pública no exercício ou em razão das funções, bem como contra seus familiares, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 13.142/2015, Rogério Greco (2019) entende se tratar de uma qualificadora motivacional e, portanto, de caráter subjetivo.

Em consonância com o artigo 30 do Código Penal, Bitencourt assevera que os motivos que qualificam o homicídio, em caso de concurso de agentes, são incomunicáveis, haja vista que a motivação é individual, e as qualificadoras não constituem elementares típicas. Ademais, não se admite a imputação conjunta de duas qualificadoras subjetivas, em atenção ao princípio do *non bis in idem*, que estabelece a garantia de que uma mesma circunstância não enseje duas valorações jurídicas.

4.2 Correntes doutrinárias alusivas à natureza jurídica do feminicídio

Superado o ponto relativo à classificação das circunstâncias qualificadoras do homicídio, passa-se à análise dos apontamentos doutrinários alusivos à natureza jurídica da qualificadora do feminicídio em específico. Tal natureza pode ser definida como o princípio ou a essência de um instituto jurídico, cuja descoberta destina-se a situá-lo dentro de determinada categoria. Em termos mais simples, definir a natureza jurídica de um instituto equivale a responder à pergunta “o que isso representa para o Direito?”.

Enquanto alguns estudiosos concebem o feminicídio como uma circunstância subjetiva, outros sustentam o caráter objetivo da qualificadora, existindo, ainda, uma corrente que defende a natureza híbrida da circunstância, dividindo os incisos da norma explicativa introduzida pela Lei nº 13.104/2015 – o §2º-A do artigo 121 do Código Penal. A seguir, analisar-se-á cada um desses posicionamentos, demonstrando, na sequência, uma possível solução ao dissenso doutrinário instaurado.

4.2.1 A natureza subjetiva da qualificadora do feminicídio

A primeira corrente doutrinária apresentada é a que classifica o feminicídio como uma qualificadora de natureza exclusivamente subjetiva. Fernando Capez (2019, p. 129) defende a subjetividade da circunstância ao pontuar sua relação com a esfera interna do agente. Segundo o professor, a qualificadora do feminicídio não poderia ser considerada como objetiva, porquanto não está relacionada com o modo ou o meio de execução do delito.

Cuida-se, assim, de circunstância de caráter pessoal que, nos termos do artigo 30 do estatuto repressivo, não se comunica aos demais agentes no caso de concurso de pessoas. Dispõe Capez, ainda, que “não existirá feminicídio privilegiado, pois só se admite crime de homicídio qualificado-privilegiado quando a qualificadora for de natureza objetiva”.

No mesmo sentido, ressalta Luiz Flávio Gomes (2015) que quando o corpo de jurados do Tribunal do Júri reconhece a causa de diminuição de pena prevista pelo §1º do artigo 121 do Código Penal fica automaticamente afastada a tese do feminicídio. Para o autor, “é impossível pensar num feminicídio, que é algo abominável, reprovável,

repugnante à dignidade da mulher, que tenha sido praticado por motivo de relevante valor moral ou social ou logo após injusta provocação da vítima”.

Rogério Sanches Cunha (2015) assevera que a qualificadora do feminicídio é claramente subjetiva, tendo em vista que pressupõe motivação especial consistente no menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Igual posição compartilha Alice Bianchini, a qual defende que:

A qualificadora do feminicídio é nitidamente subjetiva. Uma hipótese: mulher usa minissaia. Por esse motivo fático o seu marido ou namorado a mata. E mata-a por uma motivação aberrante, a de presumir que a mulher deve se submeter ao seu gosto ou apreciação moral, como se dela ele tivesse posse, reificando-a, anulando-lhe opções estéticas ou morais, supondo que à mulher não é possível contrariar as vontades do homem. Em motivações equivalentes a essa há uma ofensa à condição de sexo feminino. O sujeito mata em razão da condição do sexo feminino, ou do feminino exercendo, a seu gosto, um modo de ser feminino. Em razão disso, ou seja, em decorrência unicamente disso. Seria uma qualificadora objetiva se dissesse respeito ao modo ou meio de execução do crime. A violência de gênero não é uma forma de execução do crime; é, sim, sua razão, seu motivo. (BIANCHINI, 2016, p. 216)

Em reforço ao seu posicionamento, Bianchini salienta que antes do advento da Lei nº 13.104/2015 as condutas delituosas que hoje configuram o feminicídio eram, quando trazidas ao processo criminal brasileiro, enquadradas em qualificadoras de natureza subjetiva – geralmente, motivo torpe ou motivo fútil.

Seguindo o mesmo posicionamento, Francisco Dirceu Barros (2015) salienta que “a violência doméstica, familiar e também o menosprezo ou discriminação à condição de mulher não são formas de execução do crime, e sim a motivação delitiva”. Estefam e Gonçalves (2019, p. 124), ao defender o caráter subjetivo da qualificadora, prelecionam que “não basta que a vítima seja mulher, sendo necessário, de acordo com o texto legal, que o delito seja motivado pela condição de sexo feminino”.

Para Bitencourt (2019, p. 99), o próprio móvel da conduta é o menosprezo ou a discriminação à mulher, sendo certo que na norma contida no inciso I do §2º-A o legislador presume tal menosprezo ou discriminação, revelado pela vulnerabilidade da mulher vítima de violência doméstica ou familiar. Aduz o autor que na hipótese prevista pelo inciso II é também móvel do crime “a vulnerabilidade da mulher tida, física e psicologicamente, como mais frágil, que encoraja a prática da violência por homens covardes, na presumível certeza de sua dificuldade em oferecer resistência contra o agressor machista”.

Por fim, José Nabuco Filho (2015, p. 208) dispõe que “o feminicídio é uma qualificadora de natureza subjetiva, que se configura se o autor matar a mulher motivado por sua condição feminina”. Nesse sentido, ressalta a inutilidade do supracitado §2º-A, afirmando que ele induz a uma interpretação equivocada de que o feminicídio seria uma qualificadora objetiva, contradizendo a definição da própria qualificadora.

4.2.2 A natureza objetiva da qualificadora do feminicídio

Por outro lado, tem ganhado força a corrente doutrinária que compreende o feminicídio como uma circunstância qualificadora de caráter objetivo. Defendendo tal vertente, Rogério Greco (2019, p. 93) preceitua que “o feminicídio deve ser considerado como uma qualificadora de natureza objetiva, uma vez que o inciso VI do §2º do art. 121 do Código Penal somente exige, para a sua configuração, que o homicídio seja praticado contra mulher por razões da condição de sexo feminino”.

Na mesma toada, Nucci (2020) dispõe que a qualificadora do feminicídio se liga ao gênero da vítima: ser mulher. Refutando alguns dos argumentos contrários à classificação por ele adotada, advoga que a utilização, pela lei, da expressão “razões de condição de sexo feminino” não revela qualquer natureza subjetiva na qualificadora, não sendo essa a motivação do homicídio. Este, na verdade, é cometido por motivos variados, tais como ódio, raiva, ciúme, disputa familiar, prazer, sadismo, que podem ser torpes, fúteis ou moralmente relevantes.

Segundo o autor, o prisma do feminicídio é matar a mulher por razões da condição de sexo feminino, salientando que a condição de fragilidade da mulher frente ao homem possui natureza objetiva. Nucci trata ainda da possibilidade de coexistência entre a qualificadora do feminicídio e circunstâncias de cunho subjetivo, afirmando que:

Sendo objetiva, pode conviver com outras circunstâncias de cunho puramente subjetivo. Exemplificando, pode-se matar a mulher, no ambiente doméstico, por motivo fútil (em virtude de uma banal discussão entre marido e esposa), incidindo duas qualificadoras: ser mulher e haver motivo fútil. Essa é a real proteção à mulher, com a inserção do feminicídio. Do contrário, seria inútil. Fosse meramente subjetiva (ou até objetivo-subjetiva como pretendem alguns), considerar-se-ia o homicídio suprailustrado como feminicídio apenas. E o motivo do agente? Seria desprezado por completo? O marido/companheiro/namorado mata a mulher porque se sente mais forte que ela, o que é objetivo, mas também porque discutiu por conta de um jantar servido fora de hora (por exemplo). (...) Sob outro aspecto, a qualificadora é objetiva, permitindo o homicídio *privilegiado-qualificado*. O agente mata a mulher em

virtude de violenta emoção seguida de injusta provocação da vítima. O companheiro surpreende a companheira tendo relações sexuais com o amante em seu lar, na frente dos filhos pequenos. Violentamente emocionado, elimina a vida da mulher porque é mais forte – condição objetiva, mas o faz porque ela injustamente o provocou. Podem os jurados, levado o caso a julgamento, reconhecer tanto a qualificadora de crime contra a mulher assim como a causa de diminuição do § 1.º do art. 121. (NUCCI, 2020, p. 613)

Por sua vez, Amom Albernaz Pires (2015), também defendendo a natureza objetiva da qualificadora do feminicídio, argumenta que a circunstância descreve um tipo específico de violência contra a mulher. O autor ressalta que as razões da condição de sexo feminino não constituem o móvel imediato da conduta, de modo que as hipóteses previstas pelo §2º-A do artigo 121 do Código Penal não se confundem com o contexto fático caracterizador da violência de gênero, podendo o agressor agir impelido por diversas motivações.

Desse modo, caberá ao Conselho de Sentença do Tribunal do Júri realizar mera avaliação objetiva da presença de uma das hipóteses legais de feminicídio: violência doméstica e familiar contra a mulher ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Preleciona, ademais, que tal avaliação objetiva já ocorre na verificação, pelo Magistrado, da incidência da agravante contida no artigo 61, II, *f*, parte final do estatuto repressivo, o qual prevê a exasperação da pena quando o agente cometer o crime com violência contra a mulher, salientando que a agravante genérica ficará prejudicada em caso de configuração da qualificadora do feminicídio, sob pena de *bis in idem* vedado pelo *caput* do artigo 61.

Se acolhidos tais argumentos, a conclusão é pela possibilidade de feminicídio privilegiado ante a compatibilidade das qualificadoras de ordem objetiva com a causa de diminuição de pena contida no §1º do artigo 121 do Código Penal. Assim, ainda que os jurados reconheçam a incidência do privilégio, o Magistrado deverá submeter à votação o quesito concernente à qualificadora do feminicídio.

Para Amom, entender que o acolhimento da minorante é incompatível com a qualificadora do feminicídio, ao fundamento de que esta teria natureza subjetiva, conduziria ao disparate de se estar diante de um caso típico de violência de gênero e o quesito atinente ao feminicídio sequer chegar a ser votado pelo Conselho de Sentença, pois foi acatado o privilégio em momento anterior.

4.2.3 A natureza híbrida da qualificadora do feminicídio

Conforme já exposto, a configuração da qualificadora do feminicídio exige que o homicídio tenha ocorrido por razões da condição de sexo feminino. Contudo, optou o legislador, quando da edição da Lei nº 13.104/2015, por redigir uma norma explicativa – o §2º-A do artigo 121 do Código Penal – separando essas razões em dois incisos, de modo que o primeiro versou sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher e o segundo sobre o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher.

Ocorre que tais requisitos legais são alternativos, bastando a ocorrência de uma das situações supracitadas para se configurar a modalidade qualificada do crime de homicídio. Nesse sentido, surgiu, em contraponto com os posicionamentos anteriores, uma corrente doutrinária segundo a qual a qualificadora do feminicídio teria natureza híbrida, dividindo as hipóteses elencadas no §2º-A.

Seguindo essa linha, César Dário Mariano da Silva (2015) aduz que a qualificadora em apreço tanto pode ter natureza objetiva quanto subjetiva. Isso porque o feminicídio pode estar presente quando a conduta envolver violência doméstica e familiar contra a mulher (§2º-A, I), que diz respeito ao modo de execução do crime, ou quando for praticada com menosprezo ou discriminação à condição de mulher (§2º-A, II), sentimentos referentes ao motivo do delito.

