

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1106

(Ano XIV)

(30/07/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

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. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

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 u, 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: Bacharelanda 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

QR code do Volume 1106



Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1106, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. *630 f.*

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso online. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



Lei Mariana Ferrer (Lei 14.245/21)

Eduardo Luiz Santos Cabette, 09.

ARTIGOS

Sanções por descumprimento de obrigações tributárias principais e acessórias: uma proposta de estudo e diálogo entre a objetividade da arrecadação tributária e a eventual subjetividade na ausência de cumprimento de deveres instrumentais)

Luiz Vidal da Fonseca Júnior, 19.

Tráfico de pessoas: um crime que persiste

Gabriela Leticia Pereira da Silva, 41.

Uma breve análise sobre as receitas tributárias à luz da constituição federal e do código tributário nacional

Williane dos Santos Ferreira e Lara Ariel Oliveira, 54.

O concurso formal de crimes segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: análise dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça versando sobre concurso formal entre crimes de roubo com julgamento no primeiro semestre de 2020

Priscila Domenice, 69.

A Defensoria Pública como importante instrumento de acesso à Justiça

Clebson da Cunha Silva, 158.

Como tratar a psicopatia perante o direito penal

Renan Guimarães de Souza, 170.

Ausência de ilegalidade superveniente no lançamento tributário em face da aplicação da remissão e anistia previstas na Lei Complementar Federal nº 160/2017

Evandro Kappes, 179.

O direito de não nascer – sua aplicabilidade no direito brasileiro e uma reflexão acerca do “Acórdão Perruche”

Paulo Roberto Silva Gentini, 189.

A violência contra os povos indígenas da etnia Waimiri-Atroari durante a ditadura militar brasileira, uma análise à luz do direito positivo.

Lara Ariel Souza de Oliveira e Williane dos Santos Ferreira, 203.

A violência obstétrica e a responsabilidade à luz do direito brasileiro

Naylla Amanda Amorim de Vasconcelos, 218.

A inconstitucionalidade da cobrança de honorários de sucumbências do beneficiário da gratuidade de justiça nas ações trabalhistas

Annie Raphaela Alexandre Amarante e Lilian Soares da Luz, 229.

Violência familiar e o feminicídio: a inoperância do poder público

Leonardo de Melo Guarnieri, 252.

A violação do direito no sistema penitenciário brasileiro

Milena França Marques da Silva, 269.

A sucessão no direito civil brasileiro

Bruno Luiz de Paula Cardoso Pereira, 278.

O contexto histórico da mulher no mercado de trabalho: e a análise dos efeitos da nova realidade da pandemia da covid-19

Brenda Alexssandra Silva Soares, 302.

Regras de trânsito aplicadas por autoridades e agentes como ferramentas de proteção da ordem pública

Gabriel Polo Alves, 318.

Sistemas possessórios: uma análise das teorias sobre a posse formuladas por Friedrich Carl von Savigny e Rudolf von Ihering

Mariana Akel Abrahão, 343.

O princípio da vedação às isenções heterônomas com foco em concursos públicos

Jorge Henrique Sousa Frota, 365.

A instrumentalidade das formas sob a luz do processo civil brasileiro

Valdecir Nosse Chaves, 379.

Conflito de competência normativa entre entes federados no período de pandemia (covid-19)

Lucas Matheus de Souza Beteti, 391.

A necessidade da aprovação da política nacional de informações estatísticas relacionadas à violência contra a mulher (PNAINFO) como forma de aprimorar as políticas públicas de enfrentamento à violência contra mulheres

Meyrelucy Gomes de Souza, 410.

Online Dispute Resolution, Processo e Tecnologia

Edson Francisco Rocha Neto, 432.

Contribuição da perícia contábil nos processos judiciais

Claudia Rodrigues de Souza, 450.

Tributação de novas tecnologias: a tributação do consumo na economia digital

Douglas Ferreira da Costa, 465.

A pensão por morte no regime geral da previdência social e as alterações da Emenda Constitucional n. 103/2019

Simone Andréa Pinto Ambrósio De Camargo, 494.

Diesel Gate: a maior fraude do setor automobilístico da atualidade

José Vitor da Silva Rodrigues, 542.

TESE

De la imposibilidad de desarrollo sustentable en el sistema capitalista (Estudio de caso: La degradación de la floresta nacional del Araripe (Brasil) en razón de las presiones emergentes de las la acción antrópica)

Uilton de Sousa Lima, 547.

LEI MARIANA FERRER (LEI 14.245/21)

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia Aposentado, Mestre em Direito Social, Pós – graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal na graduação e na pós – graduação do Unisal.

A Lei 14.245/21 ganhou o epíteto de Lei Mariana Ferrer devido a um episódio em que uma mulher que acusava um indivíduo da prática de estupro foi questionada de forma bastante incisiva, até agressiva, pelo advogado do réu, relativamente a questões de caráter pessoal e conduta que não estavam diretamente ligadas ao episódio em apuração.

Inobstante tenha ocorrido a absolvição do imputado e restada afastada a narrativa da sedizente vítima, a cena de constrangimento na inquirição ganhou as redes sociais e a grande mídia, resultando na elaboração do diploma legal ora enfocado. ¹

A primeira providência tomada por meio da legislação em estudo é a criação de uma causa de aumento de pena da ordem de um terço até a metade, acaso o crime de “Coação no Curso do Processo” seja praticado em situação envolvendo crimes contra a dignidade sexual. Esse aumento, embora a origem da lei esteja ligada a um episódio envolvendo uma mulher, não se limita a mulheres coagidas, mas a qualquer pessoa (de qualquer sexo) que sofra coação no curso do processo em casos de crimes contra a dignidade sexual. Vale frisar que a conduta do advogado no caso que inspirou a lei em estudo, por mais grosseira que tenha sido, não se adequaria jamais ao crime do artigo 344, CP. Além disso, não se refere somente à vítima, mas também autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral, na exata dicção do artigo 344, CP. Atinge, portanto, vítimas, peritos, testemunhas etc.

Ainda em reforço à proteção na área do direito material (penal) contra indevidos constrangimentos de vítimas e testemunhas durante a persecução penal, foi

1 CASO Mari Ferrer: Abaixo – Assinado Atinge 4,2 milhões e Quebra Recorde no Brasil. Disponível em https://changebrasil.org/2020/11/06/caso-mari-ferrer-abaixo-assinado-atinge-42-milhoes-e-quebra-recorde-no-brasil/?gclid=EA1aIQobChMI6ffGjuui-AIVU0FIAB2eGgBuEAMYASAAEgJ2hfD_BwE , acesso em 10.06.2022.

posteriormente editada a Lei 14.321/22, que criou o crime de “Violência Institucional”, adicionando o artigo 15 – A na Lei 13.869/19 (Lei de Abuso de Autoridade). 2

No âmbito formal (Processo Penal), a Lei 14.245/21 promove alterações no Código de Processo Penal e na Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95).

No Código de Processo Penal foi incluído, no tratamento do Processo Comum, o artigo 400 – A, cujas regras abrangem tanto o processo ordinário quanto o sumário. Ficou estabelecido que na audiência de instrução de julgamento, com especial destaque para os casos que envolvam crimes contra a dignidade sexual, partes e sujeitos processuais (advogados, defensores públicos, promotores de justiça, juízes etc.) devem zelar pela “integridade física e psicológica da vítima”, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa.

Especificamente ao Juiz de Direito é incumbida a tarefa de zelar pelo cumprimento do determinado no artigo em comento, sendo vedadas manifestações sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos. Por exemplo, indagações acerca de relacionamentos amorosos ou sexuais da sedizente vítima com outras pessoas anteriormente ou posteriormente ao fato em apuração. Questionamentos sobre suas preferências sexuais, religiosas, filosóficas, morais etc. Também é vedada a utilização de linguagem, informações ou materiais ofensivos à dignidade da vítima ou de testemunhas. Seriam exemplos fotos íntimas exibidas em juízo ou o tratamento da vítima ou testemunha com expressões grosseiras ou até mesmo impróprios.

Ainda no Código de Processo Penal, a mesma sistemática é imposta no Procedimento do Júri em sua fase de Plenário, com a inclusão do artigo 474 - A. Não haveria aí uma falha? A primeira fase não estaria a descoberto? A resposta é negativa, pois à primeira fase do procedimento do júri, até a decisão de pronúncia, se aplicará o disposto no artigo 400 – A, CPP que regula o Processo Comum.

Finalmente, o mesmo tratamento é conferido nos casos de audiência de instrução dos Juizados Especiais Criminais, com a inclusão de um § 1º. – A no artigo 81 da Lei 9.099/95.

Dessa forma, o zelo para com a integridade física e psicológica e o respeito à dignidade da vítima e testemunhas é determinado em todos os procedimentos. No

2 Para maiores informações e aprofundamento sobre o crime de “Violência Institucional” e também sua relação com o crime de “Coação no Curso do Processo”, acesse artigo anterior de nossa autoria: CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Violência Institucional (Lei 14.321/22). Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/1517503790/violencia-institucional-lei-14321-22> , acesso em 10.06.2022.

Processo Comum (ordinário, sumário, sumaríssimo e Júri) e também nos Processos Especiais, novamente por aplicação da regra geral imposta pelo artigo 400 – A, CPP (v.g. Crimes contra a Honra, Crimes de Responsabilidade de Funcionários Públicos, Procedimentos Especiais de Leis Esparsas) (inteligência do artigo 394, §§ 2º. e 5º., CPP).

Também pode parecer que nas oitivas de vítimas e testemunhas em sede de Investigação Criminal (Inquérito Policial, por exemplo), tenha o legislador deixado de tratar da matéria. Não é esta a melhor interpretação. Na verdade, o disposto no artigo 400 – A, CPP certamente pode e deve ser extensivo aos procedimentos da investigação criminal por analogia, “mutatis mutandis”. Se as oitivas são no bojo de um Inquérito Policial, quem deve zelar pelo respeito às vítimas e testemunhas é o Delegado de Polícia Presidente do feito. Se em outros procedimentos investigatórios admitidos pela lei ou pela jurisprudência, a respectiva autoridade presidente (v.g. Promotor de Justiça nos casos de PIC – Procedimento Investigatório Criminal do Ministério Público).

Importa salientar que a edição da chamada “Lei Mariana Ferrer” pode passar uma falsa impressão de que antes dela era possível e admissível no ordenamento brasileiro maltratar vítimas e testemunhas. Isso não corresponde à verdade. As obrigações explicitadas pela Lei 14.245/21 sempre estiveram presentes, cabendo às autoridades policiais e judiciárias o exercício de “polícia” das audiências, bem como a todos os sujeitos processuais o tratamento com urbanidade e respeito. Eventuais casos de discussões mais acaloradas e até entreveros são exceções que apenas confirmam a regra que sempre existiu e enseja, desde sempre, a responsabilização respectiva.

Embora não se possa negar que a Lei 14.245/21 foi elaborada e aprovada sob o influxo midiático e de grupos de pressão identitários, certamente é possível vislumbrar boas intenções do legislador, especialmente no que tange ao reconhecimento de que não se pode prosseguir na senda de um chamado “Garantismo Hiperbólico Monocular” que considera o Processo Penal apenas como um instrumento de coerção indireta do Direito Penal, dotado somente de garantias ao imputado. Há que reconhecer que o chamado “Garantismo” somente pode ser “Integral”, não se conformando apenas em disposições negativas com relação à coerção estatal sobre o investigado ou réu, mas também se constituindo de maneira a proporcionar a defesa dos direitos das vítimas. 3 À vítima

3 Cf. FISCHER, Douglas. Garantismo Penal Integral (e não o Garantismo Hiperbólico Monocular) e o Princípio da Proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina do TRF – 4*. Porto Alegre: n. 28, mar. 2009. Disponível em https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html, acesso em 08.02.2022. Ver também a contraposição entre “Garantismo Binocular” e “Garantismo Monocular”: GARANTISMO Penal Binocular X Garantismo Monocular. Disponível em <https://www.institutoformula.com.br/garantismo-penal-binocular-x-garantismo-monocular/>, acesso em 08.02.2022. “a) **Garantismo binocular**: analisado de forma bifronte, não nega ao réu os direitos à

também deve ser reconhecido o direito a um Processo Penal eficiente e justo, inclusive formatado como um Direito Humano. 4

Contudo, as disposições da Lei 14.245/21 podem constituir-se em um grave prejuízo à ampla defesa e até à plenitude de defesa (esta última referente aos casos do Tribunal do Júri). Obviamente que esses prejuízos são capazes de acoimar a legislação de inconstitucionalidade, já que infringem pontos basilares do Devido Processo Legal.

Fato é que embora a vítima e testemunhas mereçam, obviamente, o respeito em audiência, não podem suas palavras serem intocáveis e nem a prova oral produzida pode ser tomada como absoluta, eis que para uma condenação é necessário um *conjunto probatório* robusto, capaz de gerar no julgador a *certeza* da autoria e da materialidade. Desde muito tempo se reconhece a necessidade desse *conjunto probatório*, inadmitindo-se a condenação por uma prova isolada, ainda que seja a confissão ou qualquer outra, o que se tem denominado de “limite probatório da unicidade”. 5

Como já se destacou, a legislação foi elaborada e aprovada a toque de caixa e impulsionada por grupos de pressão e mídia. Ela é nada mais nada menos do que o resultado da incapacidade do legislativo de praticar uma autocontenção diante do chamado “clamor público”. É claro que o “clamor público” pode muitas vezes ser justo. Ocorre que mesmo quando é justo, sua exigência de criação de normas emergenciais, acaba conduzindo à proliferação do chamado “Direito Penal (e Processual Penal)

ampla defesa e ao contraditório, ou à presunção de inocência, mas preconiza que jamais se deve abolir a proteção do bem jurídico violado, pois o Estado não pode oferecer uma proteção deficiente à sociedade na defesa dos bens jurídicos relevantes. Visa resguardar os direitos fundamentais não apenas do réu ou do investigado, mas também os direitos fundamentais da vítima e os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade. Zela pela correta e justa aplicação da pena e por sua execução na defesa e na reafirmação do bem jurídico relevante lesado pela conduta criminoso.

b) Garantismo monocular: O garantismo monocular somente observa os direitos dos acusados, negando a eficácia do Direito Penal como forma de afirmação dos bens jurídicos valorados. É a negação disfarçada do Direito Penal como instrumento positivo de controle social e de justiça, entendendo que os demais ramos do direito e outras políticas públicas são suficientes para diminuir a criminalidade e solucionar os conflitos sociais. Preocupa-se apenas com os direitos fundamentais dos outros cidadãos, com os direitos da coletividade e com os deveres fundamentais. Por seu turno, no Garantismo hiperbólico monocular evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos investigados, processados ou condenados”.

4 REZENDE, Guilherme Carneiro de. *O Direito Humano da Vítima a um Processo Penal Eficiente*. Curitiba: Juruá, 2021, “passim”.

5 Cf. MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996, p. 497.

Simbólico". O açodamento com que leis são produzidas sob a influência de grupos de pressão e do clamor público é responsável pela proliferação de normas que podem até ser bem-intencionadas, mas que acabam atingindo de morte vigas mestras do Direito Penal e Processual Penal, gerando, ao fim e ao cabo, novas injustiças e não resolvendo a alegada injustiça que pretendiam extirpar ou combater.

Mais que um "Direito Penal Simbólico", hoje se fala em um "Direito Penal Promocional, Político ou Demagogo":

Criticado pela doutrina, o Direito Penal Promocional (político ou demagogo) surge quando o Estado, visando concretizar seus objetivos políticos, emprega as leis penais como instrumento, promovendo seus interesses, estratégia que se afasta do mandamento da intervenção mínima, podendo (e devendo) valer-se, para tanto, dos outros ramos do Direito. É equivocada a utilização do Direito Penal como ferramenta de transformação social. 6

É evidente que essa lição é válida tanto para o Direito Material (Penal) quanto para o seu instrumento de concretização que é o Direito Formal (Processo Penal).

A Lei 14.245/21 é prenhe de inconstitucionalidades, com evidentes violações da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º., LV, CF), bem como, mais especificamente, da plenitude da defesa nos casos de Tribunal do Júri (artigo 5º., XXXVIII, "a", CF). Fato é que os defensores, se não forem tolhidos diretamente pelas Presidências das Audiências respectivas, sofrerão, devido à própria lei em abstrato, no mínimo, sérios constrangimentos e inibições em sua atuação.

Ao defensor devem ser dispostos todos os meios de prova em Direito admitidos, bem como a possibilidade de discutir todos os pontos relativos ao caso em que atua.

Quando a lei limita a referência a questões alheias aos fatos objeto de apuração, bem como o uso de linguagem, informações ou materiais que possam ser ofensivos à vítima ou testemunhas, emprega uma dicção por demais aberta e, exatamente por isso, restringe muito e torna insegura a atuação dos causídicos.

O advogado não pode ter sua fala tolhida em audiência. Não somente por disposições constitucionais acima mencionadas, corolários do Devido Processo Legal

6 CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal Parte Geral*. 3ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 38.

(artigo 5º, LIV, CF), o que já seria o bastante, mas também porque isso violaria sua prerrogativa profissional disposta no artigo 7º, X, do Estatuto da OAB (Lei 8.906/94).

É direito do advogado

usar da palavra, pela ordem, em qualquer tribunal judicial ou administrativo, órgão de deliberação coletiva da administração pública ou comissão parlamentar de inquérito, mediante intervenção pontual e sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, a documentos ou a afirmações que influam na decisão.

Por mais que se respeite a dignidade da vítima e testemunhas, não pode haver limitação, salvo casos teratológicos, a essa atividade inerente à advocacia, sendo praticamente impossível aplicar essa lei sem violar prerrogativa profissional e princípios constitucionais regentes do Processo Penal. Não cabe a nenhuma autoridade regular a seu critério o que se relaciona ou não, direta ou indiretamente, aos fatos em apuração, nem qual material ou informação é de interesse defensivo e nem mesmo a linguagem que o defensor utiliza, salvo, como já se disse, em casos extremados nos quais o poder de polícia das audiências permite *e desde sempre permitiu e demandou* a contenção.

As prerrogativas profissionais do advogado, embora previstas em legislação ordinária, constituem a atualização ou concreção de sua condição, constitucionalmente estabelecida, de função indispensável à administração da Justiça (inteligência do artigo 133, CF e sua correlação com a Lei 8.906/94). Por isso não é possível que, para exercer suas funções, tenha que pisar em ovos com o temor de ofender a vítima ou alguma testemunha de uma forma ou outra, ou pior, seja coartado em sua atividade pelo Juiz, Delegado, Promotor ou qualquer autoridade.

Imagine-se que um advogado, mesmo em um processo envolvendo crime contra a dignidade sexual, detenha fotos, mensagens, cartas, filmagens ou quaisquer outros documentos ou materiais que indicam que a suposta vítima nunca foi coagida, mas, ao contrário, insistia com o acusado em manter com ele relações sexuais, até mesmo o intimidando com a ameaça de uma denúncia caluniosa e outras chantagens. Certamente a exibição desses materiais, informações ou documentos em audiência será ofensiva à vítima, mas a defesa não pode ser cerceada por causa disso. A busca da verdade processualmente válida é marcada pela bilateralidade e paridade de armas entre acusação e defesa. Qualquer impedimento imposto ao advogado, seja na letra abstrata da lei, seja pela atuação de uma autoridade pública, inviabiliza essas condições mínimas de validade processual, admitido um “devido processo legal meramente formal” ao invés de “material”.

Não poderia o defensor fazer indagações a uma testemunha, buscando demonstrar que esta é mendaz? E até dizendo isso claramente diante de contradições encontradas? Alertando ou solicitando seu alerta sobre as penas por falso testemunho? Diante de uma vítima indigna, praticante de denúncia caluniosa contra o cliente, não pode o advogado se manifestar neste sentido e demonstrar a ocorrência dessa injustiça por todos os meios de prova? Inclusive também advertindo ou requerendo sua advertência sobre o crime de denúncia caluniosa? Não pode o advogado questionar limitações, até mesmo físicas, de uma vítima ou testemunha, as quais podem inviabilizar uma determinada narrativa? Por exemplo, num caso de pessoa que tem problemas auditivos e alega ter ouvido uma conversa em meio a burburinho a certa distância. Não poderia o defensor fazer menção a essa deficiência física da vítima ou testemunha para invalidar suas alegações, inclusive pedindo uma perícia conclusiva, simplesmente porque seria ofensivo à condição de deficiente dos envolvidos? No caso de uma testemunha ou mesmo vítima com diversos antecedentes criminais, envolvimento com uso e abuso de drogas lícitas ou ilícitas, não seria possível que o advogado requeresse e fizesse juntar aos autos folhas de antecedentes, informações sobre vida pregressa para a devida avaliação da credibilidade dessas pessoas? Nada disso, nenhum cerceamento dessa espécie, é minimamente admissível num devido processo legal material, obediente da ampla defesa, contraditório e paridade de armas.

Mesmo em caso de condenação e determinação da pena – base, o Juiz, na primeira fase de dosimetria, irá se valer dos itens de individualização constantes do artigo 59, CP. Sobre esses itens, todos eles, poderá a acusação manifestar-se livremente a fim de obter uma pena mais gravosa. Acontece que dentre esses itens há uma manifestação da chamada “vitimodogmática”, qual seja, a análise do “comportamento da vítima”. Esse item do artigo 59, CP surge “da necessidade de se abandonar uma visão simplista do fenômeno criminoso, em que de um lado teríamos uma pessoa totalmente inocente (vítima), e de outro, uma pessoa totalmente culpada (criminoso)”. 7 Poderá a acusação defender a tese de uma chamada “vítima inocente” na linguagem vitimodogmática. Nesse passo, não poderá contraditar o defensor e levar aos autos e à audiência meios de comprovação de que se trata, ao contrário, de uma “vítima falsa ou suposta” ou de uma “vítima provocadora”, também classificações comuns à vitimodogmática como ramo da vitimologia? 8 É evidente que sim, não importando em nada se essa atividade defensiva pode ou não ofender a pessoa envolvida. Acaso isso seja tolhido ao defensor, haverá quebra flagrante do contraditório, ampla defesa e paridade de armas, implodindo o devido processo legal.

7 GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A Autocolocação da Vítima em Risco*. São Paulo: RT, 2004, p. 39.

8 Ver por todos a classificação das vítimas de Benjamin Mendelsohn, conforme citado por Penteado Filho: Cf. PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 85.

Observe-se ainda que a lei penal, por intermédio do Código Penal, ao tratar dos crimes contra a honra, afastou a incidência de injúria e difamação quando a ofensa é proferida pela parte ou seu procurador na discussão da causa (artigo 142, I, CP). Isso se dá clara e evidentemente porque sabia o legislador que impedir a discussão da causa em nome de um excesso de urbanidade e suposto respeito, acabaria engessando a atividade dos atores processuais, gerando, na verdade, desrespeito à dignidade humana no que diz com o devido exercício da defesa de direitos. A Lei 14.245/21 é obviamente incompatível com a excludente de criminalidade do artigo 142, I, CP. Resta saber se podemos considerar que houve revogação tácita da dita excludente ou se é esta que se encontra em consonância com o devido processo legal constitucional e as prerrogativas dos advogados, enquanto a Lei Mariana Ferrer padece de inconstitucionalidade que a torna inaplicável na prática. Parece não restar dúvida de que a segunda hipótese é a correta. A chamada “imunidade judiciária” é condição mínima para o exercício da atividade advocatícia e essa atividade não é isenta de percalços e eventuais alterações, conflitos e atos ou palavras ofensivas, que se apresentam como um *mal necessário*. Como aduzem Couture e Calamandrei:

A advocacia é uma luta de paixões. Não é certamente um caminho glorioso; está feito, como todas as coisas humanas, de penas e de exaltações, de amarguras e de esperanças, de desfalecimentos e de renovadas ilusões. 9 Caracteriza-se nossa ação e nossa militância pela mentalidade predominantemente crítica e combativa que a domina.
10

É por essas exatas características que a advocacia, o exercício pleno da defesa não podem ser limitados por determinações legais abstratas tão abrangentes, o que não importa em afirmar que possa haver desrespeito entre partes, sujeitos processuais, vítimas, testemunhas, peritos etc. Mas, o poder de polícia das audiências deve ser exercido com toda a cautela para não se constituir em cerceamento de defesa e nem também de acusação, não comportando limitações tão drásticas e abertas, conforme se fez com a publicação da Lei 14.245/21.

Por derradeiro é preciso lembrar ainda que além da “defesa técnica”, o investigado ou réu tem o direito de exercício da denominada “autodefesa”, cujo ato de culminância se dá em seu interrogatório. Nessa ocasião é inimaginável que possa ser o investigado ou acusado constrangido a não assacar contra vítimas e testemunhas alegações que levem ao

9 COUTURE, Eduardo J. *Los Mandamientos del Abogado*. Buenos Aires: Depalma, 1966, p. 11.

10 CALAMANDREI, Piero. *Demasiados Abogados*. Trad. Joseph Xirau. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1960, p. 48.

seu descrédito ou desabono. O intento não é de ofender pura e simplesmente, mas marcado pelo chamado “animus defendendi”. Não poderia um indivíduo acusado de estupro, alegar em sua defesa que a suposta vítima mente e pretende imputar-lhe falsamente tal crime? Haveria então uma obrigação de confissão ou uma obrigação de produzir prova contra si mesmo ou, no máximo, um direito de se omitir? Tudo isso em nome do intento de não causar suscetibilidades na vítima ou na testemunha? Não, o direito à ampla defesa, englobando a “autodefesa” é basilar para a validade de um processo. 11

Em suma, a Lei 14.245/21, embora certamente imbuída de excelentes intenções, acabou embarcando em uma pressão identitária e gestando normas extremamente restritivas do direito de defesa, de maneira a torná-la eivada de inconstitucionalidade e, por isso, inaplicável na prática.

Esperemos que o Judiciário tenha a coragem necessária para cumprir com sua função, para além de pressões grupais e midiáticas, declarando a inconstitucionalidade desse diploma legal.

REFERÊNCIAS

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Violência Institucional (Lei 14.321/22). Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/1517503790/violencia-institucional-lei-14321-22> , acesso em 10.06.2022.

CALAMANDREI, Piero. *Demasiados Abogados*. Trad. Joseph Xirau. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1960.

CASO Mari Ferrer: Abaixo – Assinado Atinge 4,2 milhões e Quebra Recorde no Brasil. Disponível em https://changebrasil.org/2020/11/06/caso-mari-ferrer-abaixo-assinado-atinge-42-milhoes-e-quebra-recorde-no-brasil/?gclid=EAIaIQobChMI6ffGjuui-AIVU0FIAB2eGgBuEAMYASAAEgJ2hfD_BwE , acesso em 10.06.2022.

COUTURE, Eduardo J. *Los Mandamientos del Abogado*. Buenos Aires: Depalma, 1966.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal Parte Geral*. 3ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

FISCHER, Douglas. Garantismo Penal Integral (e não o Garantismo Hiperbólico Monocular) e o Princípio da Proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos

11 Cf. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 214.

seus ideais. *Revista de Doutrina do TRF – 4*. Porto Alegre: n. 28, mar. 2009. Disponível em https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html , acesso em 08.02.2022.

GARANTISMO Penal Binocular X Garantismo Monocular. Disponível em <https://www.institutoformula.com.br/garantismo-penal-binocular-x-garantismo-monocular/> , acesso em 08.02.2022.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A Autocolocação da Vítima em Risco*. São Paulo: RT, 2004.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Trad. Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1996.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

REZENDE, Guilherme Carneiro de. *O Direito Humano da Vítima a um Processo Penal Eficiente*. Curitiba: Juruá, 2021.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1993.

SANÇÕES POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS PRINCIPAIS E ACESSÓRIAS: UMA PROPOSTA DE ESTUDO E DIÁLOGO ENTRE A OBJETIVIDADE DA ARRECADAÇÃO TRIBUTÁRIA E A EVENTUAL SUBJETIVIDADE NA AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE DEVERES INSTRUMENTAIS)

LUIZ VIDAL DA FONSECA JÚNIOR:

Mestrando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de São Paulo, São Paulo, São Paulo, Brasil (**PUC/SP**). Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, Distrito Federal, Brasil (**IDP/DF**)¹².

Resumo: O presente artigo irá analisar a questão da sanção tributária quando houver o descumprimento do dever de pagar tributos, e de apresentar documentos fiscais ao Poder Público tributante. Ao mesmo tempo que procura oferecer sugestões, e um novo pensamento acerca de métodos e melhores formas de punir os infratores da Legislação Tributária. Para tal missão este estudo irá nos fazer cogitar de tópicos bastante importantes e essenciais para a compreensão do Direito sob o ponto de vista da Teoria Comunicacional. Ao mesmo tempo uma incursão no conceito da regra matriz de incidência. E com base nestes conhecimentos fazemos uma análise do conceito de sanção, dos tipos de sanção utilizadas, e de nossa proposta acerca de todo o tema.

Palavras-chave: Ontologia - Filosofia da Linguagem – Norma Jurídica – Sanção Tributária – Tipos de Sanção.

Sumário: 1. Introdução. 2. Noções fundamentais. 3. Da norma jurídica. 4. A sanção no direito tributário. 5. Dos tipos de sanções tributárias. 6. A sanção por tributo não arrecadado: nossa proposta. 7. Conclusão. Bibliografia.

Abstract: The present article will analyze the issue of tax sanctions when there is a failure to comply with the duty to pay taxes and to submit tax documents to the taxing government. At the same time it seeks to offer suggestions, and a new thinking about

¹² Especialista em Direito Administrativo pela Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil (**FESMP/RS**). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto de Estudos Tributários, São Paulo, São Paulo, Brasil (**IBET/SP**). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil do Estado de Mato Grosso (1988), onde exerceu a função de Membro Relator do Tribunal de Ética e Disciplina (2001-2003). Procurador de Carreira (1997) da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso (1ª. Classe), onde exerceu as funções de Procurador Adjunto (1997-1998), Procurador Geral (1998), e Corregedor Geral (2016-2018).

methods and better ways to punish those who violate the Tax Legislation. For this mission, this study will make us cogitate on very important and essential topics for the comprehension of Law from the point of view of the Communication Theory. At the same time an incursion into the concept of the principal rule of incidence. And, based on this knowledge, we will analyze the concept of sanction, the types of sanctions used, and our proposal on the whole subject.

Keywords: Ontology - Philosophy of Language - Legal Norm - Tax Penalty - Types of Penalty.

Summary: 1. Introduction. 2. Fundamental notions. 3. The legal rule. 4. The sanction in tax law. 5. Types of tax sanctions. 6. The sanction for uncollected taxes: our proposal. 7. Conclusion. Bibliography.

1 INTRODUÇÃO

Desde tempos imemoriais costumamos ouvir e ter bastante contato com o termo sanção. Num determinado meio social se estabelece um comportamento aceito regularmente e se espera que os membros da comunidade envolvida se pautem pelo comportamento eleito conforme os usos sociais das pessoas envolvidas.

Sendo que, na hipótese de seu descumprimento, ou que o comportamento esperado não ocorre exatamente conforme o previsto, ocorram medidas de coação para que se desestimule sua prática.

Como ensinam pensadores que melhor estudaram o tema, quando se analisa o evidente aspecto retributivo da pena, o não cumprimento do socialmente previsto será um dos pressupostos que irão justificar que um grupo de homens associados no Estado prive de liberdade algum de seus membros ou intervenha de outro modo, conformando sua vida.

Neste particular se recomenda as obras do jurista alemão Claus Roxin que melhor se debruçou sobre o tema, e que anexamos a obra do jurista citado ao final deste artigo para os que se interessarem na pesquisa.

A partir do exato instante de um acordo social, surgem medidas coercitivas para encorajar a prática da atitude requerida, devidamente institucionalizada, e internalizada, por aquela sociedade humana.

O Direito, se define como um sistema de normas cuja principal finalidade será a de bem regular a vida dos seres humanos em sociedade, e para tal objetivo, prescreverá a conduta que entenda adequada, a depender do meio social ao qual será aplicado, bem

como irá prever uma série de medidas coercitivas para desestimular a prática de atitudes socialmente inaceitáveis.

A principal diferença do direito para outros sistemas de coerção, como o sistema religioso ou o sistema social, será justamente o modo como serão providas as sanções. Os sistemas terão suas particularidades quando da aplicação de suas penalidades.

E o que mais de perto irá caracterizar a sanção jurídica será sua coercitividade institucionalizada.

Como bem anota o Professor Robson Maia Lins:

“A diferença do direito para outros sistemas normativos, como a moral ou o religioso, é justamente o modo como são providas as sanções. Os três sistemas normativos mencionados, por exemplo, proíbem o assassinato (coação), mas a forma como tal conduta é proibida (coerção) é diferente em cada um deles”. 13

Este é um texto, um pequeno estudo, sobre a sanção aplicada no campo do poder de tributar de uma sociedade política organizada.

Utilizaremos para tal intento os ensinamentos da Escola do Constructivismo Lógico-Semântico, que organiza nosso pensamento e trabalha o fenômeno jurídico a partir da linguagem e da estrutura formal da norma jurídica, do rigor no uso da língua, e da estrutura da regra matriz de incidência.

2 NOÇÕES FUNDAMENTAIS

Desde Platão a Filosofia se baseava na hipótese de que o ato de conhecer estaria presente na relação entre o objeto e o sujeito e que a linguagem se prestava a expressar a ordem objetiva das coisas no mundo. Era pensamento corrente que através da linguagem a pessoa se conectava ao objeto pois representava a sua essência.

Existia para este movimento uma correspondência entre as ideias e as coisas que eram por sua vez descritas pela linguagem, o ser humano mantinha uma relação com o mundo anterior a qualquer formação da linguagem.

O ato de conhecer como uma mera reprodução do mundo real, sendo a verdade resultado da correspondência entre a reprodução e o objeto referido. Uma proposição era

13 LINS, Robson Maia. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 1ª. ed. São Paulo: Noeses, 2019, p. 529.

considerada verdadeira quando demonstrava a essência do real já que a linguagem era uma cópia do mundo.

Neste estado de coisas o estudo do conhecimento era feito a partir do sujeito e do objeto e da relação entre ambos. Sendo a linguagem encarada como elemento secundário do conhecer.

Como afirma Manoel A. de Oliveira

“Estamos aqui no cume do pensamento objetivista: para Platão, como para todo o pensamento grego, as coisas possuem qualidade objetivas, relações e diferenças em si mesmas. Quando lidamos com as coisas, temos de nos orientar de acordo com essa natureza das coisas”. 14

Segundo este ponto de vista existia um mundo que se bastava e que seria refletido pelas palavras ou revelado por atos de consciência e que somente depois poderia ser comunicado aos outros através da linguagem.

Esta, a linguagem, não era a condição do conhecimento, mas um espelho da realidade, como ela se apresentava e era conhecida pelo elemento humano.

Platão afirmava que as palavras não representavam propriamente os sons, mas apresentavam a essência das coisas. Não se trata de imitação do tom e das formas das coisas, mas de seu próprio ser. Uma palavra é justa e certa na medida em que traz a coisa à apresentação, na medida em que é a apresentação da coisa em si própria.

As coisas possuem qualidades objetivas, relações e diferenças em si próprias. E quando lidamos com elas, temos de nos orientar de acordo como essa natureza das coisas. Não poderemos agir com liberdade com relação às coisas, mas observar e respeitar a sua essência.

O estudo do conhecimento neste contexto foi sempre feito a partir do sujeito, do objeto, ou da relação instaurada entre o sujeito e o próprio objeto.

Em termos de sequência teríamos a filosofia do ser, a filosofia da consciência, e após, todo este conhecer seria transformado em palavras e comunicado a todo o corpo social.

14 OLIVEIRA, Manoel Araújo. *Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. 4ª. ed. São Paulo: Loyola, 2015, p. 19.

Como ensina Vilém Flusser acerca dos gregos:

“foram eles que nos ensinaram que podemos vislumbrar através das aparências (fenômenos) aquilo que nelas transparece, que se torna compreensível, e a descoberta do compreensível dentro dos fenômenos equivale a desvendar a verdade”. 15

No século passado houve uma mudança no padrão e na forma com que as coisas eram conhecidas. A filosofia da consciência deu lugar a denominada filosofia da linguagem, sobretudo, por meio da obra de Ludwig Wittgenstein no que foi denominado de movimento do Giro-Linguístico.

Por meio deste novo posicionamento, ou uma nova e interessante maneira de se ver o mundo, a linguagem deixa de ser uma mera espectadora dos objetos neles mesmos e da consciência humana para tornar-se ela própria uma condição para a formulação do conhecimento.

A relação deixa de ser entre um sujeito e um objeto, mas sim uma relação entre linguagens. A linguagem criando o sujeito ela própria, bem como a realidade que a circunda.

Inexiste, como vimos algumas linhas atrás, um mundo situado nele mesmo, nem mesmo uma essência ínsita nas coisas para ser descoberta.

Desde então somente teremos o mundo e as coisas e as essências na linguagem. Não haverá mais correspondência entre linguagem e objeto. O objeto é criado pela linguagem.

E aqui teremos diversos exemplos de como se apoderar de uma linguagem cria e molda todo o mundo de uma pessoa, das coisas ao seu redor, dos eventos naturais de cada organização social.

Como ensina com acuidade Mélikha Quelbani:

“Então, podemos dizer que, teoricamente a cada signo deve corresponder um objeto que é a sua significação, mas que, na realidade, a significação de uma palavra é seu uso correto”. 16

15 FLUSSER, Vilém. *Língua e realidade*. 3ª. ed. São Paulo: Annablume, 2007, p. 30.

16 QUELBANI, Mélikha. *O Círculo de Viena*. Tradução: Marcos Marcionilo. 1ª. ed. São Paulo: Parábola, 2009, p. 51.

O revolucionário de tudo isto é que o ser humano somente conhece o mundo quando o constitui linguisticamente em seu intelecto.

Não existe mais o objeto ele mesmo, muito menos algo em essência pura na natureza, o conhecimento passa a ser a sua constituição para o sujeito cognoscente. A partir daí todos os objetos serão criados linguisticamente. A verdade passa a operar dentro do contexto social no qual será formulada.

A verdade se torna relativa. Vai sempre depender do meio social na qual será criada, da linguagem. Tudo o que conhecemos serão construções linguísticas que irão se reportar a outras construções linguísticas.

O mundo, as coisas do mundo, as essências não terão uma significância ínsita. O significado irá emergir a partir da utilização de signos linguísticos e no seio de uma comunidade linguística.

O homem quem dá significado às coisas quando relaciona a palavra e aquilo que ela representa, conjuntamente com outras palavras, que juntas formarão uma definição.

Aqui faremos uma abordagem leve de um movimento bastante interessante surgido na cidade de Viena, na Áustria.

Tratou-se como já dissemos do surgimento de um grupo de pensadores que se reuniam regularmente para discutir aspectos novos desta moderna percepção de mundo.

Estes pensadores atribuem à linguagem como sendo o meio ou instrumento por excelência do saber científico. Sendo a linguagem o instrumento do conhecimento como também a forma através da qual o mesmo conhecimento será controlado.

Para se compor um discurso científico é imprescindível se manifestar por meio de uma linguagem rigorosa, linguagem esta que aplicaria este rigor aos dados apreendidos do mundo. sem precisão na arte de se expressar não haveria ciência.

Como bem descreve Paulo de Barros Carvalho:

“cumprе advertir que uma das características do Círculo era a atitude aberta e antidogmática existente nas discussões, em que todos se mostravam dispostos a submeter suas teses à crítica dos demais”. 17

17 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 6ª. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 23.

Dentre os representantes desta nova elite intelectual encontravam-se filósofos, físicos, sociólogos, matemáticos, psicólogos, lógicos e juristas.

Sim, até juristas participavam destes encontros. Hans Kelsen participou de alguns encontros. E outros nomes como o de Rudolf Carnap, Hans Hanh e Otto Neurath, pontificaram no movimento.

3 DA NORMA JURÍDICA

Geralmente uma norma jurídica será composta por uma associação de uma hipótese a uma consequência, ligados tanto a hipótese quanto a consequência por conectivo condicional neutro.

Estes juízos normativos não estão separados no mundo, e geralmente vem acompanhados por uma norma secundária, a qual prevê os atos de coerção que podem ser executados para que as sanções sejam aplicadas.

As estruturas lógicas tanto da norma primária quanto da norma secundária são idênticas. No entanto, na norma primária teremos na sua hipótese uma conduta lícita e no seu conseqüente um dever jurídico. Na norma secundária haverá em seu antecedente uma conduta ilícita, e no seu conseqüente uma reação de cunho jurisdicional em que o Estado participa como juiz para obter a prestação insatisfeita.

E aqui reside a razão principal das normas que prescrevem sanções administrativas serem também qualificadas como normas primárias de cunho sancionatório, vez que não teremos nestas normas a presença do magistrado para fazer cumprir o dever estipulado em lei.

As multas e demais sanções previstas no campo tributário estarão previstas em normas primárias, e não em normas secundárias pelos motivos que elencamos nos parágrafos antecedentes.

Como explica Aurora Tomazini de Carvalho:

“A primária prescreve uma conduta, a secundária toma como pressuposto a não observância desta conduta para instaurar uma relação jurídica em que o Estado-juiz assegure o seu cumprimento, mediante o exercício da coatividade estatal”. 18

18 CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso teoria geral do direito*. 5ª. ed., São Paulo: Noeses, 2016, p. 325.

Quando determinado Fisco, ou mesmo seu representante, elabora um Auto de Infração, constitui o dever de fazer o pagamento do tributo, e ao mesmo tempo lança também o dever de pagar a multa pelo seu não pagamento no prazo previsto pela legislação, aplicando duas normas jurídicas primárias e distintas.

A primeira norma aplicada será a regra matriz de incidência tributária, tendo em seu antecedente um fato lícito, e gerando a obrigação de pagar um tributo, enquanto que a segunda norma, que será uma norma primária sancionadora, tem como previsão um ilícito em seu antecedente, e no conseqüente uma punição.

Nenhuma será uma norma secundária, pois o Estado juiz não terá participação.

4 A SANÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

No campo da *semântica*, se faz um estudo do significado das palavras e de que modo os signos são atribuídos aos objetos designados e suas modificações no transcorrer do tempo. Como vimos, se trata de uma convenção socialmente aceita, e, por isso mesmo, o termo que ora estudamos encontra diversas significações a contar do campo onde seja aplicado.

Em nosso caso particular o termo sanção será aplicado no campo jurídico como um instituto criado pelo Direito Positivo com seus atributos e finalidades próprias dando origem a diversas outras normas que irão visar o disciplinamento de certa esfera da experiência do Direito enquanto vetor para disciplinar o comportamento humano.