Tratando da possibilidade do agente agir impelido por motivo de relevante valor moral e cometer o crime envolvendo violência doméstica e familiar, o autor afirma que poderá ser reconhecido o homicídio qualificado-privilegiado, dada a natureza objetiva da qualificadora em comento. Se, por outro lado, o agente matar uma mulher sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima, não poderá ser reconhecida a qualificadora do crime cometido em virtude de menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Igual posicionamento sustentam Everton Zanella, Marcio Escudeiro, Márcio Friggi e Virgílio Amaral (2015) ao afirmarem que “a primeira ilação obtida da análise do conceito jurídico de violência doméstica e familiar é que, nessa vertente, a qualificadora tem natureza objetiva”. Para os membros do Ministério Público de São Paulo, nada obstante a disposição remeta à noção de motivação quando trata das razões da condição de sexo feminino, as definições contidas na Lei nº 11.340/2006 sinalizam contexto de violência de gênero, consubstanciando este um quadro fático-objetivo, e não subjetivo.

Noutra ponta, ao analisar o inciso II do §2º-A, os autores sustentam que o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher configuram o motivo imediato do crime, independentemente do cenário no qual se deu o delito, revelando a natureza subjetiva da circunstância identificada no inciso. Nessa hipótese, o feminicídio poderia se

conjugar com as qualificadoras objetivas de meio e de modo de execução do delito, mas nunca com aquelas indicativas de outros motivos diretos do crime.

Além disso, sendo as causas de diminuição de pena votadas pelos jurados antes das qualificadoras, conforme o disposto no artigo 483 do Código de Processo Penal, eventual acolhimento de tese de homicídio privilegiado prejudicaria o quesito concernente à qualificadora do feminicídio caso o crime tenha sido perpetrado nos termos do artigo 121, §2º-A, inciso II do Código Penal. Todavia, no caso de feminicídio decorrente de violência doméstica ou familiar, a solução é outra, eis que a qualificadora de ordem objetiva pode coexistir com a minorante, que possui natureza subjetiva.

De mais a mais, o coautor ou partícipe de feminicídio responderá pela modalidade qualificada se o crime for cometido em contexto de violência doméstica ou familiar, desde que tal cenário tenha ingressado na sua esfera de conhecimento. Sob outro prisma, a conduta motivada pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher não se comunica ao concorrente, visto que se trata de circunstância de caráter pessoal. Em decorrência disso, o agente, ainda que impelido pela mesma razão, concorre no feminicídio por motivo próprio e não em virtude das regras de comunicabilidade constantes do artigo 30 do Código Penal.

4.2.4 Possível solução ao dissenso doutrinário

Além do reconhecimento da natureza híbrida da qualificadora do feminicídio, há uma outra possível solução à controvérsia observada na doutrina. A hipótese foi levantada por Francisco Dirceu Barros, Procurador Geral de Justiça do Estado do Pernambuco, filiado à corrente segundo a qual o feminicídio é uma qualificadora de índole subjetiva, estando umbilicalmente ligado à motivação do agente.

Aponta o autor que, nada obstante a adoção da natureza objetiva do feminicídio pareça interessante para fortalecer o combate à morte de mulheres, ele conduziria a duas conclusões práticas perigosas. Em primeiro lugar, sendo o feminicídio uma circunstância de natureza objetiva, seria possível a sua imputação conjunta com qualificadoras de ordem subjetiva, dentre elas a relativa ao motivo torpe.

Partindo da definição da torpeza como o fundamento baixo, desprezível, abjeto, que repugna a coletividade, pergunta o autor: matar uma mulher por razões da condição de sexo feminino, revelando um menosprezo ou discriminação à condição de gênero, já não seria algo desprezível? Caso se entenda que sim, deve-se concluir que o feminicídio já traz em sua essência o conceito de torpeza, acarretando *bis in idem* a cumulação das duas qualificadoras.

Ademais, tendo em vista que o concurso entre a causa de diminuição de pena prevista no §1º do artigo 121 do Código penal e as qualificadoras objetivas é aceito pela jurisprudência dos tribunais superiores, defender o caráter objetivo do feminicídio abriria espaço para o que o autor chama de “inaceitável e maquiavélica consolidação do feminicídio privilegiado: o privilégio de matar mulheres”.

Ante o exposto, entende o Procurador-Geral que a única solução plausível para que matar mulher por razões de gênero não seja um fato fomentador de privilégio é a retirada da circunstância das qualificadoras do homicídio, tornando-se um crime autônomo com pena igual à do latrocínio, isto é, de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos de reclusão.

Dessa forma, não haveria a possibilidade de incidência do privilégio, tampouco de coexistência com a qualificadora alusiva à torpeza, eis que as circunstâncias previstas pela Parte Especial do Código Penal somente se aplicam aos tipos fundamentais a que estão atreladas. Por mais esdrúxula que possa parecer a solução proposta por Barros, essa pode se apresentar como a única forma de garantir maior punição aos agressores de mulheres, sem, contudo, admitir o disparate revelado por um feminicídio privilegiado.

5 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO

Assim como a doutrina, a jurisprudência também diverge em relação à natureza jurídica da qualificadora do feminicídio. Enquanto alguns tribunais entendem se tratar de uma circunstância subjetiva, relacionada à motivação do agente, outros concebem o feminicídio como uma qualificadora estritamente objetiva.

Desde o primeiro ano de vigência da Lei nº 13.104, há registros de decisões defendendo uma ou outra natureza. No dia 15 de março de 2015, apenas uma semana após a inserção do feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro, ocorreu, na Ceilândia, região administrativa do Distrito Federal, um homicídio cometido por razões de gênero.

Segundo consta nos autos, o acusado esfaqueou a própria companheira por não gostar que ela trabalhasse à noite em um local frequentado por homens. No entanto, o Tribunal do Júri da Ceilândia o pronunciou por infringir o artigo 121, §2º, inciso I do Código Penal, afastando o feminicídio por entender que a condição feminina já estaria incluída no contexto da torpeza, de modo que não seria possível reconhecer a qualificadora do feminicídio sem incidir em *bis in idem*, isto é, sem impor mais de uma punição pelo mesmo fato.

O Ministério Público, contudo, recorreu de tal decisão, pleiteando a sua reforma para incluir o feminicídio nas qualificadoras do delito. Ao dirimir a controvérsia, a 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios decidiu pelo caráter

objetivo do feminicídio, admitindo, assim, a sua cumulação com a qualificadora alusiva ao motivo torpe, que tem natureza subjetiva. Veja-se abaixo:

PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RÉU PRONUNCIADO POR HOMICÍDIO COM MOTIVO TORPE. MORTE DE MULHER PELO MARIDO EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. PRETENSÃO ACUSATÓRIA DE INCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO. PROCEDÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA. 1 Réu pronunciado por infringir o artigo 121, § 2º, inciso I, do Código Penal, depois de matar a companheira a facadas motivado pelo sentimento egoístico de posse. 2 Os protagonistas da tragédia familiar conviveram sob o mesmo teto, em união estável, mas o varão nutria sentimento egoístico de posse e, impelido por essa torpe motivação, não queria que ela trabalhasse num local frequentado por homens. **A inclusão da qualificadora agora prevista no artigo 121, § 2º, inciso VI, do Código Penal, não poderá servir apenas como substitutivo das qualificadoras de motivo torpe ou fútil, que são de natureza subjetiva, sob pena de menosprezar o esforço do legislador. A Lei 13.104/2015 veio a lume na esteira da doutrina inspiradora da Lei Maria da Penha, buscando conferir maior proteção à mulher brasileira, vítima de condições culturais atávicas que lhe impuseram a subserviência ao homem. Resgatar a dignidade perdida ao longo da história da dominação masculina foi a *ratio essendi* da nova lei, e o seu sentido teleológico estaria perdido se fosse simplesmente substituída a torpeza pelo feminicídio. Ambas as qualificadoras podem coexistir perfeitamente, porque é diversa a natureza de cada uma: a torpeza continua ligada umbilicalmente à motivação da ação homicida, e o feminicídio ocorrerá toda vez que, objetivamente, haja uma agressão à mulher proveniente de convivência doméstica familiar.** 3 Recurso provido. (TJDFT - RSE 20150310069727, Relator Desembargador George Lopes Leite, 1ª Turma Criminal, julgado em 29/10/2015, publicado no DJe em 11/11/2015 – destaques não originais)

Em sentido contrário, a natureza subjetiva do feminicídio foi reconhecida pela 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo em decisão proferida em 10 de novembro de 2016. No julgado, o Relator Laerte Marrone asseverou que não se trata de uma qualificadora cujo suporte fático limita-se à mulher como vítima, o que lhe daria feição objetiva. Segundo o Desembargador, o tipo penal exige que o sujeito ativo aja

movido pela intenção de cometer o crime em razão do gênero, imiscuído na ideia de submissão e inferioridade feminina⁷⁰.

Noutra ponta, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, em decisão prolatada em 10 de novembro de 2017, entendeu pelo cunho objetivo da novel qualificadora. De acordo com o Desembargador João Bosco de Oliveira Seixas, o que se pretende no feminicídio é, objetivamente, punir de forma mais severa o agente que se aproveita de uma cultura de inferioridade da mulher para retirar-lhe a vida.

Dessa forma, se, além dessa circunstância, o crime for motivado pela torpeza ou pela futilidade, deve ser mais uma vez qualificado. Para o Magistrado, o feminicídio é aferível de forma pragmática, bastando que a morte esteja vinculada à violência doméstica e familiar ou ao menosprezo ao gênero feminino, ao passo que a torpeza e a futilidade são extraídas do motivo do crime, possuindo, portanto, natureza subjetiva⁷¹.

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, nada obstante já tenham sido defendidas ambas as correntes⁷², preponderava, nos primeiros anos de vigência da Lei nº 13.104/2015, o entendimento de que a qualificadora do feminicídio teria caráter subjetivo. Em diversos julgados⁷³, decidiu-se pela ocorrência de *bis in idem* na cumulação das qualificadoras do motivo fútil ou do motivo torpe com o feminicídio, sendo todas ligadas à motivação do agente, o que impediria que elas fossem concomitantemente reconhecidas.

70 TJSP - RSE 0031284720158260052, Relator Desembargador Laerte Marrone, 14ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 10/11/2016, publicado no DJe em 30/11/2016.

71 TJBA - RSE 00062221820168050063, Relator Desembargador João Bosco de Oliveira Seixas, 2ª Câmara Criminal, publicado no DJe em 10/11/2017.

72 TJMG - RSE 10024151883493001, Relator Desembargador Paulo Calmon Nogueira da Gama, 7ª Câmara Criminal, julgado em 07/04/2016, publicado no DJe em 15/04/2016.

TJMG - RSE 10024151168408001, Relator Desembargador Agostinho Gomes de Azevedo, 7ª Câmara Criminal, julgado em 26/07/2017, publicado no DJe em 04/08/2017.

73 TJMG - RSE 10453150029180001, Relator Desembargador Nelson Missias de Moraes, 2ª Câmara Criminal, julgado em 07/07/2016, publicado no DJe em 18/07/2016.

TJMG - RSE 10572150028221001, Relatora Desembargadora Beatriz Pinheiro Caires, 2ª Câmara Criminal, julgado em 22/09/2016, publicado no DJe em 03/10/2016.

TJMG - RSE 10118150015782001, Relator Desembargador Eduardo Brum, 4ª Câmara Criminal, julgado em 08/03/2017, publicado no DJe em 15/03/2017.

TJMG - RSE 10518150145960001, Relator Desembargador Furtado de Mendonça, 6ª Câmara Criminal, julgado em 21/03/2017, publicado no DJe em 31/03/2017.

TJMG - RSE 10035160028409001, Relator Desembargador Jaubert Carneiro Jaques, 6ª Câmara Criminal, julgado em 28/03/2017, publicado no DJe em 05/04/2017.