Assim poderemos ter no mínimo três acepções principais que a palavra sanção pode denotar: a primeira acepção poderá se confundir com os preceitos originários da norma primária sancionatória; a segunda acepção a se referir às penalidades advindas do descumprimento destes mesmos preceitos pela comunidade ao qual foram aplicadas as normativas; ou, por derradeiro, a providência forçada fruto do exercício do poder coercitivo do Estado.

Ensina Maria Ângela Lopes Paulino Padilha:

“Sanção é um nome, uma palavra, uma convenção, ou melhor, uma significação assinalada convencionalmente. Carente de univocidade, o termo sanção experimenta mutações semânticas na área jurídica”.

19

19 PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. *As sanções no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2015, p. 45.

Não se esgotando nestas três principais significações: temos ainda a palavra relacionada com o irregular exercício de uma competência tributária atribuída, ou mesmo aquele ato pelo qual o chefe do Poder Executivo promulga uma lei confirmando a mesma. Sendo que alguns autores citam a denominada sanção como prêmio na qual determinado contribuinte é agraciado por uma conduta além daquela exigida pela lei.

No próprio Código de Processo Civil em seus artigos 134 e 135 temos a responsabilidade tributária do terceiro, distinto da pessoa do contribuinte, em razão da prática de atos ilícitos.

No caso do artigo 135, apenas à título de ilustração, que atribui a responsabilidade pessoal pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

O fato mesmo é que como vimos de ver o aspecto de ambiguidade acompanha a todos os termos e palavras aceitas socialmente para designar algo.

Acerca deste tema da *ambiguidade* ou das diversas significações, ressaltamos que toda palavra padece ou sofre a sua influência. No campo do Constructivismo Lógico-Semântico lidamos cotidianamente com tal questão.

Com a mudança do paradigma do movimento do Giro-Linguístico, não é mais possível abordar qualquer assunto que seja sem nos preocuparmos com a questão da linguagem.

Estamos cercados pela linguagem e, tudo o que temos das coisas são ideias, construções linguísticas, o costume linguístico de um grupo de pessoas.

Todo conceito que se apresente tem uma função essencialmente seletiva. A realidade que nos cerca é infinitamente mais complexa que o conceito que a constitui como objeto que se possa articular intelectualmente. Não conceituamos dados da experiência, conceituamos termos. A relação da palavra com aquilo que ela significa nos parece natural, o que, por vezes, nos faz misturar a dado concreto com o dado linguístico.

Por isso que, todo conceito que se faça irá sofrer dos problemas da ambiguidade, da vaguidade, e da carga emotiva que possa advir com o termo empregado.

Além da falta de precisão no significado de uma palavra, paralelamente da carga emotiva vivenciada da palavra enquanto interpretada, o que de perto mais nos interessa neste ponto deste artigo, se refere ao caráter de ambiguidade relacionado ao uso que possamos fazer de um termo linguístico em relação ao seu entendimento socialmente estabelecido.

Ambiguidade irá se referir à característica daqueles termos que comportem mais de um significado, que podem ser utilizados em dois ou mais sentidos.

E isto passa a ocorrer porque não existe um sentido em si mesmo ao termo, pois como já vimos, estes termos não têm o poder inerente de tocar a realidade tal qual ela se apresenta. O vínculo que irá surgir entre a palavra e o seu significado é construído artificialmente por uma comunidade social.

E isto restou bastante claro nos problemas de vaguidade enfrentados pelo termo sanção.

A sanção na *Teoria Geral do Direito* tem merecido, por parte dos doutrinadores, estudos consistentes, onde se enumera a seguir e com base nos estudos citados, aqueles que enfrentaram o tema e que emitiram opinião acerca da definição de sanção.

No âmbito de seu tempo histórico, Beccaria, com base no contrato social firmado pelos cidadãos, e no contexto de ausência de justiça nos julgamentos no século XVIII, condenou a atrocidade das punições e a severidade dos julgamentos (pena de morte, tortura, confisco). Reconheceu que o papel inerente da sanção na manutenção da ordem social, não significaria aceitar sua aplicação irrestrita.

Para Norberto Bobbio, e a partir de uma definição genérica do vocábulo sanção seria necessária a distinção entre a sanção jurídica e a sanção moral e a sanção social. Assim a reprimenda de natureza jurídica seria externa, ao contrário da interioridade da sanção moral e institucionalizada ao contrário da ausência da institucionalização da sanção social.

Em Hans Kelsen e em Lourival Vilanova encontramos definições de sanção mais condizentes acerca de nossa linha de pensamento. Já, inclusive explicitado quando discorrer sobre a norma jurídica.

Nestes termos:

“Seguimos a teoria da estrutura dual da norma jurídica: consta de duas partes, que se denominam norma primária e norma secundária. Naquela, estatuem-se as relações deônticas direito/deveres, como consequência da verificação de pressupostos, fixados na proposição descritiva de situações fáticas ou situações já juridicamente qualificadas; nesta, preceituam-se as consequências sancionadoras,

pressuposto do não-cumprimento do estatuído na norma determinante da conduta juridicamente devida”. 20

Teríamos a norma primária estatuidando direitos e deveres correlatos, e a norma secundária prescrevendo a sanção mediante a coação estatal.

Na relação jurídico-material estão a pretensão e a respectiva prestação, incluídas no objeto da prestação as sanções exigidas pelo credor diante do não adimplemento do devedor. A ação sancionatória é expressão da pretensão material e se encontra no plano do direito material e não se confunde com a ação enquanto exercício do direito a prestação da tutela jurisdicional.

Voltando atenção acerca da *sanção no Direito Tributário* e sua respectiva natureza jurídica, antes temos que reafirmar o caráter de unicidade do sistema jurídico positivo, como fazem os autores, para entender que as unidades normativas perfazem um todo em relação de coordenação e de subordinação, todas sob a regência do texto supremo, a Constituição Federal.

Diversas são as propostas feitas pela doutrina para entender a natureza jurídica da sanção tributária. Seja pela natureza da norma jurídica violada, ou do bem jurídico tutelado, do tipo de sanção estabelecida, do motivo de ordem subjetiva, ou do processo jurisdicional envolvido.

Entendemos que a natureza da norma jurídica, identificada pelo bem jurídico tutelado, fazendo a tipificação do ilícito e estabelecendo a respectiva sanção seja um dos critérios principais acerca do tema, que melhor define a natureza jurídica dos institutos debatidos.

Neste sentido teríamos uma sanção penal se o ilícito for o tipificado na lei penal e visando a proteção de direitos essenciais de toda uma sociedade organizada. Uma sanção será administrativa para aqueles ilícitos tipificados em legislação administrativa e que discipline as atividades da Administração Pública.

E, por fim, a sanção será a tributária ou fiscal, quando fizer referência à instituição, arrecadação e fiscalização dos tributos. Disciplinando a relação jurídica entre sujeito passivo e o sujeito ativo, um titular do dever jurídico de recolher o tributo e cumprir os deveres instrumentais, e o outro titular do direito subjetivo de exigir referidos deveres tributários.

20 VILANOVA, Lourival. *As Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 4^a. ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 73.

Aqui é importante que se ressalte que no Direito Brasileiro não se confunde as sanções tributárias como tendo natureza penal, uma vez que desprovidas que são de características inerentes do regime penal: incomunicabilidade da pena, reserva jurisdicional, ausência de responsabilidade objetiva e competência legislativa privativa.

Como já afirmava Geraldo Ataliba, a quem citamos livremente, a violação de uma norma penal ataca direta e imediatamente os direitos individuais e sociais das pessoas ao passo que a violação à norma tributária afronta, direta e imediatamente, os interesses da Administração.

O *crime tributário* seria aquele praticado contra a sociedade como um todo que tem o direito imediato a uma administração protegida na sua estrutura e em seus bens, enquanto que a infração *tributária* é praticada contra o direito subjetivo da Administração em receber os seus tributos.

E assim também as sanções tributárias merecem autonomia daqueles de cunho meramente administrativo, vez que existem institutos que somente irão existir quando tratarmos precisamente de sanções de cunho tributário, por exemplo, o instituto de denúncia espontânea.

No plano sintático, e no plano semântico, a sanção tributária assume diversas vertentes.

Sintaticamente a sanção consiste na relação jurídica situada na proposição tese da norma primária sancionatória, vinculando sujeito ativo e sujeito passivo em torno de uma prestação.

No plano semântico e em se tratando da norma geral e abstrata a sanção pode significar o conseqüente da norma, como também a própria norma que tem como hipótese a tipificação de um fato ilícito. Na norma individual e concreta poderá ser a norma individual produzida por agente competente, o liame jurídico que se instala entre o sujeito ativo e o sujeito passivo, ou a própria penalidade aplicada.

No plano da pragmática e como resposta à violação das normas jurídicas mediante a prática de ilícitos, as sanções terão as funções: preventiva, reparadora e a função repressiva.

Preventivamente a sanção visa a intimidar os destinatários das mensagens jurídicas a pautarem suas condutas de acordo com ordem positivada, sob a ameaça de punições a serem aplicadas. Repressivamente a sanção jurídica aplicada conferirá um castigo ao

cidadão que infringiu a ordem estabelecida. E, na função reparadora, a sanção visaria o dever de reparar o dano causado à vítima decorrente de sua conduta lesiva.

No que concerne às sanções tributárias estas teriam o efeito preventivo e repressor também, posto que, visariam com sua existência a prevenção de ilicitudes futuras, bem como repreender e desestimular condutas ilícitas eventualmente ocorrentes.

Na infração tributária é irrelevante a *intencionalidade* do agente ou responsável na prática da conduta ilícita, segundo redação do artigo 136 do Código Tributário Nacional.

Duas correntes, contudo, interpretam este dispositivo. Existem aqueles que defendem a responsabilidade objetiva que independe do elemento volitivo, e uma outra corrente que defende que se prove a questão do dolo ou da culpa.

Emesmo uma outra parte da doutrina entende que não comprovado que o responsável ou agente realizou atos negligentes, imprudente ou imperitos não haveria que se falar em responsabilidade.

Entendemos que nas relações entre pessoas sob o ângulo do Direito Tributário, como regra geral, existe a questão da responsabilidade objetiva, prescindindo da presença de dolo e mesmo de culpa para a averiguação da responsabilidade.

A intenção de que nos fala o artigo citado engloba todo e qualquer aspecto da vontade, alcançando além do dolo, também a culpa em suas três modalidades. Suficiente apenas o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado advindo da mesma.

A questão da responsabilidade objetiva aplicada nestes domínios diz respeito à o que alguns autores denominam de homem social, ou seja, aquele que tem a responsabilidade na medida em que vive em sociedade, permitindo o ressarcimento da pessoa lesada através da teoria do risco.

E esta teoria aplicada neste mesmo campo das finanças permite a melhor socialização de eventual lesão ao Erário de forma mais eficiente e regular, e atento sempre ao intuito do Estado, a melhor arrecadação de seus tributos, repartindo seus custos entre os seus cidadãos.

Se vigorasse aqui a responsabilidade subjetiva o fim arrecadatário do Poder Público restaria seriamente abalado, sobretudo, às possibilidades infinitas de argumentação da parte dos contribuintes.

O critério objetivo preveniria tal risco, como um melhor instrumento de garantia do cumprimento da norma primária tributária.

E concluímos com Ângela Maria da Motta Pacheco:

“Entende-se que o simples descumprimento da obrigação principal de dar ou da obrigação acessória de fazer é suficiente para determinar a responsabilidade do contribuinte. Independe de sua intenção: pagar ou não pagar, escriturar ou não o livro fiscal.” 21

5 DOS TIPOS DE SANÇÕES TRIBUTÁRIAS

A doutrina adota diversos critérios com relação e para distinguir as sanções tributárias.

Assim teremos a sanção imposta quanto a sua gravidade, as penas privativas de liberdade, a pena restritiva de direitos, a pena restritiva de atividade, e a pena privativa de patrimônio. A sanção imposta quanto a sua função, aqui teríamos as sanções compensatórias, repressivas ou preventivas. E, a sanção imposta quanto às obrigações tributárias, as penalidades serão concernentes ao recolhimento do imposto, ao crédito do imposto, à documentação fiscal, aos livros fiscais, ao cadastro fiscal.

Com relação ao último critério adotado, o que leva em conta os deveres impostos ao sujeito passivo pela lei tributária, parte da doutrina divide as sanções tributárias com base nos ilícitos que a antecedem, em materiais no caso de infração à obrigação tributária principal, e formais, no caso de infrações que decorrem da transgressão aos deveres instrumentais em colaboração com a fiscalização.

E ainda outros autores classificam as sanções com base na natureza dos tributos, podendo os principais serem reunidos em penas pecuniárias, apreensões, perda de mercadorias, sujeição a controle especial de fiscalização e interdições de toda sorte.

Em sua grande maioria, os que escreveram acerca do tema, e de acordo com os interesses científicos dos mesmos, fazem sua classificação com base no caráter pecuniário, dividindo com base em tudo isso as sanções em duas vertentes principais, quais sejam: as sanções tributárias pecuniárias (multas); e, as sanções tributárias não pecuniárias (aquelas restritivas de direitos ou interventivas).

Neste particular comungam deste entendimento alguns autores principais que escrevem sobre o Direito Tributário como Paulo Roberto Coimbra, Heleno Taveira Torres, Maria Ângela Lopes Paulino Padilha.

21 PACHECO, Ângela Maria. *Sanções tributárias e sanções penais tributárias*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 236.

Antes de seguirmos, e apresentarmos uma proposta de debate, e por rigor científico, passemos a analisar o que dizem sobre este tema os autores acima citados.

As sanções não pecuniárias seriam aquelas que trazem restrições de direito, imputações de deveres formais mais graves, perda de benefícios, o perdimento de bens, os regimes especiais de controle e fiscalização. Guardam estreita relação com as penalidades oriundas do Direito Administrativo.

Seriam exemplos deste tipo de sanção, a saber: as restritivas de liberdade (as prisões administrativas de militares); as restritivas de atividades (sanções políticas, inabilitação, perda ou suspensão de direitos, interdição ou fechamento de estabelecimentos, intervenção administrativa, suspensão do direito de licitar ou de contratar); as restritivas de patrimônio moral (advertências, representações); as restritivas de patrimônio econômico (perda de bens).

De todas as sanções acima elencadas, na prática da Administração Fiscal, literalmente todas são usadas, de forma bastante regular, menos aquelas que dizem respeito a prisões administrativas, que não dizem absolutamente respeito ao fato de se arrecadar tributos.

São exemplos de sanções não pecuniárias no campo do Direito Tributário: perdimento de bens; apreensão de mercadorias; indeferimento de CND; regime especial de controle e fiscalização; e as ditas sanções políticas.

Todas estas sanções terríveis para a vida comercial dos contribuintes, visto que, na maioria dos casos são questões onde o Estado extrapola de suas atividades para constranger, até de forma sem eficácia a vida comercial dos cidadãos.

Vale aqui, por importante, ressaltar a opinião de Paulo Roberto Coimbra Silva para quem:

“As sanções não pecuniárias consistem em castigos destituídos, ao menos diretamente, de feição pecuniária (...) As sanções não pecuniárias previstas nas leis tributárias, em sua maior parte, têm sua constitucionalidade infirmada pela melhor doutrina e jurisprudência”.

22

Uma outra espécie sancionatória seria aquela provida de conteúdo pecuniário.

22 SILVA, Paulo Roberto Coimbra. *Direito tributário sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 171/172.

Vale aqui o aviso feito por alguns doutrinadores acerca da dificuldade existente no campo das sanções tributárias pecuniárias em virtude de que muitas vezes um mesmo fato ilícito é eleito para figurar no antecedente de várias normas jurídicas. E porque oriundo desta mesma diversidade existe muita dificuldade em definir acerca da natureza deste tipo de sanção, se reparadora, punitiva ou mesmo atualizadora da moeda.

A se partir do fato de que indenizar é recompor patrimonialmente, ou ressarcir o prejuízo sofrido, ou mesmo ganhos não realizados, ou em sentido largo, como uma prestação tendente a recompor o patrimônio lesado, as sanções pecuniárias tributárias implicam claramente uma penalidade àquele que descumpre ou retarda o implemento da prestação devida.

As multas precedidas de uma ilicitude, não constituem uma avaliação previa do prejuízo suportado pelo credor, nem substituem uma obrigação não cumprida, cujo adimplemento ainda subsiste independentemente da presença e da obrigação de se pagar as sanções.

Aqui também teremos muitos problemas surgindo, especialmente na eleição *da base de cálculo* para a mensuração das sanções devidas, não cumprindo sua importante função mensuradora do dano tributário sofrido.

6 SANÇÃO POR TRIBUTO NÃO ARRECADADO: NOSSA PROPOSTA

Antes de adentrarmos propriamente na análise de nossa proposta temos que dizer umas três ou quatro linhas acerca do ato de classificar, sobre a Teoria das Classes, aqui algumas considerações serão necessárias.

Segundo a Teoria das Classes todo nome, qual seja, uma palavra tomada voluntariamente e socialmente aceita para designar indivíduos e seus atributos respectivos, e num determinado contexto de comunicação, seja de forma geral ou mesmo de uma forma individual, irá dar origem a toda uma classe de objetos.

O nome de caráter geral cria mais de um objeto, fazendo a denotação de uma classe de objetos que apresentam o mesmo atributo, enquanto que o nome de caráter individual mormente é utilizado para os nomes das pessoas.

Assim, classificar seria um ato ou atitude inerente ao conhecimento, que consistiria em separar os objetos em classes, segundo critérios diferenciadores.

Elaborar uma classificação seria agrupar as espécies (denotação), com os respectivos gêneros segundo o atributo discriminador, denominado de diferença. A espécie seria igual ao gênero mais a diferença específica. Quando afirmamos que a multa

é uma sanção pecuniária, o termo sanção significa o gênero, e pecuniária a espécie do gênero à qual foi feita a referência.

Todos aqueles objetos que se enquadrem na conotação de sanções pecuniárias vão compor um conjunto que será denominado de denotação, serão possuidores dos elementos que foram anteriormente *conotados nas hipóteses*.

Existem ainda nomes que não são exclusivamente gêneros ou apenas espécies, assumindo a posição de gênero em relação à espécie ou sub classe que contém, ora aparecendo como a própria espécie em relação a uma classe mais abrangente.

Podendo ocorrer que as sanções jurídicas constituam gênero de que são espécies as sanções tributárias e as sanções não tributárias.

A nossa proposta está fundada em *dois conceitos* primordiais com relação aos quais passamos a discorrer.

O primeiro conceito diz respeito precisamente ao bem jurídico tutelado pela norma tributária, e ressalte-se que adotamos este critério como distintivo das normas tributárias de outras espécies de normas.

Pois bem, ao adotarmos tal postura, o bem jurídico violado no caso de uma norma penal, por exemplo, ataca direta e imediatamente os direitos individuais e sociais das pessoas, ao passo que a violação à uma norma tributária afronta direta e imediatamente os interesses da Administração, no seu mister de arrecadação de tributos, e na qualidade de sujeito ativo da relação jurídico-tributária.

O crime tributário será aquele praticado contra a sociedade como um todo que tem o direito imediato a uma administração preservada em sua estrutura e em todos os seus bens, enquanto que a infração tributária é praticada contra o direito da Administração de receber os seus tributos e de controlar mediante o cumprimento de formalidades o cumprimento de todas as formalidades tributárias, para que o Estado tenha recursos para cumprimento de suas funções elevadas.

E as sanções tributárias teriam também uma autonomia didática relativamente àquelas normas de cunho administrativo, e mesmo as normas de cunho penal, muito mais severas. As normas tributárias se sujeitariam a um regime jurídico próprio, com regras e princípios bastante específicos e derivados do poder de tributar do ente público, como por exemplo, no Instituto da Denúncia Espontânea.

Em nosso sistema jurídico não prosperam as iniciativas de reconhecer as sanções tributárias como sendo de natureza penal, uma vez que certos elementos que

caracterizariam o regime penal, não tem aplicação no ramo tributário do Direito, tais como, como já afirmamos: a incomunicabilidade da pena; a reserva jurisdicional; a ausência de responsabilidade objetiva e competência legislativa privativa da União para tipificar os crimes.

No Direito Tributário a disciplina normativa atua nas relações entre a Administração como credora de tributos e o administrado como devedor tributário.

O segundo *conceito* que irá no encaminhar a algumas conclusões se refere acerca da questão do tipo de responsabilidade envolvida nas questões referentes ao Direito Tributário.

Como dissemos linhas atrás a responsabilidade objetiva surgiu a partir de uma certa ideia de que todos nós temos de alguma forma, ou mesmo de determinada maneira, grande grau de responsabilidade na medida em que vivendo em sociedade se compromete também o ressarcimento da vítima por meio da teoria do risco. Devido à grande complexidade da sociedade atual, temos que pensar um sistema no qual possamos confiar, e no qual também a culpa não possua dificuldades em ser provada.

E, no campo do Direito Tributário, a aplicação da responsabilidade objetiva, excluindo o papel da vontade, permite de forma bastante razoável à toda a sociedade envolvida, a socialização de eventual lesão ao Erário de forma bastante eficiente.

Como já estudamos se justifica tal postura em função da primordial finalidade da arrecadação dos tributos, e sua respectiva divisão entre todos os habitantes do meio social envolvido.

A imputação subjetiva não se mostraria suficiente aos reclamos do interesse público, o Estado hodiernamente não pode se dar ao luxo supremo de poder ter dúvidas acerca do recebimento ou não de seus tributos, esta dúvida pelo menos fica reduzida quando se opera com o caráter objetivo da responsabilidade tributária.

O caráter infinito da tipologia das condutas entre os seres humanos, as múltiplas possibilidades de tributação, deixaria a questão da arrecadação tributária bastante à mercê de aspectos de subjetividade, que, realmente, não seriam de total valia no quesito da arrecadação de tributos.

E nem há que se falar no terceiro elemento pressuposto pela imputabilidade em se tratando do Direito Penal, que é a culpa, ou culpabilidade do sujeito envolvido.

Ainda mais que na seara fiscal não é evento raro que a fiscalização se dirige bastante para as pessoas jurídicas, ocupando o lado passivo da relação tributária jurídica. A culpabilidade penal é insuficiente para a área fiscal.

Seja porque o público majoritário do Direito Tributário sejam as pessoas jurídicas, e que é do conhecimento de todos não possuem consciência de suas ações, seja porque a se permitir alegar a ignorância legal as portas do subjetivismo, seja porque estaria afastada a possibilidade de se atribuir a multa a terceiros, o fato é que a possibilidade da responsabilidade subjetiva não se coaduna com a ideia da arrecadação de tributos.

A nossa proposta de aplicação da sanção tributária gira ao redor da atividade estatal de arrecadar tributos.

Explicamos.

Conforme falamos alhures o principal bem jurídico tutelado pelo Direito Tributário e pelo Estado em sua faceta fiscal diz respeito a atividade de arrecadar seus valores, seus tributos legalmente previstos.

Desta forma podem ocorrer alguns fenômenos que, conjugados com a responsabilidade objetiva na arrecadação dos tributos, terão algumas soluções bem interessante.

Se o contribuinte arrecada a totalidade de seus tributos, e regularmente presta conta de todos os seus deveres instrumentais temos a situação ideal, e muito querida pelo Estado, os negócios seguem normalmente.

Se o contribuinte arrecada a totalidade de seus tributos, e por um lapso, por desconhecimento da complexa legislação, deixa de apresentar seus deveres instrumentais, ainda vigora a objetividade da arrecadação e se releva a falta cometida. E entendemos que aqui mesmo com aspectos de culpa, ou mesmo de vontade direcionada ou dolo, vigora ainda a objetividade arrecadatória e se releve a prestação instrumental não cumprida.

Se o contribuinte arrecada um valor a menor da totalidade de seus tributos e, por um lapso deixa também de apresentar seus deveres instrumentais, pagará a multa pela parte não paga, e multa pelos deveres instrumentais e se houver culpa na não apresentação, pagará multa majorada pela conduta culposa. Se houver dolo a majoração será ainda maior porque aqui o elemento dolo será como um obstáculo para que a Administração Fazendária possa ter pleno conhecimento do fato típico tributado.

No caso de não arrecadação de valores tributados, e não apresentação dos deveres tributários a sanção será sobre a totalidade do tributo devido, e mais multa dos deveres

instrumentais não apresentados. Se por culpa os deveres instrumentais não forem apresentados, teremos a multa sobre o total não pago, e multa sobre este valor, sopesada em virtude da culpa e pelo fato de que, de alguma forma a atividade de fiscalização fora prejudicada.

E, por fim, se não for arrecadado os valores tributados, e houver dolo na não apresentação dos deveres instrumentais, estaremos vislumbrando uma possibilidade de confisco.

A multa irá incidir sobre a totalidade do tributo não pago, e a multa irá incidir também nesta totalidade, ocasionando um fenômeno que o Professor Robson Maia Lins denomina de intersecção entre sanções por descumprimento de dever instrumental e sanções por inadimplemento no pagamento de tributo.

7 CONCLUSÃO

Finalizando nosso esforço concluímos que a sanção está presente desde os tempos das primeiras formações sociais da humanidade, e no direito ela adquire foros de institucionalização. Com o advento da Filosofia da Linguagem em detrimento do caráter Ontológico das coisas nelas próprias, houve um incremento no estudo do aspecto comunicacional do fenômeno jurídico. E que as normas se prestam no sentido de bem regular a conduta das pessoas, e, sobretudo, a arrecadação de valores para que uma determinada sociedade se sustente.

Mas, sobretudo, pudemos constatar que é possível fazer um sopesamento entre a objetividade na constatação do dever de arrecadar para o Estado, enquanto manifestação do direito de tributar, objetividade esta que pode ser temperada na cominação da sanção tributária.

E, agora ultimando, quando se cruza o máximo de objetividade arrecadatória com a máximo de subjetividade na prestação de deveres instrumentais teremos uma situação limite para o Direito, e que não é esperada e nem desejada por nenhum dos operadores do sistema.

Enfim, serão grandezas que, se forem aumentadas ao mesmo tempo, maior objetividade na arrecadação conjuntamente com uma maior subjetividade (dolo ou culpa) na ausência do cumprimento dos deveres, irão ocasionar até um efeito confiscatório no patrimônio do contribuinte.

Se a objetividade arrecadatória for mantida, e concordamos que deva ser mantida, e descermos os aspectos subjetivos a um nível de normalidade do correto cumprimento

das obrigações, os negócios jurídicos não sofrerão abalos. A oscilação do nível de subjetividade é que será o marcador, verdadeira régua a ser observada na fixação de sanções.

Mantendo-se a objetividade arrecadatória constante e igual a 10 (dez), por exemplo, teríamos uma fração, onde o elemento variável seria a subjetividade no cumprimento dos deveres (subjetividade/arrecadação).

Se o cumprimento for regular seu índice será de 10 (dez) também, resultando numa arrecadação equilibrada. Se a nota auferida for menor que 10 (dez) teremos um desequilíbrio na arrecadação, ocasionando um valor menor que o 1 (hum), o que nos demonstra um certo desequilíbrio.

E se este número for aumentado ainda mais, a divisão restará também desequilibrada e irá servir como mensuração dos valores a serem apurados para multa e outras sanções a serem aplicadas.

Tema para um outro artigo.

BIBLIOGRAFIA

CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso teoria geral do direito*. 5ª. ed., São Paulo: Noeses, 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 6ª. ed. São Paulo: Noeses, 2015.

FLUSSER, Vilém. *Língua e Realidade*. 3ª. ed., São Paulo: Annablume, 2007.

LINS, Robson Maia. *Curso de direito tributário brasileiro*. 1ª. ed. São Paulo: Noeses, 2019.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. 4ª. ed. São Paulo: Loyola, 2015.

PACHECO, Ângela Maria. *Sanções tributárias e sanções penais tributárias*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. *As sanções no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2015.

QUELBANI, Mélika. *O Círculo de Viena*. Tradução: Marcos Marcionilo. 1ª. ed. São Paulo: Parábola, 2009.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução: Ana Paula dos Santos e outros. 3ª. ed. Lisboa: Vega, 1998.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra. *Direito tributário sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 4ª. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

TRÁFICO DE PESSOAS: UM CRIME QUE PERSISTE.

GABRIELA LETICIA PEREIRA DA SILVA:
Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da
Universidade Brasil de Fernandópolis do Estado
de São Paulo.

ALEXANDRE YURI KIATAQUI

(orientador)

RESUMO: O objetivo deste estudo é informar e conscientizar a população sobre o tráfico de pessoas e prevenir que sejam possíveis vítimas. Analisando pesquisas de campo realizadas em outros trabalhos acadêmicos e pesquisas bibliográficas sobre o conhecimento da sociedade deste assunto, tem-se uma base de que pouco se é discutido, e quase ninguém sabe a forma correta de denunciar este crime. Por meio de pesquisas feitas, os cidadãos possuem um conhecimento básico sobre o crime de tráfico de pessoas, mas desconhecem a maneira certa de relatar o delito. Por fim, verifica-se que o Estado precisa intervir de forma contínua, por meio de publicidade eficaz, que atraia a atenção das pessoas e estimule-as a expor casos que conheçam, diminuindo assim, a corja de aliciadores.

Palavras-chave: Tráfico. Pessoas. Crime. Publicidade. Direito.

ABSTRACT: The objective of this study is to inform and make the population aware of human trafficking and prevent them from being possible victims. Analyzing field research carried out in other academic works and bibliographic research on society's knowledge of this subject, there is a basis that little is discussed, and almost no one knows the correct way to denounce this crime. Through surveys carried out, citizens have a basic knowledge of the crime of trafficking in persons, but are unaware of the right way to report the crime. Finally, it appears that the State needs to intervene continuously, through effective publicity, which attracts people's attention and encourages them to expose cases they know, thus reducing the number of recruiters.

Keywords: Traffic.People.Crime.Advertising.Right.

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceito. 2.1. Contextos Históricos no Brasil. 3. Natureza Jurídica. 3.1. Violações e Dispositivos Legais. 4. Direito Comparado e Curiosidades do Tráfico. 5. Rotas do Tráfico. 6. Relatório de 2021, Ucrânia e o Risco de Exploração. 7. Considerações Finais. 8. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Tem-se como objetivo, portanto a conscientização das pessoas, para que as mesmas saibam que o assunto é de repercussão mundial, e deve ter um olhar diferente para a situação. O trabalho será apresentado de forma contínua onde estará explícito em tópicos e sub tópicos, a fundamentação teórica, o desenvolvimento e como foram realizadas as pesquisas. O devido estudo mostra ao decorrer, que o crime vem ocorrendo cada vez mais, as pessoas têm apreensão de denunciarem e na maioria das vezes os envolvidos não são capturados, sendo assim, buscaremos fazer com que a população se conscientize e denuncie o ato.

Este estudo vem por meio analisar o desaparecimento de pessoas de forma súbita, abrangendo como acontecem, quais são as rotas, e o porquê ocorre tantos casos de tráfico e poucas são as pessoas que sofrem a punição adequada.

O tráfico de pessoas consiste no ato de comercializar, escravizar, explorar e privar vidas, caracterizando-se como uma forma de violação dos direitos humanos por ter impacto diretamente na vida dos indivíduos. Abrangendo diversidades de destinos e objetivos. Os países têm maior incidência dessas práticas criminosas, tanto na receptação como no fornecimento de pessoas.

No ano de 1999, foi discutida uma proposta feita pelo comitê aprovada como Protocolo de Palermo (2000), nesse sentido o tráfico de pessoas se tornou um crime organizado transnacional, ou seja, comum a várias nações. A partir do ano de 2000, vários Protocolos e Convenções foram adicionados pela ONU para que os Estados-membros consigam combater o tráfico de seres humanos.

Será abordado as pesquisas que indicam o conhecimento da população sobre o assunto, se as mesmas sabem agir corretamente se ocorrer o ato e o que acham sobre a forma que o Governo lida com o assunto.

2 CONCEITO

Tráfico de pessoas consiste no ato de comercializar, escravizar, explorar, recrutar, transportar, transferir, alojar, acolher, privar vidas, ou seja, é uma forma de violação dos Direitos Humanos.

O Protocolo de Palermo define o tráfico de pessoas como:

O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo-se à ameaça ou ao uso da força, ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade, ou à entrega,

ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração.

O tráfico apresenta-se de várias formas e possui objetivos distintos, como, por exemplo, o tráfico para o trabalho ilícito ou escravo, para fins de exploração sexual, venda de crianças, casamento forçado, para o comércio de órgãos, para mendicância, entre outros. Com artifícios de, ameaça, uso da força, coerção, abdução, fraude, engano, abuso de poder, vulnerabilidade, pagamentos ou benefícios em troca do controle da vida da vítima.

Foi divulgado no site Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos no ano de 2020 quem em relação ao tráfico de mulheres, o relatório mostra que 83% são traficadas com fins de exploração sexual, 13% para trabalho forçado e 4% para outras finalidades. Já entre os homens, 82% são traficados para trabalhos forçados, 10% com fins de exploração sexual, 1% para remoção de órgãos e 7% para outros objetivos.

Segundo Rogério Greco (Código Penal Comentado, p.689, 2017) cerca de 43% dos aliciadores eram homens e 28% mulheres. Sobre as vítimas 49% eram mulheres adultas, 18% eram homens, 21% crianças do sexo feminino e 12% crianças do sexo masculino.

2.1 CONTEXTOS HISTÓRICOS NO BRASIL

Desde os primórdios da sociedade houve o tráfico de pessoas. Na Grécia Antiga se tornavam escravos e eram submetidos a trabalhos forçados ou eram vendidos para outros senhores. Da mesma forma ocorria Roma antiga e assim por diante através dos séculos. No século XVIII, durante a exploração colonial, Portugal e Espanha se utilizavam de mão de obra escrava.

No século XIX após a escravidão ser abolida, os trabalhadores europeus que vivenciavam uma crise em seu país de origem, iniciaram um movimento migratório, denominado "Tráfico de escravas brancas (White slave trade) nos quais mulheres brancas européias eram levadas para os Estados Unidos da América para serem prostituídas.

As prostitutas vindas de países europeus e as prostitutas brasileiras que aqui já existiam eram mulheres pobres, que tinham dificuldade de encontrar trabalho e, não possuíam condições de sobrevivência, acabavam por usar a prostituição para se manter.

Com a vinda da colônia portuguesa a mão de obra utilizada era indígena, porém com o tempo foi substituída pela mão de obra africana que exercia seu papel nas lavouras de açúcar, nas minas procurando pedras preciosas e na colheita de café. Embora o primeiro

intuito do tráfico de negros para o Brasil não fosse à exploração sexual, muitas escravas foram obrigadas por seus senhores a se prostituir.

Por volta do ano 1990 a atividade de exploração sexual já não era um fato novo, mas que com o tempo e devido ao capitalismo houve aprimoramentos e assim se expandiu no mercado.

O Brasil é conhecido tanto como um grande exportador como um receptor de vítimas, por ser uma área internacionalmente beneficiado ao tráfico de pessoas pelo seu baixo custo, pela facilidade de entrada em vários países sem a formalidade de visto consular, pela tradição acolhedora com os turistas.

Segundo Leal (2002), que mapeou 241 rotas de tráfico interno e internacional, no Brasil, até a divulgação do estudo PESTRAF (Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de exploração sexual comercial), o tráfico de pessoas não era visto como um problema.

Apenas em 2003, o Governo Federal definiu como uma das suas prioridades de gerenciamento e diretrizes do Plano Plurianual o combate ao tráfico de mulheres e meninas.

No mundo todo o tráfico de pessoas é uma realidade, não sendo muito discutida, não tendo tanta repercussão, atualmente, é uma das atividades ilegais que mais se expandiu no século XXI sendo considerada a 3.º maior indústria ilegal mais lucrativa, avaliado em bilhões.

3 NATUREZA JURÍDICA

O tráfico de pessoas tem natureza jurídica de Direito Público e as políticas criminais, estão determinadas e embasadas no Direito Penal, atendendo os preceitos dos tratados internacionais que o Brasil é signatário. É um crime comum, sendo que qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo como também o sujeito passivo.

No Código Penal no artigo 149 — A, profere que promover a entrada ou saída, alojar ou acolher pessoas por ameaça, ou coação é instituído como crime, tendo como pena multa, e reclusão de quatro a oito anos.

3.1 VIOLAÇÕES E DISPOSITIVOS LEGAIS

A rede de tráfico movimentava pessoas do mundo inteiro, desde pequenas cidades a grandes centros, diferenciando as rotas de chegada.

É uma atividade bastante lucrativa, perdendo apenas para o tráfico de drogas e o contrabando de armas. No último século, o Brasil passou a contribuir efetivamente com o tráfico internacional. De rota de destino, ele passou a ser um grande fornecedor de pessoas, caracterizado pela movimentação e a exploração.

O maior número de inquéritos e processos desse caso se encontra na Justiça brasileira.

Para adequar a legislação sobre este tema, foi reformada às leis antigas e criadas leis novas, com o intuito de regulamentar e aplacar o tráfico de pessoas no país.

O Protocolo de Palermo e os adicionais são tratados que visam o combate ao crime organizado. Foi elaborado em 2000, tendo entrado em vigor em 2003 e ratificado pelo Brasil por meio do Decreto n.º 5.017, de 12/03/2004.

A lei do Protocolo de Palermo é a que melhor define e que visa 3 objetivos em seu 2.º artigo:

- 1-Prevenir e combater o tráfico, prestando atenção especial às mulheres e crianças, sabidamente as mais vulneráveis a esse crime;
- 2-Proteger e ajudar as vítimas, respeitando plenamente os seus direitos humanos;
- 3-Promover a cooperação entre os Estados — Partes;

O tráfico de pessoas é caracterizado como crime no Código Penal e na Declaração Universal de Direitos Humanos.

No artigo IV da Declaração Universal dos Direitos Humanos diz:

Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.

Conforme o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 149-A:

Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso.

Rogério Greco (Código Penal Comentado, p.690, 2017) menciona que o artigo 231 foi revogado por conta que apenas tipificavam, o tráfico internacional de pessoas de fim

exploração sexual e o tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual, portanto conclui haver o tráfico desde o aliciamento até o acolhimento no local destinado.

A lei n.º 13.344, de 06 de outubro de 2016 em seus artigos 14 e 15 expõem algumas formas de campanhas relacionadas ao enfrentamento do tráfico.

Art. 14. É instituído o Dia Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, a ser comemorado, anualmente, em 30 de julho.

Art. 15. Serão adotadas campanhas nacionais de enfrentamento ao tráfico de pessoas, a serem divulgadas em veículos de comunicação, visando à conscientização da sociedade sobre todas as modalidades de tráfico de pessoas.

4 DIREITO COMPARADO E CURIOSIDADES DO TRÁFICO

Conforme o jornal sueco público, na Suécia e França, quem paga para ter relações sexuais com pessoas traficadas é um delinquente. Na França, alguns deputados aprovaram uma lei que pune os clientes de prostitutas, com multa de 1500 euros, equivalente a R\$7.844,48 se forem pegos comprando serviços sexuais, e o valor dobra se o mesmo repetir. O país nórdico foi pioneiro, em 1999, em penalizar os clientes da prostituição, que podem pegar até um ano de cadeia.

O Legislativo aprovou essa lei, mesmo com muitas praticantes do ato não concordando e saindo nas ruas para protestar.

O político francês Guy Geoffroy concebeu uma reportagem para Globo News (2013) e deixou claro sua posição sobre o referido assunto.

Sem o cliente, não existe a máfia da prostituição ou do tráfico de pessoas. Essa é a luta que estávamos travando. Não se trata de procurar um culpado ou de estigmatizar uma pessoa. Existe um objetivo, acabar a prostituição no nosso país. A prostituição é a dominação de um ser humano sobre o outro pelo dinheiro. Há muitos anos se transformou em uma manifestação escandalosa do tráfico de pessoas.

O jornal espanhol *El País* diz que a Suécia e a França apostam num novo modelo de abolicionismo, que em vez de penalizar as prostitutas — consideradas vítimas sem liberdade de escolha — propõe acabar com o comércio sexual fechando o cerco sobre sua clientela. Em outras palavras, sem demanda não há oferta. No lado oposto estão as correntes pela legalização, para as quais, o trabalho sexual é uma atividade que pode ser

exercida livremente, por isso precisa ser regulamentada. É o que acontece na Holanda, onde as prostitutas pagam impostos e obtêm contrapartidas sociais, ocorre também na Dinamarca e na Alemanha.

Ainda é publicado na mesma sessão do jornal espanhol que no Reino Unido, comprar ou vender serviços de prostituição não constitui crime, desde que a busca pelas mulheres não ocorra na rua, ou seja, terão que ser discretos e evitar demonstrar a atividade em público. Também não se pode manter Bordel e nem intermediação de trabalhos sexuais, porém não tem leis para a exploração ou tráfico de mulheres.

Sendo assim, foram criadas leis e tratados para a prevenção dos problemas citados.

O Brasil, Paraguai, Uruguai e Argentina, assinaram e ratificou o Protocolo Adicional à Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulher e Crianças (Protocolo de Palermo).

Na Argentina, o Governo aprovou por meio da Lei n. 26.364, a política de *"Prevención y Sanción de La Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas"*. A Lei de enfrentamento ao tráfico tem por objetivo praticar medidas para prevenir e reprimir o tráfico de pessoas, oferecendo a proteção necessária às suas vítimas. Para tanto, o instrumento traz dois conceitos de tráfico de pessoas, um para pessoas maiores de 18 anos e outro para aquelas menores de 18 anos.

A lei argentina presente no código penal considera quatro finalidades de tráfico de pessoas: escravidão, servidão ou práticas análogas a estas, trabalhos ou serviços forçados, comércio sexual e extração de órgãos do corpo humano. (Artigo 4.º). Segundo o artigo 5.º, as pessoas traficadas não poderão ser responsabilizadas criminalmente pelo fato de terem contribuído para a consumação deste crime. Pode-se notar que se evita, assim, o cometimento de injustiças para com as vítimas do tráfico. Ademais, conforme a redação da lei argentina.

O Paraguai não tem uma política pública específica para o tráfico de pessoas. Contudo, possui o *Plan Nacional de Prevención y Erradicación de la Exploración Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes– ESNA (2004)*, o *Plan Nacional de Prevención y Erradicación Del Trabajo Infantil y Protección Del Trabajo de los Adolescentes (2003-2008)*.

Atualmente o Tráfico Humano tem como principais vítimas mulheres e crianças. Segundo o site Acredite ou não (2017) as redes criminosas que traficam seres humanos lucram até US\$ 30 mil por pessoa aliciada, por ano chega a US\$ 9 bilhões. O tráfico está cada vez mais constante e natural.

Os dados do site Tráfico Humano (2016) ainda nos mostram que em 2006 foram resgatadas apenas 21.400 vítimas de tráfico humano. Cerca de 79% dos casos de tráfico humano envolvem a escravidão sexual e 18% abrangem, trabalhos forçados, casamentos e remoção de órgãos;

O site acredite ou não ainda nos mostra que os efeitos deste crime só vieram após o fim da Guerra Fria, muitos grupos rebeldes se voltaram para o tráfico de seres humanos para financiar ações militares e reunir soldados.

5 ROTAS DO TRÁFICO

Atualmente os casos vêm aumentando cada vez mais, e essas pessoas são levadas para diversos destinos. A região Nordeste tem maior incidência dessas práticas criminosas, tanto na receptação, quanto no fornecimento de pessoas relacionadas ao turismo sexual. Na região Sudeste atuam como receptores e também como postos intermediários para o tráfico internacional de pessoas.

A região Norte, o crime de tráfico de pessoas está relacionado com o crime organizado, especificamente com a falsificação de documentos e o tráfico de drogas. As rotas de tráfico humano são estruturadas próximas aos aeroportos, portos e rodovias, de modo que eles saem de pequenas cidades em direção a cidades grandes.

Maria Lúcia Leal e Maria de Fátima Leal, (2002, p.7 apud ANA LUIZA e CRISTIAN KIEFER, 2014) apontou 110 rotas de tráfico interno (78 rotas interestaduais e 32 intermunicipais) e 131 rotas de tráfico internacional, perfazendo um total de 241 rotas.

Nesta categoria de tráfico, o transporte mais utilizado é o terrestre (táxi, caminhões e carros particulares, sendo os táxis, os preferidos, porque sofrem menos fiscalização nas estradas).

Em relação ao tráfico internacional de pessoas, o destino mais comum é a Europa, mais especificamente na Espanha, França e Itália. Observa-se a realização dessas práticas criminosas em países como Venezuela, Bolívia, Estados Unidos, Paraguai, Portugal, Argentina e Chile.

A saída e entrada no território nacional e estrangeiro são facilitadas por falta de fiscalizações nas fronteiras que depreendem da ineficiência do Estado em prevenir e aplicar sanções cabíveis ao crime de tráfico, mas muito dos casos é a falta de cooperação de um Estado com o outro.

Na maioria dos países onde acontece o tráfico não tem uma base jurídica para prevenir e punir essas ocorrências, facilitando o crime, com a falta de direitos fundamentais

para a segurança de seus cidadãos. E essas pessoas ao tentarem fugir da miséria e da falta de oportunidade ao obterem uma vida melhor para si se submetem a certas situações de risco, como aceitar ofertas sem pensar.

6 RELATÓRIO DE 2021, UCRÂNIA E O RISCO DE EXPLORAÇÃO

O Governo demonstrou um grande e significativo combate ao tráfico, mesmo com a pandemia da COVID-19 que assolou o mundo todo, com grandes esforços em combater e condenar essas organizações. Nesse período de pandemia foi preso um suposto caçador de talentos de times de futebol, ele teria recrutado meninos do Mato Grosso para viajar ao Paraná para jogar futebol, restringindo sua liberdade e exigindo dinheiro da mensalidade. Outro caso foi uma executiva da indústria da beleza que mantinha sua empregada doméstica em um trabalho escravo. Em 2020 com a pandemia da COVID-19, o mundo todo foi colocado em quarentena, relatado pelas autoridades que com isso houve uma redução nos possíveis tráficos humanos, pois não estavam tendo viagem ou oportunidades de empregos para fora do Estado, ou País.

Uma reportagem recente do site: Nações Unidas-ONU News publicada em 02 de fevereiro de 2021 diz o seguinte:

Número de vítimas de tráfico num ano ultrapassou 50 mil no mundo.

Ou seja, teve um grande aumento de crianças traficadas no mundo, cerca de 50 mil novas vítimas foram confirmadas e denunciadas desde 2018 em mais de 100 países segundo o relatório das Nações Unidas, não se sabe o número real de vítimas, somando mulheres, crianças, homens, entre outros.

Com a Guerra na Ucrânia no início do ano de 2022, a OIM (Organização Internacional para Migrações) fez um alerta de risco para possíveis traficantes e/ou/ aliciadores se aproveitarem da situação de desespero do povo ucraniano nas fronteiras e região. Pois, com a piora humanitária que assola a Ucrânia muitos cidadãos tentando passar as fronteiras aceitando todo o tipo de ajuda de pessoas desconhecidas, estão sujeitos a um maior risco de exploração com destinos incertos. Segundo o diretor da OIM as pessoas que estão deixando o território ucraniano são na sua maioria: crianças, idosos e mulheres separados de suas famílias, se tornando assim um grupo vulnerável ao tráfico humano e a exploração por estarem sem renda, sem moradia, sem suporte, etc.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como objetivo conscientizar a população sobre o tráfico de pessoas, como meio de orientação a respeito do tema, e informar para a sociedade, como

ocorrem os tráficos de pessoas, as formas de evitar e se proteger, a maneira correta de denunciar, e como a legislação brasileira vigente pune os aliciadores do crime.

O tráfico de pessoas é uma realidade que alcança milhões de brasileiros, é uma atividade que gera grande lucro, e perde apenas para o tráfico de drogas e o contrabando de armas, tendo um grande aumento de atividades, e participação de pessoas com um alto valor aquisitivo, causando na população o receio de denunciar e acabar sofrendo represálias. É um tema de muita importância que vem causando um dos maiores problemas enfrentado pela sociedade.

Os traficantes se aproveitam das vulnerabilidades sociais e econômicas das pessoas, como a pobreza, as dificuldades em manter uma moradia digna, alimentação e saúde.

É perceptível que essa exploração se aproveita dessas oportunidades de desigualdades sociais e econômicas, onde a pessoa se sente totalmente desamparada e surge alguém com uma proposta irrecusável de mudança de vida, se tornando presas fáceis. Deste modo, ressalta-se a importância da implantação de políticas públicas visando prevenir por divulgações, informações e combates ao crime, com punições mais severas aos infratores.

Por isso, é importante o Estado investir em divulgação eficaz, que ensine e incentive a população a efetuar denúncias anônimas, de forma que não se sintam vulneráveis e expostos, e, em simultâneo, auxilie nas investigações, e na extinção das rotas do tráfico, e do crime.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABNT — Associação Brasileira de Normas Técnicas. **NBR 14724**: Informação e documentação. Trabalhos Acadêmicos - Apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2002.

Acredite ou não. Disponível em: <<http://acrediteounao.com/curiosidades-sobre-o-trafico-humano/>>. Acesso em: 04 de novembro de 2021.

Agencia Brasil. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-07/campanha-alerta-populacao-sobre-o-trafico-de-pessoas>>. Acesso em: 26 de abril de 2021.

Boletim Jurídico, doutrina. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3893>> Acesso em: 26 de abril de 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília DF: Senado Federal, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 de maio de 2022.

BRASIL. Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Brasília, DF: Senado Federal, 2004b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm>. Acesso em: 16 de maio de 2022.

Brasil. Lei Nº 13.344, de 06 de outubro de 2016. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; revoga dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Brasília, DF: Senado Federal, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13344.htm>. Acesso em: 16 de maio de 2022.

Compromisso e Atitude. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/protocolo-de-palermo/>> Acesso em: 22 de maio de 2021.

Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-12/vitor-fachinetti-lei-visa-combate-traffic-pessoas#_ftn1>. Acesso em: 04 de maio de 2021.

Christian, Richard. **Escravidão foi berço do tráfico para exploração sexual, diz especialista.** Ofensiva Negritude, 01 de outubro de 2013. Disponível em: <<https://ofensivanegritude.blogspot.com/2013/10/escravidao-foi-berco-do-traffic-para.html>>. Acesso em: 11 de junho de 2021.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 12 dez. 2021.

DPE. Defensoria Pública do Estado do Paraná. Disponível em: <<http://www.defensoriapublica.pr.def.br/2020/07/1980/30-de-Julho-Dia-Mundial-de-Combate-ao-Trafico-de-Pessoas.html>> Acesso em: 26 de abril de 2021.

Embaixada e Consulados dos EUA no Brasil. Disponível em:
<https://br.usembassy.gov/pt/relatorio-sobre-o-trafico-de-pessoas-2021-brasil/Acesso>
em: 27 de abril de 2022.

Fernandes, David Augusto. **A Convenção de Palermo e o Tráfico de Pessoas.** Revista:
Jus Navigandi, 2014.

Globo-G1, Mundo. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/11/trafico-de-criancas-continua-aumentando-no-mundo-diz-onu.html>>. Acesso em: 26 de junho de 2021.

Globo-G1. Disponível em: < <http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2013/12/da-franca-ao-brasil-leis-sobre-prostituicao-causam-polemica.html> > Acesso em: 12 de setembro de 2021.

GRECO.R. **Código Penal Comentado.** 11.ed. São Paulo: Impetus,2017, p.689,690,691.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado.** 11º edição. Rio de Janeiro. Editora Impetus, 2017, p.149-A.

Jornal El País. Disponível em:
<https://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/07/internacional/1460050306_463588.html>. Acesso em: 05 de maio de 2021.

Jus Brasil. Tráfico de Pessoas e a Lei 13.344/2016. Disponível em: <
<https://margato10.jusbrasil.com.br/artigos/474235018/trafico-de-pessoas-e-a-lei-13344-2016>>. Acesso em 22 de outubro de 2021.

Leal, Maria Lúcia; Leal, Maria de Fátima P., (Organizadoras). **Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial** - PESTRAF: Relatório Nacional - Brasília: CECRIA, 2002.

MAZZIEIRO, João Batista. **Sexualidade criminalizada: prostituição, lenocínio e outros delitos.** São Paulo: Revista Brasileira de História.

Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Tráfico de pessoas: conheça o variado perfil das vítimas. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/julho/trafico-de-pessoas-conheca-o-variado-perfil-das-vitimas#:~:text=Em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20ao%20tr%C3%A1fico%20de,e%207%25%20para%20outros%20objetivos.>>>. Acesso em: 13 de janeiro de 2022.

Nações Unidas. Onu News. Disponível em:
<<https://news.un.org/pt/story/2021/02/1740252>> Acesso em: 27 de fevereiro de 2022.

Nações Unidas. Onu News. Disponível em:
<<https://news.un.org/pt/story/2022/03/1783092>> Acesso em: 25 de março de 2022.

Não se Cale. Disponível em: <<https://www.naosecale.ms.gov.br/trafico-de-mulheres/>>.
Acesso em: 15 de abril de 2022.

Politize! Tráfico de pessoas: como é feito no Brasil e no mundo. Disponível em: <
<https://www.politize.com.br/trafico-de-pessoas-no-brasil-e-no-mundo/>>. Acesso em: 13
de abril de 2021.

Presidência da República. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm. Acesso em: 04
de abril de 2021.

Revista Istoé. Disponível em: <http://istoe.com.br/170188_TRAFICO+DE+PESSOAS/>
Acesso em 02 de abril de 2021.

Tráfico Humano. Disponível em:
<http://projetotraficohumano2011.blogspot.com.br/p/curiosidades.html>> Acesso em: 25
de março de 2021.

UMA BREVE ANÁLISE SOBRE AS RECEITAS TRIBUTÁRIAS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

WILLIANE DOS SANTOS FERREIRA:
Acadêmica do 10º período da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas.

LARA ARIEL OLIVEIRA²³

(coautora)

RESUMO: O presente artigo tem como principal objetivo fazer uma breve análise sobre as receitas tributárias e suas espécies, bem como sobre os tipos de tributos existentes no direito financeiro. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e documental, utilizando como guia estudos de autores especializados no assunto em questão.

PALAVRAS-CHAVE: Receitas tributárias. Espécies de receitas públicas. Tributo. Impostos. Taxas. Contribuição de melhoria. Contribuições especiais. Empréstimos compulsórios.

ABSTRACT: The main objective of this article is to make a brief analysis of tax revenues and their types, as well as the types of taxes existing in financial law. The methodology used was bibliographic and documentary research, using as a guide studies by authors specialized in the subject in question.

KEYWORDS: Tax revenues. Species of public revenue. Tribute. Taxes. fees. Improvement contribution. Special contributions. Compulsory loans.

1. INTRODUÇÃO

As receitas públicas compõem as fontes de arrecadação do Estado e podem ser divididas entre originárias e derivadas, onde a primeira provém da exploração dos bens e serviços pelo Estado, através da obtenção de recursos advindos de forma voluntária do particular.

Em se tratando das receitas derivadas, estas possuem caráter obrigatório de pagamento e se dão em virtude do patrimônio da coletividade em relação ao poder de cobrança que o Estado exerce de forma coativa, culminando na obrigatoriedade do pagamento.

²³ Acadêmica do 10º período da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas.

Por fim, o que se busca no presente artigo é analisar o conjunto de normas que regulam o direito financeiro, através da arrecadação dos tributos, dentro do qual estão inseridos os impostos, as taxas, as contribuições especiais, contribuição de melhoria e os empréstimos compulsórios, buscando também expor como se dá a relação jurídica do Estado com os contribuintes.

2. TRIBUTO

A definição de tributo pode ser encontrada no Código Tributário Nacional, que dispõe em seu artigo 3º que 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.

Dessa maneira, é possível afirmar que o tributo é classificado como uma receita derivada, ou seja, goza de um caráter obrigatório de pagamento, exercido de forma coercitiva pelo Estado, cuja finalidade é financiar as atividades estatais a fim de oferecer serviços de forma eficiente, não só ao contribuinte, mas à sociedade como um todo.

Assim, a arrecadação de tributos tem como principal objetivo fazer com que o Estado, por meio do provisionamento de recursos nos cofres públicos, garanta a satisfação das necessidades da população.

Por conseguinte, conforme disposto no art. 9º da Lei 4.320/64, ora supramencionado, os tributos são instituídos por meio de entidades de direito público, que compreende, neste caso, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, excluindo-se, portanto, as autarquias e fundações públicas, tendo em vista que estas não gozam de capacidade política para legislar em matéria de direito financeiro.

É importante ressaltar ainda que, o art. 3º do CTN classifica o tributo como uma prestação pecuniária, ou seja, aquela obtida através de pagamento em dinheiro. Ocorre, no entanto, que a efetiva prestação pecuniária também pode ser adimplida por meio de prestação em pagamento, aquele feito com bens.

Em vista disso, cabe destacar também que o tributo se distingue de multa, tendo em vista que esta última se origina de um ato ilícito, cuja finalidade é aplicar uma sanção ao contribuinte, é o entendimento do Autor Ricardo Lobo Torres, abaixo colacionado:

“[...] são inconfundíveis o tributo e a penalidade. Aquele deriva da incidência do poder tributário sobre a propriedade privada. A penalidade pecuniária resulta do poder penal do Estado e tem por objetivo resguardar a

validade da ordem jurídica. O próprio art. 3º do CTN, ao se definir tributo, exclui do seu conceito a prestação que constitua sanção por ato ilícito”.

Por fim, o art. 9º da Lei 4.320/64 dispõe que o tributo é a receita derivada instituída pelas entidades de direito público, compreendendo os impostos, as taxas e contribuições nos termos da constituição e das leis vigentes em matéria financeira, destinando-se o seu produto ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas por essas entidades, a seguir expostas.

3. ESPÉCIES DE TRIBUTO

Os tributos podem ser divididos em impostos, taxas, contribuição de melhoria, contribuições especiais e empréstimos compulsórios, a seguir delineados, conforme art. 9º da Lei 4.320/64, supramencionado, cuja teoria “quiquiparte” ou “pentapartida” dos tributos, aceita majoritariamente pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, o entendimento do Autor Saldanha Luck determina que:

A teoria quimpartite ou pentapartite que considera como tributo os impostos, as taxas, as contribuições de melhoria, empréstimo compulsório e as contribuições especiais, previstas no art. 149 e 149-A da Constituição Federal, sendo tal classificação defendida por Hugo de Brito Machado e doutrina majoritária. A teoria pentapartite é a adotada pelo Supremo Tribunal Federal, vez que, segundo sua jurisprudência, os empréstimos compulsórios (Recurso Extraordinário nº 111.954/PR, DJU 24/06/1988) e as contribuições especiais (AI-AgR 658576/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, Julgamento em 27/11/2007; AI-AgR 679355/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, Julgamento em 27/11/2007) são espécies tributárias autônomas, ostentando natureza jurídica própria que as distingue dos impostos, taxas e contribuições de melhoria.

3.1 IMPOSTOS

Os impostos são uma subespécie de tributo, cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte, conforme dispõe o art. 16, do Código Tributário Nacional, abaixo colacionado:

Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

Dessa forma, é importante ressaltar que o tributo se dá através da capacidade contributiva do contribuinte, de acordo com o entendimento do § 1º, do art. 145 da Constituição Federal, que determina que sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, que está ligada intrinsecamente ao princípio da isonomia/igualdade, cuja cobrança se dá conforme as proporções individuais de cada contribuinte, conforme:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Por fim, o imposto goza de um caráter não vinculado, tendo em vista que o Estado não participa da relação jurídica que dará início à cobrança do imposto e também por não possuírem destinação específica, conforme preceitua o art. 167, IV da Constituição Federal, abaixo colacionado:

Art. 167. São vedados:

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;

Além disso, cabe destacar que não há nenhuma relação direta entre quem pagou e quem recebeu os serviços, pois todos gozam coletivamente dos seus benefícios, considerando a sua natureza geral e indivisível.

Por fim, cabe citar alguns exemplos de impostos estaduais e municipais, sendo os principais o IPTU (imposto predial e territorial urbano), IPVA (imposto sobre a propriedade de veículos automotores), IOF (imposto sobre operações financeiras), ICMS (imposto sobre circulação de mercadorias e serviços), ISS (imposto sobre serviços de qualquer natureza) e outros.

3.2 TAXAS

Em se tratando de taxas, é possível determinar que a cobrança destas advêm de um fato gerador que se dá em razão do exercício do poder de polícia e a efetiva utilização do serviço público, de acordo com o entendimento do art. 145, II da CF em consonância com o art. 77 e 78 do CTN, abaixo colacionados:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

II - Taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à

tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Sob o prisma do direito financeiro, cabe mencionar que as taxas gozam de caráter vinculado, ou seja, advém de uma atividade exercida diretamente pelo Poder Público ou ainda como consequência desta.

Dessa forma, as taxas, ao contrário dos impostos, apresentam uma destinação específica, ou seja, um destino determinado, cuja finalidade de arrecadação é financiar um órgão específico que exerce o poder de polícia, caracterizando-se assim, como um tributo contraprestacional, porquanto o Estado deve prestar ao contribuinte o serviço público específico e divisível.

A jurisprudência é assente quanto à cobrança de taxas, no sentido de somente admiti-las e considerar sua legitimidade em razão do efetivo exercício do poder de polícia preventivo, diferindo-se do poder de polícia repressivo, aquele destinado a tratar acerca da ilegalidade de alguma conduta, que culmina na cobrança de multa, possuindo caráter de sanção, não podendo ser considerado um tributo.

É importante ressaltar ainda que, as taxas não se confundem com o preço público (tarifas), porquanto estas não possuem natureza tributária, tendo ligação direta com o particular em razão do direito privado, possuindo caráter facultativo, utilizado de modo voluntário, conforme jurisprudência do STF c/c a Súmula 545 também do STF, abaixo colacionados:

Ementa: (...) Taxa e preço público diferem quanto à compulsoriedade de seu pagamento. A taxa é cobrada em razão de uma obrigação legal enquanto o preço público é de pagamento facultativo por quem pretende se beneficiar de um serviço prestado (RE 556.854/AM, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, j. em 30.06.2011, DJe195, divulg. 10.10.2011, public. 11.10.2011).

Súmula 545: Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.

Por fim, em relação à cobrança de pedágio, o art. 150, V da CF dispõe que:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

V - Estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;

Assim, o pedágio é considerado um exemplo de preço público, também chamado de tarifa, em consonância com o entendimento pacificado pelo STF, conforme:

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. PEDÁGIO. NATUREZA JURÍDICA DE PREÇO PÚBLICO. DECRETO 34.417/92, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. CONSTITUCIONALIDADE. 1. O pedágio cobrado pela efetiva utilização de rodovias conservadas pelo Poder Público, cuja cobrança está autorizada pelo inciso V, parte final, do art. 150 da Constituição de 1988, não tem natureza jurídica de taxa, mas sim de preço público, não estando a sua instituição, conseqüentemente, sujeita ao princípio da legalidade estrita. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente (ADI 800/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, j. em 11.06.2014, DJe-125, divulg. 27.06.2014, public. 01.07.2014)

3.3 CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

A contribuição de melhoria é um tributo que tem por fato gerador a valorização de um imóvel particular em decorrência de obra pública, conforme plenamente disposto no art. 145, III da CF c/c Art. 81 do CTN:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

No entanto, o art. 145, III, da CF faz menção somente à contribuição de melhoria em decorrência de obra pública, sem mencionar que a cobrança do tributo se dá em razão da valorização imobiliária que a obra pública traz ao particular, devendo ser comprovado através do nexo de causalidade, conforme entendimento pacificado pelo STJ:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. REQUISITOS. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A OBRA E A VALORIZAÇÃO DO IMÓVEL. PROVA QUE COMPETE AO ENTE TRIBUTANTE. REEXAME. SÚMULA 7 DO STJ.

1. Para ser válida a contribuição de melhoria, é imprescindível, além da realização de obra pública e da efetiva constatação de valorização do imóvel, a comprovação de nexo de causalidade entre esses dois fatos, ou seja, a prova de que a valorização decorreu estritamente da obra levada a efeito pelo ente tributante, a quem compete o ônus da prova. (...) 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 417.697/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. em 10.12.2013, DJe 18.12.2013)

Ademais, deve haver o nexo de causalidade entre a valorização imobiliária e a obra pública, tendo em vista que a cobrança do tributo se dá unicamente em razão disso. Por conseguinte, é possível afirmar que a contribuição de melhoria é regulada pelo princípio da retributividade, que consiste na contraprestação do Poder Público.

Cabe ressaltar ainda que, em relação à contribuição de melhoria, somente será possível efetuar a sua cobrança após o término da obra pública, levando em consideração que o fato gerador se dá em razão da valorização imobiliária que ela traz e não somente à sua construção.

Assim, a cobrança somente é legítima após a conclusão da obra, momento em que será possível a aferição do valor do tributo, que para fins de cálculo deve utilizar-se da diferença entre os valores iniciais e finais dos imóveis contemplados com a melhoria trazida pela construção da obra pública, em conformidade com o julgado do STF, abaixo colacionado:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. FATO GERADQOURA:NTUM DA VALORIZAÇÃO IMOBILIÁRIA. PRECEDENTES. 1. Esta Corte consolidou o entendimento no sentido de que a contribuição de melhoria incide sobre o quantum da valorização imobiliária (AI-AgR 694.836/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. em 24.11.2009, DJe-237, divulg. 17.12.2009, public. 18.12.2009)

3.4 CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS

As contribuições especiais são tributos que possuem caráter de vinculação da receita a uma finalidade determinada anteriormente, ou seja, a sua arrecadação deve ser destinada para fins específicos, dividindo-se em três modalidades, sendo elas as contribuições sociais, contribuições de intervenção no domínio econômico e contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas, conforme preceitua o art. 149, caput, da CF, conforme:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

Conforme exposto anteriormente, as contribuições especiais são um tributo que apresenta a vinculação da receita como característica preponderante, sendo denominada por alguns autores como contribuições parafiscais.

A respeito da parafiscalidade, o Autor Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho, determina em sua obra de Direito Financeiro que:

“A parafiscalidade significa, juridicamente, a atribuição, mediante lei, da capacidade tributária ativa (capacidade de ser sujeito ativo de tributos) que a pessoa política titular da competência tributária (aptidão para instituir tributos) faz a outra pessoa (pública ou privada), que, por determinação da mesma lei, passa a dispor do produto arrecadado, em benefício de suas próprias finalidades⁹⁴⁵. Para se caracterizar a parafiscalidade, não basta que o tributo seja cobrado por ente diverso daquele que o instituiu, sendo necessário o concurso de outro fator: que a receita assim percebida reverta em proveito da própria entidade que a arrecada”.

Dessa maneira, a receita recebida para cada órgão deverá ser revestida em proveito da própria entidade que a arrecadou, sendo classificadas como receitas destinadas a um fim específico, diferindo-se de receitas destinadas a fins orçamentários.

Em se tratando das subespécies de contribuições especiais definidas no art. 149 da CF, estas são divididas em contribuições sociais, contribuições de intervenção no domínio econômico e contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas.

Quanto às contribuições sociais, o RE 138.284/CE determinou que estas se subdividem em contribuições de seguridade social e contribuições sociais gerais, onde a primeira possui regras específicas determinadas no art. 195, I, II, III, e IV e § 4º da CF, (PIS/PASEP/COFINS), abaixo colacionadas:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, podendo ser adotadas alíquotas progressivas de acordo com o valor do salário de contribuição, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

§ 4º A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.

Quanto às contribuições sociais gerais, estas são destinadas a outros tipos de atuação da União, a exemplo as entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical e ao salário-educação, como bem preceituam o art. 240 e 212, § 5º, respectivamente, ambos da Constituição Federal.

A COSIP – Contribuição para o Custeio da Iluminação Pública, é classificada como uma subespécie de contribuição especial, tendo em vista que não pode ser cobrada mediante taxa por não apresentar os requisitos necessários para tal, sendo eles a divisibilidade e especificidade.

Dessa maneira, a Constituição Federal introduziu o art. 149-A, mediante a Emenda Constitucional 39/2002, permitindo que os municípios e o DF instituíssem a cobrança do referido tributo, colacionados abaixo:

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

EC 39/2002: Acrescenta o art. 149-A à Constituição Federal (Instituindo contribuição para custeio do serviço de iluminação pública nos Municípios e no Distrito Federal).

35. EMPRÉSTIMOS COMPULSÓRIOS

Os empréstimos compulsórios caracterizam um tributo cuja finalidade é atender despesas extraordinárias, ou seja, aquelas que não estavam previstas. É um tributo que somente pode ser criado pela União, em situações de calamidade pública, guerra ou investimento de relevante interesse social, conforme dispõe o art. 148, da CF:

Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;

II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b".

Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

Além disso, o art. 15 do CTN determina, em consonância com o artigo supracitado, os casos excepcionais que podem ensejar a implantação dos empréstimos compulsórios, sendo o único tributo que prevê devolução ao contribuinte, mediante prazo a ser fixado por lei, conforme:

Art. 15. Somente a União, nos seguintes casos excepcionais, pode instituir empréstimos compulsórios:

I - Guerra externa, ou sua iminência;

II - Calamidade pública que exija auxílio federal impossível de atender com os recursos orçamentários disponíveis;

III - conjuntura que exija a absorção temporária de poder aquisitivo.

Parágrafo único. A lei fixará obrigatoriamente o prazo do empréstimo e as condições de seu resgate, observando, no que for aplicável, o disposto nesta Lei.

Resta cristalino, dessa forma, que os empréstimos compulsórios são vinculados àquela despesa que fundamentou a sua criação, conforme dispôs o supracitado parágrafo único do art. 148 da Constituição Federal.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arrecadação de tributos tem como objetivo preponderante financiar as atividades estatais, através do provisionamento de recursos nos cofres públicos pelo Estado, cuja finalidade é oferecer serviços eficientes e de qualidade à população no geral e não só ao contribuinte.

Assim, foram expostas as diferenças entre as receitas públicas originárias, que advém da exploração de bens e serviços e as derivadas, que derivam voluntariamente do particular, sendo receitas que compõem as fontes de arrecadação do Estado.

O que se buscou analisar no presente artigo foram as normas regulamentadoras do direito financeiro, bem como se dá a relação jurídica do Estado com os contribuintes, através da arrecadação de impostos, taxas, as contribuições especiais, contribuição de melhoria e os empréstimos compulsórios.

O imposto goza de caráter não vinculado, cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, devendo ser observados os critérios da capacidade econômica do contribuinte, em respeito ao princípio da isonomia, plenamente disposto na Constituição Federal.

As taxas, por sua vez, gozam de caráter vinculado, que se derivam exclusivamente de uma atividade exercida diretamente pelo Poder Público ou ainda como consequência desta, apresentando destinação certa e específica.

Ademais, deve haver o nexo de causalidade entre a valorização imobiliária e a obra pública, tendo em vista que a cobrança do tributo se dá unicamente em razão disso. Por conseguinte, é possível afirmar que a contribuição de melhoria é regulada pelo princípio da retributividade, que consiste na contraprestação do Poder Público.

Por conseguinte, em se tratando da contribuição de melhoria, cabe ressaltar que o fato gerador se dá em razão da valorização imobiliária em razão da construção de uma obra pública, onde o Estado somente poderá efetuar a cobrança após o seu término.

Por fim, cabe ressaltar que os empréstimos compulsórios se dão em razão de despesas extraordinárias, sendo elas calamidade pública, guerra ou investimento de relevante interesse social, levando em consideração a promessa de devolução ao contribuinte, sendo o único tributo classificado dessa maneira.

Assim, o que se buscou no presente artigo foi demonstrar, de forma didática e expositiva como se dá a relação do Estado com o contribuinte e conseqüentemente como surgem as receitas tributárias.

5. REFERÊNCIAS

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. **Direito Financeiro**: Esquemático. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Manual do Direito Financeiro e Tributário** - 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ABRHAM, Marcus. **Curso de direito financeiro brasileiro** / Marcus Abraham. – 4. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário - Constituição e Código Tributário Nacional** / Regina Helena Costa. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

KIYOSHI, Harada. **Direito financeiro e tributário** / Kiyoshi Harada. – 29. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

MEDEIROS, Frederico Batista dos Santos Medeiros. **Conceito de Tributo e as Espécies Tributárias**. Âmbito Jurídico, 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/conceito-de-tributo-e-as-especies-tributarias/>. Acesso em: 25/11/21.

CURI, Juliana Araújo Simão. **Taxa e tarifa: semelhanças e diferenças no âmbito financeiro e tributário**. Âmbito Jurídico, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/taxa-e-tarifa-semelhanças-e-diferenças-no-âmbito-financeiro-e-tributario/> Acesso em: 26/11/21.

FONSECA, Maurício Martins. **Análise das Receitas Tributárias.** Âmbito Jurídico, 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/57319/anlise-das-receitas-tributrias/> Acesso em: 26/11/21.

JÚNIOR, José Carlos R. **Você sabe a diferença entre tributos, impostos, taxas e outros conceitos?** Conube, 2021, tributos, impostos e taxas. Disponível em: <https://conube.com.br/blog/tributos-impostos-e-taxas/> Acesso em 26/11/21.

Código Tributário Nacional. Lei nº 5. 172, de 25 de Outubro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm / Acesso em: 25/11/21.

Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm / Acesso em: 25/11/21.

O CONCURSO FORMAL DE CRIMES SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: ANÁLISE DOS PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA VERSANDO SOBRE CONCURSO FORMAL ENTRE CRIMES DE ROUBO COM JULGAMENTO NO PRIMEIRO SEMESTRE DE 2020

PRISCILA DOMENICE: Assistente judiciária, mediadora e conciliadora de conflitos. Pós-graduanda em Direito Penal pela Escola Paulista da Magistratura (EPM – TJSP). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

RESUMO: O presente trabalho tem por objeto a compreensão do entendimento do STJ acerca do concurso formal de crimes, a partir da pesquisa e análise de seus precedentes versando sobre o concurso formal entre crimes de roubo em confronto com os ensinamentos doutrinários sobre a matéria. Objetiva-se identificar os critérios que norteiam a aplicação do instituto penal em questão pela jurisprudência superior no Brasil, notadamente pelo Tribunal encarregado de se pronunciar sobre a legislação federal. A relevância do estudo consiste em verificar possíveis convergências ou divergências entre a aplicação forense do tema e suas bases teóricas, de modo a conscientizar e orientar o aplicador do direito. Foram analisados os institutos penais essenciais à compreensão do tema, formando-se a base teórica para o entendimento do concurso formal de crimes, com especial enfoque na doutrina brasileira. Em seguida, realizou-se pesquisa de julgados do STJ, por meio do buscador de jurisprudência do próprio tribunal na rede mundial de computadores, mediante o uso das palavras-chave “concurso formal roubo”, limitadamente aos julgamentos ocorridos de 01 de janeiro de 2020 a 30 de junho de 2020. Buscou-se, então, identificar as diretrizes utilizadas pela referida Corte na aplicação do instituto, confrontando-as, em seguida, com as bases teóricas estabelecidas.

Palavras-chave: concurso formal de crimes. Concurso formal próprio. Concurso formal impróprio. Roubo. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Dogmática. Interpretação teleológica. Política criminal.

ABSTRACT: The present work deals with STJ’s comprehension of the ideal concurrence of offences, based on research and analysis of its precedents dealing with the ideal concurrence of offenses between theft crimes in comparison to the doctrinal lessons on the subject. This work aims to identify the criteria that guide the application of the penal institute in question by the superior jurisprudence in Brazil, notably by the Court that rules

on the federal legislation. The relevance of this study consists in verifying convergences or divergences between the judicial application of the theme and its theoretical bases, in order to raise awareness and guide the jurist. In the work, the penal institutes essential to understanding the theme were analyzed, forming the theoretical basis to comprehend the ideal concurrence of offences, focusing, specially, on the Brazilian doctrine. Then, a research on the precedents of the STJ was made using the search mechanism of the Court itself on the world wide web, with the keywords "ideal concurrence theft", limited to the judgements that occurred from January 1st, 2020 to June 30, 2020. The guidelines used by that Court were then extracted from the results of the research and confronted with the previously established theoretical bases.

Keywords: ideal concurrence of offences. Proper ideal concurrence of offences. Improper ideal concurrence of offences. Theft. Jurisprudence. Superior Court of Justice. Dogmatic. Teleological interpretation. Criminal policy.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 CONCURSO DE INFRAÇÕES PENAIIS. 1.1 Conceito. 1.2 Sistemas de aplicação de pena. 1.3 Espécies de concursos de crimes no Código Penal brasileiro. 2 CONCURSO FORMAL DE INFRAÇÕES PENAIIS. 2.1 Conceito. 2.2 Teorias acerca do concurso formal de infrações penais. 2.2.1 Teoria objetiva. 2.2.2 Teoria subjetiva. 2.2.3 Teoria adotada pelo Código Penal. 2.3 Requisitos. 2.4 Ato e conduta. 2.5 Unidade e pluralidade de desígnios. 2.5.1 Elemento subjetivo. 2.6 Finalidade da lei. 2.7 Conclusão. 3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CRIME DE ROUBO. 3.1 O crime de roubo. 3.2 O concurso entre crimes de roubo segundo a doutrina. 4 CONCURSO FORMAL ENTRE CRIMES DE ROUBO SEGUNDO O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4.1 Precedentes recentes do Superior Tribunal de Justiça. 4.1.1 Agravo regimental no agravo em recurso especial n. 1.588.159/GO. 4.1.2 Agravo regimental no *habeas corpus* n. 443.242/MG. 4.1.3 Agravo regimental no recurso especial n. 1.853.865/SP. 4.1.4 *Habeas corpus* n. 581.345/SP. 4.1.5 Agravo regimental no agravo em recurso especial n. 1.643.848/PR. 4.1.6 Agravo regimental no agravo em recurso especial n. 1.651.955/GO. 4.2 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça extraído dos precedentes analisados. 5 APROXIMAÇÃO ENTRE A TEORIA E A PRÁXIS: CONFRONTO ENTRE AS BASES DOUTRINÁRIAS E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5.1 Noções de política criminal e dogmática jurídica. 5.2 Interpretação teleológica. 5.3 Confronto entre as bases doutrinárias e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça relativamente à aplicação do concurso formal entre crimes de roubo. 5.4 Conclusão. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto o estudo da aplicação do instituto do concurso formal entre infrações penais no âmbito do direito penal brasileiro, a partir do exemplo da

jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o concurso formal entre crimes de roubo.

O artigo 70 do Código Penal delinea o concurso formal ou ideal de infrações penais, estabelecendo regimes jurídicos diversos para as espécies de concurso formal próprio, concurso formal impróprio e concurso material benéfico de crimes.

Embora a doutrina estabeleça bases teóricas firmes acerca da distinção entre uma e outra modalidade de concurso formal, nem sempre esse traço diferenciador é adotado ou suficientemente esclarecido em decisões judiciais que aplicam, concretamente, o instituto penal em estudo.

Diante disso, por meio do presente trabalho, objetiva-se estabelecer as bases doutrinárias que delinham o concurso formal entre infrações penais para, em seguida, confrontá-las com a aplicação do instituto pelo Superior Tribunal de Justiça, a fim de identificar possíveis convergências ou divergências entre elas.

A pertinência do tema consiste em esclarecer os reais critérios empregados pela jurisprudência na aplicação do concurso formal ou ideal de crimes, de modo a conscientizar e orientar o aplicador do direito em sua tarefa.

Ademais, o instituto do concurso formal de infrações penais retira sua pertinência do próprio sistema jurídico-penal brasileiro, enquanto instrumento de interpretação jurídica dos fatos penalmente relevantes destinada à aplicação da pena, o que deve se dar em conformidade com as finalidades impostas pelo próprio ordenamento jurídico. Assim, a correta aplicação do instituto certamente influenciará na melhor entrega da prestação jurisdicional, concretizando os princípios e objetivos legais.

Será empregado na confecção do presente trabalho o método indutivo de pesquisa, isto é, partir-se-á da análise de premissas particulares para alcançar uma conclusão geral sobre o tema. Nesse sentido, as premissas particulares consideradas serão normas jurídicas e posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do concurso formal de crimes, para se atingir uma visão geral acerca da interpretação e aplicação do instituto em estudo na ordem penal brasileira.

Dessa forma, é possível classificar o presente trabalho como monografia de compilação, na medida em que reunirá a exposição do tema na visão de diversos doutrinadores e precedentes judiciais.

No que tange à estrutura do trabalho, inicialmente será realizado estudo teórico acerca de institutos do direito penal afetos ao tema do presente trabalho, com especial

ênfoque nas obras doutrinárias brasileiras, de modo a formar uma base doutrinária acerca do concurso formal de infrações penais.

Assim, no primeiro capítulo será abordado o concurso de infrações penais enquanto gênero; no segundo capítulo, o concurso formal de infrações penais, especificamente; e no terceiro capítulo, o crime de roubo, já que sua compreensão se faz necessária ao entendimento dos precedentes judiciais que aplicarão a tal crime o concurso formal.

Em seguida, no quarto capítulo, serão analisados os precedentes do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, os quais foram selecionados a partir de pesquisa feita por meio do buscador de jurisprudência do próprio tribunal na rede mundial de computadores, mediante o uso das palavras-chave “concurso formal roubo”, limitadamente aos julgamentos ocorridos no primeiro semestre do ano de 2020 (de 01 de janeiro de 2020 a 30 de junho de 2020). Em seguida, serão identificadas as diretrizes utilizadas pela referida Corte na aplicação do instituto do concurso formal entre crimes de roubo.

No quinto e derradeiro capítulo serão feitas breves considerações acerca dos conceitos de dogmática e política criminal, bem como do método interpretativo teleológico, de modo a embasar a aproximação entre a teoria e a *práxis*, isto é, entre as bases dogmáticas do concurso formal de infrações penais traçadas pela doutrina e a sua aplicação pelo Superior Tribunal de Justiça.

Na conclusão, buscar-se-á identificar as convergências e divergências existentes entre a compreensão técnica e dogmática do instituto do concurso formal de infrações penais e as diretrizes usadas pelo Superior Tribunal de Justiça em sua aplicação a casos concretos envolvendo o concurso entre crimes de roubo, de modo a averiguar se a repercussão prática do instituto jurídico atende às finalidades da lei, segundo a doutrina, ou se ela é voltada a razões outras de política criminal.

1 CONCURSO DE INFRAÇÕES PENAIS

1.1 Conceito

Inicialmente, cumpre pontuar, para efeitos metodológicos, que o termo “infração penal” constitui gênero, do qual são espécies (i) os crimes ou delitos (expressões, estas, equivalentes) e (ii) as contravenções penais, o que denota, nas palavras de Masson (2017), o sistema dicotômico acolhido pelo Direito Penal brasileiro.

Não obstante essa importante distinção terminológica, é certo que o presente trabalho, quando refere, por diversas vezes, ao termo “concurso de crimes”, como é popularmente conhecido o instituto, está a referir ao próprio conceito de “concurso de

infrações penais”, que é mais amplo, por abranger os concursos entre crimes ou delitos, entre contravenções penais e entre crimes ou delitos e contravenções penais.

Feitas essas ponderações, o concurso de infrações penais se verifica quando o agente pratica mais de um crime ou contravenção penal, seja mediante uma única ação ou várias ações.

O seu traço característico, portanto, é a pluralidade de infrações penais, praticadas pelo mesmo autor ou pelos mesmos autores (em concurso de pessoas).

Nas palavras de Hungria (1961, p. 16):

Dá-se concurso de infrações penais (entre crime e crime, entre crime e contravenção, entre contravenção e contravenção) quando duas ou mais infrações, contemporâneas ou não, com ou sem vínculo de conexidade, são praticadas pela mesma pessoa (ou pelas mesmas pessoas em co-participação), que por elas tem de responder. Pluralidade de infrações e unidade (natural ou jurídica) de autoria.

Em complemento a essa definição, Bitencourt (2014) ressalta que, além do concurso entre crimes e contravenções penais, admite-se, também, o concurso entre delitos comissivos e omissivos²⁴, dolosos e culposos, consumados e tentados, simples e qualificados.

Diferenciam-se o concurso de pessoas (*concursum delinquentium*) e o concurso de infrações penais (*concursum delictorum*), dizendo respeito, o primeiro, à pluralidade de pessoas envolvidas no fato criminoso, e o segundo, à pluralidade de infrações penais praticadas.

Nas palavras de Damásio E. de Jesus (2013, p. 643):

Quando duas ou mais pessoas praticam um crime surge o “concurso de agentes” (*concursum delinquentium*). Quando um sujeito, mediante unidade ou pluralidade de ações ou omissões, pratica dois

²⁴ Nucci (2010) exemplifica o cabimento do concurso formal entre crimes omissivos da seguinte forma: “No exemplo de Zaffaroni, se um funcionário do presídio deixa uma porta aberta para que um preso fuja e outro se vingue, matando o carceceiro, temos homicídio e favorecimento (*Tratado de derecho penal – Parte general, p. 555*)”. Por outro lado, defende Nucci (2010) que entre os delitos de homicídio por omissão e omissão de socorro praticados por uma única conduta, não se configura concurso formal de crimes, mas um concurso aparente ou impróprio, eis que o dolo da omissão seria consumido pelo tipo penal do homicídio.

ou mais delitos, surge o concurso de crimes ou de penas (*concursum delictorum*).