Além do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, outras Cortes divergiam internamente sobre o tema. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu, em algumas oportunidades⁷⁴, pela natureza subjetiva do feminicídio, inadmitindo, por conseguinte, a sua cumulação com as qualificadoras concernentes aos motivos torpe e fútil, eis que o elemento subjetivo já seria aferido pela circunstância do feminicídio.

Conforme decisão exarada pela 1ª Câmara Criminal em 29 de novembro de 2017, o cometimento do crime por ciúme derivado do sentimento de posse do acusado em relação à vítima revela a subjugação da mulher, fazendo com que o delito seja considerado praticado em razão da condição de sexo feminino. Nesse viés, em atenção aos princípios da especialidade e do *non bis in idem*, as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio não poderiam coexistir.

Por outro lado, a 2ª Câmara Criminal do mesmo Tribunal defendeu, em outra ocasião⁷⁵, a natureza objetiva da circunstância. De acordo com a Desembargadora Rosaura Marques Borba, as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio podem sim conviver, pois esta é de ordem objetiva, devendo incidir sempre que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar, enquanto aquela tem caráter subjetivo, ficando adstrita aos motivos que levaram à prática delitiva.

Diante de tantas divergências, se fazia necessário que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), órgão do Poder Judiciário responsável por assegurar a uniformidade da interpretação da legislação federal, se pronunciasse sobre a matéria. O primeiro julgado da Corte a enfrentar efetivamente a questão sobreveio ao final do ano de 2017 por ocasião de decisão monocrática enunciada pelo Ministro Felix Fischer, relator do Recurso Especial nº 1.707.113/MG⁷⁶.

Cuida-se de recurso ministerial interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais em que foi afastada a qualificadora do motivo torpe sob o argumento de que a sua imputação simultânea com a circunstância do feminicídio comprometeria os princípios da especialidade e do *non bis in idem*. Consta da decisão recorrida que a qualificadora prevista pelo inciso VI do §2º do artigo 121 do Código penal

74 TJRS - RSE 70071042782, Relator Desembargador Ingo Wolfgang Sarlet, 3ª Câmara Criminal, julgado em 19/10/2016, publicado no DJe em 18/11/2016.

TJRS - RSE 70075355669, Relator Desembargador Jayme Weingartner Neto, 1ª Câmara Criminal, julgado em 29/11/2017, publicado no DJe em 07/12/2017.

75 TJRS - RSE 70070800818, Relatora Desembargadora Rosaura Marques Borba, 2ª Câmara Criminal, julgado em 10/11/2016, publicado no DJe em 18/11/2016.

76 STJ - RE 1707113 MG 201702828950, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 29/11/2017, publicado no DJe em 07/12/2017.

se refere à motivação do crime, assim como aquelas previstas nos incisos I, II e V do mesmo dispositivo legal.

Narra a Denúncia que o réu, inconformado com o fim do relacionamento afetivo, praticou o crime movido por sentimento de posse, restando apurado o contexto de violência doméstica e o menosprezo à condição de mulher da vítima. Diante disso, entendeu o juízo *primevo* que a motivação, mesmo sendo torpe, amoldava-se melhor como feminicídio, não podendo o mesmo motivo ensejar duas qualificadoras, sob pena de *bis in idem*.

Nas razões recursais, o Ministério Público argumentou que o Tribunal não poderia extirpar prematuramente a qualificadora do motivo torpe, visto que ela não é manifestamente improcedente. Segundo o *Parquet*, a solução deveria ser deixada a cargo do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, juízo natural da causa, além de vigorar, na fase de pronúncia, o brocardo *in dubio pro societate*.

Em sua decisão, o Ministro Felix Fischer entendeu ser possível coexistirem as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio. Argumentou o relator que a qualificadora alusiva ao motivo torpe tem natureza subjetiva, porquanto de caráter pessoal, ao passo que o feminicídio é uma qualificadora de ordem objetiva, incidindo nos crimes praticados contra a mulher por razão do seu gênero ou quando o delito estiver vinculado à violência doméstica e familiar, não sendo objeto de análise o *animus* do agente.

A este respeito, impende destacar o entendimento do STJ de que somente é autorizado o decote de qualificadoras em sede de pronúncia quando elas forem completamente destituídas de amparo nos elementos dos autos. Assim, eventual dúvida nesta fase processual deve ser resolvida pelo Conselho de Sentença, órgão competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Foi com base nesse argumento que o relator deu provimento ao recurso ministerial. Cumpre frisar, contudo, que a admissão da imputação conjunta de duas qualificadoras não implica, propriamente, em um crime duplamente qualificado. Dispõe a jurisprudência da Corte⁷⁷ que, no delito de homicídio, quando existir mais de uma qualificadora, uma delas formará o tipo qualificado, enquanto as demais poderão indicar uma circunstância agravante, se expressamente prevista pelo artigo 61 do Código Penal, ou, de forma residual, majorar a pena-base na condição de circunstância judicial.

77 STJ – AgRg no REsp 1644423/MG, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 07/03/2017, publicado no DJe em 17/03/2017.

Em diversas oportunidades⁷⁸, o Tribunal voltou a se posicionar no sentido de ter a qualificadora do feminicídio natureza objetiva. Já se afirmou, inclusive, que nos casos em que o sujeito ativo age movido por sentimento de posse em relação à vítima, deve incidir também a qualificadora do motivo torpe. Isso porque o fato de o agente valer-se do relacionamento que mantinha com a vítima é aferível de maneira objetiva, não se confundindo com a circunstância de ter cometido o delito em razão de acreditar que tinha posse sobre ela.

Contudo, somente em junho de 2018 o tema foi abordado por um Informativo de Jurisprudência da Corte – periódico que destaca teses jurisprudenciais firmadas pelos órgãos julgadores, selecionadas pela repercussão e novidade no meio jurídico. Aponta o Informativo nº 625 que a Sexta Turma, no julgamento do HC nº 433.898/RS⁷⁹, entendeu, por unanimidade, que não caracteriza *bis in idem* o reconhecimento das qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio em casos de homicídios perpetrados contra mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

O *habeas corpus* foi impetrado em face de decisão exarada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que deu provimento a um recurso ministerial pugnando pelo reconhecimento do feminicídio em um caso de homicídio já qualificado pelo motivo torpe. Alegou o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal decorrente do reconhecimento de ambas as circunstâncias, requerendo a concessão da ordem constitucional para que seja afastada a qualificadora alusiva ao motivo torpe.

No caso *sub judice*, a vítima era companheira da autora, com quem vivia há dois anos, mas estavam se separando à época dos fatos. Para o STJ, a imputação conjunta do motivo torpe (homicídio motivado pela separação) e do feminicídio não significa que o mesmo fato foi considerado duas vezes, como veda o princípio do *non bis in idem*.

A possibilidade de coexistência das qualificadoras se deve à natureza distinta delas: o feminicídio é de ordem objetiva, devendo incidir sempre que o crime ocorrer em um contexto de violência doméstica e familiar, enquanto a torpeza tem caráter subjetivo,

78 STJ – HC 430222 MG 201703306786, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 15/03/2018, publicado no DJe em 22/03/2018.

STJ – AgRg no REsp 1741418/SP, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/06/2018, publicado no DJe em 15/06/2018.

STJ – AgRg no HC 440945/MG, Relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/06/2018, publicado no DJe em 11/06/2018.

79 STJ – HC 433898/RS, Relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 24/04/2018, publicado no DJe em 11/05/2018.

restringindo-se aos motivos que levaram à prática do crime. Nesse diapasão, decidiu a Turma pela manutenção da qualificadora do feminicídio.

Até os dias atuais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça caminha no sentido de compreender o feminicídio como uma circunstância de natureza objetiva, incidindo nos crimes praticados contra a mulher por razão do seu gênero e/ou sempre que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar propriamente dita, o que dispensa a análise do *animus* do agente⁸⁰.

5.1 Feminicídio praticado com menosprezo ou discriminação à condição de mulher

Nada obstante o Superior Tribunal de Justiça venha decidindo pela natureza objetiva da qualificadora do feminicídio desde 2017, pouco se discutiu acerca do inciso II do §2º-A do artigo 121 do Código Penal, que trata do feminicídio praticado com menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Em todas as decisões mencionadas pelo presente capítulo, o caso levado à apreciação da Corte estava ligado à situação de violência doméstica e familiar.

Diante disso, poder-se-ia questionar se o STJ não defende, na verdade, a natureza híbrida da qualificadora do feminicídio, corrente segundo a qual verifica-se, no inciso I do dispositivo supracitado, um caráter objetivo e, no inciso II, um cunho subjetivo. Recentemente, no dia 18 de junho de 2020, o Ministro Felix Fischer proferiu decisão monocrática acerca do HC nº 588.862/SP81, que propôs uma reflexão acerca do tema.

No remédio constitucional, o paciente, pronunciado como incurso no artigo 121, §2º, I e IV do Código Penal, apontou como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu provimento a um recurso ministerial pugnano pela inclusão, na pronúncia, da qualificadora prevista no §2º, VI c/c §2º-A, II do mesmo dispositivo legal. Seguindo o precedente fixado pelo STJ, o Tribunal paulista deu provimento ao recurso, salientando a inexistência de incompatibilidade da qualificadora do feminicídio, de natureza objetiva, com a do motivo torpe, de cunho subjetivo.

Na exordial, aduziu o impetrante que o réu não foi pronunciado por crime praticado dentro de um contexto de violência doméstica e familiar, mas sim por feminicídio envolvendo menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Para ele, além de a acusação não ter descrito na inicial em que consistiria a discriminação ou o menosprezo, limitando-se a copiar o texto legal, verifica-se a ocorrência de *bis in idem* na imputação

80 STJ - HC 574833/SC, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 21/05/2020, publicado no DJe em 26/05/2020.

81 STJ - HC 588862/SP, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 18/06/2020, publicado no DJe em 22/06/2020.

conjunta do motivo torpe e do feminicídio na modalidade prevista pelo inciso II da norma explicativa do §2º-A.

Nesse sentido, asseverou que o acórdão, ignorando as contrarrazões defensivas, apenas afirmou que a qualificadora do feminicídio possui natureza objetiva, enquanto o a do motivo torpe tem caráter subjetivo. Alegando que o paciente padecia de manifesto constrangimento ilegal, requereu o impetrante a concessão liminar da ordem de *habeas corpus* para que o paciente aguarde em liberdade a prestação jurisdicional.

O Relator Felix Fischer, porém, indeferiu a liminar por entender que a análise do pleito excede os limites cognitivos, eis que a demanda possui natureza satisfativa, devendo ser analisada após a verificação mais detalhada dos dados constantes do processo. Ademais, não foi possível constatar indícios suficientes para a configuração do *fumus boni juris*, não se configurando flagrante ilegalidade apta a ensejar a concessão da medida.

Assim, diante da dificuldade de constatação do menosprezo ou discriminação à mulher fora do âmbito da Lei Maria da Penha, ainda se aguarda um posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em um caso envolvendo exclusivamente o inciso II do §2º-A do artigo 121 do estatuto repressivo. Todavia, os demais julgados proferidos sobre o tema permitem concluir que a Corte entende pela natureza unicamente objetiva da qualificadora do feminicídio, já tendo se pronunciado de forma genérica nesse sentido.

6 CONCLUSÃO

Nada obstante a problemática da violência contra a mulher por razões de gênero tenha ganhado visibilidade apenas nas últimas décadas, cuida-se de um fenômeno histórico que se perpetua graças à ordem sociocultural patriarcal, responsável por supervalorizar os papéis sociais masculinos em detrimento dos femininos. Em se tratando de uma violência que costuma se revelar de forma cíclica, não é incomum que o ciclo seja encerrado com a eliminação da vida da mulher.

Diante da pressão exercida pelo movimento feminista a partir dos anos 60, diplomas normativos concernentes aos direitos das mulheres passaram a integrar o ordenamento jurídico de diversos países, tendo o Brasil editado uma norma exclusivamente destinada ao combate à violência contra a mulher: a Lei Maria da Penha. No entanto, a criação desta norma não foi suficiente para fazer cessar a curva ascendente de homicídios de mulheres em decorrência do gênero, explicitando a urgência de uma legislação ainda mais específica.