No que toca ao fenômeno da pluralidade delitiva no direito penal, Costa Junior (2010) destaca a existência de três concepções distintas desenvolvidas pela doutrina para explicar o tema: (i) a concepção naturalística, a qual identifica a unidade ou pluralidade delitivas na própria natureza das coisas (*rerum natura*); (ii) a concepção normativa, que extrai a unidade ou pluralidade delitiva da própria norma penal; e (iii) a concepção “mista”, a qual identifica a norma como antecedente lógico para a identificação da unidade ou pluralidade delitiva, mas considera, ao lado da norma jurídica, determinados esquemas ontológicos e estruturas valorativas para a identificação do concurso de crimes. Destaca, o autor, ser a concepção normativa a mais aceita.

Relativamente à natureza jurídica das normas penais que cuidam do concurso de delitos, Aisa (2006) classifica-as como sendo “normas de segundo nível”, uma vez que se colocam de forma superposta aos preceitos legais individualmente considerados (“normas de primeiro nível”), quais sejam, as normas penais incriminadoras propriamente ditas. Em outras palavras, as normas de segundo nível regulam casos em que, para a qualificação jurídica da conduta do indivíduo, há a concorrência de diversas normas de primeiro nível. Logo, têm por função, as normas de segundo nível, “fornecer critério para resolver a concorrência de várias normas na qualificação da conduta de um indivíduo e na determinação das sanções aplicáveis” (Aisa, 2006, p. 96).

Melhor desenvolvendo, a regra do concurso de crimes tem dupla função, atuando em dois momentos ou estágios distintos: (i) permitir identificar se o caso concreto trata de hipótese de concurso de leis, caso em que haverá a aplicação de um único preceito legal, que esgota o desvalor do fato, ou se se trata de concurso de crimes, o que demandará a incidência concorrente de todos os preceitos em conflito; (ii) sendo o caso de aplicação cumulativa da pluralidade de normas legais, isto é, tratando-se de concurso de crimes, permitir a verificação da consequência jurídica incidente no caso concreto.

Não obstante essa reconhecida função das normas que tratam do concurso de crimes, isto é, de conferir solução jurídica às hipóteses em que mais de uma norma penal incriminadora incide na espécie, insta consignar que não há qualquer confusão entre elas e o denominado conflito aparente de normas.

Em outras palavras, por consequência da verificação de mais de um crime *in concreto*, em razão do concurso de infrações penais, haverá, igualmente, a incidência de mais de uma norma penal incriminadora no caso concreto, o que, todavia, não se confunde com o concurso aparente de normas.

Assim, não obstante o tema do conflito aparente de normas (*concursum normarum*) seja comumente estudado no âmbito da aplicação da lei penal, cumpre, aqui, realizar breve distinção entre ele e o concurso de crimes (*concursum delictorum*), a fim de desmistificar aparente similitude entre os institutos.

El Hireche (2006) explica que no conflito aparente de normas há uma única ação típica, com uma única lesão a determinado bem jurídico, mas que encontra previsão legal em mais de um dispositivo da lei; em que pese ao aparente conflito entre tais normas abstratamente consideradas, concretamente apenas uma delas irá incidir (*ne bis in idem*), a partir da solução dada pelos critérios da especialidade, subsidiariedade e consunção ou absorção. Já no concurso de crimes, especificamente na modalidade concurso formal, uma mesma conduta provoca mais de um resultado típico, com mais de uma lesão a bens jurídicos diversos; logo, não há *bis in idem*, mas a mera aplicação de todas as penas incidentes *in concreto*, seja por meio do cúmulo material, seja por meio da exasperação, conforme se verá mais adiante. Por fim, citando Bettiol, arremata que no conflito de normas há várias normas com resultado único, ao passo que no concurso formal há uma só conduta com resultado plúrimo.

Garcia (2008), por sua vez, explica o conflito aparente de normas enquanto a existência de dois círculos concêntricos entre as normas jurídicas, na medida em que a aplicação de um preceito engloba inteiramente a do outro, excluindo-o, sob pena de penalizar-se o indivíduo duas vezes em razão de um mesmo fato criminoso, em patente *bis in idem*. Resolve-se o concurso aparente de normas por meio dos critérios da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*), da consunção (*lex consumens derogat legi consumptae*) – relevante para as hipóteses de crime progressivo, crime complexo e consunção *post-factum* – e da subsidiariedade (*lex primaria derogat legi subsidiariae*).

Por sua vez, o concurso de crimes, notadamente o concurso formal de infrações, nas palavras de Garcia (2008), é representado por meio de dois círculos secantes, e não concêntricos. Isso porque há uma mera zona de influência entre dois preceitos normativos distintos, de modo que a aplicação de um deles não se opõe à do outro, podendo ambos incidir *in concreto*. Conclui, referido autor, pela necessidade de analisar-se eventual conflito de leis preliminarmente à apuração de um possível concurso delitivo, sendo a verificação deste residual relativamente àquele.

Superadas as distinções feitas acima, Aisa (2006) pontua que, tratando-se, efetivamente, da hipótese de concurso de crimes, os ordenamentos jurídicos podem conferir duas soluções distintas: (i) prever uma única forma de concurso de crimes, incidente em todos os casos, gerando uma consequência jurídica única e universal (solução adotada na Áustria, Suíça, França e Portugal); ou (ii) prever diferentes espécies de concursos

de crimes, diferenciadas a partir do requisito básico do número de ações praticadas pelo agente, vale dizer se houve ação única ou plúrima, o que costuma conduzir aos conceitos de concurso ideal e concurso real de crimes (solução adotada na Alemanha, Itália, Bélgica, Brasil e Espanha).

Justamente em virtude dos reflexos do estudo do concurso de crimes tanto na estrutura do delito quanto na aplicação da pena, não há unanimidade na doutrina acerca da natureza do instituto jurídico em estudo, isto é, se atinente à teoria do crime ou se pertencente à teoria da pena.

Fragoso (1995) assevera que a matéria relativa ao concurso de crimes pertence ao estudo da teoria da pena, eis que está inserida no capítulo da aplicação da pena no Código Penal e seu regramento legal se deu para o fim de regular a própria aplicação da sanção penal.

Rogério Greco (2015, p. 661) coloca a problemática da seguinte forma:

O problema do concurso de delitos, como frisou Maggiore, 'é também um problema de *concurso de penas*. Assim como no concurso de várias pessoas num mesmo delito se pergunta: Que pena deve aplicar-se a cada um dos coparticipantes? Assim, no concurso de vários delitos cometidos por uma só pessoa se perguntará: Que pena deverá aplicar-se a esta por todos os delitos que por ela foram praticados? É necessário determinar, pois, qual é o regime penal a que deve ser submetido o que incorre em diversos delitos'.

Sem prejuízo de tais considerações, Rogério Greco (2015), sustentando ser esta a posição dominante, defende que o tema do concurso de crimes, não obstante sua topologia no Código Penal (Capítulo III – da aplicação das penas –, Título V – das penas), não está relegado à teoria da pena, mas, sim, à própria teoria geral da lei penal e do crime.

El Hireche (2006), por sua vez, aloca o tratamento da matéria no âmbito de transição da teoria do crime (porque o assunto se relaciona diretamente com o crime e sua estrutura – condutas, elemento subjetivo e nexos causal) para a teoria das consequências jurídicas do delito.

Não obstante tais divergências doutrinárias quanto à natureza do instituto penal em análise, é certo que releva o estudo do concurso de crimes na medida em que sua compreensão esbarra tanto no entendimento do próprio fenômeno do delito em si, na medida em que permite averiguar se determinada conduta representa a prática de uma ou

mais infrações penais, como na definição da pena *in concreto*, eis que, a depender da modalidade de concurso de crimes adotada, ter-se-á uma consequência jurídica distinta, o que repercute diretamente na forma do cálculo da reprimenda do agente e na individualização da pena proclamada pelo inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal.

1.2 Sistemas de aplicação de pena

Independentemente da natureza jurídica do concurso delitivo, é certo que, como bem pontua Bitencourt (2014), o concurso de infrações penais dá origem ao próprio concurso de penas.

Em outras palavras, uma vez verificado o concurso entre infrações penais, a lei determinará certa consequência jurídica que refletirá diretamente na fixação da reprimenda do agente, em razão da ação de um ou outro sistema de aplicação de pena em decorrência do concurso de crimes.

Costa Junior (2010) pontua três soluções diversas para o tratamento punitivo dispensado à pluralidade delitiva ou *concursum delictorum*: (i) o cúmulo material de penas, com a aplicação de tantas penas quantos os crimes cometidos, segundo a máxima *tot crimina tot poenae*; (ii) o cúmulo jurídico de penas, com a aplicação da pena mais grave aumentada proporcionalmente; e (iii) o sistema da absorção, pelo qual aplica-se somente a pena do crime mais grave, ficando absorvidas as penas menores, segundo a máxima *poena major absorbet minorem*. Segundo o autor, o Código Penal brasileiro adotou por vezes o sistema do cúmulo material, por vezes o sistema da absorção.

El Hireche (2006), adotando a mesma classificação acima, entende ter optado, o Brasil, no vigente Código Penal, pelos critérios do cúmulo material temperado e o da exasperação.

Bitencourt (2014) destaca os seguintes sistemas de aplicação de pena concebidos pela doutrina, conforme o concurso de crimes: (i) sistema do cúmulo material: determina a soma das penas de cada um dos delitos em concurso – crítica é feita a essa corrente por conduzir, muitas vezes, a penas muito longas, desproporcionais (relativamente à gravidade dos delitos), desnecessárias e com efeitos criminógenos prejudiciais, sendo possível, muitas vezes, atingir-se a ressocialização do agente mediante a aplicação de penas menores –; (ii) sistema do cúmulo jurídico: ao invés de somar-se as penas dos delitos, aplica-se uma única pena, porém maior do que a cominada; (iii) sistema da absorção: determina a aplicação unicamente da pena mais grave, que absorve as penas dos delitos menos graves – a crítica feita a esse sistema é no sentido de que os delitos de penas menos graves ficariam imunes à punição, o que poderia servir de estímulo ao delinquente –; e, por fim, (iv) sistema da exasperação: recomenda a aplicação da pena mais grave, aumentada de um *quantum* em

conformidade com os demais crimes praticados. Segundo o autor, o direito penal brasileiro atualmente adota apenas os sistemas do cúmulo material (concurso material e concurso formal impróprio ou imperfeito) e o da exasperação (concurso formal próprio ou perfeito e crime continuado).

Hungria (1961), por fim, identifica as seguintes espécies de concursos de infrações: (i) o concurso material, correspondente ao critério romanístico *quot delicta tot poenae*, que significa o cúmulo material ou soma de penas; (ii) o crime complexo, consistente na cominação autônoma de pena ao conjunto unitário sob especial *nomen juris*; (iii) o crime progressivo (*ubi major cessat*), no qual há uma única pena, cominada ao crime-fim, quase sempre mais grave do que o crime-meio; (iv) o concurso formal e (v) o crime continuado, sendo que para estas duas últimas espécies o critério empregado é o da exasperação ou do cúmulo jurídico de penas, tendo-se uma pena complexiva única.

Fragoso (1995), em um esboço histórico, narra que o sistema do cúmulo material de penas, identificado na regra do concurso material ou real de crimes (*quot delicta tot poenae*), prevaleceu no direito romano, no direito germânico e no direito canônico. As primeiras codificações adotaram o princípio de cúmulo material de sanções, exceto diante de eventual impossibilidade de cumulação de espécies diversas de penas, hipótese na qual prevalecia a pena mais grave, aumentada (concurso jurídico). O Código de Instrução Criminal napoleônico (1808), em seu artigo 365, determinava a aplicação apenas da sanção mais grave na hipótese de condenação por mais de um crime (absorção). Finalmente, os códigos posteriores previram os sistemas do cúmulo material, do cúmulo jurídico e da absorção. O atual Código Penal brasileiro, segundo o autor, adotou ambas as espécies de concursos material e formal de crimes, diferenciando as hipóteses de suas incidências de acordo com a unidade ou pluralidade de condutas.

1.3 Espécies de concursos de crimes no Código Penal brasileiro

Conforme dito alhures, o concurso de crimes se verifica com a prática de mais de uma infração penal, mediante uma ou mais condutas, cuja prática se deu pelo mesmo agente ou pelo mesmo grupo de agentes.

A doutrina, em linhas gerais, para os ordenamentos jurídicos que estabelecem mais de uma espécie de concurso de crimes, distingue o concurso real do concurso ideal de infrações penais, sendo que o concurso real se verifica com a prática de mais de uma infração penal mediante uma pluralidade de condutas, enquanto o concurso ideal seria uma ficção jurídica pela qual o agente praticaria mais de uma infração penal mediante uma única conduta, a justificar, conseqüentemente, tratamento distinto pela lei penal.

O atual Código Penal brasileiro, Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, com redação dada pela Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984, elenca três formas elementares de concursos de crimes: (i) o concurso material, disposto no artigo 69 do Código Penal; (ii) o concurso formal, tratado no artigo 70 do Código Penal; (iii) e o crime continuado, disciplinado no artigo 71 do Código Penal.

O concurso material ou real de infrações penais ocorre quando o agente, mediante a prática de mais de uma conduta (ação ou omissão), pratica dois ou mais crimes ou contravenções penais, idênticos ou não.

Dessa forma, tem-se estruturas delitivas distintas e independentes, cada qual com sua própria conduta autônoma e com seu próprio resultado naturalístico ou normativo, bem como com sua própria pena. A solução jurídica dada pela lei penal é o cúmulo material entre as sanções penais, é dizer, somam-se as penas de cada infração penal.

Assim é a redação do artigo 69 do Código Penal, que cuida do concurso material de crimes:

Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

O concurso formal ou ideal de crimes, de seu turno, é tratado no artigo 70 do Código Penal, nos seguintes moldes:

Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.

A leitura desse dispositivo legal é comumente dividida, pela doutrina, nesta ordem, em (i) concurso formal próprio ou perfeito: artigo 70, *caput*, primeira parte, do Código

Penal; (ii) concurso formal impróprio ou imperfeito: artigo 70, *caput*, segunda parte, do Código Penal; (iii) concurso material benéfico: artigo 70, parágrafo único, do Código Penal.

Na dicção do artigo 70, *caput*, primeira parte, do Código Penal, o concurso formal próprio ou perfeito se verifica “quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não”. A consequência da verificação do concurso formal, por sua vez, é dada pelo mesmo dispositivo legal, nos seguintes termos: “aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade”.

Em outras palavras, não são aplicadas todas as sanções penais incidentes no caso concreto de forma cumulada, tal como se dá no concurso material de crimes. Diversamente, aplica-se somente uma das penas, aumentada de determinado *quantum* legalmente previsto, segundo o sistema da exasperação ou, como é chamado por alguns, do cúmulo jurídico.

Nesse ponto, para identificar a sanção dos delitos à qual se aplicará o *quantum* de aumento, releva a distinção entre o que a doutrina denomina concurso formal homogêneo e concurso formal heterogêneo.

O concurso formal homogêneo é aquele verificado entre duas infrações penais idênticas. Sendo idênticas as infrações, suas penas serão também iguais, de modo que qualquer uma delas será aplicada, de forma isolada, acrescida do aumento de um sexto até a metade. Nos termos do artigo 70, *caput*, primeira parte, do Código Penal, “aplica-se-lhe (...), se iguais (as penas), somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade”.

Já o concurso formal heterogêneo se dá entre duas infrações penais distintas, com penas igualmente diversas. Diante disso, será aplicada, por imposição legal, a mais grave das penas incidentes *in concreto*, que será, por sua vez, aumentada de um sexto até a metade. Consoante determina o artigo 70, *caput*, primeira parte, do Código Penal, “aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis (...) aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade”.

Por fim, a fixação do percentual de aumento entre o mínimo de um sexto e o máximo de metade guardará correspondência com o número de infrações praticadas.

Nesse sentido, Mirabete e Fabbrini (2012) asseveram que o percentual de aumento no concurso formal de crimes deve ter por base o número de resultados e vítimas, e não as circunstâncias do fato.

Na mesma senda, Rogério Greco (2015, p. 672) transcreve a tese n.º “5” do Boletim n.º 23, da ferramenta “jurisprudência em teses” do Superior Tribunal de Justiça, pela qual “o aumento decorrente do concurso formal deve se dar de acordo com o número de infrações”.

Por outro lado, o concurso formal impróprio ou imperfeito, de seu turno, é verificado, nos termos do artigo 70, *caput*, segunda parte, do Código Penal, quando “a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos”. Nesse caso, “as penas aplicam-se (...) cumulativamente”.

Aqui, portanto, não obstante tenham sido praticados mais de um crime mediante uma única conduta, as penas são somadas em um próprio cúmulo material de reprimendas, uma vez que o autor agiu imbuído de desígnios autônomos relativamente aos delitos perpetrados. Regra, portanto, similar àquela insculpida no artigo 69 do Código Penal, que trata do concurso material de crimes.

O concurso material benéfico, por fim, deve-se à regra de que “não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do artigo 69 deste Código” (artigo 70, parágrafo único, do Código Penal). Em outras palavras, o sistema de exasperação da pena, previsto no artigo 70, *caput*, primeira parte, do Código Penal, feito para beneficiar o réu, não pode conduzir à aplicação de uma pena superior àquela que resultaria do simples cúmulo material das reprimendas (concurso material de crimes, previsto no artigo 69 do Código Penal), razão pela qual, quando isso se verificar *in concreto*, deve-se aplicar o concurso material de crimes em prol do acusado, ao invés do concurso formal próprio ou perfeito.

Assim, por todo o exposto, tem-se que o sistema de exasperação da pena, segundo o *quantum* previsto no artigo 70, *caput*, primeira parte, do Código Penal, somente se aplica, na prática, diante do concurso formal próprio ou perfeito de crimes, sendo que nas demais hipóteses tratadas pelo artigo 70 do Código Penal (*caput*, segunda parte, e parágrafo único – concurso formal impróprio ou imperfeito e concurso material benéfico) a consequência jurídica ditada pela lei é o mero cúmulo material de penas, semelhantemente ao que dispõe o artigo 69 do Código Penal.

Para arrematar, o crime continuado ou continuidade delitiva é previsto no artigo 71 do Código Penal nos seguintes termos:

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-

lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

Trata-se de uma ficção jurídica feita pela lei para considerar os delitos subsequentes continuação de um delito inicial, em razão das “condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes”. É ocasionado diante da prática de “dois ou mais crimes da mesma espécie”, mediante “mais de uma ação ou omissão” (neste ponto, similar ao concurso material de crimes, eis que há pluralidade de condutas).

A consequência jurídica imposta pela lei penal, nesse caso, é aplicar “a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços”.

Segundo Masson (2017), sendo o crime continuado simples ou comum, isto é, verificado entre crimes iguais, as penas dos delitos parcelares são idênticas, de modo que deverá ser aplicada somente uma delas, aumentada de um sexto a dois terços. Sendo, por outro lado, qualificado o crime continuado, em razão de serem distintos os crimes parcelares e suas respectivas penas, aplicar-se-á somente a pena mais grave, aumentada de um sexto a dois terços. Em qualquer caso, o vetor para a determinação do *quantum* de aumento de pena *in concreto* é o número de crimes.

Nesse mesmo sentido é o teor da tese n.º “8”, do Boletim n.º 20, da ferramenta “jurisprudência em teses” do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “na continuidade delitiva prevista no *caput* do artigo 71 do Código Penal, o aumento se faz em razão do número de infrações praticadas e de acordo com a seguinte correlação: 1/6 para duas infrações; 1/5 para três; 1/4 para quatro; 1/3 para cinco; 1/2 para seis; 2/3 para sete ou mais ilícitos”²⁵.

25

Disponível

em:

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2020:%20CRIME%20CONTINUADO%20-%20II>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

O denominado crime continuado específico, finalmente, é verificado “nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa” (artigo 71, parágrafo único, do Código Penal). Sua consequência jurídica é assim fixada pela lei: “poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do artigo 70 e do artigo 75 deste Código”.

Feitas essas considerações iniciais, cumpre pontuar que é sobre a hipótese do artigo 70, do Código Penal, isto é, sobre o concurso formal de crimes, que se debruça o presente estudo, tal como será melhor explorado adiante.

2 CONCURSO FORMAL DE INFRAÇÕES PENAIS

2.1 Conceito

O concurso formal de crimes é atualmente disciplinado pelo artigo 70 do Código Penal, com redação dada pela Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984²⁶. De acordo com Costa Junior (2010), tal dispositivo reproduz, quase que integralmente, o mesmo teor do dispositivo prévio, qual seja, o artigo 51, parágrafo 1º, da redação original do Código Penal (Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940)²⁷, contudo conta com maior amplitude, eis que tem aplicação a crimes apenados com diferentes espécies de pena, e não apenas sanções privativas de liberdade, como antes vigia.

Segundo Tucci (2003), verifica-se o concurso formal ou ideal “quando o agente, numa só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, que poderão ser idênticos ou não”.

Hungria (1961, p. 192), após conceituar o concurso material, assenta que “(...) no concurso formal, há também pluralidade de resultados, homogêneos ou não, mas

26 “Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. (...) Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código”.

27 “Art. 51. (...) § 1º Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, a que se cominam penas privativas de liberdade, impõe-se-lhe a mais grave, ou, se idênticas, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos”.

decorrentes de uma só ação ou omissão, justificando-se, por isso, uma unificação jurídica". Assim, a lei considera existente uma *unidade jurídica*.

Rogério Greco (2015) pontua que, na definição de Maggiore, "concurso formal (*concursum formalis*) é, tipicamente, o realizado pela hipótese de um fato único (ação ou omissão) que viola diversas disposições legais".

Núñez (1976) conceitua o concurso formal ou ideal de delitos como sendo a conduta materialmente única, mas que constitui vários delitos, na medida em que admite mais de uma classificação ou sanção delitiva. Tem por consequência a possibilidade de sanção do autor do delito unicamente com a pena mais grave.

Com efeito, o concurso formal de infrações penais não se confunde com o concurso material ou com o crime continuado, demais espécies concursais previstas no Código Penal.

El Hireche (2006) explica que a distinção existente entre o concurso material e o concurso formal reside, tão somente, no número de ações típicas – no primeiro, há pluralidade de ações típicas, enquanto no segundo há ação típica única, contudo com mais de um resultado.

Tucci (2003, p. 266), por sua vez, detalha a diferença entre o concurso material ou real de infrações e o concurso formal ou ideal citando Magalhães Noronha (*Direito penal*, cit., vol. 1, p. 338), nos seguintes termos:

O concurso formal tem sua característica na *ação única*. Como escreve Aldo Moro: entre o concurso ideal e o real existe de comum a pluralidade de eventos juridicamente relevantes, mas a diferença reside nisto: no concurso real concorrem vários delitos; no ideal só relações de um idêntico agir delituoso, com diversos eventos.

Em que pese à diferença existente entre os concursos material e formal de infrações, é certo que a consequência jurídica da adoção do sistema do cúmulo material de sanções se verifica tanto no primeiro caso quanto no segundo, nas espécies concurso formal impróprio e cúmulo material benéfico – aplicando-se o sistema da exasperação apenas para o concurso formal próprio de crimes.

Não há que se confundir, ainda, o concurso formal com o crime continuado, uma vez que neste último há, diversamente do primeiro (no qual há conduta única), uma pluralidade de condutas, além da pluralidade de resultados. Trata-se de um conjunto de

unidades delitivas autônomas, que somente são consideradas unidades parcelares de um mesmo plano delitivo em função de uma ficção jurídica.

Logo, o ponto em comum entre o crime continuado e o concurso formal consiste na unidade jurídica criada pela lei, assim como na consequência jurídica do sistema de exasperação da pena, no caso do concurso formal próprio.

Eis o paralelo que Hungria (1961) traça entre o crime continuado e as demais espécies de concursos de infrações penais:

(...) no crime continuado, há multiplicidade de ação ou omissão e multiplicidade de resultados idênticos (violações do mesmo dispositivo penal), como no concurso material homogêneo, mas assumindo um tal ritmo de encadeamento, que os crimes sucessivos se apresentam como uma continuação (*continuatio delictorum*), a que a lei atende para considerar na hipótese uma *unidade jurídica*, tal como ocorre no concurso formal.

Conforme já tratado, o concurso formal se divide em (i) próprio ou perfeito e (ii) impróprio ou imperfeito. Há, ainda, regra prevendo o (iii) concurso material benéfico, para os casos em que o concurso formal, originariamente concebido para beneficiar o acusado, conduzir a pena mais gravosa do que resultaria a simples soma das reprimendas (cúmulo material).

Nucci (2010) explica o concurso formal próprio de crimes dizendo que o agente que pratica os delitos tem em mente apenas uma conduta. Essa premissa justificaria a aplicação tão somente da pena mais grave, ao invés do cúmulo material das sanções. Por exemplo, é o que ocorre quando o “agente leva menor para praticar roubo, tendo em mente só o produto desse delito e não a corrupção do menor (concurso formal dos arts. 157 do CP e 1.º da Lei 2.252/54 [hoje, substituída pelo art. 244-B, da Lei 8.069/90] – STJ, 6.ª T., RT 737/578)”. Difere, portanto, do concurso formal imperfeito, no qual “a intenção do legislador, nessa hipótese, é retirar o benefício daquele que, tendo por fim deliberado e direto atingir dois ou mais bens jurídicos, cometer os crimes com uma só ação ou omissão”.

Em que pese essa aproximação inicial, é certo que a compreensão da distinção existente entre as espécies de concurso formal, isto é, entre o concurso formal próprio ou perfeito e o concurso formal impróprio ou imperfeito, é um tanto complexa e não apresenta solução pacífica na doutrina.

Apenas para ilustrar o problema, assim discorre Cunha (2019):

Mas a matéria é complexa. Segundo Zaffaroni e Pierangeli, o legislador brasileiro construiu “uma fórmula de difícil compreensão e explicação, como informa a maioria da doutrina (Basileu Garcia, entre outros). Com efeito, se os desígnios são autônomos, não existe unidade de ação, e, conseqüentemente, um concurso formal”.

2.2 Teorias acerca do concurso formal de infrações penais

Em geral, a doutrina sustenta a existência de duas teorias no que se refere à aplicação do concurso formal de crimes: a teoria objetiva e a teoria subjetiva.

2.2.1 Teoria objetiva

Segundo a teoria objetiva, para a configuração do concurso formal de crimes basta a unidade de conduta e a pluralidade de resultados. Não importa, assim, a unidade ou pluralidade de desígnios do autor – em qualquer caso haverá o concurso formal.

Em outras palavras, conforme sustentado por Capez (2014), a teoria objetiva admite a pluralidade de desígnios no concurso formal.

2.2.2 Teoria subjetiva

Segundo Masson (2017), a teoria subjetiva, de seu turno, exige, para a configuração do concurso formal de infrações, a unidade de desígnios na conduta do agente.

Dessa forma, para a teoria subjetiva, só haverá concurso formal se a conduta única, que gerou pluralidade de resultados típicos, tiver sido movida também por desígnio único.

2.2.3 Teoria adotada pelo Código Penal

Nesse ponto, a doutrina pátria parece chegar no consenso de que o artigo 70 do Código Penal, para disciplinar o concurso formal de crimes, adotou a teoria objetiva.

Isso porque haverá concurso formal de infrações (enquanto gênero, do qual são espécies os concursos formais próprio e impróprio) independentemente da unidade ou da pluralidade de desígnios do autor, bastando, para a sua configuração, a reunião de requisitos objetivos consistentes na unidade da conduta e na pluralidade dos resultados.

Em verdade, a análise do elemento subjetivo do autor, correspondente a seu “desígnio”, como estatui o Código Penal, importará tão somente para a determinação da consequência jurídica no caso concreto, isto é, se será aplicado o sistema da exasperação

da pena (concurso formal próprio) ou do cúmulo material das sanções (concurso formal impróprio).

Em outras palavras, o(s) desígnio(s) do agente somente relevará(ão) para a distinção entre as espécies de concurso formal – próprio ou impróprio –, mas não para a caracterização do concurso formal em si, enquanto gênero, eis que para a sua identificação basta que uma única conduta produza mais de um resultado típico.

Nesse sentido, Barros (2011) reforça a impossibilidade de adoção da teoria subjetiva pelo Código Penal em razão de ela impossibilitar o concurso formal entre crimes culposos, nos quais não há desígnio ou propósito. Pela teoria objetiva, por outro lado, o concurso formal pode se dar entre delitos dolosos, culposos ou dolosos e culposos.

2.3 Requisitos

Segundo Damásio de Jesus (2013), há divergências doutrinárias quanto aos requisitos que caracterizam o concurso formal de crimes, sendo que (i) para a teoria subjetiva, exigir-se-ia a unidade de condutas, a pluralidade de crimes e a unidade de desígnios; (ii) para a teoria objetiva, de outro lado, exigir-se-ia a unidade de condutas e a pluralidade de crimes, independentemente dos desígnios do autor. Segundo o autor, tendo o Código Penal brasileiro adotado a teoria objetiva, a questão subjetiva (unidade ou não de desígnios) importa apenas para a aplicação da pena, uma vez que de acordo com o ânimo do agente ter-se-á consequências jurídicas diversas.

Também para Capez (2014) os requisitos do concurso formal de infrações são: (i) a existência de conduta única, (ii) da qual surjam dois ou mais fatos típicos, ou crimes (quando atinentes a mais de um bem jurídico).

Nesse ponto, Hungria (1961) acentua que o concurso formal pode se dar entre crimes diversos, bem como os resultados típicos não necessitam ser iguais.

No mesmo sentido, Barros (2011) aponta como requisitos para a configuração do concurso formal de crimes: (i) a unidade de conduta e (ii) a pluralidade de crimes. Sustenta, o autor, que o Código Penal adota a teoria objetiva, satisfazendo-se com apenas esses dois requisitos. Dispensa, portanto, a unidade de desígnio, referente à teoria subjetiva.

Assim, é possível assentar que o concurso formal, enquanto gênero, demanda somente a presença de dois requisitos: (i) a unidade de conduta e (ii) a pluralidade de crimes ou de resultados típicos.

Apenas para distinguir as espécies do concurso formal – próprio e impróprio – é que relevará a discussão acerca da existência de desígnios autônomos do agente.

Em outras palavras, a par dos requisitos da unidade da conduta e da pluralidade de resultados típicos, e presença do elemento da unidade de desígnios denota a existência do concurso formal próprio de crimes, ao ponto que a verificação da pluralidade de desígnios do agente conduz à caracterização do concurso formal impróprio de infrações.

Assim, El Hireche (2006) aponta que o traço diferenciador entre os concursos formais próprio e impróprio é, justamente, a existência de unidade ou pluralidade de desígnios ou vontades, respectivamente. Nessa senda, o concurso formal impróprio se aproxima do concurso material de crimes, eis que em ambos os casos se tem o cúmulo material das penas dos delitos, em razão da pluralidade de desígnios do agente em cada caso – desimportando o número de condutas nessa hipótese (no concurso material há pluralidade de condutas, ao passo que no concurso formal impróprio há conduta única, embora movida por desígnios autônomos do agente).

Masson (2017), observando esse fenômeno, conceitua o concurso formal perfeito ou próprio de crimes de maneira residual, enquanto a produção de dois ou mais resultados típicos pelo agente sem que haja desígnios autônomos, o que, se houvesse, caracterizaria o concurso formal imperfeito ou impróprio.

Feitos esses apontamentos, adotada a teoria objetiva pelo Código Penal para a caracterização do concurso formal de crimes enquanto gênero, é possível concluir que o traço diferenciador entre as suas espécies, concursos formais próprio e impróprio, segundo a doutrina majoritária brasileira, é o “desígnio” do agente, segundo a nomenclatura usada pela própria lei (artigo 70 do Código Penal).

Não obstante isso, antes de debruçar sobre o estudo da unidade e da pluralidade de desígnios, cumpre tecer considerações acerca do conceito de conduta (ação ou omissão) no âmbito do concurso formal.

2.4 Ato e conduta

Inicialmente, cumpre tecer que o termo “conduta” é gênero que abrange as espécies “ação” e “omissão”. Nesse sentido, conceitua Damásio de Jesus (2013, p. 267): “conduta é a ação ou omissão humana consciente e dirigida a determinada finalidade” (conceito finalista).

No que concerne ao concurso formal de crimes, a doutrina reiteradamente aponta distinções entre os conceitos de conduta (ou ação ou omissão) e ato, com vistas a delimitar a ideia de “unidade de ação ou omissão”, a determinar a incidência ou não do disposto no artigo 70 do Código Penal.

Barros (2011) distingue os conceitos de ato e conduta, dizendo que o primeiro é apenas um momento da segunda. Logo, no âmbito do concurso formal de crimes, conduta é uma unidade verificada quando diversos atos são realizados em um mesmo contexto temporal e espacial.

Rogério Greco (2015) destaca, de igual modo, que uma determinada ação pode ser composta por diversos atos, os quais são, portanto, componentes da ação e ela integram. Em outras palavras, os atos não são “ação” em si mesmos, mas, diversamente, constituem meras partes de um todo (que é a ação propriamente dita).

Masson (2017), no mesmo sentido, assevera que a unidade de conduta não significa a existência de um ato único, eis que há condutas consideradas fracionáveis. Nesse contexto, considera-se conduta única os atos realizados em um mesmo contexto temporal e espacial.

Costa Junior (2010) ressalta a possibilidade de que vários atos sejam segmentos de uma única conduta delitiva. Para ele, o que determinaria a unidade delitiva, nesse caso, é o elemento subjetivo do agente (finalidade única), aliado à circunstância de ter o delito se verificado em um único contexto fático (espacial e temporal).

Fragoso (1995, p. 349) define ação como “comportamento voluntário dirigido a um fim”, diferenciando-o de ato, o qual explica ser o mero “movimento corpóreo”. Dessa forma, é possível que uma única ação se constitua de muitos atos; o que definirá a unidade da ação é a manifestação de vontade única. Ressalva, no entanto, a impossibilidade de cometimento de crimes unissubsistentes por meio de mais de um ato, uma vez que referida modalidade delitiva não admite fracionamento da execução delitiva e, logo, é cometida mediante ato único.

Tucci (2003), na mesma senda, aduz que o fato de haver ação única não impede a existência de uma pluralidade de atos, os quais constituem segmentos (com movimentos corpóreos independentes) nos quais a conduta se divide. Para ele, não seria a unidade da conduta, em si, que justificaria o tratamento mais brando conferido pela lei penal ao concurso formal de crimes, mas, sim, a unidade do elemento subjetivo que impulsiona a ação do agente.

Bitencourt (2014) explica que no concurso formal de crimes, o agente pratica uma única conduta, a qual, todavia, pode se desdobrar em vários atos, segmentos dela.

Para Capez (2014), a conduta compreende um único ato ou uma sequência de atos desencadeados pela vontade humana, voltadas à de um fato típico. O autor identifica a

ação, em cada caso, a partir do verbo nuclear do tipo penal, de modo que a conduta teria a sua base no verbo do tipo incriminador.

Capez (2014, p. 548) refere, ainda, ao conceito de *contestualità*, desenvolvido pela doutrina italiana, segundo o qual uma única conduta corresponde ao entrosamento imediato entre diversos atos. Cita, ainda, o conceito unitário de ação de Giovane Leone:

Aquela unidade de tempo e lugar, que serve para unificar em uma só ação os vários atos praticados pelo delinquente, é indubitavelmente um critério de grande ajuda nas indagações dogmáticas. Pode-se assim falar de unidade de ação sempre que os múltiplos atos realizados pelo agente encontrem um fundo comum de coesão: e esse fundo comum é constituído pela unidade de tempo e lugar. Deve, porém, advertir-se que com semelhante critério não se pretende acenar com uma coesão espacial e temporal tão íntima dos vários atos que venha a constituir uma série ininterrupta ou uma cadeia fechada de atos: o que se almeja é tão só apelar para um critério de aproximação.

Por fim, Mirabete e Fabbrini (2014, p. 308-309) explicam que:

Para fixar o conceito de unidade de ação, em sentido jurídico, apontam-se dois fatores: o *fator final*, que é a vontade regendo uma pluralidade de atos físicos isolados (no furto, p. ex., a vontade de subtrair coisa alheia móvel informa os distintos atos de procurar nos bolsos de um casaco); o *fator normativo*, que é estrutura do tipo penal em cada caso particular (no homicídio praticado com uma bomba em que morrem duas ou mais pessoas, há uma só ação com relevância típica distinta: vários homicídios). Quando com uma única ação se infringe várias vezes a mesma disposição ou várias disposições legais, ocorre o concurso formal. Havendo duas ou mais ações distintas, ainda que em sequência, inexistirá o concurso formal, podendo-se falar, conforme a hipótese, em progressão criminosa (com antefato ou pós-fato não punível), concurso material, crime continuado, etc.

Diante disso, é possível concluir que, segundo a doutrina majoritária brasileira, o conceito de conduta, ação ou omissão humana dirigida a uma finalidade, não necessariamente corresponde a movimento corpóreo único, mas, diversamente, pode abranger uma pluralidade de atos, os quais, tidos em conjunto, representam uma só conduta.

Para tanto, aponta a doutrina que os elementos que permitem concluir pela existência de conduta única são: (i) a sua prática em contexto único, isto é, em iguais condições de espaço e tempo (elemento objetivo), e, para boa parte da doutrina, (ii) a existência de elemento volitivo único, consistente na vontade do agente de praticar uma só conduta (elemento subjetivo).

2.5 Unidade e pluralidade de desígnios

Conforme se depreende da redação do artigo 71 do Código Penal, a caracterização do concurso formal impróprio se dá quando os “crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos”. A *contrario sensu*, sustenta-se que o concurso formal próprio de crimes demandaria a verificação de unidade de desígnios.

Em outras palavras, no que tange ao concurso formal próprio ou perfeito, Bitencourt (2014, p. 791) explica que sua configuração se dá “quando a unidade de comportamento corresponder à unidade interna da vontade do agente, isto é, deve querer realizar apenas um crime, obter um único resultado danoso. Não devem existir – na expressão do Código – desígnios autônomos”.

Bitencourt (2014, p. 791) explana o concurso formal impróprio ou imperfeito, de seu turno, como sendo a hipótese em que “o agente deseja a realização de mais de um crime, tem consciência e vontade em relação a cada um deles. Ocorre aqui o que o Código Penal chama de desígnios autônomos”, que se caracteriza pela unidade de ação e multiplicidade de determinação de vontade, com diversas individualizações. Os vários eventos, nesse caso, não são apenas um, perante a consciência e a vontade, embora sejam objeto de uma única ação”.

Logo, a linha diferenciadora dos concursos formais perfeito e imperfeito seria, justamente, a vontade do sujeito, ou como diz Bitencourt (2014, p. 791), “a unidade (*ou não*) do elemento subjetivo que impulsiona a ação”. É dizer, restará caracterizada uma ou outra espécie de concurso formal conforme a vontade do autor esteja direcionada a um único concerto delitivo, embora produtor de mais de um resultado criminoso, ou à prática de mais de um delito autônomo, não obstante, para atingir este objetivo plúrimo, pratique uma única conduta.

Damásio de Jesus diferencia os conceitos de “unidade de desígnios” e “autonomia de desígnios” nos seguintes termos:

Há unidade de desígnios, ensinava Remo Pannain, quando “resulta de um complexo de linhas representativas das várias infrações, que se harmonizam na identidade do fim”, de modo que “cada uma perde

a sua autonomia para parecer um fragmento do todo”, como se cada crime constituísse fase de execução de um só comportamento delituoso. Como diz Domenico Pisapia, as várias violações se apresentam como unidade na consciência do agente na fase ideal ou intelectual, que precede à volitiva, abraçando as diversas condutas numa substancial unidade psicológica e jurídica. Assim, as diversas ações ou omissões se apresentam à consciência do sujeito como um fato único, mesmo se fraccionando na execução. Desígnio, observava Manzini, “é um programa ou plano de ações ou omissões, firme, determinado e concreto, que não resulta apenas da coordenação de uma série de ideias substanciais, mas que pressupõe ainda a escolha dos meios para conseguir um determinado fim e o prévio conhecimento das condições objetivas e subjetivas nas quais deverá desenvolver-se a atividade delituosa”. Para Bettioli, é decisivo o elemento intelectual no conceito de desígnio criminoso, “devendo ele ser entendido como um plano, um programa que o agente ideou e que pretende realizar sucessivamente em tempos e em lugares diversos, ainda que em prejuízo de pessoas diversas.

No concurso formal perfeito (CP, art. 70, *caput*, 1ª parte), dizia Aníbal Bruno, “à unidade do comportamento externo deve corresponder a unidade interna da vontade. O agente deve ter em vista um só fim. Para usar a expressão do Código, não deve haver para os vários crimes desígnios autônomos. O que resulta decisivo é realmente o elemento psíquico, o ato de vontade do agente. Se este impulso volitivo é um só, podem ser muitos os seus efeitos antijurídicos, a ação é única, porque só o resultado relacionado com o querer criminoso vem integrar a sua estrutura”. E finalizava: “Essa relação entre a vontade de quem atua e os vários efeitos provocados é o que falta no concurso formal que podemos chamar perfeito, e o que justifica no concurso formal imperfeito, o de múltiplos desígnios, o acúmulo das penas”.

Ao contrário, há desígnios autônomos, na lição de Roberto Lyra, na hipótese de “múltipla ideação e determinação da vontade, com diversas individualizações. Assim, os vários eventos não são um só perante a consciência e a vontade, embora o sejam externamente”. Ocorre a autonomia de desígnios quando o sujeito pretende praticar não só um crime, mas vários, tendo consciência e vontade em relação a cada um deles, considerado isoladamente. Assim, o sujeito pode

estuprar com dupla finalidade: satisfazer o instinto sexual e transmitir doença venérea de que está contaminado à vítima. Com uma só conduta, realiza dois fins. Estes “não são um só perante a consciência e vontade” do sujeito, “embora o sejam externamente”. A conduta, externamente considerada, é única. O elemento subjetivo, entretanto, não se pode dizer unitário, em face da diversidade da finalidade.

Fragoso (1995, p. 349) explica que no caso de haver desígnios autônomos dirigidos aos crimes cometidos em concurso formal (impróprio ou imperfeito), ter-se-á “uma única ação correspondente a diversas ações, pelo componente subjetivo que a inspira”; a solução jurídica, nesse caso, será o cúmulo material de reprimendas. Define como desígnio autônomo a “vontade deliberadamente dirigida aos diversos fins”, o que impede a diminuição da pena pela regra da exasperação, já que presente a integral culpabilidade pelos diversos fatos, o que deve conduzir ao cúmulo material das reprimendas.

Para Mirabete e Fabbrini (2012, p. 427), no concurso formal ou ideal de crimes, “para se reconhecer a existência de unidade da ação, deve-se considerar o fator final, que é a vontade regendo uma pluralidade de atos físicos isolados, que compõem a conduta, dolosa ou culposa, e o fator normativo, que é a estrutura do tipo penal em cada caso particular”. Já no concurso formal impróprio ou imperfeito, o agente pratica, mediante conduta única, dois ou mais crimes, imbuído de “desígnios autônomos”, o que nada mais é do que o desejo autônomo de ocorrência dos resultados típicos.