Nessa conjectura, surgiu a Lei nº 13.104/2015, que incluiu o feminicídio nas qualificadoras do crime de homicídio, exasperando a faixa de fixação da pena quando o delito envolver violência doméstica e familiar contra a mulher ou for praticado com

menosprezo ou discriminação à mulher. A novel qualificadora, contudo, gerou controvérsia entre os estudiosos do Direito, que divergiram em relação à sua natureza jurídica, isto é, quanto ao princípio ou a essência do instituto, permitindo situá-lo dentro de determinada categoria.

Embora a discussão aparente ser meramente didática, dela decorrem diversas consequências práticas. A depender da natureza jurídica adotada, modificam-se questões alusivas à comunicabilidade da qualificadora a eventuais coautores ou partícipes do crime; à possibilidade de incidência da causa especial de diminuição de pena prevista pelo §1º do artigo 121 do Código Penal ao feminicídio; à quesitação no Tribunal do Júri; e à coexistência do feminicídio com as qualificadoras do motivo torpe ou do motivo fútil, que são subjetivas.

Diante de tantas implicações, a presente pesquisa se propôs, como objetivo geral, a investigar os apontamentos doutrinários e jurisprudenciais alusivos à natureza jurídica do feminicídio a fim de constatar qual é a mais correta aplicação da qualificadora segundo a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, órgão do Poder Judiciário responsável por assegurar a uniformidade da interpretação da legislação federal.

O primeiro passo do trabalho foi apresentar a problemática da violência de gênero e sua histórica construção patrocinada pela estrutura patriarcal. Nesse sentido, foi abordado o conceito de gênero, a violência presente nas relações de gênero e a luta contra essa violência encabeçada pelo movimento feminista. Além de convenções e legislações representativas do avanço na igualdade de gênero, foi apresentada a história de Maria da Penha Maia Fernandes, mulher cujos direitos humanos foram violados de forma tão severa ao ponto de ocasionar a condenação internacional do Brasil frente a sua inércia jurídica, culminando na edição da Lei nº 11.340/2006, marco histórico do direito das mulheres no país.

O segundo objetivo específico cuidou da análise do feminicídio no ordenamento jurídico pátrio, explorando o contexto da promulgação da Lei nº 13.104/2015, resultado do árduo trabalho realizado pela CPMI da Violência Contra a Mulher instaurada em 2012. Após um breve panorama da posituação do feminicídio nos Estados ibero-americanos, descreveu-se as circunstâncias em que restará configurada a qualificadora: delito envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher ou praticado com menosprezo ou discriminação à mulher.

Na sequência, foram examinados os posicionamentos doutrinários relativos à natureza jurídica do feminicídio. Para uma melhor cognição do item, foi realizada, inicialmente, uma apresentação da classificação das qualificadoras do crime de homicídio. Depois, passou-se propriamente à análise das correntes doutrinárias relacionadas à

natureza jurídica da qualificadora, que se dividem em objetiva, subjetiva e híbrida, demonstrando-se, ainda, uma possível solução ao dissenso doutrinário.

A corrente defensora da natureza objetiva do feminicídio funda-se no rigor punitivo da qualificadora, afirmando que, para a sua configuração, basta que a prática do delito se dê em um contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher ou que o crime seja perpetrado com menosprezo ou discriminação à condição de gênero. Dessa maneira, torna-se viável a imputação conjunta do feminicídio com outras circunstâncias de cunho subjetivo, como as qualificadoras alusivas à torpeza ou à futilidade ou mesmo o privilégio enunciado pelo §1º do artigo 121 do estatuto repressivo.

Por outro lado, os estudiosos que concebem o feminicídio como uma qualificadora de ordem subjetiva acreditam que ela está umbilicalmente vinculada à motivação do sujeito ativo para a prática do crime. Segundo essa corrente, o feminicídio não poderia coexistir com outras circunstâncias de caráter subjetivo, sob pena de *bis in idem*, o que representa uma vantagem defensiva ao acusado. Dessa maneira, caso o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri reconheça o privilégio, a qualificadora do feminicídio sequer chegaria a ser votada.

Já a corrente defensora da natureza híbrida da circunstância afirma que, estando o crime atrelado à violência doméstica e familiar contra a mulher, a qualificadora tem caráter objetivo, ao passo que o feminicídio perpetrado com menosprezo ou discriminação à condição de gênero conduziria à índole subjetiva da circunstância. Seguindo essa vertente, para se enquadrar como feminicídio um homicídio perpetrado por um desconhecido da vítima, haveria a exigência de se analisar se o móvel do crime foi o preconceito contra o sexo feminino.

Para resolver a dissidência da doutrina em relação à natureza jurídica do novel instituto, há quem sustente a viabilidade de transformar o feminicídio em um delito autônomo, desprendendo-se do crime de homicídio. Desse modo, não haveria a possibilidade de incidência do privilégio, tampouco de coexistência com as qualificadoras alusivas à torpeza e à futilidade, eis que as circunstâncias previstas pela Parte Especial do Código Penal somente se aplicam aos tipos fundamentais a que estão atreladas.

Por fim, o quarto capítulo de desenvolvimento da presente monografia demonstrou o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema. O tópico se iniciou com a explanação do entendimento dos tribunais pátrios, que tanto divergiram até que o STJ se pronunciasse, passando-se à descrição do contexto em que se deram as primeiras manifestações da Corte sobre a natureza jurídica da qualificadora do feminicídio, apontando, ainda, em que sentido caminha a sua jurisprudência até os dias atuais.

Uma vez atendidos todos os objetivos específicos delineados para essa pesquisa, foi possível concluir que, a despeito do dissenso doutrinário, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em entender pelo caráter objetivo do feminicídio. Em diversos julgados, a Corte decidiu pela irrelevância do *animus* do agente, não ocasionando *bis in idem* a imputação conjunta do feminicídio com qualquer circunstância de cunho subjetivo, como as qualificadoras alusivas à torpeza ou a futilidade, ou mesmo com a minorante constante do §1º do artigo 121 do Código Penal, possibilitando o reconhecimento do chamado feminicídio privilegiado.

Nota-se, assim, que a hipótese inicial foi refutada, sendo certo que reconhecer a natureza subjetiva do feminicídio acarretaria a impossibilidade de imputá-lo simultaneamente com outras qualificadoras de igual caráter, além de inviabilizar a votação do quesito a ele atinente se acolhida a tese do privilégio pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri. Nesse viés, constata-se que a adoção de uma ou outra natureza deve, além de coadunar com a boa técnica jurídica, garantir que os efeitos decorrentes do posicionamento eleito façam jus à essência da criação do feminicídio, qual seja tutelar a mulher de forma ampla e irrestrita.

A abordagem dessa pesquisa se valeu do método qualitativo, tratando-se de estudo baseado em dados secundários extraídos da doutrina, da jurisprudência, de artigos científicos e jornalísticos, bem como da legislação vigente acerca do tema. Para alcançar a finalidade almejada, foi realizado levantamento bibliográfico sobre a violência contra a mulher, a inserção do feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro e, por fim, os posicionamentos relativos à natureza jurídica da circunstância.

Cumprir destacar que a presente monografia não teve a pretensão de exaurir todo o assunto pesquisado, o que sequer seria exequível dada a dimensão do tema em apreço e as limitações encontradas durante o estudo. A partir de uma revisão de literatura mais ampla dentro de um maior intervalo temporal, poder-se-ia discorrer acerca da necessidade de tipificação do feminicídio, dos diversos resultados encontrados pela CPMI da Violência Contra a Mulher, que culminou na edição da Lei nº 13.104/2015, do entendimento pormenorizado dos tribunais pátrios acerca da natureza jurídica do feminicídio, dentre outras ponderações.

A contribuição deste trabalho à área do Direito Penal abre um fértil terreno para novas pesquisas concernentes ao assunto em epígrafe, as quais podem ser desenvolvidas na sequência dos estudos. Sugere-se, para trabalhos futuros, a utilização da técnica de direito comparado para investigar como os direitos das mulheres são tratados ao redor do mundo, e de pesquisa de campo para verificar se a Lei Maria da Penha é de fato aplicada por todo o Brasil, visto que o Poder Público não é imune à influência do machismo que permeia a sociedade.

Noutra ponta, uma ampla pesquisa jurisprudencial pode revelar como os homicídios de mulheres por razões de gênero vêm sido tratados pelos tribunais brasileiros, posto que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça não vinculou os magistrados. Acredita-se, ainda, que a partir do acompanhamento de sessões de julgamento de feminicídios seja possível demonstrar como as correntes alusivas à natureza jurídica da novel qualificadora são utilizadas em favor da defesa ou da acusação, bem como a forma que os papéis sociais de gênero influenciam o veredicto dos jurados. Enfim, essas e muitas outras abordagens estão a partir de agora abertas aos trabalhos que virão.

REFERÊNCIAS

BAHIA. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito 00062221820168050063**. Recorrente: José Souza do Carmo. Recorrido: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator Desembargador João Bosco de Oliveira Seixas. 2ª Câmara Criminal. Diário da Justiça, Porto Seguro, BA, 10 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/519782300/recurso-em-sentido-estrito-rse-62221820168050063/inteiro-teor-519782310>>. Acesso em: 21 nov. 2020

BARROS, Francisco Dirceu. **Estudo completo do feminicídio**. Editora Impetus, 2015. Disponível em: <<https://www.impetus.com.br/artigo/876/estudo-completo-do-femicidio>>. Acesso em: 27 mai. 2020

BARROS, Francisco Dirceu. **Feminicídio privilegiado**: o privilégio de matar mulheres. GEN Jurídico, 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/04/05/femicidio-privilegiado-o-privilegio-de-matar-mulheres/#_ftnref4>. Acesso em: 11 jul. 2020

BIANCHINI, Alice. **A qualificadora do feminicídio é de natureza objetiva ou subjetiva?** Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v. 19, n. 72, p. 203/219, jan./mar. 2016. Disponível em: <<https://www.mpes.mp.br/Arquivos/Anexos/9d6d68f5-6c7c-4528-893c-cca64b529237.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2020

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Feminicídio**: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015. Jusbrasil, 2015. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/femicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015>>. Acesso em: 23 abr. 2020

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Especial** (arts. 121 a 154-B). 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

BORGES, Paulo César Corrêa; GEBRIM, Luciana Maibashi. **Violência de gênero**: tipificar ou não o feminicídio? Revista de Informação Legislativa, v. 51, n. 202, p. 56-75, abr./jun. 2014. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/503037/001011302.pdf?seque>>. Acesso em: 21 jun. 2020

BRASIL, Senado Federal. **Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra a Mulher**. Relatório final. Brasília, 2013. Disponível em:

<<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/relatorio-final-da-comissao-parlamentar-mista-de-inquerito-sobre-a-violencia-contra-as-mulheres>>. Acesso em: 3 mai. 2020

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Decreto nº 1.973 de 1º de agosto de 1996. **Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994**. Diário Oficial da União, 2 ago. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm>. Acesso em: 15 abr. 2020

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Diário Oficial da União, 12 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 8 ago. 2020

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, 13 out. 1941. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 mai. 2020

BRASIL. **Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União, 8 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 29 jul. 2020

BRASIL. **Lei nº 13.104 de 9 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Diário Oficial da União, 10 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm#art1>. Acesso em: 18 mai. 2020

BRASIL. **Lei nº 13.771 de 19 de dezembro de 2018**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Diário Oficial da União, 20 dez. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2018/Lei/L13771.htm#art1>. Acesso em: 20 jul. 2020

BRASIL. **Lei nº 7.353 de 29 de agosto de 1985**. Cria o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM e dá outras providências. Diário Oficial da União, 30 ago. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7353.htm>. Acesso em: 13 mai. 2020

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, 26 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 12 jul. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 440945/MG**. Agravante: Rianderson Gomes dos Santos. Agravado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, DF, 5 de junho de 2018. Diário da Justiça, Brasília, DF, 11 de junho de 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/590409612/agravo-regimental-no-habeas-copus-agrg-no-hc-440945-mg-2018-0059557-0/certidao-de-julgamento-590409622>> Acesso em: 22 nov. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1644423/MG**. Agravante: Elson Pereira da Silva. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 7 de março de 2017. Diário da Justiça, Brasília, DF, 17 de março de 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443269948/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1644423-mg-2016-0331903-9/certidao-de-julgamento-443269974>> Acesso em: 21 nov. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1741418/SP**. Agravante: Fábio Agostino Macedo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 7 de junho de 2018. Diário da Justiça, Brasília, DF, 15 de junho de 2018. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595905053/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1741418-sp-2018-0115645-4>> Acesso em: 22 nov. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 430222/MG**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Paciente: Sérgio Martins Amorim. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF, 15 de março de 2018. Diário da Justiça, Brasília, DF, 22 de março de 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860042230/habeas-corpus-hc-430222-mg-2017-0330678-6>> Acesso em: 22 nov. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 433898/RS**. Impetrante: Bruno Seligman de Menezes. Paciente: Stephanie Flogiatto Freitas. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, DF, 24 de abril de 2018. Diário da Justiça, Brasília, DF, 11 de maio de 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/577558313/habeas-corpus-hc-433898-rs-2018-0012637-0/certidao-de-julgamento-577558368>> Acesso em: 22 nov. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 574833/SC**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Paciente: João Batista Campos. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, 21 de maio de 2020. Diário da Justiça, Brasília, DF, 26 de maio de 2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860615999/habeas-corpus-hc-574833-sc-2020-0091198-3>> Acesso em: 22 nov. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 588862/SP**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Paciente: Douglas Roberto da Silva Santos. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 18 de junho de 2020. Diário da Justiça, Brasília, DF, 22 de junho de 2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/870037745/habeas-corpus-hc-588862-sp-2020-0141205-1/decisao-monocratica-870037755>> Acesso em: 22 nov. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência nº 625**. 1º jun. 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0625.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1707113/MG**. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Diones Sena da Silva. Relator Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 29 de novembro de 2017. Diário da Justiça, Brasília, DF, 7 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/529531812/recurso-especial-resp-1707113-mg-2017-0282895-0>> Acesso em: 21 nov. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 600**. Aprovada na sessão de 22 de novembro de 2017. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27600%27\).su_b.](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27600%27).su_b.)>. Acesso em: 5 ago. 2020

BÜCHELE; CLÍMACO; LIMA. **Homens, gênero e violência contra a mulher**. São Paulo: Saúde e Sociedade, v. 17, n. 2, p. 69/81, 2008. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/sausoc/article/view/7578/9100>>. Acesso em: 9 mai. 2020

BUENO, Mariana Guimarães Rocha da Cunha. **Feminismo e Direito Penal**. 2011. 180 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-14052012-161411/publico/Mariana_Guimaraes_Rocha_da_Cunha_Bueno_ME.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2020

BUSATO, Paulo César. **Homicídio mercenário e causas de diminuição de pena. Um paradoxo dogmático**. Empório do Direito, 2015. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/homicidio-mercenario-e-causas-especiais-de-diminuicao-de-pena-um-paradoxo-dogmatico>>. Acesso em: 14 jun. 2020

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Especial**: artigos 121 a 212 do Código Penal. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos/Organização dos Estados Americanos. Relatório n. 54/01, Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes, 4 abr. 2001, Brasil. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020

COUTO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação**: das afinidades políticas às tensões teórico-metodológicas. Belo Horizonte: Educação em Revista, n. 46, p. 201/218, dez. 2007. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/edur/n46/a08n46>>. Acesso em: 18 jul. 2020

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei do Femicídio**: breves comentários. Jusbrasil, 2015. Disponível em: <<https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-femicidio-breves-comentarios>>. Acesso em: 2 jun. 2020

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito 20150310069727**. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Marcos Alexandrino. Relator Desembargador George Lopes Leite. 1ª Turma Criminal. Distrito Federal, 29 de outubro de 2015. Diário da Justiça, Distrito Federal, 11 de novembro de

2015. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/254720142/recurso-em-sentido-estrito-rse-20150310069727>>. Acesso em: 21 nov. 2020

ESCUDEIRO, Marcio et al. **Feminicídio**: considerações iniciais. Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo. São Paulo, 2 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Artigos/FEMINIC%C3%8DDIO%20-%20Considera%C3%A7%C3%B5es%20Iniciais%20-%20CAOCrim%20-%20Texto%20Final.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2020

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal - Parte Geral**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

FILHO, José Nabuco. Feminicídio. São Paulo: **Revista da Faculdade de Direito**, n. 3, primeiro semestre de 2015. Disponível em: <<https://www.usjt.br/revistadireito/numero-3/12-jose-nabuco-galvao-barros-filho.pdf>>. Acesso em: 14 mai. 2020

GOMES; MINAYO; SILVA. **Violência contra a mulher**: uma questão transnacional e transcultural das relações de gênero. Impacto da violência na saúde dos brasileiros. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. Cap. 4, p. 118-136. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/impacto_violencia.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2020

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Parte Especial**: artigos 121 a 212 do Código Penal. 16ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**: artigos 1º a 121 do Código Penal. 19ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2017.

GOUGES, Olympe. **A pioneira do feminismo que foi parar na guilhotina**. Portal Geledés, 2016. Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/pioneira-do-feminismo-que-foi-parar-na-guilhotina/>>. Acesso em: 14 ago. 2020

IMP. Instituto Maria da Penha. **Quem é Maria da Penha**. Disponível em: <<https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

MAZOTTI, Marcelo. **As escolas hermenêuticas e os métodos de interpretação da lei**. Barueri: Minha Editora, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito 10024151168408001**. Recorrente: Rodrigo Junio da Costa. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator Desembargador Agostinho Gomes de Azevedo. 7ª Câmara Criminal. Belo

Horizonte, MG, 26 de julho de 2017. Diário da Justiça, Belo Horizonte, MG, 4 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/943203560/rec-em-sentido-estrito-10024151168408001-belo-horizonte>>. Acesso em: 21 nov. 2020

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito 10024151883493001**. Recorrente: Luiz Felipe Diniz do Espírito Santo. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator Desembargador Paulo Calmon Nogueira da Gama. 7ª Câmara Criminal. Belo Horizonte, MG, 7 de abril de 2016. Diário da Justiça, Belo Horizonte, MG, 15 de abril de 2016. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/338962432/rec-em-sentido-estrito-10024151883493001-mg>>. Acesso em: 21 nov. 2020

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito 10035160028409001**. Recorrente: Diego Alves de Azevedo. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator Desembargador Jaubert Carneiro Jaques. 6ª Câmara Criminal. Belo Horizonte, MG, 28 de março de 2017. Diário da Justiça, Belo Horizonte, MG, 5 de abril de 2017. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/446367947/rec-em-sentido-estrito-10035160028409001-mg>>. Acesso em: 21 nov. 2020

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito 10118150015782001**. Recorrente: Edvaldo Pereira dos Santos. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator Desembargador Eduardo Brum. 4ª Câmara Criminal. Belo Horizonte, MG, 8 de março de 2017. Diário da Justiça, Belo Horizonte, MG, 15 de março de 2017. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/438496091/rec-em-sentido-estrito-10118150015782001-mg>>. Acesso em: 21 nov. 2020

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito 10453150029180001**. Recorrente: Luiz de Jesus Martins de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator Desembargador Nelson Missias de Moraes. 2ª Câmara Criminal. Belo Horizonte, MG, 7 de julho de 2017. Diário da Justiça, Belo Horizonte, MG, 18 de julho de 2017. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/362739907/rec-em-sentido-estrito-10453150029180001-mg>>. Acesso em: 21 nov. 2020

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito 10518150145960001**. Recorrente: Paulo Henrique de Lima. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator Desembargador Furtado de Mendonça. 6ª Câmara Criminal. Belo Horizonte, MG, 21 de março de 2017. Diário da Justiça, Belo Horizonte, MG, 31 de março de 2017. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/942960667/rec-em-sentido-estrito-10518150145960001-pocos-de-caldas>>. Acesso em: 21 nov. 2020

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito 10572150028221001**. Recorrente: Leonardo Thalles Batista. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas

Gerais. Relatora Desembargadora Beatriz Pinheiro Caires. 2ª Câmara Criminal. Belo Horizonte, MG, 22 de setembro de 2016. Diário da Justiça, Belo Horizonte, MG, 3 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/390617898/rec-em-sentido-estrito-10572150028221001-mg>>. Acesso em: 21 nov. 2020

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Código Penal comentado**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

ORTEGA, Flávia. **Feminicídio (art. 121, § 2º, VI, do CP)**. Jusbrasil, 2016. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/artigos/337322133/feminicidio-art-121-2-vi-do-cp>>. Acesso em: 27 jul. 2020

PANDOLFO, Carla Simone Dienstmann. **Os precedentes que levaram à criação da lei contra o feminicídio – Lei 13.104/2015**. 2015. 68 f. Monografia – Centro Universitário Univates, Lajedo, 2015. Disponível em: <<https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/1098/1/2015CarlaSimoneDienstmannPandolfo.pdf>>. Acesso em: 4 mai. 2020

PIMENTEL, Sílvia. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW 1979**. Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, 2006. Cap. 1, p. 13-28. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2020

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

PIRES, Amom Albernaz. **A natureza objetiva da qualificadora do feminicídio e sua quesitação no Tribunal do Júri**. Jusbrasil, 2015. Disponível em: <https://amomalbernaz.jusbrasil.com.br/artigos/172762972/a-natureza-objetiva-da-qualificadora-do-feminicidio-e-sua-quesitacao-no-tribunal-do-juri?ref=news_feed>. Acesso em: 29 abr. 2020

RAMOS, Raphaela. **Lei do Feminicídio completa cinco anos. Entenda por que ela é necessária**. Portal Geledés, 2020. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/lei-do-feminicidio-completa-cinco-anos-entenda-por-que-ela-e-necessaria/?gclid=CjwKCAjwg6b0BRBMEiwANd1_SjEhSN1NysUsWihZpfWROJaG6AOS7NiJwEFo2ene8BQJeglFCfvgBoCE_0QAvD_BwE>. Acesso em: 13 ago. 2020

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito 70070800818**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrida: Stephanie Fogliatto Freitas. Relatora Desembargadora Rosaura Marques Borba. 2ª Câmara Criminal.

Porto Alegre, RS, 10 de novembro de 2016. Diário da Justiça, Porto Alegre, RS, 18 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/406761251/recurso-em-sentido-estrito-rse-70070800818-rs>>. Acesso em: 21 nov. 2020

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Erito 70071042782**. Recorrente: Ildo Reche. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Desembargador Ingo Wolfgang Sarlet. 3ª Câmara Criminal. Porto Alegre, RS, 19 de outubro de 2016. Diário da Justiça, Porto Alegre, RS, 18 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/400051949/recurso-em-sentido-estrito-rse-70071042782-rs/inteiro-teor-400051976>>. Acesso em: 21 nov. 2020

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Erito 70075355669**. Recorrente: Everton Valmir Rosa. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Desembargador Jayme Weingartner. 1ª Câmara Criminal. Porto Alegre, RS, 29 de novembro de 2017. Diário da Justiça, Porto Alegre, RS, 7 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/529605568/recurso-em-sentido-estrito-rse-70075355669-rs/inteiro-teor-529605598>>. Acesso em: 21 nov. 2020

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado, violência**. 2ª reimpressão. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011.