Cumpra pontuar, por fim, a posição defendida por Hungria (1961, p. 193), destoante das anteriores. Referido autor, não faz distinção alguma entre unidade ou pluralidade de desígnios. Sustenta, isso sim, que o Código Penal somente exigiria a perquirição do desígnio do agente no caso do concurso formal imperfeito, que, segundo a lei, deve contar com “desígnios autônomos”. No concurso formal de crimes não haveria qualquer exigência acerca de um de um elemento psicológico especial do agente, bastando o critério objetivo puro para determinar o concurso de infrações:

Como se vê, para a existência do concurso formal, não é exigida, em princípio, a *unidade de desígnio ou de intenção* (como no Código de 1890, art. 66, par. 3.º), podendo ser reconhecido até mesmo no caso de ação ou omissão culposa com pluralidade de eventos lesivos. É suficiente a unidade de ação ou omissão. Entretanto, se se verifica que os vários resultados corresponderam a desígnios autônomos, a regra a aplicar-se é a do concurso material, isto é, o cúmulo material de penas. A parte final do par. 1.º do art. 51 contempla uma hipótese

excepcional de concurso real de crimes com unidade de ação ou omissão. Assim, se um indivíduo faz explodir uma bomba para matar dois adversários seus que passam juntos e alcança o duplo objetivo, responderá por dois homicídios com as penas cumuladas. Já o mesmo não acontece no caso em que, querendo atingir uma só pessoa, o agente atinge também outra, pois em tal caso (*aberratio ictus*) não há desígnios autônomos, e a unidade de ação obriga ao reconhecimento do concurso formal (art. 53, última parte, do Cód. Penal).

2.5.1 Elemento subjetivo

No âmbito da investigação acerca do conceito de “desígnio”, inafastável é a discussão acerca do elemento subjetivo compatível com essa expressão. É dizer, busca, a doutrina, verificar quais possíveis elementos subjetivos do agente (dolo direto, dolo eventual, culpa consciente e/ou culpa inconsciente) se compatibilizariam com a ideia de pluralidade de desígnios.

A importância dessa discussão reside em sua relevância para identificar a modalidade de concurso de crimes em que incorre o agente, isto é, se no concurso formal próprio ou impróprio. Isso porque havendo desígnios autônomos na espécie, restará configurado o concurso formal impróprio de crimes, que é mais gravoso, haja vista o sistema de cúmulo material das sanções adotado. Por outro lado, não configurados desígnios autônomos, restará a aplicação do concurso formal de crimes, que tem solução jurídica mais benéfica ao acusado, consistente na exasperação da pena.

Primeiramente, há autores que identificam a expressão “desígnios autônomos” genericamente com o elemento subjetivo do dolo, abrangendo as modalidades direta ou eventual.

Segundo Masson (2017), por “desígnio autônomo” ou “pluralidade de desígnios” compreender-se-ia o propósito de produzir mais de um crime com uma mesma conduta. A partir dessa definição, o autor extrai como conclusões que (i) o concurso formal próprio ou perfeito de crimes ocorre, necessariamente, entre crimes culposos ou entre um crime doloso e outro culposos, e (ii) o concurso formal impróprio ou imperfeito de crimes somente envolve crimes dolosos, de qualquer espécie que sejam (dolo direto ou dolo eventual)

Nesse sentido, Masson (2017, p. 848) consigna que “de fato, se há desígnios autônomos, há dolo na conduta que produz a pluralidade de resultados, e o agente deve responder por todos os resultados a que deu causa, sem nenhum tratamento diferenciado”. E continua, exemplificando:

Ora, é clara a inexistência de diferença, exemplificativamente, na conduta daquele que, desejando a morte de todos os membros de uma família, ingressa na residência em que vivem e coloca fogo no corpo de cada uma das pessoas, matando-as, da conduta de atear fogo na residência durante o período de repouso noturno, causando a morte de todos os indivíduos.

Em ambas as situações, o agente queria a morte de várias pessoas, e as efetivou. Na primeira hipótese, estaria desenhado o concurso material (pluralidade de condutas e pluralidade de resultados), enquanto na segunda restaria delineado o concurso formal (unidade de conduta e pluralidade de resultados).

O tratamento jurídico, por questões de lógica, de bom senso, e, notadamente, de Justiça, deve ser idêntico em ambos os casos.

Damásio de Jesus (2013, p. 649), no mesmo sentido, parece equiparar o termo “desígnios autônomos” empregado pelo artigo 70 do Código Penal ao dolo, na medida em que explica: “suponha-se que o agente, com um só projétil de revólver, mate dolosamente duas pessoas. Há unidade de conduta e autonomia de desígnios (dirigidos à morte das duas pessoas)”.

Também para Capez (2014), o concurso formal imperfeito de crimes, com a expressão “desígnios autônomos”, abrange as hipóteses em que o agente atua tanto com dolo direto quanto com dolo eventual.

Costa Junior (2010) sustenta que é a unidade do elemento subjetivo que caracteriza o concurso formal próprio de crimes. Por outro lado, o concurso formal impróprio resulta de desígnios autônomos, sendo certo, ainda, que a pluralidade do elemento subjetivo somente é compatível com o dolo. Nos mesmos termos é o entendimento de Mirabete e Fabbrini (2012).

Rogério Greco (2015) aduz que o concurso formal admite tanto delitos na modalidade culposa, quanto na dolosa. No entanto, as consequências jurídicas serão diversas em cada caso, a depender do elemento subjetivo do agente. Exemplifica três casos de concurso formal de crimes: (i) aquele no qual os diversos crimes são oriundos de uma única conduta culposa, sendo todos os resultados atribuídos ao agente também a esse título, tal como na hipótese de um acidente automobilístico decorrente de manobra imprudente que ocasiona a morte de três pessoas; (ii) o caso de erro na execução, no qual a conduta era dolosa, mas o resultado aberrante também é imputado ao agente a título de culpa, quando o agente atinge, por exemplo, com um tiro, além da pessoa desejada

(dolo), uma outra (culposamente); e (iii) a hipótese em que o agente, por meio de uma única conduta dolosa, pratica diversos resultados, todos eles com “desígnios autônomos”, como, por meio de conduta única, atirar, com uma bomba, duas pessoas que se desejava matar.

Explica, Rogério Greco (2015, p. 669), a expressão “desígnios autônomos” com o seguinte exemplo:

Tomamos conhecimento, por intermédio da imprensa, das atrocidades praticadas contra os judeus durante o período nazista. Até que encontrassem um meio rápido, eficaz e barato para exterminar o povo judeu, os nazistas, comandados por Hitler, resolveram, em determinado momento, enfileirar os judeus a fim de que, com um só disparo de fuzil, vários deles fossem mortos, economizando-se, com isso, tempo e munição. Quando o disparo era efetuado, a finalidade era causar a morte de daquelas duas ou três pessoas que ali se encontravam. Os desígnios, portanto, eram autônomos com relação a cada uma delas, uma vez que o agente pretendia, com um único disparo, ou seja, com uma única conduta, causar a morte de A, B e C. Desígnio autônomo quer dizer portanto, que a conduta, embora única, é dirigida finalisticamente, vale frisar, dolosamente, à produção dos resultados.

Interessante é a hipótese do erro na execução ou *aberratio ictus*, trazido à baila por Rogério Greco.

Em princípio, a *aberratio ictus* ou erro de execução refere ao caso em que o agente tem em mente a pessoa visada, mas, por erro na execução, acerta outra pessoa em seu lugar. Nesse caso, a teor do disposto no artigo 73, primeira parte, do Código Penal, o agente responde como se tivesse praticado o crime contra a pessoa desejada.

O curioso, no caso da *aberratio ictus*, é justamente a hipótese em que o agente, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, acerta não apenas a pessoa pretendida, mas também outra, mediante uma única conduta; em outras palavras, o agente produz duplo resultado, embora tenha praticado uma só conduta, imbuído de desígnio único. Nesse caso, como se pode observar a partir da redação do artigo 73, segunda parte, do Código Penal, o agente responde por ambos os resultados, porém na forma do concurso formal próprio (artigo 70 do Código Penal).

Isso ocorre porque o agente, mediante conduta única, praticou mais de um resultado delitivo, sendo que um deles correspondia ao seu desígnio e, o outro, não, tendo

derivado de mero erro na execução. Fica nítido, na hipótese, que o agente atuou imbuído de dolo tão somente quanto ao resultado querido, mas não quanto ao resultado aberrante, razão pela qual, não havendo desígnios autônomos quanto aos resultados típicos, aplica-se a regra do concurso formal próprio, harmonizando-se o sistema das consequências jurídicas do crime.

Há, de outra senda, segmento da doutrina que traça distinção entre as espécies de dolo, defendendo que a expressão “desígnios autônomos” somente se compatibiliza com o dolo direto, e não com o dolo eventual, o qual levaria à caracterização do concurso formal próprio de crimes ao invés do impróprio diante da presença deste último.

Fragoso (1995), nesse sentido, sustenta que a expressão “desígnio” exclui o dolo eventual, dando entender que referido termo equivaleria ao dolo direto, tão somente.

Nuria Castello Nicás, nas palavras de Nucci (2010, p. 461), esclarece que “havendo dolo direto, voltado a lesões de diversos bens jurídicos, deve-se concluir, tanto do ponto de vista da antijuridicidade como do prisma da culpabilidade, que estamos diante de vários fatos puníveis em concurso real. Porém, quando a vontade do sujeito envolve a conduta, mas não o resultado, que não é diretamente perseguido (dolo eventual), há verdadeiro concurso formal (*El concurso de normas penales*, p. 41)”. Aqui, cumpre pontuar que o “concurso real” referido pela autora corresponde, no ordenamento jurídico brasileiro, à solução jurídica do cúmulo material de reprimendas dado pelo concurso formal imperfeito de crimes, enquanto o alegado “concurso formal” equivaleria ao concurso formal perfeito de delitos.

Junqueira e Vanzolini (2014, p. 635-636) definem o concurso formal perfeito de crimes justamente como resultado de um único “desígnio”, expressão essa equivalente a plano, projeto, propósito. Assim conceituam e exemplificam:

Desígnio é a representação que dá ensejo à conduta, é o objetivo principal do agente. Em uma interpretação precisa (nem sempre seguida), nos crimes dolosos é o chamado dolo direto de primeiro grau, ou seja, aquele que reflete o primeiro dos quatro momentos a ação finalista (ver teoria da conduta e teoria do dolo).

Assim, a unidade de desígnio com a seguinte situação: “o motorista de ônibus que tem o desígnio de efetuar a ultrapassagem, mas escolhe meio equivocada, qual seja, o ingresso na pista contrária em local proibido, que resulta em choque com outro veículo e morte de dezenas de pessoas. Ora, como foi uma conduta com diversos resultados, há concurso formal. Como era o único desígnio (efetuar a

ultrapassagem), que, aliás, não era enquanto fim ilícito, o concurso formal é perfeito.

Também se o sujeito planta uma bomba no carro de desafeto, imaginando que este sairá sozinho de casa, no entanto um terceiro lhe pede carona e, dentro do carro, também falece em decorrência da explosão: foram dois resultados com uma só conduta, e, assim, há concurso formal. Como havia apenas um desígnio, ou seja, a representação de um resultado motivava a ação, trata-se de concurso formal perfeito.

O concurso formal imperfeito, diversamente, para Junqueira e Vanzolini (2014, p. 636), é verificado quando “os resultados derivam de desígnios autônomos; deve sempre haver dolo”. Para os autores, aqui é necessário que o dolo seja direto, não se admitindo a concepção de “desígnios autônomos” quando presente o dolo eventual. Isso porque “o dolo eventual não reflete o desígnio do sujeito, mas, sim, resultados colaterais previstos e tidos como possíveis ou prováveis e aceitos pelo sujeito”. Assim exemplificam:

Assim, imagine-se a hipótese: sujeito tem como representação de resultado querido a morte da vítima A, escolhe o meio X e prevê que o golpe possa ferir B. Se atingir A e B, deve responder pelo concurso formal perfeito, e não imperfeito, eis que não havia desígnio autônomo em relação a B.

No entanto, se o objetivo da ação é ferir A e B e o meio escolhido é X, alcançando os resultados, o sujeito deverá responder pelos crimes em concurso formal imperfeito, pois os resultados estavam autonomamente reconhecidos como objetivos que motivariam a ação, ainda que o meio escolhido X fosse comum.

Logo, a partir do exemplo dado, ter-se-ia, no primeiro caso, unidade de ação e de desígnio, com a produção de mais um resultado delitivo (concurso formal próprio), e, no segundo caso, unidade de ação e pluralidade de desígnios, também com a produção de pluralidade de resultados delitivos (concurso formal impróprio).

Nucci (2010) identifica essa polêmica na conceituação de “desígnios autônomos” no concurso formal imperfeito, destacando a existência de diversas correntes doutrinárias: (i) para uma corrente, a expressão “desígnios autônomos” equivale ao dolo direto, no tocante aos vários crimes praticados mediante ação única (vontade deliberadamente dirigida a diversos fins), e exclui o dolo eventual; (ii) para outra, “desígnios autônomos” equivale a qualquer forma de dolo, direto ou eventual, de modo que sempre será aplicado o cúmulo

material de penas quando o agente atua com dolo nos delitos concorrentes. O autor refere, ainda, a uma terceira posição, defendida por Basileu Garcia, pela qual (iii) o juiz deve decidir segundo a equidade em cada caso concreto, em razão da insuficiência dos critérios legais para definir-se, em abstrato, se o concurso formal imperfeito admite somente dolo direto ou se admite, também, o dolo eventual.

Feitas essas considerações, Nucci (2010, p. 461), adotando a primeira corrente descrita por ele (acerca da admissão, unicamente, de dolo direto na concepção do concurso formal imperfeito), arremata:

Em síntese, no concurso formal, pode-se sustentar: a) havendo dolo quanto ao crime desejado e culpa quanto ao(s) outro(s) resultado(s) da mesma ação, trata-se de concurso formal perfeito; b) havendo dolo quanto ao delito desejado e dolo eventual no tocante ao(s) outro(s) resultado(s) da mesma ação, há concurso formal perfeito; c) havendo dolo quanto ao delito desejado e também em relação aos efeitos colaterais, deve haver concurso formal imperfeito. Lembramos que o dolo direto pode ser de 1.º e de 2.º grau (ver nota 64 ao art. 18), o que é suficiente para configurar o concurso formal na modalidade imprópria ou imperfeita.

2.6 Finalidade da lei

Todo esse estudo doutrinário acerca dos requisitos e limites das espécies de concurso formal de crimes se justifica em razão das diversas consequências jurídicas dadas pela lei penal em cada caso.

Nessa senda, a adoção do concurso formal próprio determina a aplicação do sistema de exasperação da pena, ao ponto que o concurso formal impróprio tem por consequência o cúmulo material das reprimendas, representando solução mais gravosa *in concreto*, até porque o cúmulo material de sanções é o limite máximo do concurso formal próprio, já que se da exasperação resultar pena mais gravosa, aplica-se o concurso material benéfico do parágrafo único do artigo 70 do Código Penal. Tudo isso a indicar que a finalidade da lei, ao estabelecer o sistema de exasperação para o concurso formal de crimes, foi beneficiar o acusado.

Dessa forma justifica Nucci (2010), dizendo que no concurso material benéfico (parágrafo único do artigo 70 do Código Penal), o concurso entre os delitos continua sendo formal, apenas aplicando-se o sistema do acúmulo material por opção do legislador, já que o concurso formal foi construído enquanto benefício para o réu.

Fragoso (1995), nesse sentido, destaca que a regra do concurso formal existe com a finalidade de beneficiar o agente, excluindo-se o cúmulo material de penas determinado pelo artigo 69 do Código Penal. Assim faz, segundo o autor, para o fim de atender à proporcionalidade da pena em vista da gravidade dos crimes praticados. Tanto é assim que caso a regra do concurso formal represente, concretamente, solução mais gravosa do que o concurso material, deverá este ser aplicado em seu lugar, conforme manda o parágrafo único do artigo 70 do Código Penal.

A proporcionalidade, acima referida, é o princípio que determina a busca pela justa medida de cada instituto jurídico, no que se inclui o concurso formal de crimes. Tem por objetivo determinar, tanto abstrata quanto concretamente, a ponderação entre os meios utilizados e os fins perseguidos, de modo que a interpretação conduza ao menor sacrifício ao sujeito dentre os possíveis significados da norma jurídica (Araujo e Nunes Júnior, 2013).

Assim, para o presente objeto de estudo, a proporcionalidade deve guiar o intérprete de modo a conferir à norma que disciplina o concurso formal de crimes o significado que melhor se amolda à finalidade pena, aliada ao menor sacrifício possível ao agente.

Junqueira e Vanzolini (2014) justificam a menor pena obtida a partir do concurso formal perfeito em razão do menor desvalor contido na conduta, tendo em vista que o desígnio é uno. Além disso, teria pretendido o legislador abrandar o rigor do concurso material. Opostamente, a pluralidade de desígnios no concurso formal imperfeito impõe maior desvalor da conduta, o que resulta em também maior intensidade da pena. Nesse sentido, a unidade de ação para a produção de mais de um resultado querido pelo agente torna-se irrelevante, visto que solução em sentido diverso da hipótese do cúmulo material decorrente da prática de mais de um delito mediante mais de uma ação conduziria a desarrazoada premiação do agente com uma pena menor.

Para Mirabete e Fabbrini (2014, p. 309), "a regra do concurso formal para aplicação da pena somente deve ser invocada quando beneficiar o réu, pois para tal fim é que foi criada".

Rogério Greco (2015) expõe que o instituto do concurso formal de crimes é fundado em razões de política criminal, especialmente voltado a beneficiar o agente que praticar mais de um resultado por meio de uma única conduta.

Também Capez (2014) anota que o concurso formal consiste na existência de dois ou mais crimes, os quais, todavia, são apenados de maneira menos rigorosa tão somente em virtude de política criminal – o conceito de política criminal será melhor abordado no Capítulo 5 deste trabalho.

Hungria (1961), partidário da teoria objetiva pura, justifica seu posicionamento, no sentido de que não se faz necessário perquirir o desígnio do agente no caso do concurso formal próprio, a partir da finalidade da lei. Consigna, nessa linha de raciocínio, que a exigência do elemento subjetivo da “unidade de resolução” ou “unidade de desígnio” seria ilógica frente à finalidade do instituto de abrandar a pena, evitando a excessiva soma de sanções.

Costa Junior (2010), por seu turno, entende que o abrandamento punitivo por meio da aplicação do concurso formal de crimes se justifica em função do elemento subjetivo do agente.

Masson (2017, p. 848), também fundado no elemento subjetivo do agente, sustenta que:

É nítida a conclusão de que a regra de concurso formal perfeito constitui-se em flagrante benefício ao réu. Com efeito, trata-se de fórmula destinada a lhe favorecer, uma vez que a lógica seria responder normalmente por todos os crimes que praticou. O Código Penal utilizou-se dessa opção, todavia, por se tratar de hipótese em que a pluralidade de resultados não deriva de desígnios autônomos, eis que os crimes são culposos, ou, no máximo, apenas um é doloso e os demais, culposos.

Por todo o exposto, conclui-se que a regra do concurso formal perfeito de crimes foi esculpida com vistas a beneficiar o acusado. Isso se justifica em razão do menor desvalor de sua conduta, ou seja, da menor culpabilidade verificada na hipótese em que o agente pratica mais de um resultado típico por meio de uma única ação, sem que, para isso, tenha concorrido com desígnios autônomos. Desígnio, nesse sentido, denotaria o *animus* do agente, a determinar qual o regime jurídico aplicável – o mais benéfico (unidade de desígnio) ou o mais gravoso (pluralidade de desígnios).

Essa conclusão importa para a interpretação das circunstâncias do caso concreto, tendo em vista a finalidade da lei. Em outras palavras, a consciência de que o artigo 70, *caput*, primeira parte, do Código Penal, que cuida do concurso formal próprio de crimes, foi delineado visando beneficiar o acusado, permite interpretá-lo, em cada caso concreto, de modo adequado a essa finalidade.

Tanto é assim que, a partir de uma interpretação teleológica da lei – método interpretativo esse que será melhor explorado no Capítulo 5 deste trabalho –, entendendo que a regra do concurso formal próprio foi feita para beneficiar o réu, Mirabete e Fabbrini (2012) aduzem que a regra do concurso formal de crimes deve ceder diante da

presença de crime continuado, eis que este contém punição menos severa, sendo, dessa forma, ainda mais benéfico ao acusado, atendendo-se, portanto, à finalidade da lei.

El Hireche (2006), no mesmo sentido, assevera que o sistema da exasperação da pena, implementado em benefício do réu, nunca poderá superar o somatório das sanções, cabendo ao julgador, em razão disso, fazer uma projeção, no sentido de que a maior pena aplicável em decorrência da exasperação no concurso formal próprio (e, da mesma forma, na continuidade delitiva) somente pode equivaler àquela que seria correspondente ao somatório.

Por outro lado, a identificação da solução jurídica para o caso concreto não deve se basear exclusivamente nas consequências jurídicas, sem atender para os pressupostos legais para a aplicação do concurso formal de crimes, sob pena de desvirtuar-se o instituto, utilizando-o como fundamento para justificar soluções diversas de política criminal.

Nesse sentido, Aisa (2006, p. 97) tece críticas à atuação da ciência penal e dos tribunais na aplicação dos concursos de crimes, identificando a tendência de tentar-se identificar os critérios caracterizadores de cada espécie de concurso a partir de suas consequências jurídicas, mais ou menos benignas. Cita Cuerda Riezu para assinalar que, "consciente ou inconscientemente, tanto a doutrina quanto a jurisprudência estabelecem os limites de cada figura concursal em razão da gravidade ou benignidade da sanção correspondente", o que é questionável, eis que a lógica deveria ser a inversa.

2.7 Conclusão

Tendo-se em conta a finalidade da lei, no sentido de beneficiar o réu que pratica mais de um resultado ilícito a partir de uma única conduta, bem como os ensinamentos doutrinários basilares trazidos acima, parece haver uma única solução jurídica possível para a distinção entre os concursos formais próprio e impróprio.

Assim, somente poderá haver a solução mais gravosa ao autor do fato, decorrente do cúmulo material das reprimendas (concurso formal impróprio de crimes, previsto na segunda parte do *caput* do artigo 70 do Código Penal), quando, em que pese à unidade de conduta, houver desígnios autônomos relativamente a cada um dos resultados típicos, entendendo-se por desígnios autônomos a presença de dolo direto relativamente a cada um dos resultados – eis que, nesse caso, é maior o desvalor da conduta do sujeito que quis, efetivamente, a pluralidade de crimes.

Por outro lado, o concurso formal próprio, com a consequente aplicação do sistema de exasperação da pena (primeira parte do *caput* artigo 70 do Código Penal), por ser mais benéfico, deve incidir nas demais hipóteses em que o autor praticar mais de um resultado

típico por meio de uma única conduta, é dizer, nos casos em que agir, relativamente aos diversos resultados típicos, com (i) dolo direto relativamente a um resultado e culpa (consciente ou inconsciente) relativamente ao(s) outro(s); (ii) dolo direto relativamente a um resultado e dolo eventual relativamente ao(s) outro(s); (iii) dolo eventual relativamente a um ou alguns dos resultados e culpa (consciente ou inconsciente) com relação ao restante; (iv) culpa (consciente ou inconsciente) relativamente a todos os resultados; ou (v) dolo eventual relativamente a todos os resultados – eis que, em tais casos, a ausência de dolo direto (“desígnios autônomos”) com relação à pluralidade de resultados típicos torna o desvalor da conduta menor.

3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CRIME DE ROUBO

De modo a viabilizar a investigação do entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicação *in concreto* do instituto do concurso formal de crimes, o presente trabalho se valerá do estudo da hipótese de concurso entre crimes de roubo, razão pela qual, a fim de possibilitar melhor entendimento da matéria, far-se-ão, a seguir, breves considerações acerca do referido delito.

3.1 O crime de roubo

Segundo Masson (2017, p. 59), “o Direito Penal moderno é o Direito Penal do bem jurídico”. Isso porque a tutela penal deve se voltar não às condutas internas, intenções, pensamentos, modo de viver ou pensar das pessoas, mas, sim, à proteção de bens jurídicos.

Bechara (2009, p. 27) conceitua bem jurídico como “valores e interesses fundamentais da sociedade” constituintes de “mínimos éticos cuja expectativa social é tutelada pelas normas que compõem o sistema penal”.

Nessa senda, nota-se que a Parte Especial do Código Penal em vigor é segmentada em Títulos segundo o critério do bem jurídico tutelado pelos tipos penais neles inseridos.

O crime de roubo encontra previsão legal no artigo 157 do Código Penal, o qual está inserido no Capítulo II, do Título II da Parte Especial, que trata dos crimes contra o patrimônio. Pode-se dizer, dessa forma, que o crime de roubo tem por escopo principal a tutela do bem jurídico patrimônio, não obstante proteja, concomitantemente, outros bens jurídicos.

O roubo, nesse sentido, é tido como crime pluriofensivo ou complexo, na medida em que a norma penal incriminadora do artigo 157 do Código Penal tutela, simultaneamente, mais de um bem jurídico: o patrimônio e a incolumidade física ou liberdade individual, segundo Gonçalves (2018). É dizer, a fim de efetuar a subtração de

coisa alheia móvel (conduta que atinge o patrimônio), o agente emprega violência – seja própria, seja imprópria – ou grave ameaça contra o ofendido (conduta que vulnera a incolumidade física ou liberdade individual do sujeito passivo).

Não obstante o delito em estudo atinja necessariamente mais de um bem jurídico de forma simultânea – pois, do contrário, ter-se-ia tão somente o crime de furto (delito exclusivamente contra o patrimônio) ou o crime de ameaça (delito exclusivamente contra a liberdade individual) ou lesão corporal (delito exclusivamente contra a incolumidade física do indivíduo), que são crimes subsidiários ao roubo²⁸ –, por estar inserido no Título que cuida, primordialmente, dos crimes contra o patrimônio, este deve ser o ponto central para a compreensão e aplicação do delito de roubo, sendo a violência ou grave ameaça elementos secundários na configuração do injusto. Em outras palavras, embora o agente atinja, concomitantemente, a incolumidade física ou a liberdade individual na prática delitativa, sua conduta é guiada primordialmente à subtração de coisa alheia móvel, sendo esta, segundo Salvador Netto (2014), a finalidade precípua ou dolo do agente.

O bem jurídico patrimônio possui assento constitucional, na medida em que decorre do direito fundamental à propriedade, previsto tanto no *caput* quanto no inciso XXII do artigo 5º da Constituição Federal.

Em que pese à existência de proteção ao bem jurídico em questão nas mais diversas esferas jurídicas do direito brasileiro (administrativa, cível e penal), o conceito de patrimônio deve, aqui, ser compreendido segundo o seu sentido para a seara penal, eis que, não necessariamente, o conceito encontra equivalência nos demais âmbitos jurídicos.

Salvador Netto (2014) sustenta que o conceito de patrimônio deve ser extraído a partir de uma perspectiva jurídico-econômica (conceito misto de patrimônio), enquanto bem de valor econômico de troca cuja titularidade seja reconhecida pelo direito.

Melhor explicando, segundo o autor em referência, são encontrados, na doutrina, três conceitos distintos de patrimônio: o conceito jurídico, o conceito econômico e o conceito misto ou jurídico econômico.

O conceito jurídico, derivado do período positivista, equipara o patrimônio, para fins penais, ao conjunto de direitos e obrigações patrimoniais da pessoa, identificando a propriedade com os direitos subjetivos, excluindo-se por completo o seu aspecto econômico; nesse sentido, o direito penal funcionaria como um mero reforço sancionatório

²⁸ Os crimes subsidiários são aqueles que somente se verificam se o fato não constitui crime mais grave, funcionando como “soldado de reserva”, segundo a expressão clássica cunhada por Nelson Hungria (MASSON, 2017, p. 231).

relativamente ao direito civil. A crítica tecida a essa corrente é no sentido de que há um afastamento do conteúdo material subjacente ao conceito de roubo, eis que a proteção penal se volta à mera tutela de interesses abstratos, sem preocupar-se, de outro lado, com a efetiva existência de lesão em sentido material; haveria, assim, um crime simplesmente formal, de perigo sob a ótica econômica – isto é, sua consumação se daria com a mera violação a um direito subjetivo, independentemente da efetiva diminuição patrimonial *in concreto*.

O conceito econômico de patrimônio, por sua vez, refere-se ao conjunto dos valores econômicos que sejam relevantes para a vida de um sujeito. Dessa forma, a tutela penal recairia sobre valores exclusivamente econômicos, e não sobre relações jurídicas. Muitas críticas são feitas a essa visão, dentre elas a possibilidade de haver um afastamento ou mesmo uma antinomia com o direito civil, gerando desarmonia dentro do ordenamento jurídico globalmente considerado; a possibilidade de que acabem sendo tutelados bens de origem ilícita, simplesmente pelo fato de eles possuírem valor econômico e bastando, para tanto, a disponibilidade fática da coisa (ainda que tenha sido adquirida ilicitamente pelo detentor); o distanciamento do aspecto individual do patrimônio, valorizando-se a mera universalidade econômica, isto é, a proteção jurídica a um simples potencial econômico, descuidando-se do próprio indivíduo ofendido; a dependência de um critério contábil para a aferição da consumação do delito, desprotegendo-se, de outro lado, bens com valor meramente afetivo; dentre outras críticas.

Por fim, o conceito misto ou jurídico-econômico de patrimônio, tal como adotado por Salvador Netto (2014), volta-se à proteção de um bem com valor econômico de troca (aspecto econômico) mas que, ao mesmo tempo, cuja titularidade seja reconhecida pelo direito (aspecto jurídico). Esses dois requisitos, para a identificação do patrimônio com relevância penal, devem estar concomitantemente presentes, além do que eles se limitam reciprocamente, evitando-se a proteção insuficiente ou demasiadamente ampliada do bem jurídico patrimônio.

Dessa forma, é certo que embora o conceito de patrimônio na seara penal possa guardar correspondências com o seu conceito na esfera cível, nem sempre haverá uma completa equivalência entre eles, notadamente porque o patrimônio, para fins penais, deve ser limitado pelo critério econômico ao mesmo tempo em que presente o vínculo jurídico reconhecido pelo direito civil.

Acrescente-se, no mais, que, ainda segundo Salvador Netto (2014), a tutela penal do patrimônio no direito penal tem por objetivo a garantia da obrigação coletiva de não ingerência na esfera patrimonial alheia, criando um dever geral de abstenção da coletividade. Dessa forma, são protegidas as faculdades do domínio do titular do direito

(uso, gozo, disposição e recuperação da coisa de quem injustamente a detenha²⁹) – sem descuidar-se da limitação econômica imposta pelo conceito penal misto de patrimônio.

Estabelecidas essas premissas doutrinárias básicas para a compreensão do crime de roubo, cumpre fazer breves considerações acerca do conteúdo do injusto penal ora abordado.

Assim é a atual tipificação do crime de roubo pelo Código Penal, com todas as circunstâncias legais que qualificam ou aumentam as penas do crime:

PARTE ESPECIAL

(...)

TÍTULO II

DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

(...)

CAPÍTULO II

DO ROUBO E DA EXTORSÃO

Roubo

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

§ 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade:

I – (revogado);

²⁹ Código Civil: "Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha".

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;

III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.

IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior;

V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

VI - se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.

VII - se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma branca;

§ 2º-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços):

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo;

II - se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.

§ 2º-B. Se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, aplica-se em dobro a pena prevista no *caput* deste artigo.

§ 3º Se da violência resulta:

I - lesão corporal grave, a pena é de reclusão de 7 (sete) a 18 (dezoito) anos, e multa;

II - morte, a pena é de reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa.

Segundo a classificação doutrinária, tal como sistematizado por Estefam (2012), o *caput* do artigo 157 do Código Penal prevê o denominado "roubo próprio"; o parágrafo 1º, por sua vez, prevê o "roubo impróprio", com a aplicação das mesmas penas do *caput*; os parágrafos 2º, 2º-A e 2º-B elencam causas de aumento de pena, que atuam sobre as

penas estabelecidas no *caput*, configurando o denominado roubo agravado ou circunstanciado; finalmente, o parágrafo 3º estabelece penas bases próprias, tipificando o roubo qualificado.

O roubo simples, próprio (*caput*) ou impróprio (parágrafo 1º), e o roubo qualificado (parágrafo 3º), expressam tipos penais fundamentais, com penas autônomas, tipificados por meio de “elementares”, as quais devem, obrigatoriamente, estar presentes para a configuração do crime, sob pena de, ausente qualquer delas, ser o fato formalmente atípico – seja absolutamente atípico (inexistência de crime) ou relativamente atípico (desclassificação do delito qualificado para o simples, como se dá, por exemplo, entre a norma penal incriminadora do parágrafo 3º do artigo 157 do Código Penal e o *caput* desse mesmo dispositivo legal).

Por sua vez, os parágrafos 2º, 2º-A e 2º-B preveem “circunstâncias” (do latim *circum stare*, que significa “estar em redor”³⁰), que nada mais são do que dados ou fatos eventuais (que podem ou não estar presentes *in concreto*) que circundam o delito com a finalidade de aumentar a pena, segundo os parâmetros legalmente estabelecidos (respectivamente, de um terço até a metade; dois terços; e o dobro).

Tais circunstâncias, segundo Damásio de Jesus (2013, p. 599), “colocam-se entre o crime e a pena, permitindo a graduação desta. Não pertencem exclusivamente à teoria do crime nem à teoria da pena. Constituem dados de ligação entre um e outra, permitindo a melhor individualização da sanção penal”.

Tratam-se, as circunstâncias em questão, segundo Masson (2017), de circunstâncias legais, eis que são delineadas pela própria lei penal – em oposição às circunstâncias judiciais, que são aquelas alcançadas pela atividade judicial na primeira fase da dosimetria das penas, nos moldes do artigo 59 do Código Penal.

Sem prejuízo dessas classificações doutrinárias do crime de roubo, expostas apenas para a melhor compreensão do tema, o presente trabalho tem por objeto, como já pontuado anteriormente, o estudo do concurso de infrações penais, a partir do exemplo do concurso entre os crimes de roubo, de modo que a análise a ser feita será restrita a esse aspecto (concurso de crimes), sem adentrar nas minúcias dos casos concretos relativamente à modalidade de roubo praticada (isto é, se simples, qualificado ou majorado).

3.2 O concurso entre crimes de roubo segundo a doutrina

30 FERREIRA, Antônio Gomes. *Dicionário de latim-português*. Porto: Porto Editora, 1991. p. 227 et 993.

Embora haja certo consenso na doutrina quanto às bases teóricas para a compreensão do concurso de infrações penais, nota-se certa divergência quanto às conclusões doutrinárias quanto à sua configuração (ou não), bem como quanto à modalidade de concurso de infrações penais, frente a exemplos práticos envolvendo crimes de roubo.

Nessa senda, a doutrina diverge quanto à correta tipificação da conduta do agente que, em um mesmo contexto fático, pratica a conduta correspondente ao crime de roubo, tal como tipificado no artigo 157 do Código Penal, atingindo mais de uma vítima, e, logo, ofendendo uma pluralidade de bens jurídicos.

Não é incomum que sejam apenas citados, pela doutrina, precedentes jurisprudenciais para a elucidação das possíveis soluções ao problema concreto do concurso entre crimes de roubo, sem haver, por outro lado, uma análise puramente doutrinária da solução adequada à luz da ordem jurídica brasileira em vigor.

Assim, passa-se a expor alguns entendimentos doutrinários quanto à caracterização de concurso de crimes de roubo, a fim de demonstrar a diversidade de soluções dadas pela doutrina ao problema em estudo.

No que toca à unidade ou pluralidade de condutas, Tucci (2003), fazendo referência à jurisprudência, consigna que uma ação pode compor-se de diversos atos, sendo que a unidade de resolução do agente é que deve ser o elemento preponderante na análise da unidade da ação.

Estefam (2012) identifica o número de roubos com o número de patrimônios atingidos, independentemente do número de vítimas da violência ou grave ameaça empregada para a subtração. Dessa forma, estabelece que no caso de pluralidade de vítimas com um único patrimônio lesado, haverá crime único; por outro lado, no caso de haver uma única vítima de violência ou grave ameaça com pluralidade de patrimônios atingidos, o agente responderá por vários crimes de roubo, desde que tenha conhecimento da diversidade de proprietários – caso, todavia, essa circunstância não fosse conhecida pelo rouboador, ele responderá por um só crime, aplicando-se quanto aos demais patrimônios lesados o artigo 20 do CP (erro de tipo). Finalmente, segundo o autor, praticada a conduta em um contexto único, haverá pluralidade de crimes de roubo, em número igual ao de patrimônios distintos lesados, em concurso formal. O autor, no entanto, não identifica qual modalidade de concurso formal (próprio ou impróprio) restaria configurada na hipótese.

No mesmo sentido, Capez (2014) identifica a quantidade de delitos patrimoniais praticados de acordo com o número de patrimônios atingidos, independentemente do número de pessoas vítimas da violência ou grave ameaça.

Mirabete e Fabbrini (2012) entendem que há concurso formal entre crimes de roubo quando cometidos por meio de uma só conduta, embora composta de vários atos, tendo duas ou mais vítimas da subtração. Por outro lado, defendem que há crime único quando o patrimônio das vítimas é, igualmente, único, tal como se dá entre cônjuges, entre membros da mesma família e entre funcionários da mesma empresa (embora apontem que nesta última espécie haja julgados no sentido de haver concurso formal de crimes).

Continuando, Mirabete e Fabbrini (2012) citam julgados no sentido de ser pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que há concurso formal quando o roubo acarreta lesões aos patrimônios de vítimas diversas, desde que cometidos os delitos mediante uma só ação, ainda que desdobrada em atos diversos – afastada, assim, a tese de crime único e de crime continuado, no qual há pluralidade de condutas. Os autores colacionam, ainda, julgados do Superior Tribunal de Justiça, indicando ser uníssono o entendimento no sentido de que o roubo praticado com violação de patrimônios de diferentes vítimas, ainda que em evento único, configura concurso formal de crimes; referem a “desígnio único” nesse caso, concluindo não haver crime único, mas, sim, pluralidade de delitos em concurso formal.

Por outro lado, Mirabete e Fabbrini (2012) apontam julgados isolados no sentido de que o roubo simultaneamente praticado contra vítimas plúrimas configura crime continuado ou concurso material, bem como no sentido de que haveria crime único no caso da prática de ameaça contra uma só pessoa, ainda que mais de um patrimônio fosse atingido – pautando-se, neste caso, no número de vítimas da violência ou grave ameaça, ao invés do número de vítimas que tiveram o seu patrimônio atingido. Arrematam dizendo que, havendo dúvida quanto ao número de patrimônios atingidos, deve-se concluir pela existência de crime único, em benefício do réu.

Embora a conclusão apontada pela doutrina nos casos acima indicados tenha sido, majoritariamente, pela configuração de concurso formal de crimes, não houve preocupação em especificar qual modalidade de concurso formal de infrações penais restaria configurada na hipótese, é dizer, se concurso formal próprio ou impróprio, reduzindo-se a explanação à identificação da presença de concurso formal enquanto gênero. O foco, na maioria das vezes, parece simplesmente ser afastar a tese de crime único, de modo a prevalecer a tese de pluralidade de delitos. Assim, tem-se certa unanimidade quanto à configuração do concurso ideal ou formal de crimes, mas não quanto à consequência jurídica aplicável à hipótese, isto é, se a exasperação da pena (concurso formal próprio) ou o cúmulo material de sanções (concurso formal impróprio).

Para Gonçalves (2018), há pluralidade de crimes de roubo nas seguintes situações:
(i) prática de grave ameaça contra duas pessoas e subtração de bens de ambas, caso em

que, por se tratar de ação única, tem-se concurso formal de crimes; consigna Gonçalves (2018, p. 390) que “a jurisprudência tem aplicado o concurso formal próprio a esses casos, provavelmente porque a pena ficaria muito alta se houvesse muitas vítimas e as penas fossem somadas”; (ii) subtrações em contextos fáticos diversos, de forma sequencial, contra vítimas distintas (p. ex. arrastões em prédios), a caracterizar crime continuado; (iii) subtração, mediante ação única, em um mesmo contexto, de bens de duas pessoas distintas mas que estavam em poder de uma só delas; nesse caso, desde que o autor soubesse de que subtraía bens da vítima presencial e de terceiro (a denotar seu dolo), responde por dois crimes de roubo em concurso formal; (iv) em princípio, o roubo a uma residência seria crime único, mas se houver clara intenção de subtrair bens individualizados de cada integrante da família, haverá concurso formal.

Aqui, nota-se uma preocupação do autor em identificar a modalidade de concurso formal de crimes que se verificaria na hipótese de haver a subtração de múltiplos patrimônios de vítimas distintas em um mesmo contexto fático. Nessa senda, Gonçalves (2018) identifica que a jurisprudência tem aplicado a modalidade própria do concurso formal de infrações penais, com a consequente incidência do sistema de exasperação da pena, mas indica que essa solução não necessariamente guarda relação com as bases teóricas do concurso de crime, mas, sim, prevalece em virtude da quantidade da pena a ser aplicada no caso concreto.

Barros (2011) estabelece que no caso do roubo a diversas vítimas em um mesmo contexto tem-se uma única conduta com diversos atos, de modo a caracterizar concurso formal de crimes; reforça que não se trata de crime único, uma vez que a pluralidade de vítimas impede tal conclusão; também não há crime continuado, eis que os diversos atos são aglutinados em uma única conduta.

Continuando, Barros (2011, p. 543-546) minucia a razão de incidir o concurso formal perfeito de crimes na espécie:

Na hipótese de o agente cometer roubo contra diversas pessoas em contexto único, a jurisprudência tem enquadrado o fato no concurso formal perfeito, aplicando a pena de um só roubo, aumentada de 1/6 até a metade. Note-se que, em tal situação, é inegável a presença de desígnio autônomo, razão pela qual, à primeira vista, teria se caracterizado o concurso formal de imperfeito, que ordena o somatório das penas. Todavia, torna-se inadmissível essa última exegese, porque atribui ao concurso formal efeito mais grave do que o previsto para o crime continuado. Com efeito, se o agente tivesse realizado o roubo, mediante várias condutas, valendo-se do mesmo

modus operandi, ter-se-ia caracterizado o crime continuado, de modo que o juiz aplicaria a pena de um só delito e a aumentaria de 1/6 a 2/3. Não é razoável a incidência do somatório de penas decorrente do concurso formal imperfeito pelo simples fato de o agente ter agido em contexto único. Assim, a nosso ver, quando os delitos praticados em concurso formal imperfeito preenchem todos os requisitos do crime continuado, divergindo apenas no fato da unidade da ação, ao invés da pluralidade, deve incidir o sistema da exasperação, e não o do acúmulo material, sob pena de se conferir injustificadamente um tratamento mais rigoroso do que o previsto para o crime continuado. Este, ainda que o agente aja com desígnios autônomos, não se submete ao sistema da acumulação material. Em suma, pensamos que o concurso formal imperfeito só se pode configurar nas hipóteses em que não estão presentes os requisitos do crime continuado.