SANTOS, Juliana Anacleto dos. **Gênero na teoria social**: papéis, interações e instituições. Juiz de Fora: Revista Virtú, n. 5, jan./jun. 2006. Disponível em: <<https://www.ufjf.br/virtu/files/2010/05/artigo4a5.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2020

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Erito 0031284720158260052**. Recorrente: João Batista Souza de Oliveira. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Desembargador Laerte Marrone. 14ª Câmara de Direito Criminal. São Paulo, SP, 10 de novembro de 2016. Diário da Justiça, São Paulo, SP, 30 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/411329694/recurso-em-sentido-estrito-rse-31284720158260052-sp-0003128-4720158260052/inteiro-teor-411329735>>. Acesso em: 21 nov. 2020

SCOTT, Joan. **Gênero**: uma categoria útil de análise histórica. Porto Alegre: Educação e Realidade, v. 20, n. 2, p. 71/99, jul./dez. 1995. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/71721/40667>>. Acesso em: 28 jul. 2020

SENADO FEDERAL. CPMI Violência Contra a Mulher no Brasil. **Projeto de Lei nº 8.305, de 2014**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e dá outras providências. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=858860>>.
Acesso em: 14 mai. 2020

SILVA, César Dário Mariano da. **Primeiras impressões sobre o feminicídio – Lei nº 13.104/2015**. Disponível em:
<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Artigos/Primeiras%20impress%C3%B5es%20sobre%20o%20femic%C3%ADdio.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2020

USP. Universidade de São Paulo. In: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Declaração de direitos do homem e do cidadão, 1789**. Disponível em:
<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 12 jul. 2020

USP. Universidade de São Paulo. In: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Declaração dos direitos da mulher e da cidadã, 1791**. Disponível em:
<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-dos-direitos-da-mulher-e-da-cidada-1791.html>>. Acesso em: 25 jun. 2020

APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NAS DISSOLUÇÕES LITIGIOSAS DE SOCIEDADE CONJUGAL: UMA FERRAMENTA ESSENCIAL AO DESENVOLVIMENTO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

JOÃO CARLOS GARCIA DE ALMEIDA:

Graduando no curso de Direito pelo Centro
Universitário de Santa fé do sul - UNIFUNEC.

ANA MARIA ORTEGA ALONSO

(orientadora)

RESUMO: O presente estudo busca compreender os efeitos da aplicação da guarda compartilhada nas dissoluções litigiosas de sociedade conjugal. Esse instituto, que determina o exercício simultâneo e equilibrado das responsabilidades decorrentes do poder familiar, foi consolidado no ordenamento jurídico brasileiro como regra pelo Superior Tribunal de Justiça e pelas alterações trazidas com a Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, contudo, ainda enfrenta diversos obstáculos e críticas negativas, sobretudo nos casos litigiosos. Parte-se, assim, da problemática que envolve a averiguação da verdadeira eficácia desse instituto nos términos litigiosos e os desdobramentos de sua instituição ao desenvolvimento da prole. Para isso, a pesquisa foi desenvolvida mediante revisão bibliográfica de leis, artigos, jurisprudências e doutrinas, a partir da abordagem quali-quantitativa. Concluiu-se que a guarda compartilhada é uma importante ferramenta de manutenção da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e, ao equiparar a autoridade parental entre os genitores, combate a alienação parental e garante o adequado desenvolvimento físico, psíquico e emocional das crianças e dos adolescentes, bem como de seus direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada. Dissolução da Sociedade Conjugal. Litígio.

ABSTRACT: This study aims to understand the outcomes of the application of shared custody in litigious dissolutions of marital society. This institute, which determines the simultaneous and balanced exercise of responsibilities arising from family power, was consolidated in the Brazilian legal system as a rule by the Superior Court of Justice and by the amendments brought by Law No. 13,058, of December 22, 2014, however, still faces several obstacles and negative criticism, especially in litigious cases. It starts, therefore, from the problem that involves the investigation of the true effectiveness of this institute in litigious terms and the consequences of its institution to the development of the offspring. For this, the research was developed through a bibliographic review of laws, articles, jurisprudence, and doctrines, from a quality-quantitative approach. It was concluded that shared custody is an important tool for maintaining the dignity of the human person and the best interest of the child and, by equating parental authority between the parents,

combats parental alienation and ensures the adequate physical, psychological and emotional development of the children and adolescents.

Keywords: Shared Custody. Dissolution of the Marriage Society. Litigation.

Sumário: 1. Introdução: 2. Poder Familiar, Dissolução da sociedade Familiar e guarda: 3. A guarda compartilhada no ordenamento jurídico Brasileiro: 4. O papel da guarda compartilhada nos contextos de litígio: 4.1 Paridade no exercício da autoridade parental entre pais e mães: 4.2 Atenuação da Alienação Parental e da Síndrome da Alienação Parental: 5 Direitos e princípios assegurados pela guarda compartilhada: 6 Considerações finais: 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Os casos de rompimento conjugal têm aumentado nas últimas décadas no Brasil e, diante dessa realidade, surge uma preocupação pertinente quanto ao bem estar dos filhos em virtude dos diversos traumas ocasionados com a separação dos pais. Essa consideração se intensifica nas hipóteses de términos litigiosos entre os casais, quando não há consenso sobre as responsabilidades e as contendas se perpetuam dentro e fora da esfera judicial.

Mesmo após as recentes alterações, muito se discute a respeito da eficiência da guarda compartilhada nos casos litigiosos de separação. Os debates são insuficientes, as argumentações contraditórias e o tão almejado bem estar da criança é posto em segundo plano. Diante desse cenário, o presente estudo busca compreender os efeitos da aplicação da guarda compartilhada nas hipóteses de dissolução litigiosa das sociedades conjugais.

Para isso, o artigo foi estruturado em três pilares: (a) compreensão sobre os principais aspectos da guarda compartilhada; (b) análise dos impactos positivos e negativos causados nas crianças e adolescentes com a guarda compartilhada e guarda unilateral nos divórcios litigiosos e; (c) aplicação prática do instituto da guarda compartilhada pelos tribunais e seus desdobramentos na realidade das famílias com base nos direitos e garantias.

Buscando esclarecer os questionamentos suscitados, os objetivos gerais traçados e as hipóteses levantadas, bem como embasar o conteúdo apresentado, o presente estudo foi desenvolvido mediante uma revisão bibliográfica de leis, artigos, jurisprudências, doutrinas e de autores da área, como Denise Maria Perissini da Silva, Telma Kutnikas Weiss, Carlos Roberto Gonçalves, Renata Bento e outros, a partir de uma abordagem quali-quantitativa.

O instituto da guarda compartilhada, modalidade por meio da qual ambos genitores são detentores simultaneamente da responsabilidade legal dos filhos, foi

consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e possui amparo no Código Civil (2002), com modificação recente pela Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, e, muito embora seja fixada como uma regra, ainda é alvo de discussões infundáveis.

A guarda é, por si só, um tópico extremamente relevante no direito familiar e interfere diretamente no desenvolvimento dos infantes, que não podem ser afetados pelo término do relacionamento de seus genitores. Sendo assim, quais os desdobramentos ao desenvolvimento físico, psíquico e emocional das crianças e dos adolescentes, bem como de suas garantias e direitos fundamentais instituídas pelo ordenamento jurídico brasileiro com a determinação da guarda compartilhada nos termos conjugais marcados pelo litígio?

As questões suscitadas na presente pesquisa são de extrema importância e as justificativas para a produção do artigo se assentam na atualidade do tema, nas divergentes argumentações encontradas nas discussões e na baixa aderência ao instituto da guarda compartilhada. O presente estudo busca fomentar o tema e não esgotá-lo, a fim de analisar os contextos que o norteiam e buscar soluções com vistas à minimização de eventuais prejuízos aos direitos fundamentais dos menores e ao seu desenvolvimento.

2 PODER FAMILIAR, DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL E GUARDA

Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2011), o poder familiar é concedido pela lei aos genitores como uma ferramenta a ser utilizada em conjunto pelas figuras materna e paterna para o desenvolvimento de seus filhos. Desse poder, emanam os deveres de guarda, sustento e educação, fundamentados na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A guarda, portanto, configura-se como “um desdobramento do poder familiar e traduz um conjunto de obrigações e direitos em face da criança ou adolescente, de assistência material e moral”, sendo norteadas pelo princípio da autonomia, princípio da inalterabilidade da relação pai e filho e princípio da continuidade da relação (PEGHINI, 2018, p. 47).

Partindo-se do pressuposto de que o texto constitucional e o direito brasileiro como um todo regulamentam tanto a constituição quanto a dissolução das sociedades conjugais, as responsabilidades decorrentes do chamado poder familiar devem ser asseguradas. Logo, nos cenários de divórcio, separação ou dissolução da união estável, as obrigações decorrentes do nascimento de filhos são mantidas, independentemente do rompimento do vínculo amoroso e são determinadas de acordo com o regime de guarda fixado nos termos do direito.

Nesse contexto, infere-se que, via de regra, “o direito de família atual, ao dispor sobre os deveres dos pais regulamenta o poder familiar, o que significa dizer que os dois genitores são igualmente responsáveis pela criação dos filhos” (MATOS, 2020, p. 20).

Atualmente, os modelos de guarda assentes no ordenamento jurídico brasileiro são a guarda unilateral, a guarda compartilhada e a guarda alternada, de modo que as duas primeiras estão expressamente dispostas no Código Civil, enquanto a última decorre de uma criação doutrinária e jurisprudencial. Há, ainda, menção científica quanto à guarda de nidação, que não possui previsão legal e é pouco conhecida e utilizada no país em virtude de seus elevados custos financeiros, mas não há vedação legal em hipóteses de consenso entre os genitores.

A determinação da modalidade de guarda nos processos de dissolução de sociedade conjugal deve levar em consideração não apenas os direitos e deveres em seu sentido estrito sob a perspectiva da autoridade parental, mas deve considerar a supremacia do interesse da criança e do adolescente e a necessidade de garantia de um desenvolvimento adequado em todos os âmbitos da vida de um ser humano, como físico, psíquico, intelectual e emocional – ressalte-se aqui, portanto, a importância do acompanhamento das equipes multidisciplinares.

De acordo com dados recentes divulgados no informativo de Estatísticas do Registro Civil do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2019), os brasileiros vêm se casando menos e se divorciando com menos tempo de matrimônio. Em 2009, o período entre a data do casamento e a sentença de divórcio era de 17,5 anos, ao passo em que, no ano de 2019, esse número caiu para 13,8 anos. Além disso, o percentual de casos de divórcio judicial entre casais com filhos menores aumentou em 5,7 pontos.

Diante dessa nova realidade fática do país, os magistrados são peça importante juntamente com a equipe multidisciplinar na elucidação sobre as modalidades de guarda. Esse esclarecimento é imprescindível para que eventuais dúvidas ou concepções errôneas não causem inseguranças nos processos de divórcio em relação à estipulação da melhor guarda ao caso concreto, com vistas a atender o bem estar das crianças e dos adolescentes.

O informativo de Estatísticas do Registro Civil do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2019) demonstrou, ainda, dados importantes quanto à aderência da guarda compartilhada. No ano de 2014, a parcela dessa guarda entre genitores com filhos menores era de 7,5%, todavia, esse número aumentou para 26,8% em 2019 – aumento esse decorrente sobretudo em virtude da promulgação da Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014.

Nesse contexto, a guarda compartilhada tem se destacado como um instituto com elevado potencial a atender as necessidades fundamentais dos filhos em um momento tão

delicado quanto o término de relacionamento amoroso entre seus pais. Isso, por se tratar de uma modalidade mais evoluída e que mantém o curso natural do poder familiar, mas que infelizmente ainda é ladeada de pré-julgamentos e falta de informação e maturidade.

3 A GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Segundo Leandro Fagundes Domingues (2015), o instituto da guarda compartilhada possui suas raízes na Roma Antiga, contudo, foi na Inglaterra que as primeiras documentações foram oficialmente retratadas. A partir do século XX, a modalidade da guarda se expandiu para países como Alemanha, Portugal, Canadá, França e, posteriormente, para o Brasil.

A guarda compartilhada representa uma inovação no Direito de Família pátrio e foi positivada por meio da Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, que alterou o § 1º do artigo 1.583, do Código Civil (2002) e instituiu a guarda compartilhada como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivem sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns” (BRASIL, 2008).