Nota-se, portanto, que o autor identifica o concurso formal impróprio de infrações como sendo a modalidade tecnicamente correta de concurso de crimes para a hipótese de o agente praticar roubo contra diversas pessoas em um contexto único, em oposição à referida conclusão jurisprudencial no sentido de que se teria concurso formal próprio de delitos. Isso se deve em virtude da inegável existência de desígnios autônomos por parte do agente.

Por outro lado, sem prejuízo de sua conclusão teórica, Barros (2011) aponta que a incidência do sistema de cúmulo material de penas em decorrência do concurso formal impróprio de crimes conduziria a uma reprimenda final deveras maior do que aquela que teria lugar caso verificada a hipótese de crime continuado, no qual é adotado o sistema da exasperação da pena, sendo que a única diferença, nesse caso, seria a pluralidade de condutas criminosas para atingir o mesmo resultado. Nessa sequência de ideias, a fim de buscar uma solução harmônica entre as hipóteses de concursos de infrações penais existentes, o autor sugere a aplicação do sistema de exasperação ínsito à continuidade delitiva para o exemplo em análise, em benefício do autor do fato e com o intuito de não gerar distorções anti-isonômicas a situações que, perante o direito, gozariam de igual desvalor.

Tratando do mesmo exemplo, Mazzilli (2010, p. 855-867) chega a conclusão diversa quanto à modalidade de concurso de crimes existente na hipótese de serem subtraídos bens de diversas vítimas, em um mesmo contexto fático:

Roubos simultâneos. Roubos a vítimas diferentes, no mesmo local e ao mesmo tempo, ou em imediata seqüência (caso, por exemplo, em que são roubados todos os fregueses de uma loja). Trata-se de roubos em concurso material (art.51, "caput", do CP (LGL\1940\2)). Incorre crime único, que exige unidade de ação. Pelo mesmo motivo, não é caso de concurso formal. No roubo, a ação é descrita no art. 157, "caput", do CP (LGL\1940\2). O núcleo do tipo é "subtrair". A cada vítima da subtração, temos um roubo, porque temos uma ação de subtrair violentamente. O Código Penal (LGL\1940\2) (arts. 155/183) e a própria Constituição Federal (LGL\1988\3) (art. 153, § 22) defendem o patrimônio individual. Assim, havendo uma subtração para cada vítima, com uma intimidação coletiva (mas que atinge também cada um dos intimidados) – há vários roubos, diante da pluralidade de desapossamentos. A propósito, Nelson Hungria diz que comete roubos em concurso material o ladrão de estradas que assalta num ônibus cada passageiro ("Comentários ao Código Penal (LGL\1940\2)", vol. VII/57, n. 21). O que norteia a solução é verificar a unidade ou a pluralidade de desapossamentos patrimoniais. Se há um só desapossamento, mas há várias vítimas das ameaças ou das violências, nem por isso há mais de um roubo (Magalhães Noronha, "Direito Penal", vol. II, n. 468). Mas se há mais de um desapossamento, há concurso material (Noronha, ob. cit., Damásio, idem, ibidem). Tudo isso ocorre porque cada ação (de subtrair violentamente) é composta de vários atos (de intimidação, de ameaça, de violência, de desapossamento).

Não se trata de concurso formal nesta hipótese, como afirmou Heleno Cláudio Fragoso ("Lições de Direito Penal", Parte Especial, 1, n. 312). O concurso formal (por isso que é também chamado de concurso ideal) é uma ficção da lei. "Em rigor de sistemática, seria lícito concluir que com um só desígnio, há uma só ação e um crime só, mesmo sendo diversas as infrações penais ocorridas" (Aníbal Bruno, "Comentários ao Código Penal (LGL\1940\2)", art. 51, § 1.º). Ora, como se viu, há pluralidade de ações nesta hipótese. Não é uma ficção da lei reconhecer a pluralidade de roubos quando há várias ações, há vários desapossamentos patrimoniais a vítimas diversas. Aqui é uma realidade fática. Por isso é que a hipótese é de concurso real ou material e nunca ideal ou formal. Uma subtração está integrada em conexão à outra, mas uma não está contida na outra: são autônomas, ainda que conexas (art. 76, ns. I e III, do CPP

(LGL\1941\8)). Não se pode olvidar que a corrente de jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal do Estado, que vem reconhecendo a continuidade de roubos nessa hipótese, que tal corrente também contém uma cabal contestação à tese do concurso formal. O próprio crime continuado nada mais é que uma série de crimes em concurso material, que a lei une em benefício do réu (cf. Pimentel, ob. cit., conclusão VIII e capítulo II).

Mas seria de se cogitar em crime continuado entre roubos simultâneos a vítimas diversas? Não. A se aceitar aqui o crime continuado, perderíamos o critério para rejeitá-lo na hipótese 1-a. E manter aquela solução (pela qual os roubos contra pessoas diversas não podem ser um crime continuado), aqui também se há de negar aplicação à norma art. 51, § 2.º, do CP (LGL\1940\2). Pimentel, que dispensa a unidade de vítimas para exigir tão-só unidade de tipo penal violado, traz entendimento equânime ao dispositivo, mas merece a mesma refutação já trazida acima, pela qual no fundo o roubo contra uma pessoa não pode ser continuado no roubo contra outra pessoa (v. inciso 1-a).

Logo, para o autor em comento haveria pluralidade de condutas, e não conduta única, a caracterizar concurso material entre os roubos praticados contra vítimas diversas em um mesmo contexto fático. Mazzilli (2010), nesse sentido, interpreta que cada ato de desapossamento patrimonial corresponde a uma diferente conduta de roubo. E por serem atingidas vítimas distintas, o autor afasta, também, a possibilidade de se considerar existente o crime continuado na espécie.

A denotar sua conclusão no sentido de que o número de infrações penais deve corresponder ao número de patrimônios atingidos, Mazzilli (2010, p. 855-867) prossegue com a elucidação dos seguintes exemplos:

4. Roubo a duas pessoas, com violação de um só patrimônio comum (por exemplo, a marido e mulher ou a sócios). É crime único, porque fundado numa única ação. O desapossamento é dirigido à comunhão, à sociedade; não é voltado individualmente aos parceiros. Mas, se há violação aos bens de natureza personalíssima dos conjugues (por exemplo, anel, relógio etc.), há duas violações possessórias autônomas: há dois roubos em concurso material (apelação criminal n. 118.391, do TACrimSP).

5. Roubo com um só desapossamento e com ameaça a várias pessoas. Sendo o roubo um crime patrimonial, a subtração se torna o núcleo do tipo, A pluralidade de pessoas ameaçadas não pluraliza o crime, se houve uma única, violação possessória. É crime único.

6. Roubo a uma só pessoa, desapossada de bens próprios e de terceiro (por exemplo, frentista do posto de gasolina, de quem é subtraído seu relógio e o dinheiro do patrão). Agora há concurso formal de crimes (art. 51, § 1.º, do CP (LGL\1940\2)). Há uma só ação (uma só subtração), com que os agentes provocam dois resultados penalmente relevantes (dois desapossamentos patrimoniais). Não há dúvida que a lei tutela o patrimônio de cada um. Como poderia ser indiferente para o Direito a ação daquele que causou um só desapossamento patrimonial e a ação daquele que causou mais de um desapossamento? Esta hipótese (6.^a) se opõe àquela (5.^a) em que havia diversas vítimas das ameaças com um desapossamento. Ora, se o desapossamento norteia o reconhecimento da unidade ou pluralidade de roubos, nada mais justo que se considere mais de um roubo quando há mais de um desapossamento, ainda, que com uma só vítima da violência ou da grave ameaça. É claro que aqui há um concurso ideal de crimes, não real, onde, mediante uma só ação o agente comete mais de um resultado penalmente relevante.

Se a intenção do agente for a de causar os dois desapossamentos patrimoniais (por exemplo, se ele sabe que o relógio é do frentista e o dinheiro é do posto-empresa), será o caso de se aplicar a norma do concurso formal impróprio (art. 51, § 1.º, última figura, do CP (LGL\1940\2)), diante da pluralidade de desígnios.

Já se a intenção do agente for causar um só desapossamento patrimonial (não sabendo ele, por exemplo, que o relógio pertencia a um e o dinheiro a outro), diante da unidade de desígnio e tendo em conta a diversidade de prejuízos, há concurso formal próprio de crimes (art. 51, § 1.º, 1.^a parte).

Não se pode falar nesses casos em crime único, pois seria olvidar a situação de cada vítima que foi prejudicada no seu patrimônio ainda que por uma única subtração.

Assim, embora o autor divirja do entendimento majoritário no sentido de que os atos de subtração praticados contra vítimas diversas em um mesmo contexto fático

consubstanciam conduta única, seu posicionamento se aproxima dos demais doutrinadores analisados no sentido de que o número de resultados típicos alcançados pelo autor deve corresponder ao número de patrimônios subtraídos, independentemente do número de vítimas da violência ou grave ameaça.

Por sua vez, analisando precedentes do Superior Tribunal de Justiça, Cunha (2019) defende que o roubo praticado em um único contexto contra vítimas distintas configura concurso formal, e não crime único, em razão da pluralidade de bens jurídicos (patrimônios) ofendidos. Ainda, entende não se tratar de concurso material de infrações, eis que há, nesse caso, unicidade de conduta ou conduta única, a qual pode, todavia, ser fracionada em diversos atos, o que denomina de “ação única desdobrada”.

Após concluir pela incidência de concurso formal de crimes na espécie, Cunha (2019, *online*) investiga a modalidade de concurso formal existente, nos seguintes termos:

À primeira vista, pode parecer redundante simplesmente afirmar que é a existência de desígnios autônomos que marca a incidência de uma ou outra regra de aplicação da pena decorrente do concurso. Isto, afinal, está expresso no art. 70 do Código Penal.

Ocorre que a expressão desígnios autônomos normalmente não é interpretada como sinônimo de crimes dolosos, ou seja, na prática, o cometimento de mais de um crime doloso por meio de ação única não é encarado como concurso formal impróprio. O fato de ter cometido vários crimes dolosos não significa que o agente tenha atuado com desígnios autônomos em relação a cada um deles. Exemplos desta conclusão já foram mencionados nos comentários à tese nº 1.

Isto é contraditório, pois, se há diversos crimes dolosos, não é lógico afirmar que a conduta é movida por apenas um desígnio. Como ensina Cleber Masson, desígnio autônomo “é o propósito de produzir, com uma única conduta, mais de um crime. É fácil concluir, portanto, que o concurso formal perfeito ou próprio ocorre entre crimes culposos, ou então entre um crime doloso e um crime culposo” (Direito Penal Esquemático – Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 760).

(...)

A definição de dolo impede considerar 'desígnios autônomos' a pluralidade de resultados, ou obriga à consideração de todos os concursos de tipos dolosos da primeira hipótese do art. 70, o que seria absurdo, porque a regra do concurso formal simples ficaria reduzida às hipóteses de concurso entre tipos doloso e culposo. Historicamente, não pairam dúvidas de que o alvo do legislador foi alcançar os casos de pluralidade de resultados morte no homicídio doloso, ou seja, no chamado 'concurso formal homogêneo', que sempre constitui uma hipótese de pluralidade de resultados, mas a disposição legal é uma das mais obscuras do código" (Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral. Vol. 1. 8. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 731).

Em suma, o que se pode dizer a respeito da interpretação da expressão desígnios autônomos na prática é que se trata de crimes decorrentes de planos delituosos independentes. É com base nisto que o STJ decide, por exemplo, que há concurso formal próprio entre algumas espécies de crimes patrimoniais e a corrupção de menores tipificada no art. 244-B da Lei 8.069/90: tanto o crime patrimonial quanto o ato de corromper o menor decorrem, no geral, de apenas um plano criminoso:

(...)

Mas ainda assim a contradição não se resolve completamente, pois há casos em que se pode identificar apenas um plano criminoso e, não obstante, as condutas são imputadas em concurso formal impróprio, como normalmente ocorre em latrocínios com pluralidade de vítimas e de patrimônios atingidos.

O autor, dessa forma, baseado no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, aponta que, em princípio, deve-se identificar a expressão "desígnios autônomos" com a existência de um único plano delitivo do autor do fato, muito embora ressalve que há precedentes em que essa orientação não necessariamente prevalece, indicando a ausência de solução pacífica para a interpretação das modalidades de concurso formal de infrações penais.

Salvador Netto (2014, p. 232) identifica como critério de aferição da singularidade ou pluralidade ofensiva, no âmbito dos delitos patrimoniais (com exceção do latrocínio), o bem jurídico patrimônio, de modo que "ocorrerão tantos delitos quantas forem as esferas jurídico-econômicas patrimoniais atingidas". Dessa forma, para que se verifique a

pluralidade de delitos, com o conseqüente concurso de crimes, é necessário que mais de um objeto material representativo do bem jurídico patrimônio, e pertencente a mais de um ofendido, seja vulnerado.

Neste ponto, consigna o autor que integrantes da mesma família não necessária e legalmente possuem um único patrimônio, muito embora, no mais das vezes, as hipóteses de furto ou roubo a uma mesma residência, em contexto único, sejam tratadas como crime único, supondo-se existir uma unidade patrimonial atingida.

Em seguida, Salvador Netto (2014, p. 235) assevera que não basta o critério da pluralidade de bens jurídicos para que se tenha o concurso de infrações, fazendo-se necessário verificar, *in concreto*, a existência de uma "pluralidade fática (concurso material ou crime continuado)" ou de uma "unidade fática com violações axiológicas diversas (concurso formal)". Nesse ponto, concorda com a doutrina que distingue a conduta do ato, sendo este o mero movimento corporal e, aquela, compreendida em um sentido contextual. Nessa senda, entende que a subtração de bens de diversos passageiros no mesmo ônibus, em contexto fático único, compreende uma única ação, não havendo que se falar, nessa hipótese, em concurso material de crimes ou em crime continuado; poderá haver, no máximo, concurso formal de delitos.

Aprofundando o tema sobre a espécie de concurso de crimes incidente no exemplo em estudo, Salvador Netto (2014, p. 235-237) assim discorre:

Ocorre que nos crimes patrimoniais, e aqui se verificam nuances próprias dessa disciplina, necessário é que se avalie a ação em sua contextualidade, nos dizeres de REALE JÚNIOR, "enquanto portadora de uma estrutura valorativa, dotada de sentido, de significação doada pelo valor que se põe como fim de agir". Parece correto perceber que o resultado obtido pelo crime não é simplesmente naturalístico, mas produto desse mesmo sentido dirigido a violar uma única ou múltiplas normas. Nos exemplos mencionados, mais do que subtrair indivíduos separados, o que deseja o assaltante do ônibus ou do restaurante é aproveitar-se de um espaço de interação social que torne os indivíduos fungíveis, totalizados, afrontando-se, de uma só vez, uma unidade patrimonial ideal. Mais uma vez com REALE JÚNIOR, o indivíduo que furta vários objetos de uma mesma residência e o outro que rouba pessoas diferentes em um ônibus, ambos realizam uma única ação típica, "*presidida por um único fim que dirige a ação e não interrompido no tempo*".

A própria dinâmica da atuação patrimonial delitiva em espaços coletivos de facilitação do maior número de ofendidos, ou seja, de *fungibilidade de vítimas simultâneas*, consuma-se de uma única vez. No roubo ao restaurante, antes de importar a individualidade das vítimas, o que é subtraído é o próprio estabelecimento enquanto contexto, dando o delito por consumado no instante em que os roubadores são capazes de exercer, mesmo que momentaneamente, os poderes factuais inerentes ao domínio de todo aquele conjunto de bens ilicitamente obtidos. Em outras palavras, deseja-se agredir o espaço coletivo detentor de uma pluralidade de proprietários, *"quaisquer que sejam e sem a exata consciência do montante, somente para potencializar os proveitos da empreitada criminosa. Ainda, a ideia é assaltar um espaço que, por sua própria existência, permitirá, com uma única realização, alcançar uma soma significativa de bens, independentemente da individualidade proprietária"*. Essa situação é nitidamente diferente daquela de um sujeito que adentra em várias casas na mesma noite ou, então, que subtrai diversos passageiros em diferentes pontos de parada de transportes públicos.

Duas questões, entretanto, devem ser sopesadas. Em primeiro lugar, há realmente uma zona limítrofe entre o concurso formal e este crime único de contexto que dificilmente será resolvido pela jurisprudência com critérios amparados na produção doutrinária. Acresce-se a isso o fato de a decisão judicial, muitas vezes, estar propositadamente afastada de construções dogmáticas precisas, buscando tão só um resultado que seja politicamente satisfatório, almejando meras justificativas aptas a sustentar a pena mais severa possível. Em segundo lugar, estes crimes únicos com pluralidade de vítimas são mais merecedores de pena do que casos de singelas subtrações individuais. Ainda que esse maior desvalor possa estar já representado na aferição das circunstâncias judiciais a amparar a definição da pena-base, mais prudente seria que se buscasse outra solução no âmbito legislativo.

A inserção legislativa dessa circunstância deverá permitir um juízo de reprovação mais severo para os casos em que o contexto no qual se desenvolveu a prática delitiva é, por sua natureza, facilitador da vulneração de uma pluralidade de patrimônio de vítimas diversas, potencializando, em razão disso, o proveito do ilícito. A pena, portanto, deve ser mais grave se a subtração ocorrer em restaurante

repleto de clientes do que se é realizada após o expediente, apoderando-se somente do patrimônio do estabelecimento comercial. Assim, esse maior juízo de reprovação tem de ser mais específico que as circunstâncias judiciais do artigo 59 e menos grave do que aquelas decorrentes de causas de aumento e qualificadoras. Por isso, o instrumento mais adequado para essa finalidade parece ser a dinâmica das circunstâncias agravantes, as quais se encontram legalmente previstas nos artigos 61 e 62 do Código Penal.

A criação de uma circunstância agravante, que tenha específica aplicabilidade em crimes patrimoniais realizados em contexto de interação coletiva, traz algumas vantagens: a jurisprudência comumente atribui acréscimo punitivo menor em razão de sua ocorrência se comparado com aqueles decorrentes das causas de aumento de pena; não há uma previsão específica do quantum de acréscimo; a pena não poderá ultrapassar o limite máximo; sua aplicação está sujeita às circunstâncias preponderantes previstas no artigo 68 do Código Penal; o produto final da pena será menor se cotejado com as hipóteses de concurso, seja ele material, formal ou crime continuado.

Em síntese, cuida-se de estabelecer previsão legislativa que possa contribuir para uma resposta mais coerente e menos punitivista nessas hipóteses. A inserção de circunstância agravante teria, então, o condão de encerrar complexo problema dos crimes patrimoniais, permitindo um tratamento uniforme das subtrações de diversas vítimas num mesmo contexto fático de interação social.

Destarte, o autor em questão reconhece a dificuldade em encontrar-se critérios suficientemente objetivos para pautar a aplicação do concurso de infrações penais na hipótese em que o agente subtrai diversos patrimônios em um mesmo contexto fático. Refere, ainda, que em muitos casos as decisões judiciais pela aplicação de uma ou outra modalidade de concurso de crimes é pautada não nos critérios estritamente técnicos estabelecidos pelo direito, mas, sim, na busca de um resultado politicamente satisfatório.

Diante disso, Salvador Netto (2014) propõe, nos moldes acima expostos, a resolução do problema por outro meio que não o concurso de infrações penais, qual seja, pela previsão, pelo legislador de uma circunstância agravante a ser aplicada exclusivamente nos casos de crimes patrimoniais realizados em contexto de interação coletiva, afastando-se,

dessa forma, a necessidade de discutir acerca da modalidade de concurso de crimes aplicável ao caso concreto.

Sem prejuízo de eventuais propostas de modificação legislativa como essa última sugerida por Salvador Netto (2014), é certo que este não é, no atual momento, o cenário existente no ordenamento jurídico brasileiro. Em outras palavras, a legislação não prevê solução específica para a interpretação do direito e para a aplicação da pena nos casos em que um mesmo agente pratica diversas subtrações patrimoniais, de vítimas distintas, em um mesmo contexto fático, valendo-se de violência ou grave ameaça à pessoa (não necessariamente às mesmas pessoas vítimas das subtrações).

Sendo assim, persiste o problema quanto a qual seria a solução jurídica adequada para a aplicação da lei penal ao sujeito que pratica roubos em um mesmo contexto fático, notadamente quanto à discussão acerca da existência de unidade ou pluralidade de delitos, bem como, por conseguinte, quanto à modalidade de concurso de infrações penais aplicável caso se entenda que foram praticados mais de um crime de roubo.

Não só há divergências no plano doutrinário quanto à correta solução para essa hipótese, como também há divergências entre tais posicionamentos e o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o que será melhor exposto adiante.

4 CONCURSO FORMAL ENTRE CRIMES DE ROUBO SEGUNDO O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aqui não se pretende esgotar o tratamento do tema do concurso de crimes de roubo pelo Superior Tribunal de Justiça. Tem-se em vista, isto sim, uma análise da aplicação do instituto do concurso formal de infrações penais aos crimes de roubo pelo Superior Tribunal de Justiça, a partir do exame de precedentes recentes da referida Corte, de modo a possibilitar o seu confronto com as bases doutrinárias vistas anteriormente.

Nesse sentido, a pesquisa de julgados do Superior Tribunal de Justiça, para o presente trabalho, deu-se por meio da plataforma de busca do próprio tribunal disponível na rede mundial de computadores³¹, utilizando-se das palavras-chave “concurso formal roubo”, com a aplicação do operador padrão “mesmo” e limitadamente aos precedentes que foram julgados no primeiro semestre do ano de 2020, selecionando-se os limites de datas de 01 de janeiro de 2020 a 30 de junho de 2020.

Por meio dessa pesquisa foram encontrados dezesseis julgados do Superior Tribunal de Justiça. Foram analisados, no entanto, somente aqueles que guardam estrita relação

³¹ Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/> >, acesso em 19 set. 2020.

com o objeto da presente pesquisa, isto é, que versam sobre o concurso formal entre crimes de roubo, notadamente aqueles praticados contra pluralidade de vítimas em um único contexto fático.

Dessa forma, foram desprezados os julgados que nem sequer tangenciam o tema em estudo, notadamente aqueles que tratam de controvérsia jurídica diversa (como, por exemplo, sobre nulidades ou sobre a análise das circunstâncias judiciais na primeira fase da dosimetria da pena), de aplicação de modalidade distinta de concurso de infrações penais (como, por exemplo, a continuidade delitiva) ou mesmo do concurso formal entre o delito de roubo e crime diverso (como, por exemplo, o crime de corrupção de menor ou o crime de organização criminosa).

4.1 Precedentes recentes do Superior Tribunal de Justiça

Feito o corte metodológico acima descrito, foram identificados, no primeiro semestre do ano de 2020, seis julgados do Superior Tribunal de Justiça versando sobre a específica questão do concurso formal entre crimes de roubo praticados em um único contexto fático, porém contra vítimas distintas.

Assim, passa-se a expor, individualmente e conforme a ordem crescente de relevância dos resultados da pesquisa segundo o buscador do Superior Tribunal de Justiça, cada um dos precedentes identificados, apontando-se a conclusão jurídica do Superior Tribunal de Justiça em cada caso.

4.1.1 Agravo regimental no agravo em recurso especial n. 1.588.159/GO

O agravo regimental no agravo em recurso especial n. 1.588.159/GO (STJ, 2020^a, p. 1, *online*) foi assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. RESTRIÇÃO DE LIBERDADE DA VÍTIMA. CONFIGURAÇÃO DA MAJORANTE. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A análise negativa das circunstâncias do crime foi devidamente fundamentada, porquanto os réus criaram uma situação de confiança com a vítimas, para depois realizarem a conduta criminosa.

2. A valoração desfavorável das consequências do delito foi concretamente justificada, com base no alto valor dos bens roubados e o substancial prejuízo aos ofendidos.
3. A restrição de liberdade das vítimas ficou comprovada, no caso, pois, conforme destacado na sentença, um dos ofendidos ficou "cerca de vinte a trinta minutos amarrado até que os assaltantes fugissem do local levando seu veículo", tempo juridicamente relevante e suficiente para a configuração da majorante.
4. Praticado o crime de roubo em um mesmo contexto fático, mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, tem-se configurado o concurso formal de crimes, e não a ocorrência de crime único, visto que violados patrimônios distintos. Precedentes.
5. Agravo regimental não provido.

No caso concreto, discutiu-se se a conduta praticada pelo autor do fato constituiria crime único ou pluralidade de crimes praticados em concurso formal, tendo prevalecido esta última hipótese.

Segundo narrado, foi subtraído um veículo que constituía patrimônio único de um casal (marido e mulher), bem como o telefone celular do sobrinho de dez anos de idade desse casal, que estava a passeio na residência deles.

O Superior Tribunal de Justiça afastou a caracterização de crime único na espécie, negando a pretendida presunção de que as coisas que guarneciam a residência onde se deu o delito pertenceriam ao casal, para fins de constituir patrimônio comum.

Para tanto, colacionou julgado anterior no qual a referida Corte Superior firmou entendimento no sentido de que o conceito de patrimônio na seara penal não necessariamente equivale à definição contida na esfera cível, reforçando que o direito penal tutela bens e interesses jurídicos dotados de autonomia, de forma peculiar relativamente aos demais ramos jurídicos.

Assim, concluiu-se que o número de infrações penais deve equivaler ao número de patrimônios atingidos, os quais, por sua vez, são identificados a partir do número de vítimas. No mais, salientou-se que há concurso formal entre os crimes de roubo praticados mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, não havendo que se cogitar de crime único.

Analisando-se o teor do agravo em recurso especial n. 1.588.159/GO, o qual foi objeto do agravo regimental em testilha, verifica-se que em decorrência do concurso formal de crimes reconhecido, foi aplicado, pelo Superior Tribunal de Justiça, o sistema de exasperação da pena, correspondente ao concurso formal próprio de crimes, previsto no artigo 70, *caput*, primeira parte, do Código Penal – “por fim, aplico o aumento de 1/5, em razão do concurso formal, considerando a prática de três roubos, o que torna a pena definitivamente estabelecida em 10 anos, 9 meses e 18 dias de reclusão, mais 25 dias-multa” (STJ, 2020b, p. 7, *online*).

4.1.2 Agravo regimental no *habeas corpus* n. 443.242/MG

O agravo regimental no *habeas corpus* n. 443.242/MG (STJ, 2020c, p. 3, *online*) foi assim ementado:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. CONCURSO FORMAL. IMPOSSIBILIDADE. PLURALIDADE DE VÍTIMAS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Conforme a iterativa jurisprudência desta Corte, não há que se falar em crime único quando, num mesmo contexto fático, são subtraídos bens pertencentes a vítimas distintas, caracterizando concurso formal, por terem sido atingidos patrimônios diversos, nos moldes do art. 70 do Código Penal. No caso, as instâncias ordinárias constataram haver pluralidade de vítimas, conclusão esta que não é obstada pelo fato de uma das vítimas ser sócia da outra vítima, que é uma pessoa jurídica, ao que se depreende dos fatos.

2. Agravo regimental desprovido.

A discussão no caso concreto se circunscreveu à divergência quanto à existência de crime único de roubo ou de dois crimes de roubo em concurso formal para o caso em que o agente subtraiu, em um único contexto fático, bens que estavam na posse de uma só vítima, mas pertenciam a pessoas diversas, quais sejam a pessoa jurídica em cujo estabelecimento comercial se deu o roubo e a pessoa natural que lá se encontrava, que era vendedora e proprietária da empresa.

Consignou-se, no precedente em análise, que foi límpida a existência de dois crimes de roubo praticados por meio de uma única conduta, a qual caracterizada pela unidade de ação, impondo-se, portanto, o reconhecimento do concurso formal de crimes. Ressaltou-se que o patrimônio e a integridade física não são considerados bens jurídicos “coletivos”,

tendo havido, isto sim, o despojamento de bens das vítimas individualmente consideradas, além do atingimento da integridade física da vítima pessoa natural.

No que concerne ao elemento subjetivo do autor do fato, salientou-se que mesmo que considerada a existência de desígnio único, a conduta teria se desdobrado em desfavor de mais de um ofendido, ocasionando a pluralidade de resultados e, logo, a pluralidade de crimes, a determinar a aplicação do concurso formal próprio de crimes.

Em verdadeira conceituação do instituto jurídico-penal, o Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2020c, p. 6, *online*) asseverou que:

O reconhecimento do concurso formal próprio exige que o agente, mediante apenas uma ação ou omissão, pratique dois ou mais crimes, idênticos ou não (CP, art. 70, caput), ou seja, é necessária a presença de unidade de conduta e a pluralidade de resultados criminosos.

Ainda, caso evidenciado que a conduta dolosa do paciente deriva de desígnios autônomos, restará configurado o concurso impróprio (CP, art. 70, parágrafo único), que implica soma das penas, nos moldes do concurso material.

Conforme a iterativa jurisprudência desta Corte, não há que se falar em crime único quando, num mesmo contexto fático, são subtraídos bens pertencentes a vítimas distintas, caracterizando concurso formal, por terem sido atingidos patrimônios diversos, nos moldes do art. 70 do Código Penal. No caso, as instâncias ordinárias constataram haver pluralidade de vítimas, conclusão esta que não é obstada pelo fato de uma das vítimas ser sócia da outra vítima, que é uma pessoa jurídica, ao que se depreende dos fatos.

Em suma, foi reconhecido o concurso formal próprio entre dois crimes de roubo praticados em um único contexto, mediante conduta única e desígnio igualmente único, contra, todavia, duas vítimas distintas – tendo sido atingidos o patrimônio da ofendida pessoa jurídica e o patrimônio e a integridade física da ofendida pessoa natural.

4.1.3 Agravo regimental no recurso especial n. 1.853.865/SP

No agravo regimental no recurso especial n. 1.853.865/SP, o Superior Tribunal de Justiça manteve a decisão recorrida no que concernia à aplicação do concurso formal de crimes na espécie, consignando, apenas, quanto a isso, o seguinte (STJ, 2020d, p. 8, *online*):

Dessa forma, o Tribunal *a quo* decidiu no sentido da jurisprudência do STJ de que praticado o crime de roubo em um mesmo contexto fático, mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, tem-se configurado o concurso formal de crimes, e não a ocorrência de crime único, visto que violados patrimônios distintos.

O caso concreto tratava da prática de dois crimes de roubo, mediante uma só ação delitiva, praticados em detrimento do patrimônio de duas vítimas distintas, consignando-se ser irrelevante o fato de serem as vítimas marido e mulher, circunstância esta que não implica o reconhecimento de crime único.

A discussão no caso *sub judice* se circunscreveu à divergência quanto à existência de crime único de roubo ou de dois crimes de roubo em concurso formal para o caso em que o agente subtraiu, em um único contexto fático, bens que estavam na posse de uma só vítima, mas pertenciam a pessoas diversas, quais sejam a pessoa jurídica em cujo estabelecimento comercial se deu o roubo e a pessoa natural que lá se encontrava, que era vendedora e proprietária da empresa.

Em que pese à conclusão atingida, no sentido de haver concurso formal na espécie, não foi possível, a partir dos fundamentos consignados no precedente em questão, identificar se foi aplicada, na espécie, a modalidade própria ou imprópria do concurso formal, eis que nem sequer foi feita referência quanto à incidência do sistema de exasperação ou cúmulo material das reprimendas dos delitos contra o patrimônio.

4.1.4 *Habeas corpus* n. 581.345/SP

No *habeas corpus* n. 581.345/SP, o Superior Tribunal de Justiça não conheceu do *writ*, sob o fundamento de que a análise das teses levantadas pela defesa demandaria o revolvimento do conjunto fático-comprobatório produzido ao longo da persecução penal, o que seria incompatível com o rito do remédio constitucional em questão. Por outro lado, concedeu a ordem de ofício para reduzir a reprimenda fixada em desfavor do paciente – com ajustes na segunda fase da dosimetria das penas.

Nesse contexto, a conclusão da instância inferior quanto à aplicação do concurso formal próprio de crimes à espécie foi mantida, nos seguintes termos (STJ, 2020e, p. 2, *online*):

(...) 6. Conforme a iterativa jurisprudência desta Corte, não há que se falar em crime único quando, num mesmo contexto fático, são subtraídos bens pertencentes a vítimas distintas, caracterizando

concurso formal, por terem sido atingidos patrimônios diversos, nos moldes do art. 70 do Código Penal.

7. Se as instâncias ordinárias entenderam, com base em elementos dos autos, que a conduta delitiva atingiu três patrimônios distintos, para infirmar tal conclusão, seria necessário revolvimento do conjunto fático-comprobatório produzido no curso da persecução penal, o que não se mostra viável em sede de *habeas corpus*.

8. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda imposta ao paciente para 8 anos, 5 meses e 18 dias de reclusão, mais o pagamento de 18 dias-multa.

Na espécie, o caso analisado versava sobre a prática de dois roubos mediante uma única ação delitiva, com o atingimento de dois patrimônios distintos. Com isso, foi aplicado o concurso formal entre os crimes de roubo, com a incidência do sistema de exasperação da pena, o que foi mantido pelo Superior Tribunal de Justiça, em razão de não ter sido evidenciada flagrante ilegalidade nesse ponto.

Ao tratar do acerto da conclusão pela aplicação do concurso formal de crimes, o acórdão analisado colacionou precedentes da Corte sobre o tema, reforçando o seguinte (STJ, 2020e, p. 14, *online*)

(...) A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que, "atingidos os patrimônios individuais de vítimas distintas mediante uma única ação (desdobrada em vários fatos), não há falar em crime único, mas sim em vários crimes em concurso formal próprio." (AgRg no REsp n. 1.189.138/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 21/6/2013)

Assim, no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, há concurso formal próprio de crimes (artigo 70, *caput*, primeira parte, do Código Penal) quando o agente pratica vários crimes, atingindo patrimônios individuais de vítimas distintas, mediante a prática de uma única ação desdobrada em vários fatos.

4.1.5 Agravo regimental no agravo em recurso especial n. 1.643.848/PR

O agravo regimental no agravo em recurso especial n. 1.643.848/PR foi assim ementado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2020f, p. 1, *online*):

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. SUBTRAÇÃO DE PATRIMÔNIOS DIVERSOS.

MESMO CONTEXTO FÁTICO. CONCURSO FORMAL PRÓPRIO. CARACTERIZAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Entende-se caracterizado o concurso formal próprio quando ocorre subtração de bens, mediante uma só ação, num mesmo contexto fático, contra vítimas diversas, alcançando patrimônios diferentes. Precedentes.

2. No caso dos autos, a Corte de origem entendeu acerca da caracterização do concurso formal próprio, considerando a subtração ocorrida no mesmo momento, atingindo vítimas e patrimônios diversos.

3. A alteração das conclusões apresentadas pelo Tribunal estadual ensejaria o vedado revolvimento de fatos e provas, inviável na via especial, nos termos do óbice da Súmula n.7/STJ.

4. Agravo regimental desprovido

No caso *sub judice*, os agentes executores do crime do artigo 157 do Código Penal ingressaram em um restaurante, onde, mediante grave ameaça, subtraíram bens de diversas pessoas que se encontravam no local.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que a solução dada ao caso concreto pela Corte de origem se mostrou harmônica com a jurisprudência da Corte Superior, mantendo a aplicação do concurso formal próprio de crimes na espécie.

O ponto central da controvérsia residiu, justamente, na análise acerca da unidade ou pluralidade de desígnios dos agentes na subtração de diversos patrimônios pertencentes a vítimas distintas, para o fim de aplicar, respectivamente, o concurso formal próprio ou impróprio de crimes.

Nessa senda, consignou-se que (STJ, 2020f, p. 6-7, *online*):

No que se refere ao pretense afastamento do concurso formal perfeito, disposto na primeira parte do art. 70 do CP, ao acolher o pleito defensivo para sua aplicação, a Corte estadual considerou que haveria unidade de desígnios na subtração dos diversos patrimônios, não havendo distinção da vontade para cada uma das subtrações.

No apelo interposto, explicitou o Tribunal recorrido, *in verbis*:

"Por outro lado, desde já acolho o pedido de reconhecimento de concurso formal próprio, insculpido no artigo 70, primeira parte, do Código Penal, tendo em vista que não restou demonstrado nos autos que os apelantes tivessem desígnios autônomos (caráter volitivo) no momento dos fatos, consistente em subtrair os bens individualmente de cada um dos clientes; havia na verdade unidade de desígnio, consistente na subtração do dinheiro em espécie presente no caixa do estabelecimento comercial; os bens subtraídos dos clientes, lá presentes, decorreram da conveniência e oportunidade do momento.

Nas palavras de Eugênio Pacelli, "desígnios autônomos, portanto, significa autonomia dos resultados desejados, produzidos segundo a vontade prévia e deliberada do agente".

Nesta senda, não restou nos autos demonstrada a vontade prévia e deliberada dos apelantes em subtrair os patrimônios do estabelecimento comercial e dos clientes.

Repito que a subtração dos bens dos clientes descritos na peça acusatória decorreu da conveniência e oportunidade do momento." (e-STJ fls. 1.095/1.116)

Nos aclaratórios opostos pelo Parquet explicitou que "Enquanto no concurso material a pluralidade de delitos é vista de forma autônoma, como se não houvesse entre as condutas nenhuma espécie de vínculo, no concurso formal, pelo contrário, há unidade de ação, pois mediante uma ação houve dois ou mais resultados típicos e o vínculo que os conecta é justamente a ação única."

Pontuou, "No que tange as formas de concurso formal, a caracterização do concurso formal impróprio ou imperfeito exige a inequívoca demonstração da existência de desígnios autônomos, isto é, de que o agente previa e queria desde o princípio os resultados ao final alcançados."

Ressaltou que "os aqui embargados mediante uma única conduta e no mesmo contexto fático, portanto, com o mesmo desígnio, atingiram cinco patrimônios distintos, logo não há que se falar em crimes resultantes de desígnios autônomos."

E concluiu que "restou sobejamente demonstrado que os embargados, no mesmo contexto fático, com unidade de desígnio, acabaram por lesar cinco patrimônios distintos." (e-STJ fls. 1.215/1.218)

Sobre o assunto, a jurisprudência deste Sodalício possui o entendimento de que está configurado o concurso formal quando o crime de roubo é praticado mediante uma só ação, contra vítimas distintas, uma vez que atingidos patrimônios diversos.

Em seguida, o Superior Tribunal de Justiça colacionou diversos precedentes da Corte no mesmo sentido que o entendimento prevalecente na espécie, como o seguinte, no que toca à aplicação do concurso formal próprio de crimes (STJ, 2020f, p. 9, *online*):

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO. MAJORANTE. ARMA BRANCA. PENA-BASE. VALIDADE. PATRIMÔNIOS INDIVIDUAIS. VÍTIMAS DIVERSAS. CONCURSO FORMAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior, o uso de arma branca, embora não mais se configure majorante do crime de roubo, poderá ser utilizado para a exasperação da pena-base, sem que tal proceder configure violação do princípio da *ne reformatio in pejus*, desde que a sanção final não seja maior que a fixada na sentença condenatória.

2. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que, "atingidos os patrimônios individuais de vítimas distintas mediante uma única ação (desdobrada em vários fatos), não há falar em crime único, mas sim em vários crimes em concurso formal próprio." (AgRg no REsp n. 1.189.138/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 21/6/2013).

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1822415/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 29/10/2019)

Concluiu-se, por fim, que " na hipótese, a Corte de origem entendeu em harmonia com o entendimento deste Sodalício e, portanto, não há como modificar o decidido" (STJ, 2020f, p. 9, *online*).

Prevaleceu, portanto, o entendimento reiterado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que resta configurado o concurso formal próprio entre crimes de roubo praticados em um mesmo contexto delitivo, mediante ação única, quando são atingidos patrimônios diversos, pertencentes a vítimas distintas, entendendo-se que, nesse caso, há desígnio único por parte do roubador.

4.1.6 Agravo regimental no agravo em recurso especial n. 1.651.955/GO

O Agravo regimental no agravo em recurso especial n. 1.651.955/GO foi assim ementado (STJ, 2020g, p. 1, *online*):

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. CONCURSO FORMAL. CARACTERIZAÇÃO. ATINGINDO BEM PESSOAL DE UMA DAS VÍTIMAS, ALÉM DO PATRIMÔNIO COMUM DO CASAL, EM UMA MESMA AÇÃO. CARACTERIZAÇÃO DO CONCURSO FORMAL DE DELITOS. AGRAVO PROVIDO PARA, CONHECENDO DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, DAR PROVIMENTO AO RESP.

1. Estando delineada a moldura fática nos autos, afasta-se a incidência da Súmula 7/STJ.
2. Tendo o roubo atingido, além do patrimônio comum de duas vítimas casadas, proprietárias de estabelecimento comercial, também bens pessoais, é imperioso reconhecer-se o concurso formal de delitos. Precedentes.
3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, não há falar em crime único quando, em um mesmo contexto fático, são subtraídos bens pertencentes a pessoas diferentes, ainda que da mesma família, incidindo, na espécie, a regra prevista no art. 70, primeira parte, do CP.
4. Agravo regimental provido para, conhecendo do agravo em recurso especial, dar provimento ao recurso especial, a fim de restabelecer a sentença condenatória.

Na origem, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás havia entendido pela existência de um único delito de roubo na espécie, uma vez que, independentemente de ter a grave ameaça sido exercida contra todas as pessoas presentes na ocasião, a subtração teria

atingido apenas o patrimônio comum pertencente a um casal, proprietário do estabelecimento comercial no qual se deu a ação delitiva.

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, asseverou que “embora se trate de vítimas casadas, o roubo atingiu bens pessoais, consistentes no veículo de uma delas, além dos valores em espécie do caixa da Panificadora, não alcançando apenas o patrimônio comum do casal, portanto” (STJ, 2020g, p. 5, *online*).

Assim, entendeu, a Corte Superior, pela prevalência do concurso formal próprio de crimes na espécie, reforçando que (STJ, 2020g, p. 5, *online*):

Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, não há falar em crime único quando, em um mesmo contexto fático, são subtraídos bens pertencentes a pessoas diferentes, ainda que da mesma família, incidindo, na espécie, a regra prevista no art. 70, primeira parte, do CP.

Diante disso, concluindo pela necessidade de aplicação do concurso formal próprio de crimes na espécie, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deu provimento ao agravo regimental para, conhecendo do agravo em recurso especial, dar provimento ao recurso especial.

4.2 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça extraído dos precedentes analisados

A partir da análise dos precedentes acima, é possível concluir que o Superior Tribunal de Justiça, de forma uníssona, tem aplicado o concurso formal próprio de crimes para a hipótese em estudo, isto é, nos casos em que a conduta delitiva subsumível ao artigo 157 do Código Penal (crime de roubo) é praticada em um único contexto fático, mediante uma conduta única – ainda que fracionável em diferentes atos ou movimentos corpóreos –, porém em desfavor de patrimônios distintos, pertencentes a vítimas igualmente diversas.

Assim, por se inserir, o roubo, no Título dos crimes contra o patrimônio do Código Penal, ainda que atingido concomitantemente outro bem jurídico (qual seja, a incolumidade física ou a liberdade individual), o critério no qual se pauta o Superior Tribunal de Justiça para identificar o número de delitos praticados é, efetivamente, o número de patrimônios distintos violados, independentemente do número de vítimas da violência ou grave ameaça.

Logo, havendo pluralidade de patrimônios e, logo, de vítimas, tem-se, igualmente, uma pluralidade de crimes patrimoniais, em número equivalente ao dos patrimônios atingidos.

Neste ponto, insta consignar o reiterado entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o conceito de patrimônio adotado na esfera penal não necessariamente coincide com o conceito de patrimônio na seara cível, de modo que caso as vítimas sejam casadas e constituam uma única família, não se deve considerar a existência de um único patrimônio comum e, logo, de crime único de roubo. Ao contrário, as vítimas devem ser consideradas individualmente, entendendo-se que os bens subtraídos consubstanciam patrimônio próprio de cada uma delas. Tem-se, dessa forma, a pluralidade de delitos também nesse caso.

Por outro lado, sem prejuízo da conclusão pela existência de pluralidade de delitos, o Superior Tribunal de Justiça adota o pressuposto de que há uma conduta única do agente quando os roubos são praticados em um único contexto, ainda que para a subtração dos bens pertencentes a vítimas (e patrimônios) diversos haja realizado múltiplos movimentos corpóreos. Em verdade, esses movimentos individuais consubstanciam atos integrantes de uma única conduta global.

Em razão de existir uma única conduta para a execução de diversos crimes de roubo em um único contexto, o Superior Tribunal de Justiça conclui pela necessária configuração do concurso formal de crimes, na medida em que o agente, mediante conduta única, pratica mais de um crime.

Por fim, dentre as espécies de concurso formal contempladas no Código Penal, o Superior Tribunal de Justiça reiteradamente aplica o concurso formal próprio (artigo 70, *caput*, primeira parte, do Código Penal) para a hipótese em análise, fazendo incidir, por conseguinte, o sistema de exasperação das reprimendas.

Fazendo isso, o Superior Tribunal de Justiça entende que, não obstante o agente direcione sua conduta a diversas pessoas, subtraindo bens pertencentes a patrimônios distintos, há desígnio único, e não desígnios autônomos, relativamente a cada um dos crimes de roubo praticados.

Em suma, entende, o Superior Tribunal de Justiça, que se aplica o concurso formal próprio de crimes, com o sistema da exasperação da pena, aos múltiplos crimes de roubo praticados contra vítimas (e, logo, patrimônios) distintos em um único contexto fático, mediante uma só conduta.

Consigne-se que, não obstante tenham sido analisados apenas os julgados relevantes sobre o tema do primeiro semestre do ano de 2020, por diversas vezes o Superior Tribunal de Justiça, nos precedentes analisados, ao exarar o seu entendimento, colacionou julgados anteriores da Corte no mesmo sentido, indicando tratar-se de entendimento consolidado. Além disso, a partir dos precedentes analisados, verifica-se a comunhão de entendimento entre as Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, as quais são encarregadas de deliberar sobre a matéria penal na referida Corte³².

Esse entendimento, todavia, não necessariamente guarda correspondência com as premissas estabelecidas pela doutrina, como se verá adiante.

5 APROXIMAÇÃO ENTRE A TEORIA E A PRÁXIS: CONFRONTO ENTRE AS BASES DOUTRINÁRIAS E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Estabelecidas as bases doutrinárias para a compreensão do instituto do concurso formal de crimes (Capítulos 1 e 2) – bem como do concurso entre crimes de roubo (Capítulo 3) – e analisada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o concurso formal entre crimes de roubo (Capítulo 4), cumpre, aqui, confrontar essas duas concepções, isto é, a teoria e a prática (ou *práxis*).

Para tanto, serão feitas considerações sobre o conceito de política criminal e sua relevância, ao lado da dogmática penal, na aplicação do direito, bem como sobre o método interpretativo teleológico, a fim de determinar a observância da finalidade da lei pelo aplicador do direito no momento da subsunção do fato à norma jurídica. Na sequência, a partir dessas premissas, será feito o confronto entre as bases doutrinárias e a jurisprudência sobre o tema em estudo, isto é, o concurso formal entre crimes de roubo.

A relevância dessa operação comparativa reside na criação de consciência, por parte do aplicador do direito, acerca das justificativas teóricas e de política criminal das operações subsuntivas frequentemente realizadas pelo Superior Tribunal de Justiça na aplicação do instituto do concurso formal aos crimes de roubo, de modo a permitir uma visão crítica acerca dessa aplicação do direito aos casos concretos no cotidiano forense.

5.1 Noções de política criminal e dogmática jurídica

A dogmática jurídica, nas palavras de Reale (1991, p. 318-319), *corresponde ao momento culminante em que o jurista se eleva ao plano teórico dos princípios e conceitos*

³² Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Composicao> > , acesso em 03 out. 2020.

gerais indispensáveis à interpretação, construção e sistematização dos preceitos e institutos de que se compõe o ordenamento jurídico.

Em outras palavras, Reale (1991, p. 320) assevera que *o jurista, quando interpreta um texto e tira conclusões, coordenando-se e sistematizando-se, segundo princípios gerais, visa ao problema da aplicação. É nesse trabalho que consiste principalmente a Dogmática Jurídica.*

Discorrendo sobre a importância da dogmática para o direito, Reale (1991, p. 322) assenta que:

Devemos evitar, na Ciência Jurídica, tanto os males da formalização que se aliena da experiência, como os do casuísmo que a pulveriza e estiola. Nada mais pernicioso do que reduzir a jurisprudência a comentários de leis. Os comentários deixam-nos no vestibulo da Dogmática Jurídica. A Ciência do Direito somente se revela como ciência madura quando as interpretações dos artigos completam-se através de uma visão unitária de todo o sistema. É por essa razão que os grandes comentaristas, como Clóvis Beviláqua, antes de entrar na apreciação articular de cada regra de direito, cuidam dos princípios gerais que as condicionam. Realizam, assim, um trabalho de Dogmática, que, de certa maneira, faz lembrar o da Geometria das ciências éticas, visto como construímos e desdobramos conseqüências, partindo de certos textos ou pressupostos, contidos nas regras de direito, assim como os geômetras elaboram a sua ciência partindo de axiomas e postulados.

Basicamente, constituem dogmática penal as bases doutrinárias estudadas nos Capítulos 1, 2 e 3 deste trabalho, na medida em que se explorou os entendimentos teóricos de penalistas acerca do concurso de crimes, concurso formal de crimes e crime de roubo.

Por outro lado, também segundo Reale (1991, p. 327-328), a “Política do Direito” *representa, por assim dizer, o ponto de interseção entre a Política e o Direito.* E continua dizendo que *se a Política ou Ciência Política, em geral, visa à realização dos fins da comunidade através da ação do Estado e de outros centros de poder, a Política do Direito indaga das formas e outros meios jurídicos mais adequados à consecução daqueles fins.*

Mais especificamente no âmbito do direito penal, fala-se em “política criminal”. Assim, Shecaira (2004, p. 41-42) conceitua a política criminal nos seguintes termos:

A política criminal é uma disciplina que oferece aos poderes públicos as opções científicas concretas mais adequadas para controle do crime, de tal forma a servir de ponte eficaz entre o direito penal e a criminologia, facilitando a recepção das investigações empíricas e sua eventual transformação em preceitos normativos. Assim, a criminologia fornece o substrato empírico do sistema, seu fundamento científico. A política criminal, por seu turno, incumbe-se de transformar a experiência criminológica em opções e estratégias concretas assumíveis pelo legislador e pelos poderes públicos. O direito penal deve se encarregar de converter em proposições jurídicas, gerais e obrigatórias o saber criminológico esgrimido pela política criminal. Assim, a diferença entre a política criminal e criminologia é que aquela implica as estratégias a adotarem-se dentro do Estado no que concerne à criminalidade e a seu controle; já a criminologia converte-se, em face da política criminal, em uma ciência de referência, na base material, no substrato teórico dessa estratégia.

A política criminal, pois, não pode ser considerada uma ciência igual à criminologia e ao direito penal. É uma disciplina que não tem um método próprio e que está disseminada pelos diversos poderes da União, bem como pelas diferentes esferas de atuação do próprio Estado (...). Evidentemente que o Poder Legislativo implementa políticas criminais. Faz isso todos os dias, especialmente por estar pressionado pela própria mídia. Da mesma forma, os operadores do direito e, em especial, aqueles do Poder Judiciário fazem suas políticas criminais em decisões cotidianas. Ainda que busquem fundamentos intradogmáticos, não deixam de atender "às boas razões de política criminal" para absolverem com fundamento nos princípios da insignificância ou da adequação social. Enfim, a constatação científica pela criminologia de que não se deve usar a prisão e o próprio sistema punitivo, posto que instâncias criminógenas é que motivam os operadores do direito à utilização da chamada política criminal em seu cotidiano.

A partir do conceito exposto, é possível delimitar a compreensão da política criminal enquanto a adoção de opções e estratégias concretas para o controle do crime, a partir do substrato empírico do sistema fornecido pela criminologia.

É importante notar que a política criminal é desenvolvida e aplicada não apenas pelo legislador, no momento da feitura das leis – notadamente as normas penais incriminadoras –, mas também pelo Poder Judiciário, quando da subsunção dos casos concretos às disposições normativas gerais e abstratas, de modo que a política criminal adotada pelo julgador influencia, direta ou indiretamente, no resultado do julgamento e, conseqüentemente, no *quantum* da pena aplicada ao delinquente.

No que concerne à relevância da consideração das bases dogmáticas para a elaboração e aplicação das políticas criminais, Pascolati Junior (2019, p. 201) defende que:

A dogmática jurídico-penal que possui, dentre suas finalidades, interpretar e sistematizar determinada realidade social ou valores da sociedade, não pode ser vista de modo asséptico e neutro, vale dizer, sem os princípios orientadores da política criminal, sob pena da própria dogmática ser utilizada de maneira formal, estéril e desviada. Por outro lado, a política criminal também não pode ser considerada de forma isolada, sem as garantias estabelecidas pela dogmática – esta na busca de critérios de legitimação do direito positivo –, na medida em que, se assim fosse, qualquer modelo de Estado encontraria suporte e legitimação. Não basta, assim, tão-somente, a análise técnica-jurídica do comportamento humano do ponto de vista dogmático, posto que, em atenção ao modelo de Estado vigente, é mister que as expectativas sociais em torno de determinada conduta sejam valoradas e consideradas. Portanto, é necessário um sincretismo, uma inter-relação entre política criminal e dogmática e, por que não, da criminologia, afim de que os problemas oriundos dos comportamentos humanos sejam analisados e compreendidos aos olhos da ciência penal para, posteriormente, se for o caso, o Estado poder aplicar a reprimenda penal.

No mesmo sentido, versando sobre a importância de alinhar a política criminal ao direito posto, Von Liszt (2006, p. 105) aduz que:

Sem o perfeito conhecimento do direito vigente em todas as suas ramificações, sem completa posse da *technica* da legislação, sem o rigoroso freio do raciocínio lógico jurídico, a política criminal degenera em um racionalismo estéril a fluctuar desorientado sobre as ondas. Por outro lado, o direito penal perde-se em um formalismo infecudo e estranho à vida, si não for penetrado e guiado pela

convicção de que o crime não é somente uma idéia, mas um facto do mundo dos sentidos, um facto gravíssimo na vida assim do indivíduo como da sociedade que a pena não existe por amor dela mesma, mas tem o seu fundamento e o seu objetivo n proteção de interesses humanos. Sem uma sciencia do direito penal voltada para a vida e ao mesmo tempo adstricta ao rigor das formas, a legislação penal converte-se em um jogo das opiniões do dia não apuradas, e a administração da justiça em um officio exercido com tédio. É somente da sciencia que o direito penal e a administração da justiça recebem a força vivificadora.

Por outro lado, Roxin (2006, p. 64) alerta para três problemas envolvendo a adoção de uma concepção político-criminal no âmbito do pensamento sistemático jurídico-penal: *a concepção seria, primeiramente, muito indeterminada, possibilitaria em segundo lugar o arbítrio estatal e, por fim, seria estranha ao direito positivo ou à sua dogmática e sistemática.*

Após discorrer sobre os dois primeiros problemas apontados, envolvendo o alto grau de indeterminação da ideia de política criminal, a ensejar certa insegurança jurídica, e o risco que tal concepção propicia de que sejam, em nome da política criminal, perpetrados arbítrios estatais, Roxin (2006, p. 67-68) conclui o seguinte acerca do terceiro problema ou crítica envolvendo a concepção de política criminal:

A terceira crítica, por fim, fundamenta-se na tese de que o direito penal e a política criminal seriam disciplinas diversas, que nada têm a ver uma com a outra ou que se encontram mesmo em uma relação antagônica, o que é expressado na conhecida frase de Liszt: "O direito penal é a barreira intransponível da política criminal".

O que isso tem de correto é que a dogmática jurídico-penal só trata de um setor limitado da política criminal. O foco desta é a legislação — ou seja, encontra-se fora da ciência do direito em sentido estrito — e o direito das sanções. De resto, a tese de Liszt baseia-se na premissa mais própria de uma jurisprudência de conceitos, segundo a qual a tarefa da ciência do direito penal se limita a "compreender, numa abordagem estritamente técnico-jurídica, o crime e a pena como generalizações conceituais". O fato é, porém, que a ciência do direito penal tem de partir das decisões político-criminais do legislador — que, obviamente, só podem ser acolhidas na lei de modo bastante genérico —, concretizá-las e desenvolvê-las até seus

detalhes. O dogmático do direito penal é, assim, quem auxilia o legislador a realizar a sua intenção, quem tem de levar adiante as idéias básicas deste e quem tem de chegar a conclusões que correspondem à sua vontade, sem que o legislador as tenha conscientemente visto. Fidelidade à lei e criatividade dogmática e político-criminal não se excluem de modo algum.

Dessa forma, denota-se que a principal relação entre a política criminal e a dogmática jurídico-penal consiste no papel desempenhado por esta última de compreender as decisões político-criminais do legislador, transpostas na lei, a fim de, com base nelas, traçar as bases para a correta compreensão da finalidade da lei, o que permite a melhor aplicação do direito penal pelo intérprete.

No mesmo sentido, Luís Greco (2019, p. 25-27) ressalta a importância da ciência do direito na extração dos fundamentos concretos de legitimação da pena do direito positivo:

Mas e quanto aos termos “decisões valorativas do legislador” e “decisões judiciais”, que nós usamos sem preocupação? Nós não enxergamos no direito, acima de tudo, *voluntas, auctoritas*, e não *ratio, veritas*? Talvez o voluntarismo positivista, o qual muitos cientistas do direito declaram subscrever, tenha conseguido, impercebido, penetrar na linguagem da disciplina. No entanto, parece significativo que nós não demos aos atos dos juízes enquanto juízes o mero nome de decisão, senão também de julgamento ou juízo; no passado, falava-se em conhecimento ou veredito. Diante de decisões, o afetado se curva enquanto mais fraco; diante da verdade, ele a reconhece enquanto ser racional.

Com isso, parece evidente haver uma relação, talvez singular em termos teórico-científicos, entre a ciência jurídica e o seu objeto, o direito. Seria, é verdade, exagerado afirmar que a ciência do direito produz seu objeto. No entanto, certamente, essa afirmação tem algo de correto: por faltar qualquer poder à ciência do direito enquanto ciência, já que opera apenas na esfera das razões, ela *contribui para a juridicidade do direito*. Que o legislador tenha o poder de criar leis, e o juiz de tomar decisões, essa ciência toma como fato. Mas é a ciência do direito que, no seu cotidiano, coloca à prova a pretensão, implicitamente existente, de que esses atos sejam mais do que simples atos de poder. A ciência do direito, portanto, como um “quarto poder” impotente, vigia se as atividades dos outros três

poderes potentes se sustentam em razões. Ela não pratica essa vigilância por meio de força corporal, senão racional, a fim de que essas razões também suportem seus resultados. Ela obriga o poderoso a prestar contas de suas decisões e o denuncia quando as razões indicadas por ele, na verdade, são uma racionalização insincera. A ciência do direito é, portanto, a *ciência da distinção* entre direito e poder.

Essa sua tarefa diferenciadora tem ainda mais importância no *direito penal*. A pena é o instrumento mais odioso e violento do poder. A ela é inerente uma colisão entre a poderosa ordem jurídica e o impotente indivíduo. Justamente por isso, ela é extremamente carente de justificação e, na melhor das hipóteses, passível disso. Uma pena tem que poder satisfazer a exigência de respeitar o seu destinatário como ser racional. Muitos dos tradicionais princípios do direito penal são possivelmente deduzidos dessa exigência – dentre outros: o princípio de que o direito penal deve atuar para a segurança das condições de uma vida conjunta pacífica, ou seja, que deve servir à proteção de bens jurídicos; o princípio de que a pena pressupõe uma cominação legal prévia, ou seja, o princípio do *nullum crimen, nulla poena*; e o princípio de que nenhuma pena deve ultrapassar a medida do merecimento, o chamado princípio da culpabilidade. Esses princípios da legitimação da pena – que podem ser resumidos sob o termo política-criminal – não podem permanecer no campo das abstrações não vinculantes, que são assunto das seções introdutórias dos manuais jurídicos, mas devem ser projetados sobre as concretas conclusões que se extraem do direito positivo.

Diante disso, a partir da ideia de construção do sentido do direito a ser aplicado concretamente com base nas premissas fixadas pelo legislador no direito positivo, surge o método da interpretação teleológica ou finalística, o qual será melhor explorado a seguir.

A esse respeito, registre-se, por fim, a consideração feita por Reale (1991, p. 320) no sentido de que *enquanto que no plano das ciências físico-matemáticas esgota-se a tarefa científica na pura explicação, nos domínios jurídicos qualquer posição teórica é um momento de ação a ser desenvolvida visando à consecução dos fins objetivados na e pela regra de direito*. Deve o intérprete do direito, em outras palavras, objetivar, sempre, a concretização dos fins visados pela ordem jurídica posta.

5.2 Interpretação teleológica

Novelino (2018), tratando do processo interpretativo teleológico-objetivo proposto por Ihering, refere que segundo tal método, as normas jurídicas devem ser interpretadas com base na finalidade contida no texto normativo. Assim, com base no método teleológico, é possível perquirir os fins pretendidos pela norma jurídica e, a partir daí, interpretar a norma à luz do caso concreto da forma que melhor atenda a essa finalidade.

Ráo (1977, p. 494) assim conceitua o método teleológico:

O método teleológico considera o direito como uma ciência *finalística* e daí o considerar o fim desejado pelas normas jurídicas como o meio mais hábil para a descoberta do sentido e do alcance dos preceitos jurídicos normativos, meio que permite ao jurista as aplicações diversas e sucessivas de que a fórmula é suscetível. Não indica, entretanto, quais os meios para se fixar, com precisão, o fim visado pelas normas jurídicas, nem quais as causas destas normas.

Aprofundando o tema, Reale (1991, p. 286-287) explica que:

A compreensão finalística da lei, ou seja, a *interpretação teleológica* veio se afirmando, desde as contribuições fundamentais de Rudolph von Ihering, sobretudo em sua obra *O Fim no Direito*. Atualmente, porém, após os estudos de teoria do valor e da cultura, dispomos de conhecimento bem mais seguro sobre a estruturadas regras de direito, sobre o papel que o *valor* nela representa: o *fim*, que Ihering reduzia a uma forma de interesse, é visto antes como o *sentido do valor reconhecido racionalmente enquanto motivo determinante da ação*.

Fim da lei é sempre um valor, cuja preservação ou atualização o legislador teve em vista garantir, armando-o de sanções, assim como também pode ser fim da lei impedir que ocorra um desvalor. Ora, os valores não se explicam segundo nexos de causalidade, mas só podem ser objeto de um *processo compreensivo* que se realiza através do confronto das partes com o todo e vice-versa, iluminando-se e esclarecendo-se reciprocamente, como é próprio do estudo de qualquer estrutura social.

Nada mais errôneo do que, tão logo promulgada uma lei, pinçarmos um de seus artigos para aplica-lo isoladamente, sem nos darmos conta de *seu papel ou função no contexto do diploma legislativo*.

Seria tão precipitado e ingênuo como dissertarmos sobre uma lei, sem estudo de seus preceitos, baseando-nos em sua ementa...

Estas considerações iniciais visam pôr em realce os seguintes pontos essenciais:

toda interpretação jurídica é de natureza teleológica (finalística) fundada na *consistência axiológica (valorativa)* do Direito;

toda interpretação jurídica dá-se numa *estrutura de significações*, e não de forma isolada;

cada preceito significa algo situado no todo do ordenamento jurídico.

Logo, com base nos conceitos expostos, é possível concluir que a interpretação teleológica das normas jurídicas é aquela que tem em vista a finalidade buscada pela lei. Desse modo, deve, o intérprete, analisando o ordenamento jurídico globalmente considerado, extrair o fim visado pela lei ao dispor desta ou daquela forma – ao invés de simplesmente considerar um dispositivo legal isoladamente e de forma desconexa relativamente ao contexto normativo no qual se insere – e, com base nessa finalidade objetivada pelo direito, identificar a solução adequada ao caso concreto.

O uso desse método pelo intérprete é indicado em razão da necessidade de observar, especialmente na seara penal, as bases e os limites impostos pela norma jurídica positivada, tendo em vista que ela é editada pelo Poder Legislativo, o qual é composto de representantes democraticamente eleitos pela população e, nessa senda, refletidores dos anseios e valores da sociedade, que é, por sua vez, a própria destinatária das leis.

Assim, ainda que se questione, como acima citado na conceituação de Ráo (1977), quais seriam os meios adequados à perseguição e identificação da finalidade da lei, é certo que o trabalho atualmente feito pela dogmática, mediante a análise da norma jurídica enquanto parte de um todo, que é o ordenamento jurídico, buscando uma solução que harmonize o conjunto das disposições legais, é o método mais consentâneo com a busca pela fidelidade aos objetivos traçados pelo direito posto, tal como delineado, acima, por Reale (1991).

Precisamente sobre o papel desempenhado pelo método interpretativo teleológico na atividade da dogmática jurídico-penal, Robles Planas (2016, p. 23) discorre que:

(...) a dogmática jurídico-penal, em sua tarefa de explicação de conceitos, opera, em primeiro lugar, identificando os fenômenos da realidade (análise) com conteúdo de sentido próprio, para,

posteriormente, submetê-lo a um processo de abstração conceitual – marcado pelo valorativo e pelo teleológico – no qual se depuram os elementos relevantes e se obtém uma definição. Finalmente, gera-se uma denominação, isto é, uma fórmula linguística que se utilizará no futuro para referir-se à definição anterior.

Daí resultar a importância da atividade desenvolvida pela dogmática jurídico-penal, enquanto responsável pela conceituação dos institutos trazidos pela lei penal a partir da análise dos fins visados pela lei, tendo em vista o ordenamento jurídico globalmente considerado.

É justamente por essa razão que se mostra relevante o diálogo entre as bases doutrinárias, estabelecidas pela dogmática jurídico-penal nessa aprofundada análise teleológica dos institutos penais, e o aplicador do direito, notadamente o Poder Judiciário, ao interpretar a lei penal a fim de aplicá-la ao caso concreto.

5.3 Confronto entre as bases doutrinárias e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça relativamente à aplicação do concurso formal entre crimes de roubo

Conforme estudado no Capítulo 2 deste trabalho, o concurso formal próprio de crimes, tal como delineado no artigo 70, *caput*, primeira parte, do Código Penal, segundo a dogmática jurídico-penal, foi desenvolvido com a finalidade de beneficiar o autor do fato delitivo.

Isso porque, não obstante haja a prática de mais de um resultado típico pelo sujeito, não se aplicam as reprimendas de cada um dos delitos consumados de forma cumulativa, mas, sim, aplica-se apenas uma das penas – a mais grave delas, se distintas, ou qualquer uma delas, se iguais –, majorada de um sexto até a metade, adotando-se, assim, o sistema de exasperação da pena.

A hipótese autorizadora da incidência dessa consequência jurídica estabelecida pela lei penal não difere, quanto ao resultado típico produzido, daquela hipótese prevista no artigo 69, *caput*, primeira parte, do Código Penal, o qual trata do concurso material de infrações penais, eis que, em ambos os casos, o agente pratica dois ou mais crimes.

O que difere, em verdade, as referidas modalidades de concursos de crimes entre si é o fato de que no concurso material de infrações penais o sujeito pratica os delitos mediante uma pluralidade de condutas distintas, isto é, mais de uma ação ou omissão, enquanto no concurso formal de crimes os resultados delitivos produzidos são oriundos de uma única conduta.

Diante disso, investigando as razões de política criminal que levaram à disciplina das modalidades de concurso de crimes de tal forma, bem como as finalidades almejadas pela lei penal ao traçar a referida distinção, a doutrina estabelece que a razão que, axiologicamente, justifica o tratamento distinto dispensado a tais modalidades de concursos de crimes é a menor reprovabilidade da conduta daquele que incorre no artigo 70, *caput*, primeira parte, do Código Penal, do que aquela da conduta do sujeito que incide no artigo 69, *caput*, primeira parte, do Código Penal.

No entanto, isso não se deve ao fato de que o agente objetivamente pratica apenas uma ou mais condutas para a consecução dos resultados delitivos. Diversamente, o maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta reside no elemento subjetivo que animou a sua conduta, o que fica nítido diante da diferente consequência jurídica dada pela lei ao concurso formal impróprio de crimes.

Em outras palavras, caso a conduta seja dotada de maior reprovabilidade em razão do elemento subjetivo do autor do fato, ainda que ele tenha praticado dois ou mais crimes mediante uma única conduta, o agente não será beneficiado pelo sistema de exasperação da pena estabelecido no artigo 70, *caput*, primeira parte, do Código Penal, que cuida do concurso formal próprio de crimes, mas, sim, receberá a aplicação cumulativa das reprimendas de todos os delitos praticados, tal qual ocorre no concurso material de crimes (artigo 69, *caput*, primeira parte, do Código Penal), que é o que prevê o artigo 70, *caput*, segunda parte, do Código Penal, o qual prevê o concurso formal impróprio de crimes.

Nessa sequência de ideias, note-se que o que distingue o concurso formal próprio do concurso formal impróprio de crimes é, segundo a lei penal, o desígnio que anima a conduta do agente. É dizer, havendo desígnios autônomos, incidirá a modalidade imprópria do concurso formal de infrações penais, a qual é mais gravosa; residualmente, incidirá a modalidade própria do concurso formal de infrações penais – menos gravosa – para os demais elementos subjetivos possíveis.

Destarte, de acordo com a doutrina penal majoritária analisada neste trabalho, tendo-se em conta que o sistema de exasperação da pena (primeira parte do *caput* artigo 70 do Código Penal) determinado pelo concurso formal próprio de crimes foi delineado com a finalidade de beneficiar o acusado, em razão do elemento subjetivo que anima a sua conduta, deve a expressão “desígnios autônomos” contida na segunda parte do *caput* do artigo 70 do Código Penal (mais gravoso) ser interpretada restritivamente, para abranger, apenas, as hipóteses em que houver dolo direto do agente relativamente a todos os resultados delitivos praticados em decorrência de sua conduta única.

Isso se deve ao fato de que a conduta do agente, embora tenha sido única, ao produzir mais de um resultado doloso (dolo direto), equipara-se à situação em que os

mesmos resultados são dolosamente atingidos por meio de mais de uma conduta, tratando-se, outrossim, de mera opção “logística” do agente perpetrar o plano delitivo através de uma ou mais condutas. Ambas as situações são dotadas de igual gravidade e, logo, reprovabilidade jurídico-penal (cúmulo material das reprimendas).

Por outro lado, deve prevalecer a incidência da primeira parte do *caput* do artigo 70 do Código Penal, consistente no concurso formal próprio de crimes, por ser mais benéfico, nas demais hipóteses em que o autor praticar mais de um resultado típico por meio de uma única conduta, é dizer, nos casos em que agir, relativamente aos diversos resultados típicos, com (i) dolo direto relativamente a um resultado e culpa (consciente ou inconsciente) relativamente ao(s) outro(s); (ii) dolo direto relativamente a um resultado e dolo eventual relativamente ao(s) outro(s); (iii) dolo eventual relativamente a um ou alguns dos resultados e culpa (consciente ou inconsciente) com relação ao restante; (iv) culpa (consciente ou inconsciente) relativamente a todos os resultados; ou (v) dolo eventual relativamente a todos os resultados – eis que, em tais casos, a ausência de dolo direto (“desígnios autônomos”) com relação à pluralidade de resultados típicos torna o desvalor da conduta menor.

Ante o exposto, é possível concluir que o agente que pratica mais de um crime mediante uma única conduta, porém dotado de desígnios autônomos (dolo direto) relativamente a cada um dos resultados delitivos, não pode ser beneficiado com a aplicação do concurso formal próprio de crimes e, por conseguinte, com o sistema de exasperação da pena, sob pena de subverter-se a lógica imprimida à lei penal; isto é, sob pena de desviar-se da finalidade da lei – que é beneficiar somente o sujeito que não age imbuído de desígnios autônomos relativamente aos resultados alcançados por meio de sua conduta delitiva única –, afastando-se, assim, do método interpretativo teleológico e das razões de política criminal inauguradas pelo direito penal positivado.

É justamente nesse ponto que reside a contradição entre tais bases estabelecidas pela dogmática jurídico-penal e o entendimento reiteradamente aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça em seus julgados, notadamente nos precedentes analisados no Capítulo 4 deste trabalho: referida Corte, sem aprofundar o exame acerca do elemento subjetivo que anima a conduta do autor do fato, aplica, de maneira indistinta, o concurso formal próprio aos crimes de roubo, com o consequente sistema de exasperação da pena (primeira parte do *caput* artigo 70 do Código Penal), que foram praticados mediante uma conduta única pelo agente no mesmo contexto fático, ainda que presente o dolo direito em todos os resultados delitivos alcançados.

Com efeito, conforme analisado anteriormente, nos diversos casos concretos que chegam à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, a referida Corte reitera o

entendimento no sentido de que (i) o número de crimes patrimoniais praticados pelo agente deve ser identificado a partir do número de patrimônios (principal bem jurídico protegido pelo artigo 157 do Código Penal) subtraídos no mesmo contexto delitivo, considerando-se, nesse ponto, as individualmente quanto ao patrimônio próprio de cada uma delas (afastada a tese de patrimônio único quanto as bens subtraídos de integrantes de uma mesma família); (ii) ainda que praticados diferentes atos ou movimentos corporais de subtração, deve-se entender pela existência de uma única conduta global, tendo em vista a unidade do plano delitivo do autor do fato e o contexto fático único no qual foram praticadas as subtrações; (iii) em razão de existir uma única conduta para a execução de diversos crimes de roubo em um único contexto, configura-se o concurso formal de crimes, na medida em que o agente, objetivamente, mediante conduta única, pratica mais de um crime; (iv) dentre as espécies de concurso formal contempladas no Código Penal, aplica-se o concurso formal próprio (artigo 70, *caput*, primeira parte, do Código Penal) com a consequência incidência do sistema de exasperação das reprimendas, presumindo-se a existência de um único desígnio – em oposição à expressão “desígnios autônomos” utilizada para caracterizar o concurso formal impróprio de crimes.

Observa-se que os entendimentos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça expostos nos itens “(i)”, “(ii)” e “(iii)” do parágrafo acima guardam correspondência com as bases doutrinárias exploradas nos capítulos iniciais deste trabalho. Por outro lado, o entendimento adotado quanto à específica modalidade de concurso formal de infrações penais incidente nos casos concretos, indicado no item “(iv)” do parágrafo supra, diverge das diretrizes dogmáticas estudadas, eis que, conforme dito alhures, a doutrina defende a incidência do concurso formal impróprio para a hipótese em que os crimes de roubo, ainda que praticados mediante conduta única, são praticados pelo agente mediante “desígnios autônomos”.

Ocorre que, entendendo dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça inclui, na mesma hipótese e, logo, na mesma consequência jurídica, situações que foram, *prima facie*, distinguidas pela lei penal. Acaba-se, dessa forma, dispensando-se o mesmo tratamento jurídico a agentes cujas condutas são dotadas de graus distintos de reprovabilidade, gerando uma desigualdade de tratamento onde a lei não pretendeu gerar.

Nessa senda, dentre os precedentes aliados, tome-se, por exemplo, o caso concreto apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça no agravo regimental no agravo em recurso especial n. 1.643.848/PR, analisado no no item 4.1.5 deste trabalho. A partir da análise das circunstâncias do caso concreto, verifica-se que o agente se valeu da facilidade que existia na prática delitiva em um estabelecimento comercial, no qual se encontravam diversas pessoas, além, é claro, da própria pessoa jurídica em cujo estabelecimento comercial se deu a conduta criminosa, para subtrair bens de diversas vítimas distintas.

Note-se que o autor não se restringiu a subtrair os bens da pessoa jurídica em questão, mas aproveitou-se do contexto da prática criminosa para, mediante múltiplos movimentos corpóreos, que consubstanciaram uma conduta delitiva única, subtrair bens de diversos clientes, pessoas naturais, que lá estavam, aumentando, assim, a vantagem obtida.

Não se pode, nesse caso, dizer que não houve dolo direto por parte do agente criminoso que subtraiu os bens das diversas vítimas que se encontravam no estabelecimento comercial, eis que nitidamente perceptível a individualidade de cada uma das pessoas ofendidas, bem como das esferas patrimoniais de cada uma delas.

Assim, a conclusão pela incidência do concurso formal próprio de crimes, nesse caso, vai de encontro à finalidade da lei, que procurou beneficiar tão somente o sujeito que não age imbuído de desígnios autônomos na prática de mais de um crime mediante conduta única. Cria-se, dessa forma, um benefício onde a lei não previu, mas, ao contrário, optou por punir mais severamente, tendo em vista os termos expressos da segunda parte do *caput* do artigo 70 do Código Penal.

Note-se, nesse sentido, a diferença que a hipótese em comento guarda, por exemplo, com o caso concreto objeto do agravo regimental no *habeas corpus* n. 443.242/MG, analisado no item 4.1.2 deste trabalho. No caso em referência, o agente, mediante conduta única e em um mesmo contexto fático, subtraiu bens pertencentes a pessoas distintas e, logo, atinentes a esferas patrimoniais igualmente distintas (da pessoa jurídica em cujo estabelecimento comercial se deu o roubo e da pessoa natural que lá se encontrava, que era vendedora e proprietária da empresa), mas que estavam, no momento da prática delitiva, na posse de uma única pessoa natural. Não é possível, nesse caso, afirmar que a previsibilidade do agente atingiu, efetivamente, ambos os patrimônios isoladamente considerados, mormente em razão do fato de que os bens subtraídos se encontravam em poder de uma única vítima.

Nessa hipótese, é perfeitamente possível compreender pela existência de dolo direto relativamente a um dos resultados atingidos e de dolo eventual relativamente ao outro resultado, o que autoriza a incidência do concurso formal de crimes na modalidade própria, com a aplicação do sistema de exasperação da pena em benefício do réu (artigo 70, *caput*, primeira parte, do Código Penal). Aliás, a partir da interpretação teleológica do artigo 70 do Código Penal, considerada a globalidade do diploma normativo no qual ele se insere, é justamente essa hipótese – na qual não há dolo direto ou desígnios autônomos por parte do agente quanto aos múltiplos resultados típicos alcançados pela conduta única – que a lei tem por finalidade imprimir um tratamento mais brando ao acusado, limitado, ainda, ao teto estabelecido pelo parágrafo único do mesmo artigo 70 do Código Penal, tudo isso em favor do acusado.

Assim, é possível perceber, a partir da análise de casos práticos, a diferença do elemento subjetivo do autor do fato, a ensejar, igualmente, a dispensa de tratamentos jurídico-penais diversos, tendo em vista a política criminal adotada pelo Código Penal, com a finalidade de tratar, mais beneficentemente, aquele que não age imbuído de desígnios autônomos quanto aos crimes praticados, relativamente àquele sujeito que assim o faz, cuja conduta é merecedora de maior reprovação.

Aqui cumpre anotar que os exemplos tratados se limitam à presença de (i) dolo direto com relação a um resultado típico e dolo direto com relação ao outro e (ii) dolo direito com relação a um resultado delitivo e dolo eventual relativamente ao outro, não havendo que se cogitar, na hipótese em estudo, da combinação de alguma modalidade dolosa com a culpa, eis que o Código Penal, tal como visto no Capítulo 3 deste trabalho, não prevê, em seu artigo 157, qualquer modalidade culposa para o crime de roubo, de modo que, na esteira do que prevê o artigo 18, parágrafo único, do Código Penal, não havendo expressa previsão legal nesse sentido, o crime praticado culposamente não é punível.

5.4 Conclusão

Nos moldes aqui expostos, conclui-se que o entendimento reiteradamente aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça a casos envolvendo a prática de mais de um crime de roubo, mediante conduta única em um mesmo contexto fático, nem sempre coincide com as bases estabelecidas pela doutrina ou dogmática jurídico-penal, no estudo do artigo 70 do Código Penal.

Isso porque o Superior Tribunal de Justiça, nos precedentes analisados, aplica indistintamente a modalidade própria do concurso formal de crimes aos casos nos quais o agente pratica, mediante uma só conduta, múltiplos crimes de roubo em um único contexto fático, independentemente do elemento subjetivo que animou a sua conduta relativamente a cada um dos resultados típicos produzidos.

Dessa forma, a distinção estabelecida pela lei penal entre as modalidades própria e imprópria de concurso formal de crimes, tal como explicada pela doutrina, acaba não sendo observada na aplicação prática desse instituto penal, o que culmina no desatendimento à finalidade objetivada pela lei, de dispensar tratamento mais brando apenas ao sujeito que não age imbuído de desígnios autônomos relativamente a cada um dos resultados típicos produzidos.

Em outras palavras, o Superior Tribunal de Justiça acaba por dispensar igual tratamento jurídico a sujeitos que praticam crimes de roubo animados por elementos subjetivos distintos, criando um privilégio, àquele que age imbuído de desígnios

autônomos, onde a lei não previu, o que implica, em última análise, ofensa ao próprio princípio da isonomia, o qual, segundo Masson (2017, p. 67) estabelece a “obrigação de tratar igualmente aos iguais, e desigualmente aos desiguais, na medida de suas desigualdades”.

A *práxis*, portanto, aqui representada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, distancia-se das bases dogmáticas estabelecidas pela doutrina penalista, afastando-se das razões de política criminal que inspiraram a disciplina do instituto do concurso formal de crimes pelo Código Penal e desviando-se, no mesmo sentido, da interpretação teleológica da lei penal, na medida em que restam inobservadas as finalidades almejadas pelo artigo 70 do Código Penal, interpretado à luz da globalidade do ordenamento jurídico-penal no qual se insere, nos moldes já expostos anteriormente.

A razão para a aplicação do concurso formal próprio de crimes em tais casos, segundo alguns doutrinadores, como Gonçalves (2018, p. 390), seria “provavelmente porque a pena ficaria muito alta se houvesse muitas vítimas e as penas fossem somadas”. Note-se que essa possível explicação se funda também em razões de política criminal, mas não aquela que inspirou o Poder Legislativo na edição do artigo 70 do Código Penal, e sim a política criminal aplicada pelo próprio julgador, no âmbito do Poder Judiciário – até porque, como visto anteriormente, a política criminal faz-se presente em ambos os momentos em questão, isto é, tanto na elaboração da norma jurídica pelo Poder Legislativo, quanto na sua posterior aplicação pelo Poder Judiciário.

É nesse sentido, inclusive, a constatação de Salvador Netto (2014, p. 236) acerca do “fato de a decisão judicial, muitas vezes, estar propositadamente afastada de construções dogmáticas precisas, buscando tão só um resultado que seja politicamente satisfatório, almejando meras justificativas aptas a sustentar a pena mais severa possível” – no caso em análise, a pena mais branda do que aquela que resultaria da aplicação do concurso formal impróprio de crimes de roubo.

Embora possa, de alguma forma, ser legítima a política criminal que inspira a aplicação do concurso formal de crimes pelo Superior Tribunal de Justiça nos moldes aqui expostos, é certo que ela destoa da política criminal que inspira a norma penal positivada, a qual é identificada pela dogmática jurídico-penal a partir da interpretação teleológica do artigo 70 do Código Penal.

Esse fato, consistente na divergência entre a dogmática e a *práxis*, não contribui para a racionalidade da aplicação do direito penal aos indivíduos, o que se agrava notadamente tendo em vista que são inobservadas as finalidades da lei penal editada pelos representantes políticos eleitos, democrática e legitimamente, pelos mesmos indivíduos destinatários da norma penal.

CONCLUSÃO

O concurso de infrações penais se verifica quando o agente pratica mais de um crime ou contravenção penal, seja mediante uma única ação ou várias ações. O atual Código Penal brasileiro, Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, com redação dada pela Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984, elenca três formas elementares de concursos de crimes: (i) o concurso material, disposto no artigo 69 do Código Penal; (ii) o concurso formal, tratado no artigo 70 do Código Penal; (iii) e o crime continuado, disciplinado no artigo 71 do Código Penal.

O concurso formal de infrações penais se verifica quando o agente, mediante uma única conduta (ação ou omissão), pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não. Segundo a doutrina, adotada a teoria objetiva, o concurso formal de infrações (enquanto gênero, do qual são espécies os concursos formais próprio e impróprio), independentemente da unidade ou da pluralidade de desígnios do autor, é configurado mediante a reunião de requisitos objetivos consistentes na unidade da conduta e na pluralidade dos resultados. Dessa forma, o(s) desígnio(s) do agente somente relevará(ão) para a distinção entre as espécies de concurso formal – próprio ou impróprio –, mas não para a caracterização do concurso formal em si, enquanto gênero, eis que para a sua identificação basta que uma única conduta produza mais de um resultado típico

Nesse ponto, consigne-se que o termo “conduta” não se confunde com “ato”, de modo que uma única conduta, praticada em um mesmo contexto fático (iguais condições de espaço e tempo) – elemento objetivo – e mediante a vontade do autor de praticar uma só conduta ou plano delitivo – elemento subjetivo –, pode ser composta por diversos atos ou movimentos corpóreos.