Posteriormente, acompanhando as necessidades e evoluções das dinâmicas familiares, a Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, trouxe novas mudanças à guarda compartilhada e a fixou como regra, e não mais exceção. Além disso, determinou sua aplicação pelo magistrado mesmo diante da ausência de acordo entre pais e mães – desde que ambos estejam aptos ao exercício do poder familiar e nenhum dos genitores apresente justificativas à rejeição da guarda.

As atribuições conferidas aos genitores pela respectiva lei independem da situação conjugal e abrangem situações de pleno exercício do poder familiar, sendo elas: a educação e a criação dos filhos; o exercício da guarda, independentemente de qual seja a modalidade atribuída; o consentimento ou a negativa para viagens, casamento ou mudança de residência para outro município; representação judicial e extrajudicial nos atos da vida civil até os 16 anos e a assistência devida após essa idade; a nomeação, caso necessária, de tutores; a possibilidade de reclamação caso uma pessoa detenha ilegalmente a guarda dos filhos e; a exigência à obediência, ao respeito e aos serviços adequados (BRASIL, 2014).

Dessa forma, a guarda compartilhada garante que ambos os genitores sejam direta e simultaneamente responsáveis pela condução da vida dos filhos, mesmo com o rompimento conjugal em razão do divórcio, da separação ou da dissolução da união estável, e possui como objetivo principal o bem estar da criança, a garantia dos seus direitos fundamentais e a manutenção das funções materna e paterna no desenvolvimento dos filhos.

Pode ser definida, em outras palavras, como uma modalidade de guarda que assegura o exercício comum das autoridades parentais, de modo que ambos os genitores possuem o direito de participar ativamente da formação dos filhos. Todo o planejamento em relação aos infantes e suas necessidades físicas, psíquicas e financeiras é decidido em conjunto, pois os direitos e as obrigações intrínsecas são atribuídos de maneira juridicamente igualitária.

Markley Almeida (2016) reforça a possibilidade conferida pelo instituto quanto às garantias dos meios materiais e imateriais essenciais e que somente é possível pelo trabalho em conjunto dos pais com atribuições legais e igualitárias do poder familiar. Com isso, há alçada sentimental e jurídica para a conservação do elo entre pais e filhos, o que garante uma adequada formação moral, física, psíquica, religiosa e intelectual.

Importante ressaltar que, muito embora tenha sido consolidada como regra aos casos no ano de 2014 com a Lei 13.058, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já possuía entendimento pacificado nesse sentido – entendimento esse que inspirou as alterações legislativas. O órgão superior julgou, em 2011, um processo que se tornou referência no assunto, no qual os ministros entenderam a guarda compartilhada como uma via essencial e de segurança ao direito de convívio das crianças e adolescentes com ambos os pais.

Iniciou-se uma verdadeira construção jurisprudencial ao se manter essa argumentação em julgados posteriores, como ocorreu: (a) em junho de 2014, quando um julgado reforçou a viabilidade de aplicação da guarda compartilhada independentemente de haver ou não convívio amistoso entre os genitores; (b) em 2017, em um julgamento da Terceira Turma que ressaltou a não determinação da guarda compartilhada apenas nas hipóteses de inexistência de interesse pela guarda por parte de um dos pais ou quando há impossibilidade de exercício do poder familiar; (c) em 2021, com a fixação da tese, por unanimidade, de que a hipótese de genitores com domicílios em cidades diferentes não constitui empecilho à fixação da guarda compartilhada.

Nesse sentido, nos termos do que ressalta Denise Maria Perissini da Silva (2010), a distância não deve ser vista como obstáculo, uma vez que a proximidade primordial preconizada pela guarda compartilhada volta-se à proximidade afetiva entre genitores e filhos, e não à proximidade física – sobretudo na era digital vivida no século XXI. O mais importante são a interação constante, a manutenção de uma rotina saudável e o não afastamento de uma das figuras, paterna ou materna, após o término da sociedade conjugal.

Ademais, no que diz respeito à ausência de interesse, o pleito pelo não compartilhamento da guarda deve ser acompanhado por motivos graves, com a comprovação de situações com potencial de causar prejuízos ao convívio saudável entre pais e filhos, como agressão física, assédio sexual, ameaça de morte e uso de drogas. Não

podem ser utilizadas como justificativa à solicitação da guarda unilateral, amenidades, belicimos e sentimentos de antipatia e ódio entre os ex-cônjuges.

Depreende-se, assim, que a guarda compartilhada possui diversos aspectos positivos e vitais ao desenvolvimento das crianças e dos adolescentes, não somente nas hipóteses em que há consenso e bom diálogo entre os ex-cônjuges, mas também – e principalmente – nos casos de separação, dissolução de união estável e de divórcio com caráter litigioso. Trata-se do instituto mais natural e saudável aos contextos familiares e que possui aparatos para vencer a animosidade entre os genitores e valorizar o relacionamento familiar nos lares brasileiros.

4 O PAPEL DA GUARDA COMPARTILHADA NOS CONTEXTOS DE LITÍGIO

As alterações que norteiam a guarda compartilhada foram introduzidas com a finalidade de promoção da igualdade parental entre os genitores – mudança essa de extrema relevância para uma divisão saudável das responsabilidades na criação dos filhos. É o instituto que permite “aos pais separados assumirem juntos as tarefas e desafios na criação dos filhos [...] trata dos deveres e direitos, deixando o desafio da criação das crianças e adolescentes sobre a responsabilidade dos pais, e não de um só cônjuge” (WEISS, 2018, p. 278).

Diante disso, é perceptível que a guarda compartilhada carece não necessariamente de consenso entre os genitores, mas de amadurecimento por parte deles, para que os problemas e ressentimentos oriundos da dissolução da sociedade conjugal não coloquem o bem estar dos menores em risco e afetem seu desenvolvimento físico, cognitivo e emocional. Mediadores, psicólogos e psicanalistas são profissionais capacitados para orientação dos pais durante essa jornada repleta de desafios e sentimentos à flor da pele.

Segundo a psicóloga e psicanalista Renata Bento (2021), a guarda compartilhada representa um importante direito das crianças e dos adolescentes e garante o duplo referencial em seu crescimento, o que é vital para o amadurecimento emocional dos filhos. Além disso, esse instituto rompe com os paradigmas que cercam a sociedade sobre maternidade, uma vez que as mulheres são apontadas e culpadas pela simples cogitação de não assumir a guarda dos filhos, ao passo em que, com os homens, esse julgamento raramente acontece.

Muito embora haja divergências doutrinárias que defendem haver mais desvantagens na determinação da guarda compartilhadas nos casos de litígio entre os genitores, há inúmeras razões nos campos do direito e da psicologia para se acreditar que esse instituto possui recursos únicos e genuínos para funcionar nesses contextos de contenda. Um desses motivos é a previsão constitucional que estabelece uma absoluta

igualdade entre mulheres e homens e extermina qualquer tipo de comportamento com tendências de desigualdade ou superioridade.

“O litígio em nenhuma hipótese poderá servir de argumento para impedir a aplicação da guarda compartilhada. A modalidade [...] não ameaça a segurança das crianças, portanto deve ser mantida em todos os casos” (SILVA, 2010, p. 18). E isso, porquanto, essa modalidade transcende a fisicalidade da guarda, mas trata genuinamente do compartilhamento de afeto e das responsabilidades e obrigações básicas das crianças e adolescentes, como bem estar, saúde, escolhas importantes quanto à educação formal e complementar, práticas esportivas, orientação religiosa, participações escolares e em eventos públicos, dentre outros.

O conflito suscitada pelas partes e seus advogados com o intuito de impedir a decretação da guarda compartilhada não deve prosperar, pois inviabiliza o bem estar da criança para defender um interesse pessoal. “Assim, só o equilíbrio de poder estabelecido pela guarda compartilhada pode, com o tempo, pacificar eventual conflito renitente entre o ex-casal, por torná-lo desvantajoso para ambas as partes”, pois com o tempo, “os genitores percebem que não adianta confrontar alguém de poder igual” (SILVA, 2010, p. 06).

É importante frisar também que, quando há dissenso, nenhum tipo de guarda funcionará adequadamente a menos que os genitores estejam dispostos a deixar as contendas de lado e se conscientizem sobre o que realmente importa: o bem estar dos filhos. Por mais que, em um primeiro momento, a guarda unilateral pareça mais fácil e menos desgastante, os prejuízos aos menores são infundáveis, pois o afastamento de uma das figuras, materna ou paterna, desencadeia uma série de traumas na formação das crianças e adolescentes.

Sobre a existência de contextos litigiosos e a aplicação da guarda compartilhada, a psicóloga clínica e jurídica Denise Maria Perissini da Silva salienta ainda que:

É muito melhor para a criança conviver com o conflito durante algum tempo do que perder a presença amorosa de um pai ou uma mãe. O enfraquecimento do laço afetivo entre pais e filhos causa graves traumas às crianças; esse laço afetivo dificilmente se refaz mais tarde. Ademais, algum nível de conflito é natural nas relações humanas e acontece diante dos filhos mesmo entre os casais não separados (SILVA, 2010, p. 06).

A guarda não pode ser considerada como uma espécie de troféu após a separação e os filhos não podem ser punidos nem se sentirem responsabilizados pelas desavenças entre os pais. A guarda compartilhada, nesse viés, funciona como intercâmbio entre

genitores, amplia as possibilidades de um relacionamento mais adequado ao ambiente familiar e de discussões saudáveis sobre a educação dos menores, eleva o espírito de cooperação, incentiva o adimplemento da pensão alimentícia e atenua a incidência da alienação parental.

4.1 Paridade no exercício da autoridade parental entre pais e mães

Embora a conjugalidade e a parentalidade nem sempre estejam juntas em razão dos termos, uma não pode afetar negativamente a dinâmica da outra. Nesse sentido, a guarda compartilhada se destaca das demais por assegurar a participação ativa e equilibrada nos processos de crescimento dos filhos comuns e isso, por seu turno, garante o desenvolvimento adequado dos menores, dirimindo os traumas e reforçando a presença moral e afetiva de ambos os genitores.

Conforme explica Isabela Cristina de Melo Santos (2020), o instituto da guarda ainda é visto sob uma ótica patriarcal que sobrecarrega as mães e afasta a figura paterna da rotina dos filhos. Isso conseqüentemente gera, de um lado, uma sobrecarga prejudicial das mães que afeta outros setores da sua vida, como sua inserção no mercado de trabalho e multi jornadas desgastantes e, de outro, a ausência gradativa da figura paterna, o que significa desconsiderar vergonhosamente a tão preciosa e essencial paternidade responsável.

Nesse viés, a psicóloga Denise Maria Perissini da Silva explica que a guarda unilateral exclui a paridade do exercício parental e afeta o desenvolvimento, pois:

Se há um vínculo afetivo normal entre pai e filho, a criança passará a ter menos convívio com seu pai do que gostaria e do que seria adequado para sua boa formação psicológica e, mesmo assim, perceberá o conflito entre uma mãe que “manda” e um pai transformado em “visitante” – enfraquecido e esvaziado em seu papel de pai [...] Nesses casos, frequentemente ocorre de o não guardião e sua prole se desvincularem afetivamente, ante o distanciamento imposto e a artificialidade da relação entre “visitante” e filhos, com graves prejuízos para a formação da personalidade das crianças. Até mesmo porque o desequilíbrio de poder estabelecido pela guarda única permite ao guardião desvalorizar o outro genitor, em muitos casos impingindo a alienação parental aos filhos, “ensinando-os” de que o não guardião é menos importante ou não os ama (SILVA, 2010, p. 05-06).

Em virtude disso, e buscando a afirmação da paridade no exercitamento dos deveres e o não suprimento da presença do elo afetivo da prole com o não guardião, o

modelo tradicional de guarda, ou seja, a guarda unilateral, que normalmente é concedida à figura materna, precisa ser reanalisado sob o ponto de vista psíquico e humanitário (LIMA, 2018).

Dessa forma, a modalidade da guarda compartilhada melhor atende ao pleno exercício do poder familiar, por certificar um ambiente físico e emocional equilibrado ao desempenho das crianças e dos adolescentes inseridos no contexto litigioso – e mais ainda nos consensuais. Além disso, ela efetiva as interações entre maternidade e paternidade no dia a dia e aniquila os rótulos de superioridade entre os genitores impostos pela guarda monoparental.

4.2 Atenuação da Alienação Parental e da Síndrome da Alienação Parental

A guarda unilateral suscita uma terrível problemática: a alienação parental. Essa denominação surgiu em meados dos anos 80, nos Estados Unidos, e retrata a manipulação da prole por um dos genitores com o intuito claro e danoso de atingimento da outra figura paternal, por intermédio do estímulo à repulsa. E isso porque o genitor que a pratica se intitula como superior em relação ao outro (VIEIRA; SANTOS; FIALHO, 2016).

Essa prática pode ocorrer quando há esquivas, mensagens com conteúdo difamatório, acusações inverídicas de abuso sexual, dificultamento do exercício do direito de visitas, desvalorização do genitor, manipulações e outras situações, que levam os filhos à demonstração de um quadro de rejeição em relação ao genitor alienado, sem justificativa. Observa-se, assim, que essa alienação afeta o desenvolvimento das crianças e adolescentes e pode caracterizar um empecilho à aplicação do instituto da guarda compartilhada.

Com consequência desses atos inconsequentes, os menores podem desenvolver a denominada Síndrome da Alienação Parental (SAP), que se caracteriza pela manifestação de sintomas decorrentes da alienação parental. Trata-se, assim, de uma patologia psíquica de extrema gravidade que aflige crianças cujo elo vinculante foi desmantelado (SILVA, 2010).

Após a implementação da Lei nº 11.698, de 2008 e da Lei nº 13.058, de 2014, percebeu-se que a guarda compartilhada passou a atuar como uma medida eficaz no combate à prática da alienação parental e conseqüentemente da Síndrome da Alienação Parental, pois, conforme defende Ezequiel Morais (2018), o convívio cotidiano e próximo entre ambas as figuras parentais com sua prole reduz as chances dessa conduta ao equalizar os poderes.

Logo, a aplicação dessa modalidade de guarda conjunta – que tem sido aplicada como regra nos últimos anos, mas ainda enfrenta diversos obstáculos – é essencial para que um novo caminho seja trilhado nas famílias brasileiras na manutenção dos direitos

fundamentais das crianças e dos adolescentes e seu desenvolvimento sadio, para que os traumas decorrentes dos divórcios sejam minimizados, sobretudo, nas hipóteses litigiosas.

5 DIREITOS E PRINCÍPIOS ASSEGURADOS PELA GUARDA COMPARTILHADA

A Constituição Federal vigente abrange uma série de direitos, princípios basilares e garantias fundamentais aos cidadãos. Soma-se a isso, a evolução dos institutos do Direito de Família e de outras áreas como resposta às necessidades decorrentes das transformações sociais e percebe-se haver atualmente uma tutela jurídica vasta de proteção à família.

As mudanças ocorridas na estrutura societária ao longo da história da humanidade foram responsáveis pela sedimentação de um Direito de Família contemporâneo pautado na dignidade da pessoa humana e nos direitos humanos. Os valores obsoletos foram abandonados e o novo perfil da família foi acompanhado pelo ordenamento jurídico, de maneira que os direitos voltados à essa importante instituição também foram traçados com base nos ideais de inclusão, cidadania, ordem social, liberdade e autonomia (CRUZ, 2018).

Os direitos fundamentais, portanto, são resultado da combinação entre positivação de valores e aplicação concreta dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, de modo que o texto constitucional, nesse viés, foi o impulsionador e realizador dessa junção.

Fato é que, durante toda essa evolução, as concepções culturais foram implementadas e fundidas às concepções jurídicas, resultando em um novo cenário teórico e prático dos direitos destinados à família. Se anteriormente competia às mulheres a função de cuidado do bem estar do marido e da prole de uma maneira tão natural que, ao término do casamento, a guarda era inquestionavelmente destinada à figura materna, uma vez que a educação dos filhos consistia um dever essencialmente das genitoras, atualmente as figuras paternas têm sido inseridas cada vez mais na criação dos menores (CRUZ, 2018).

Nesse contexto de transformações, o instituto da guarda compartilhada desponta como o resultado jurídico e psíquico da evolução da construção familiar em suas mais diversas formas. Trata-se de uma modalidade recheada de vantagens que asseguram o bom desenvolvimento da prole ao minimizar as contendas e trazer à baila novamente a essência da paternidade e da maternidade como um exercício funcional e não uma questão de instinto.

Em síntese, essa guarda reitera, dentre outros direitos dispostos na Constituição Federal e no Estatuto das Crianças e dos Adolescentes, o princípio da afetividade, princípio

do pluralismo das entidades familiares, princípio da igualdade, princípio geral do cuidado, princípio da proteção integral a crianças e adolescentes e o princípio da autonomia.

Além disso, ao equiparar as autoridades parentais no contexto familiar e assegurar o bom convívio com ambos os genitores, a guarda compartilhada reforça tanto a assistência material quanto a moral e a emocional, bem como a aplicação do princípio da inalterabilidade da relação pai e filho, o princípio da continuidade da relação, o princípio do melhor interesse da criança e, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana – sendo esse a primazia trazida pela Carta Magna vigente na instituição e disposição dos seus direitos fundamentais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A elaboração do presente artigo científico possibilitou uma análise cuidadosa dos efeitos jurídicos e psicológicos da aplicação da guarda compartilhada nas hipóteses de dissolução litigiosa das sociedades conjugais (divórcio, separação e dissolução da união estável). Por meio da revisão bibliográfica e de uma abordagem quali-quantitativa dos dados encontrados, os objetivos gerais foram atingidos, as hipóteses confirmadas e as problemáticas devidamente sanadas.

Os resultados demonstraram, inicialmente, não haver um modelo de guarda absoluto que deva ser aplicado pelo magistrado em todos os processos de divórcio, consensuais ou litigiosos, sem que haja uma análise minuciosa do caso concreto e o devido acompanhamento por uma equipe capacitada. Há diversos formatos familiares e suas peculiaridades devem ser respeitadas pelo Direito de Família brasileiro em todos os aspectos, além do jurídico.

Concluiu-se, nesse contexto multifacetado, que a guarda compartilhada desponta como fruto das recentes mudanças na sociedade e representa uma modalidade com diversos recursos para certificar que os ressentimentos existentes entre os ex-cônjuges não interfiram negativamente na participação da formação da prole. Em outras palavras, ela impede que as figuras da parentalidade e conjugalidade sejam equivocadamente cumpridas pelos pais e mães, o que pode ampliar os abalos vividos pelos filhos e prejudicar o crescimento deles.

O presente estudo revelou também que, o instituto da guarda compartilhada outorga a paridade no exercício das obrigações decorrentes da autoridade parental. Isso obsta que o vínculo afetivo entre os genitores e seus filhos seja rompido e se crie, como acontece na guarda monoparental, a figura de mero visitante por parte do não guardião – que aos poucos se afasta e perde, em parte ou totalmente, seu poder familiar – e consequente sobrecarga física e emocional, e eventualmente financeira, por parte daquele

que detém a guarda unilateral – geralmente a figura materna, em decorrência dos resquícios patriarcais.

Além disso, o convívio equilibrado entre pais e mães no cotidiano dificulta a prática da alienação parental e consequente Síndrome da Alienação Parental, pois elimina a condição de superioridade entre os genitores e assegura o desenvolvimento adequado nas esferas cognitiva, emocional, física, psíquica e intelectual das crianças e adolescentes não apenas nas dissoluções da sociedade conjugal consensuais, mas principalmente nas hipóteses litigiosas.

Com a instituição da guarda compartilhada, os direitos e garantias fundamentais dispostos na carta constitucional são assegurados aos menores e essa modalidade solidifica-se no campo normativo pátrio como o mecanismo mais eficiente de defesa dos princípios do melhor interesse da criança, da continuidade da relação e da dignidade da pessoa humana.

Os resultados encontrados, por fim, evidenciam que o maior óbice à eficiência da guarda conjunta decorre não de potenciais desvantagens teóricas, mas na falta de maturidade dos genitores, que enxergam a guarda como um troféu, e que não podem permitir que os ressentimentos atrapalhem o elo eterno que os une: os filhos. Ademais, é preciso uma análise profunda dos casos concretos, bem como incentivo e informação nas audiências e o acompanhamento de uma equipe multidisciplinar preparada para auxiliar pais e filhos nessa jornada rumo à paz que é o compartilhamento das responsabilidades decorrentes da guarda.

7 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Markley. Guarda compartilhada: uma análise de seus efeitos na família em casos de dissolução litigiosa. In: **JusBrasil**, 2016. Disponível em: <https://markley.jusbrasil.com.br/artigos/305242183/guarda-compartilhada>. Acesso em: 01 ago. 2021.

BENTO, Renata. As mudanças na lei da guarda compartilhada. In: **Revista Consultor Jurídico**, 24 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-24/renata-bento-mudancas-lei-guarda-compartilhada>. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 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 jul. 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: 05 jul. 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: 05 jul. 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: direito de família e sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Org.). **Guarda compartilhada**. 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CRUZ, Maria Luiza Póvoa. **Visão em razão dos princípios fundamentais do direito**. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Org.). **Guarda compartilhada**. 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

DOMINGUES, Leandro Fagundes. A nova lei da guarda compartilhada. In: **Âmbito Jurídico**, 01 nov. 2015. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-142/a-nova-lei-da-guarda-compartilhada/>. Acesso em: 05 jul. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil 2019**. Estat. reg. civ., Rio de Janeiro, v. 46, p.1-8, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2019_v46_informativo.pdf. Acesso em: 01 ago. 2021.

LIMA, Suzana Borges Viegas de. **Guarda compartilhada**: a nova realidade. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Org.). Guarda compartilhada. 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MATOS, Rayane Alves. Responsabilidade paternal após o divórcio: guarda compartilhada. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília - DF: 20 nov. 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55597/responsabilidade-paternal-aps-o-divrcio-guarda-compartilhada>. Acesso em: 30 jul. 2021.

MORAIS, Ezequiel. **Os avós, a guarda compartilhada e a mens legis**. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Org.). Guarda compartilhada. 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEGHINI, César Calo. **Poder familiar e guarda**: um caminho assertivo para a devida aplicação da guarda compartilhada. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Org.). Guarda compartilhada. 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SANTOS, Isabela Cristina de Melo. Guarda compartilhada: a priorização do melhor desenvolvimento dos filhos. **IBDFAM**: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 26 ago. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1540/Guarda+compartilhada:+a+prioriza%C3%A7%C3%A3o+do+melhor+desenvolvimento+dos+filhos>. Acesso em: 30 jul. 2021.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda compartilhada e síndrome da alienação parental**: o que é isso?. São Paulo: Autores Associados, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito de família. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

URAGUE, Michele Andressa. **A guarda compartilhada obrigatória à luz do princípio do melhor interesse da criança**. In: Jurídico Centro, 01 jun. 2016. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/advmicheleurague/artigos/a-guarda-compartilhada-obrigatoria-a-luz-do-principio-do-melhor-interesse-da-crianca-2327#>. Acesso em: 01 ago. 2021.

VIEIRA, Thaís Fernandes; SANTOS, Cícera Jercika Reinaldo; FIALHO, Risomar Monteiro. As mudanças legislativas e seus efeitos na guarda compartilhada. In: **Jus Brasil**, 2016. Disponível em: https://jercika.jusbrasil.com.br/artigos/412791042/as-mudancas-legislativas-e-seus-efeitos-na-guarda-compartilhada?ref=topic_feed. Acesso em: 30 jul. 2021.

WEISS, Telma Kutnikas. **A lei da guarda compartilhada:** uma breve visão psicanalítica. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Org.). Guarda compartilhada. 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.