Por sua vez, a expressão “desígnios autônomos”, que diferencia o concurso formal impróprio do concurso formal próprio de crimes, deve, segundo a doutrina, ser compreendida enquanto a presença de dolo direto do agente relativamente à pluralidade de resultados criminosos atingidos por meio de sua conduta delitiva. A falta de dolo direto com relação a um dos resultados obtidos (dolo eventual ou culpa, consciente ou inconsciente) caracteriza, residualmente, o concurso formal próprio de infrações penais.

Tendo em vista as consequências jurídicas estabelecidas pela lei relativamente a cada uma das modalidades de concurso formal de crimes, a doutrina extrai que a finalidade da lei é beneficiar o autor do fato, por meio da incidência do sistema de exasperação da pena (artigo 70, *caput*, primeira parte, do Código Penal), nos casos em que não há desígnios autônomos relativamente a todos os resultados atingidos – isto é, para a hipótese de concurso formal próprio de infrações penais –, ao passo que a lei pune mais severamente aquele que age imbuído de desígnios autônomos (dolo direto) relativamente

a cada um dos resultados praticados por meio da conduta única, com a incidência do sistema do cúmulo material de reprimendas (artigo 70, *caput*, primeira parte, do Código Penal), no que caracteriza o denominado concurso formal impróprio de infrações penais.

O crime de roubo está previsto no artigo 157 do Código Penal, e tem por finalidade a tutela do bem jurídico patrimônio, primordialmente, além da incolumidade física ou liberdade individual do ofendido. Por estar inserido no Capítulo II, do Título II da Parte Especial do Código Penal, isto é, no Título que trata dos crimes contra o patrimônio, este bem jurídico deve nortear a interpretação do delito em referência, adotando-se, na seara jurídico-penal, o conceito misto ou jurídico-econômico de patrimônio.

Em função do bem jurídico tutelado pela norma penal, o número de roubos praticados por um determinado indivíduo guarda correspondência com o número de patrimônios distintos atingidos. Em outras palavras, haverá tantos crimes de roubo quantas foram as vítimas de subtração patrimonial – independentemente do número de vítimas atingidas em sua incolumidade física ou liberdade individual.

A partir da análise dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça com julgamento no primeiro semestre do ano de 2020, verifica-se que a jurisprudência da referida Corte é pacífica no sentido de que (i) o número de crimes patrimoniais praticados pelo agente deve ser identificado a partir do número de patrimônios (principal bem jurídico protegido pelo artigo 157 do Código Penal) subtraídos no mesmo contexto delitivo, considerando-se, nesse ponto, as individualmente quanto ao patrimônio próprio de cada uma delas (afastada a tese de patrimônio único quanto as bens subtraídos de integrantes de uma mesma família); (ii) ainda que praticados diferentes atos ou movimentos corporais de subtração, deve-se entender pela existência de uma única conduta global, tendo em vista a unidade do plano delitivo do autor do fato e o contexto fático único no qual foram praticadas as subtrações; (iii) em razão de existir uma única conduta para a execução de diversos crimes de roubo em um único contexto, configura-se o concurso formal de crimes, na medida em que o agente, objetivamente, mediante conduta única, pratica mais de um crime; (iv) dentre as espécies de concurso formal contempladas no Código Penal, aplica-se o concurso formal próprio (artigo 70, *caput*, primeira parte, do Código Penal) com a consequência incidência do sistema de exasperação das reprimendas, presumindo-se a existência de um único desígnio – em oposição à expressão “desígnios autônomos” utilizada para caracterizar o concurso formal impróprio de crimes.

Em que pese à coincidência entre as três primeiras teses do Superior Tribunal de Justiça em referência com as bases estabelecidas pela doutrina, é certo que a última tese aplicada, no que toca à incidência indistinta da modalidade própria do concurso formal

aos crimes de roubo praticados mediante conduta única, em um mesmo contexto delitivo, diverge das premissas estabelecidas pela dogmática.

Isso porque, ao deixar de distinguir as modalidades de concurso formal de crimes incidentes nos casos concretos, sem adentrar na discussão acerca do elemento subjetivo do agente, o Superior Tribunal de Justiça acaba por equiparar situações jurídicas que a lei distinguiu, em ofensa à interpretação teleológica do ordenamento jurídico-penal e à isonomia, conferindo tratamento igual a sujeitos que se encontram em situações distintas. Em outras palavras, ao aplicar o concurso formal próprio de crimes, com a aplicação do sistema de exasperação da pena, ao sujeito que age imbuído de desígnios autônomos relativamente aos resultados delitivos atingidos, cria-se um benefício onde a lei penal não previu.

Embora, segundo parte da doutrina, esse tratamento jurídico dispensado pelo Superior Tribunal de Justiça seja baseado em razões de política criminal judiciária (que não corresponde à política criminal incorporada pela lei), com o fim de evitar a aplicação de reprimenda demasiadamente alta ao acusado, é certo que a divergência entre a dogmática e a *práxis* não contribui para a racionalidade da aplicação do direito penal aos indivíduos, o que se agrava notadamente tendo em vista que são inobservadas as finalidades da lei penal editada pelos representantes políticos eleitos, democrática e legitimamente, pelos mesmos indivíduos destinatários da norma penal.

REFERÊNCIAS

AISA, Estrella Escuchuri. **Unidade de ação e pluralidade delitiva**. Ciências Penais, vol. 5, p. 96-129, jul./dez. 2006. Disponível em:

<<https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000170316100c4088f83bc&docguid=I13596530f25211dfab6f010000000000&hitguid=I13596530f25211dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=2&context=66&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal: v. 1. Parte geral**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual**. Revista Liberdades. vol. 1, p. 16-27. mai-ago. 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral I**. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n. ° 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (texto consolidado até a Lei n. ° 13.968, de 26 de dezembro de 2019. Código Penal. Brasília, DF, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 fev. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2020a), Sexta Turma, AgRg no AREsp 1.588.159/GO, agravante: Lucas Abreu Ribeiro, agravado: Ministério Público do Estado de Goiás, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Brasília, j. 19.05.2020, DJe 28.05.2020. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1943084&num_registro=201902857521&data=20200528&formato=PDF>, acesso em 26 set. 2020.

_____. _____ (2020b), decisão monocrática, AREsp 1.588.159/GO, agravante: Ministério Público do Estado de Goiás, agravado: Lucas Abreu Ribeiro, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, j. 13.05.2020, DJe 15.05.2020. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=108467313&tipo_documento=documento&num_registro=201902857521&data=20200415&formato=PDF>, acesso em 26 set. 2020.

_____. _____ (2020c), Quinta Turma, AgRg no HC 443.242/MG, agravantes: Douglas Miranda Matos e outro, agravados: Ministério Público Federal e outro, impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Brasília, j. 16.06.2020, DJe 23.06.2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800726038&dt_publicacao=23/06/2020>, acesso em 26 set. 2020.

_____. _____ (2020d), Quinta Turma, AgRg no REsp 1.853.865/SP, agravante: Edgar Felix da Silva Neto, agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Brasília, j. 16.06.2020, DJe 23.06.2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903757950&dt_publicacao=23/06/2020>, acesso em 26 set. 2020.

_____. _____ (2020e), Quinta Turma, HC 581.345/SP, impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo, impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, paciente: Jonathan dos Santos Silva, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Brasília, j. 16.06.2020, DJe 22.06.2020. Disponível em: <

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001135391&dt_publicacao=22/06/2020 >, acesso em 03 out. 2020.

_____. _____ (2020f), Quinta Turma, AgRg no AREsp 1.643.848/PR, agravante: Ministério Público do Estado do Paraná, agravado: Anderson Clemente Correia, Relator Ministro Jorge Mussi, Brasília, j. 23.06.2020, DJe 04.08.2020. Disponível em: <
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000040525&dt_publicacao=04/08/2020 >, acesso em 03 out. 2020.

_____. _____ (2020g), Sexta Turma, AgRg no AREsp 1.651.955/GO, agravante: Ministério Público do Estado de Goiás, agravados: Lucas Henrique Feliciano Ferreira e outros, Relator Ministro Nefi Cordeiro, Brasília, j. 23.06.2020, Dje 29.06.2020. Disponível em: <
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000175269&dt_publicacao=29/06/2020 >, acesso em 03 out. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, vol. 1., parte geral: (arts. 1º a 120)**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COSTA JR, Paulo José da. **Curso de direito penal**. 12ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. **Teses do STJ sobre o concurso formal de crimes**. 12 abr, 2019. Disponível em:
<<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/04/12/teses-stj-sobre-o-concurso-formal-de-crimes/>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

EL HIRECHE, Gamil Foppel. **Teoria geral do concurso de crimes**. Ciências Penais, vol. 5, p. 305-322, jul./dez. 2006. Disponível em: <
<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000170314ea94bbb8222ac&docguid=I133cb570f25211dfab6f010000000000&hitguid=I133cb570f25211dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1410&context=11&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>
>. Acesso em: 10 fev. 2020.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte especial (arts. 121 a 183)**. vol. 2. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Antônio Gomes. **Dicionário de latim-português**. Porto: Porto Editora, 1991.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 4a. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal: v. 1, tomo II**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GRECO, Luís. **As razões do direito penal. Quatro estudos**. Tradução e organização de Eduardo Viana; Lucas Montenegro; Orlandinho Gleizer. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

HUNGRIA, Nelson. **Concurso de infrações penais**. Revista Forense, vol. 193, p. 192-195, jan./mar. 1961.

JESUS, Damásio de. **Direito penal. vol. 1: Parte Geral**. 34ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito penal**. vol. 1. 11ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Observações sobre o crime de roubo**. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 5, p. 855-867, Out. 2010. Disponível em:
<<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017031579a33cdfda136&docguid=Ia8ad7e10682011e181fe000085592b66&hitguid=Ia8ad7e10682011e181fe000085592b66&spos=1&epos=1&td=1&context=40&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Código penal interpretado**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Manual de direito penal, vol. 1: parte geral, arts. 16 a 120 do CP**. 30. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NÚÑEZ, Ricardo C. **Concurso ideal de delitos**. Revista de derecho y ciencias penales, Buenos Aires, v. 5, 9/12, p. 261-266, 1976. Disponível em: <http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=35432>. Acesso em: 10 fev. 2020.

PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto. **Os atuais crimes de posse e sua legitimidade: o exemplo do art. 41-B do Estatuto do Torcedor**. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. São Paulo, 2019.

RÁO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. vol. 1, tomo III. 2. ed. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1977.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 19. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1991.

ROBLES PLANAS, Ricardo. **Estudo de dogmática jurídico penal: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico**. Tradução de Marília Bassetto. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio**. São Paulo: Atlas, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria. **Concurso formal de crime: unidade de ação e pluralidade de infrações**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 11, n. 41, p. 257-267., jan./mar. 2003. Disponível em: <http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=41749>. Acesso em: 10 fev. 2020.

VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Tomo I. Brasília: Ed. Fac-sim, Coleção História do Direito Brasileiro, 2006.

A DEFENSORIA PÚBLICA COMO IMPORTANTE INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

CLEBERSON DA CUNHA SILVA:

Auditor Fiscal do Trabalho, graduado em Direito pela UEA, pós-graduado em Direito Público e Direito Penal e Processo Penal.

RESUMO: O Estado tem o poder-dever de prestar acesso amplo à justiça, sendo um de seus importantes instrumentos a disponibilização dos serviços da defensoria pública, considerando a história das constituições brasileiras e as ondas de acesso, cada vez mais vem crescendo a defensoria brasileira.

Palavras-chave: Estado. Poder-dever. Acesso à justiça. Defensoria Pública.

Introdução

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a importância da Defensoria Pública como importante instrumento de acesso à justiça aos cidadãos, fazendo cumprir a missão do poder público implantando efetivamente um Estado Democrático de Direito onde todos independente de sua classe social ou poder aquisitivo podem fazer valer seus direitos acessando o poder judiciário.

O Estado tem como uma de suas missões institucionais instrumentalizar a possibilidade de seu povo usufruir dos direitos e garantias estabelecidos em sua legislação. Não bastando se autolimitar para impedir abusos e excessos, devendo antes dar aos administrados instrumentos capazes de concretizar o acesso à justiça. Nesse contexto surge a Defensoria Pública, como instrumento máximo de acesso à justiça aos hipossuficientes, que será estudada no decorrer do presente trabalho.

1.Desenvolvimento

1.1. História da defensoria nas constituições brasileiras

Faremos aqui uma breve análise histórica das Constituições brasileiras, bem como das Emendas Constitucionais que trouxeram impacto na Defensoria Pública. O tema tem sido constantemente exigido em provas, por isso é importante o estudo nesse momento.

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira Constituição a assegurar expressamente, como direito e garantia individual, a *assistência judiciária* aos necessitados por meio de "órgãos especiais" que deveriam ser criados para esse fim.

A Constituição de 1937, outorgada pelo presidente Getúlio Vargas, não previu o direito de assistência judiciária, porém o CPC de 1939 e o Código Penal de 1941, disciplinaram, respectivamente, os institutos da justiça gratuita e a figura do advogado dativo.

A Constituição de 1946 tratou do tema "assistência judiciária", concedendo aos necessitados. A Constituição Federal de 1967, como a constituição anterior, concedeu assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei. E a Emenda Constitucional nº 1/1969, manteve o texto.

A Constituição Federal de 1988, tratou do tema "assistência jurídica", adotando o modelo público, concedendo de forma integral e gratuita. Emenda Constitucional nº 45/2004 conferiu às defensorias estaduais a autonomia funcional e administrativa, bem como a iniciativa de sua proposta orçamentária. Além disso, incluiu a DP na regra do repasse mensal (duodécimo) dos recursos relativos à sua dotação orçamentária.

A Emenda Constitucional nº 69/2012 transferiu a competência de organizar e manter a DPDF da União para o próprio DF. Obs.: alguns entendem que a DPDF conquistou implicitamente a autonomia administrativa e funcional com essa emenda. Emenda Constitucional nº 74/2013: Atribuiu autonomia funcional e administrativa, bem como a iniciativa de proposta orçamentária para DPDF e DPU de forma expressa.

Finalmente, a Emenda Constitucional nº 80/2014 deu a Defensoria Pública seção própria na Constituição Federal e saiu da seção "Da Advocacia", trouxe os princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional. Acrescentou ainda o art. 98 da ADCT, vejamos:

Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população. § 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo. § 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.

1.2. A defensoria como instrumento de assistência jurídica integral

A Defensoria Pública surge como instrumento para concretização do dever do Estado em prestar *assistência jurídica integral e gratuita* (art. 5º, inciso LXXIV da CF/88). Essa missão institucional primordial está amplamente relacionada ao acesso à justiça aos necessitados.

Assim, vamos fazer uma breve análise sobre as ondas renovatórias de acesso à justiça.

Doutrina importante é o estudo promovido por Mauro Cappelletti e Bryan Garth, realizado em Florença, que detectaram a existência de 3 ondas renovatórias de acesso à justiça, segundo aponta Pedro Lenza.³³

A primeira onda concentra-se na assistência judiciária para os pobres (hipossuficientes), assentando sua premissa no aspecto econômico. No Brasil a expressão seria a Lei nº 1.060/1950.

A segunda onda está relacionada aos direitos supraindividuais, direitos difusos, coletivos e individual homogêneo. Marco legal é o art. 129 e 134 da CF/88 e a Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública).

A terceira onda tem enfoque no acesso à justiça, buscando instrumentos de simplificação, métodos e alternativas para solução de conflitos. Trata-se de efetividade da justiça, deixando de lado aspectos mais técnicos e dando ênfase a um processo efetivo. Aqui o juiz ganha grande importância na condução do processo, buscando não apenas cumprir uma formalidade, mas tornar o processo mais efetivo. Exemplo é a Lei nº 9.099/95, assim como o novo Código de Processo Civil que buscou simplificar o acesso à justiça e aumentar os meios alternativos de soluções de conflitos por meio da autocomposição, e no âmbito constitucional a maior expressão está no já citado art. 5º, inciso LXXIV da CF/88.

Modernamente se fala em quarta onda e quinta onda. A quarta onda relaciona-se ao valor de justiça, mostrando a justiça como valor e não como mero instrumento. A quinta onda diz respeito à internacionalização dos direitos humanos.

Há de se distinguir a justiça gratuita, da assistência judiciária e ainda da gratuidade de justiça. Os conceitos citados estão umbilicalmente ligados à necessidade de uma *ordem*

33 LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 18ª edição. São Paulo, Saraiva: 2014, pp. 985.

jurídica justa (Kazuo Watanabe), onde se busca não apenas um acesso do jurisdicionado ao processo, mas uma efetividade do processo.

Embora tenha como fundamento o acesso à justiça, esses 3 conceitos não se confundem, portanto, não são sinônimos.

A justiça gratuita se refere à isenção do pagamento de custas, taxas, emolumentos e despesas processuais.

A assistência judiciária se relaciona com a isenção do pagamento das custas, taxas, emolumentos e despesas processuais, mais o patrocínio de causa por advogado podendo ser prestado por atividade estatal ou não estatal. Esse conceito se limita à defesa no âmbito judicial. Cabe aqui uma observação: Historicamente a Constituição de 1934 foi a primeira a prever em caráter inédito, que a União e os Estados deveriam conceder *assistência judiciária* aos necessitados.

1.3 Modelos de assistência judiciária gratuita

Existem alguns modelos de assistência judiciária, vamos estudar eles:

No modelo caritativo ou honorífico ou *pro bono* a prestação de assistência é caridade; que pode ser concedida por advogados. O Estado não se responsabiliza pela prestação do serviço.

O modelo público ou staff model, *Salaried of Staff* - Estado cria uma estrutura com dedicação exclusiva de servidores públicos. São as defensorias públicas. *No Brasil, o constituinte 1988 fez opção pelo salaried staff model*, criando um organismo específico, a Defensoria Pública, para o desempenho da assistência jurídica integral e gratuita, conforme se lê no artigo 134 da CF/88.

Já no modelo *Judicare* esse acesso é prestado por advogados privados remunerados pelo Estado (é o famoso advogado dativo).

Por fim, o modelo híbrido ou misto mistura a existência do *judicare* (explicação acima) e público (*salaried of staff*).

Para o STF não há obrigatoriedade de convênios com instituições privadas ou com a OAB para essa prestação em sistema misto, mas esses convênios não são vedados, pois

as Defensorias Públicas ainda gozam de estrutura insuficiente e precisam dessa complementação. (ADI4164).

Somente é possível a prestação pelo poder público de assistência jurídica a população carente por não defensores públicos em caso de situação excepcional e temporária.

Conceito mais amplo é o de assistência jurídica que abrange os dois conceitos anteriores e mais toda assessoria fora do processo judicial (extrajudicial). Esse é o conceito previsto no art. 5º, inciso LXXIV da CF/88. Assim, a Defensoria Pública atua no âmbito judicial e extrajudicial como previsto expressamente no art. 1º, ora comentado.

O conceito de assistência jurídica integral e gratuita foi cunhado pela primeira vez, na Constituição Federal de 1998, no já citado art. 5º, inciso LXXIV.

A concessão de assistência jurídica gratuita é atribuição do Defensor Público, diferente da gratuidade de justiça que compete ao juiz da causa.

Assim, a Defensoria presta assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

O STF em decisão acertada considerou inconstitucional lei estadual que determinou à Defensoria Pública a atribuição de fazer a defesa judicial dos servidores públicos processados em virtude do exercício do cargo (ADI 3.022-RS, Informativo 355), uma vez que estaria deturpando a finalidade da Defensoria em prestar assistência a quem não possui condições de acesso à justiça.

O conceito de necessitado ou aquele que comprove insuficiência de recursos tratam-se de conceitos jurídicos indeterminados. Não se pode confundir o conceito jurídico indeterminado com cláusula geral. Segundo Fredie Didier o conceito jurídico indeterminado não estabelece o conceito do termo nem a consequência jurídica, ex. o conceito de devido processo legal. Já conceito jurídico indeterminado embora não haja determinação do conceito, há previsão das consequências jurídicas, ex. o caso do conceito de hipossuficiente no caso do art. 5º inciso LXXIV, já que a consequência é a possibilidade de ser atendido pela Defensoria Pública.³⁴

34 DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, 11 a edição. Salvador, Juspodivm: 2009, pp. 67.

Não apenas a pessoa natural, mas a pessoa jurídica também é destinatária da norma, assim tem reconhecido a jurisprudência do STJ, havendo a seguinte diferença, sendo a entidade sem fins lucrativos, há presunção de sua hipossuficiência, bastando afirmação nos autos. Se, no entanto, se tratar de entidade com fins lucrativos, há necessidade de demonstração da impossibilidade de custear as despesas processuais.

1.4. A defensoria na constituição federal de 1988

O melhor conceito de Defensoria Pública é o extraído do próprio texto constitucional, art. 134, caput, da CF/88 (redação dada pela EC nº 80/2014), vejamos: 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.

Compete à União, Estados e Distrito Federal legislar concorrentemente sobre assistência jurídica e defensoria pública (competência concorrente).

Nos termos do art. 24, inciso XIII, §1º e §2º da CF/88 compete à União legislar sobre normas gerais relativos à assistência jurídica e Defensoria Pública; e os Estados e o Distrito Federal sobre normas específicas.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XIII - assistência jurídica e Defensoria pública;

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

Vale aqui destacar que é competência da União organizar e manter a Defensoria Pública dos Territórios Federais, no entanto, a Defensoria Pública do Distrito Federal é de competência do próprio Distrito Federal após a EC nº 69/2012 que alterou o art. 21, XIII, 22, XVII e art. 48, IX, todos da CF/88, ficando em parte revogado o art. 52 da LC nº 80/94

que dizia: “A Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios é organizada e mantida pela União.”

No que diz respeito às normas específicas, os Estados e o DF podem criar leis para regulamentar a concessão de justiça gratuita às empresas e tratar de qualquer assunto específico, desde que respeite as normas gerais estabelecidas pela União.

Pergunta interessante nesse momento seria a seguinte:

Existe Defensoria Pública Municipal? Pode ser criada por lei municipal?

A resposta para ambas perguntas é negativa. A defensoria pública não poderia ser criada no âmbito do Município diante da falta de competência para legislar sobre o assunto, conforme previsto no art. 24, inciso XIII da Constituição Federal.

Cabe à lei complementar federal dispor sobre a organização da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e Territórios, bem como prescrever normas gerais sobre a organização das defensorias públicas nos Estados, conforme dispõe o art. 134, §1º da CF/88, veja:

Art. 134, §1º - Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

A Constituição ainda previu a garantia de inamovibilidade, o que significa que o defensor público não pode ser removido de seu posto de trabalho, órgão de atuação ou comarca (ressalvadas hipóteses excepcionais a serem estudadas mais à frente), além de vedar o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

Pergunta pertinente para concursos públicos é: *O defensor público tem garantia à vitaliciedade?*

A resposta é negativa. O defensor público somente possui direito à estabilidade, após 3 anos de efetivo exercício, nos termos do art. 41 da CF/88, sendo inclusive inconstitucional lei estadual que preveja a vitaliciedade, conforme já decidiu o STF no julgamento da ADI 230/RJ, relatora Ministra Carmen Lúcia.

A CF/88, alterada pela EC nº 45/2004 passou a prever que às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

Mais tarde, através da EC nº 74/2013, essa autonomia funcional, administrativa e iniciativa de proposta orçamentária (também denominada pela doutrina de autonomia orçamentária) passou a ser aplicável também à Defensoria Pública da União e Distrito Federal.

Resumindo, a autonomia funcional funciona independente da vontade de outros poderes. Na autonomia administrativa a Defensoria se auto-organiza administrativamente. E na autonomia orçamentária a iniciativa de sua proposta orçamentária, que deve respeitar os limites de gastos estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal e na LDO.

Diante dessa importante característica o STJ no Informativo 586 (HC 310.901-SC) assentou que não configura crime de desobediência a conduta do Defensor Público Geral que deixa de atender à requisição judicial para nomeação de defensor público para atuar em determinada ação penal. Isso porque a autonomia administrativa e funcional não permite que o Poder judiciário interfira nos critérios de escolha e nomeação definidos pelo Defensor Público Geral.

Aqui cabe destacar alguns julgamentos do STF que relatam leis estaduais que violaram a autonomia funcional, administrativa ou orçamentária da Defensoria Pública. Tratam-se de julgamentos atuais comentados por Márcio André Lopes Cavalcante.³⁵

Ação Direta de Inconstitucionalidade 5286-AP – ficou decidido que não pode a lei estadual atribuir competência ao Governador do Estado para nomear cargos essenciais da Defensoria Pública estadual por ferir a autonomia administrativa. Além de que a autonomia financeira permite ao Defensor Público Geral propor lei que fixa aumento de subsídios da carreira.

Ação Direta de Inconstitucionalidade 5287-PB e ADPF 307-DF – decidiu que Governador não tem competência para reduzir unilateralmente a proposta orçamentária

³⁵ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Vade Mecum de Jurisprudência Dizer o Direito**, 9ª edição, Salvador, Juspodivm: 2020, pp. 132.

da Defensoria Pública estadual, por ofensa a autonomia administrativa e financeira da Defensoria.

Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 339-PI – definiu que o Governador do Estado não pode reter o repasse em forma de duodécimos orçamentários referente à Defensoria Pública, que deve ser enviado até dia 20 de cada mês como determina o art. 168 da CF/88. Tal conduta seria flagrante violação da autonomia orçamentária da Defensoria Pública.

Também decidiu o STJ no Recurso em Mandado de Segurança 59.413-DF que ao impor a nomeação de Defensores para atuar em processos na Justiça Militar do Distrito Federal, em discordância com critérios de alocação de pessoal previamente aprovados pelo Conselho Superior da Defensoria Pública do DF, a autoridade judiciária interfere na autonomia funcional e administrativa do órgão, julgado de 07/05/2019 (Info 648)

Aplica-se à Defensoria Pública os princípios institucionais da unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, conforme §4º do art. 134 da CF/88, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 80 de 2014.

Importante decisão tomou o STF ao afirmar que não é possível a inserção da Defensoria Pública na esfera de outro poder, como aquela que lhe vincula a uma Secretaria, pois isso feriria sua independência funcional. (STF. Plenário. ADI 4056/MA, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 7/3/2012 (Info 657).

Outra importante questão apontada por Nathalia Masson é que a iniciativa legislativa para tratar temas afetos à organização da carreira é de proposição do Presidente da República, art. 61, §1º, alínea "d", da CF/88. A iniciativa presidencial exclusiva reserva-se para a lei que organize a Defensoria Pública da União e lei que estabeleça normas gerais de organização da Defensoria Pública dos Estados, do DF e Territórios.³⁶

Decisão do STF que merece destaque foi a que analisou a constitucionalidade da EC nº 74/2013. A discussão pairava sobre a constitucionalidade ou não da referida Emenda, pois a mesma foi proposta por iniciativa de parlamentar, o autor da ação (ADI 5296-DF) afirmava que a iniciativa deveria ser do Chefe do Poder Executivo. O STF decidiu que a EC nº 74 (que confere autonomia a DP e DPDF) é constitucional, firmando entendimento de que é possível Emenda Constitucional sobre as matérias previstas no art. 61, §1º da CF/88.

³⁶ MASSON, Nathália. **Manual de Direito Constitucional**, 8ª edição. Salvador, Juspodivm: 2020, pp. 1.404.

Esse entendimento decorre do fato de que emendas constitucionais não se vinculam às iniciativas previstas no art. 61, §1º, assim, a iniciativa do Poder Executivo se refere apenas à lei ordinária e complementar, já tratando-se de Emenda Constitucional a iniciativa pode ser parlamentar, o que não viola a separação de poderes.

O art. 168 da CF/88 prevê que os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados à Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos.

Além disso, aos defensores públicos se aplica a regra constitucional de remuneração por subsídio, na forma do art. 135 e art. 39, §4º da CF/88. Veja o que dispõe o art. 39, §4º: "O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI".

O art. 98 do ADCT estabelece o prazo de 8 anos da promulgação da EC nº 80/2014 para que toda unidade jurisdicional disponha de defensores públicos, sendo que, prioritariamente, até a implementação do mencionado prazo previsto no §1º desse artigo, a distribuição dos defensores públicos observará os critérios de maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.

Todas essas características da Defensoria são necessárias para a consecução de seu desiderato que é levar ao hipossuficiente o acesso à justiça, como mandamento primordial de um Estado Democrático de Direito.

2.Revisão Bibliográfica

A bibliografia sobre esse importante tema tem crescido nos últimos anos, especialmente após o fortalecimento da Defensoria Pública, o que demorou muito para ocorrer, pois um Estado Democrático de Direito só se efetiva na medida que seus cidadãos tem amplo acesso à justiça e concretização dos seus direitos, essa máxima ocorre diante do poder-dever do Estado em instrumentalizar esse acesso.

3.Metodologia

Partimos da máxima de que não há Estado Democrático de Direito sem instrumentos capazes de acesso à justiça, e aqui surgiu o estudo sobre a Defensoria Pública, órgão que tem a missão de levar esse acesso aos hipossuficientes. Fizemos pesquisa bibliográfica sobre os temas propostos e demonstração da instrumentalização do acesso à justiça pelo Estado.

4. Análise dos Resultados

A partir da análise histórica das ondas renovatórias e das Constituições Federais podemos enxergar a importância da Defensoria Pública como instrumento de acesso à justiça.

5. Considerações Finais

O acesso à justiça tem sido a tônica da sociedade moderna, especialmente, um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Nesse estudo podemos ver como órgãos do Estado podem ser esses instrumentos de aproximação, fazendo que o direito não seja apenas algo utópico de apenas palavras vazias, mais instrumentalizados por importantes instituições como é o caso da Defensoria Pública.

6. Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Vade Mecum de Jurisprudência Dizer o Direito**, 9ª edição, Salvador, Juspodivm: 2020, pp. 132.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, 11ª edição. Salvador, Juspodivm: 2009, pp. 67.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 18ª edição. São Paulo, Saraiva: 2014, pp. 985.

MASSON, Nathália. **Manual de Direito Constitucional**, 8ª edição. Salvador, Juspodivm: 2020, pp. 1.404.

COMO TRATAR A PSICOPATIA PERANTE O DIREITO PENAL

RENAN GUIMARÃES DE SOUZA:

Bacharelando do Curso de Direito pela
Universidade Brasil – Campus
Fernandópolis.

ALEX LOPES APPOLONI.

(orientador)

RESUMO: Nesse presente trabalho teremos como ponto principal entender e mostrar a forma que um psicopata é visto não só pela lei mas também de como sofrem um certo preconceito por muitas das vezes falta de entendimento da sociedade sobre psicopatia, desta forma a muitas dúvidas na sociedade sobre tal assunto. Dúvidas decorrentes são geradas sobre o assunto tal como: a volta deles a sociedade depois da punição é correta? O Código Penal os trata de maneira igual?

Palavras-chaves: psicopata; direito penal; psicopatia; sociedade; sistema penal brasileiro.

ABSTRACT: In this present work, we will have as main point to understand and show the way that a psychopath is seen not only by the law but also how they suffer a certain prejudice for many times society's lack of understanding about psychopathy, thus, many doubts in society about such a matter. Doubts arise on the subject such as: is their return to society after punishment correct? Does the penal code treat them equally?

Keyword: psycho; criminal law; psychopathy; society; Brazilian penal system

INTRODUÇÃO:

O presente trabalho abordará o tema, o psicopata no ordenamento jurídico penal brasileiro, analisando as formas de punir, os tratamentos penais aplicados no Brasil, e como a sociedade lida com as medidas tomadas sobre essas pessoas.

Quando se pensa ou fala em psicopatas, imaginamos uma pessoa com a cara de mau, aparência descuidada, agressivos, comportamentos impulsivos, cara de assassino, entre outras características. Entretanto, esse conceito é um grande engano da sociedade do qual imaginamos em nossas cabeças.

Ao contrário do que pensamos eles não demonstram nenhuma aparência violenta, são pessoas que vivem no nosso meio, no nosso dia a dia, se cuidam, e são

capazes até de se relacionar com as pessoas. Entretanto, as atitudes violentas das quais eles têm, não lhes causam nenhum espanto, pois os psicopatas sabem exatamente o que estão realizando, tem total noção das consequências e não sofrem nem um pouco com isso.

No contexto da psiquiatria forense, o psicopata nasce com essa pretensão, eles não vão surgir no seio da sociedade através de vivências sofridas, eles nascem e morrem assim, pois não existem tratamentos para eles.

A volta deles a sociedade depois da punição é correta? Nosso ordenamento jurídico pune das formas necessárias? Eles são imputáveis ou inimputáveis?

São perguntas das quais abordaremos nesse trabalho, com base em pesquisas de direito, psiquiatria forense, "internet" e casos reais. Trazendo da melhor forma a discussão de como a lei penal pune os indivíduos que sofrem de psicopatia qual seria a melhor forma de punição.

1.0 PSICOPATIA E SUAS CARACTERÍSTICAS

O termo psicopatia vem do grego "psychopathís" que significa "psiquicamente doente". Embora saibamos que desde os primórdios dos tempos a psicopatia existe, não faz muito tempo que ganhou espaço entre os estudos, assim obtendo avanços e mais conhecimentos sobre o assunto.

A psicopatia começou a ser estudada nos séculos XIX e XX, pois até então não se sabia muito sobre o assunto, mesmo com anos e anos de estudo pouco se sabe, tendo em vista que a mente humana é algo bem complexa de ser entendida e estudada.

1.1 A figura do psicopata

Perante tudo exposto, observamos que a psicopatia é vista como um desvio de conduta, sendo assim uma espécie de distúrbio de personalidade. Muitos dos casos deve ser efetuada uma boa análise do julgado, pois há casos onde o psicopata é julgado como uma pessoa comum, já outros mudam são comportamentos, entretanto ao serem reinsertados em convívio com a sociedade volta a cometer o mesmo crime ou outros crimes diversos.

Doutora Hilda Morana, adotou em sua tese o entendimento de que, "a psicopatia poder ser entendida como um modelo particular de personalidade.". Morana também validou para o Brasil a escala "PCL-R", de Psychopathy Check-list Revised, de autoria de Robert D. Hare (1991).

O "PCL-R" é o primeiro exame que se padronizou, para ser usado no sistema penal brasileiro, ele faz com que avaliemos a personalidade do preso tentando desta forma prever sua possibilidade de reincidência criminal, fazendo assim com que identifiquemos de fato o psicopata, ou seja, aquele que não pode ser inserido com facilidade a sociedade do criminoso comum.

Muitos estudos já se foram realizados, entretanto, pouco se sabe acerca das causas desses transtornos, muitos estudiosos alegam para evidências multifatoriais que podem ser biológica, intrínsecas ou ambientais, já outros alegam que até mesmo experiências de vidas podem gerar alguns transtornos.

Todavia, os portadores da psicopatia além de sofrerem com o transtorno de personalidades, também possuem uma certa falta de empatia e indiferença afetiva que faz com que os indivíduos cometam um crime com frequência.

1.2 A essência do psicopata

Os psicopatas têm como principal característica o seu egocentrismo, eles possuem o objetivo direto e claro, saciar as suas necessidades seja elas quais forem, para conseguirem realizar isso eles possuem uma enorme facilidade para imitar os padrões sociais, ou seja, muitas das vezes parecer ser pessoas boas de bom caráter, além disto, também conseguem reproduzir sentimentos ou comportamentos para facilitar a chegada aos seus objetivos.

Esses indivíduos por serem como um "camaleão" se camuflam na sociedade fazendo com que não percebemos serem portadores da psicopatia, assim dificultando com que se identifique o psicopata, quando em cárcere ele é capaz até de simular um bom comportamento para usufruir de recursos ao seu favor, como, por exemplo, a redução de pena.

O criminoso que possui a psicopatia geralmente tender a cometer crimes "diferenciados" muitas das vezes seus crimes ficam marcantes, pois como não discernem de sentimentos são frios na hora de cometer um crime, fazendo assim com que seus casos se tornem bárbaros, com muito emprego de violência.

Por se tratar de um distúrbio muitas das vezes, genético os psicopatas iniciam vida criminosa desde muito cedo tido perante a sociedade como um indivíduo indisciplinado no sistema prisional.

2. A CRIMINOLOGIA E O DIREITO PENAL

Para falarmos sobre a Criminologia e o Direito Penal precisamos entender que, embora às duas ciências tratam do fenômeno crime, cada uma tem sua peculiaridade e visão sobre o assunto.

Criminologia traduzida do latim significa “estudo do crime” simplificada ele baseia-se em estudar tudo o contexto do delito, analisando o crime, a personalidade do criminoso, sua conduta, bem como fatores econômicos, sociais, psicológicos, fatores que possam ter influências sobre o delito, desta forma a Criminologia visa olhar toda a situação e seus aspectos para assim poder julgar o autor.

Enquanto na Criminologia é a ciência do ser o Direito Penal é a ciência do dever ser, ou seja, a Criminologia estuda vários aspectos tais como citados a cima, e o Direito Penal é classificado como uma disciplina valorativa, de forma prévia ela valora sua conduta, julgando o que é certo e errado.

Atualmente a Criminologia é uma ciência que vem crescendo significativamente, pois ela é muito importante, já que antes de aplicadas as penas criminoso seja analisado e assim ter uma pena aplicada de caráter justo, através das pesquisas de James Prichard, que introduziu o termo “insanidade moral (ou loucura moral) para a forma de alteração mental na qual o poder de autocontrole estava prejudicado.”

Dessa forma, antes de cada pessoa ser julgada ele deve ser compreendido e analisado para que justo seja sua pena, pois não adianta o psicopata receber uma pena e logo voltar para as ruas e assim cometer novos delitos. Com o estudo da Criminologia tudo é devidamente analisado fazendo com que a pena possa ser de caráter justo e com que talvez o psicopata não cometa novos delitos.

2.1 A psicopatologia forense

Um dos diversos ramos da Criminologia e possivelmente um dos que mais vem sendo abordado é a psicopatologia, para começarmos a discorrer sobre ela deve se entender o seu conceito. Serafim conceitua o instituto da Psicopatologia Forense como “uma disciplina interdisciplinar que envolve a psiquiatria e a psicologia.” O termo vem do grego “psychê (alma, psiquismo) + pathos (patologia, doença) + logos (estudo).”

O estudo da psicopatologia envolve o estudo dos transtornos e doenças mentais, sua finalidade apresenta grande relevância no campo da saúde mental e justiça fazendo com que assim gere um conhecimento na diferenciação dos imputáveis e inimputáveis.

Assim como na criminologia se estuda todo o contexto da situação para então se chegar em uma conclusão na psicopatologia se estuda em específico a mente do

criminoso e as doenças mentais que ele possui, o que levou a essas doenças mentais entre outros aspectos.

Com isso podemos compreender todo o fato gerador do crime, dessa forma dando-lhe a ele uma pena de forma adequada, por esse motivo em crimes que o ordenamento jurídico irá tratar com psicopatas (pessoas com distúrbios mentais), essa ciência é uma peça fundamental atualmente, já que infelizmente, várias doenças mentais vem crescendo no meio da população mundial.

3.0 PSICOPATA E O DIREITO PENAL

As Penas são sanções sancionadas pelo Estado, para que aquele que comete um fato típico, ilícito e culpável, a pena é a forma que o Estado tem de punir aquele que não cumpre com suas "regra", o *ius puniendi*. Entretanto, a limites de penas e há aquelas que o Estado não pode fazer uso, como, por exemplo, pena de caráter perpétuo.

Existem teorias de penas sendo elas: absolutas, relativas (prevenção geral e prevenção especial) e as unificadoras.

O código Penal brasileiro, em seu artigo 59 adotou a teoria mista, conhecida como teoria unificadora da pena. Essa teoria une a retribuição e a prevenção. Possuindo então tanto um caráter de prevenção, evitando que delitos ocorram, como também o caráter de retribuição, ou seja o indivíduo cometendo algo errado o Estado retribuirá de forma punitiva, assim conforme descrito no Art. 59.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. (CÓDIGO PENAL, Art. 59 caput)

Os psicopatas muitas das vezes são pessoas que se aparentam normal perante a sociedade, a diferença entre eles é que não possuem empatia, não sabem se colocar no lugar do próximo e nunca saberão, são seres totalmente desprovidos de consciência sendo assim geralmente se tornam pessoas frias, atos como matar alguém, o que para muitos seria extremamente difícil e perturbador para eles não têm significância alguma, pois eles não sentiriam nenhum sentimento de culpa.

Como os psicopatas muitas das vezes entendem todos os fatos, inclusive de que o crime cometido por ele foi um ato ilícito, sabendo distinguir o que é certo do errado, por

esse motivo o Direito Penal tem certas dificuldades ao julgar um psicopata.

3.1 Da imputabilidade

Atualmente no Brasil ainda há divergências sobre a responsabilidade penal do psicopata, sendo assim há juízes que decidem pela imputabilidade destes, por terem consciência do caráter ilícito da conduta com também há aqueles que decidem pela semi-imputabilidade, ou seja, por mais que tenha consciência do caráter ele não consegue evitar a conduta ilícita.

Desta forma hoje temos vários casos com julgamentos diferentes, pois vai da interpretação de cada juiz, para a pessoa ser inimputável o art. 26 do Código Penal. diz:

- Precisam ter doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, ou ser retardado.

Menores de 18 anos, a inimputabilidade é assegurada pela Constituição Federal, artigo 228. Também essa é assegurada pelo Código Penal em seu artigo 27.

No Brasil os menores de 18 anos são assegurados por lei pela inimputabilidade penal desta forma não cumprem penas com caráter, penais e sim de caráter, administrativos.

Aqueles que comentem crime e estado de embriaguez completa sendo o crime de caso fortuito ou força maior será inimputável.

Os maiores de 70 anos

A psicopatia por sua vez não consiste em uma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, ou retardado, porque não provoca qualquer alteração na capacidade psíquica do agente, além disso, o psicopata conhece o caráter ilícito dos fatos, ou seja, há aqueles que sabem discernir certo do errado, destaforma sabem que sua atitude será considerada um crime.

3.2 Da semi-imputabilidade

A semi-imputabilidade é quando o agente tem a perda parcial da compreensão da conduta ilícita e da capacidade de autodeterminação ou discernimento sobre os atos ilícitos praticados, assim compreende a redução da imputabilidade. O parágrafo único do artigo 26 do Código Penal encontramos a atenuante da pena que diz:

A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em

virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (CÓDIGO PENAL, Art. 26)

Em outros casos existe a possibilidade da troca de pena para tratamento curativo, internação ou tratamento ambulatorial, conforme dispõe o artigo 96 do Código Penal, assim o agente irá se tratar para após um tempo de internação poder a conviver em sociedade novamente.

A medida de internação é chamada de medida de segurança onde o agente vai para um hospital ou até mesmo para um tratamento psiquiátrico, entretanto atualmente essa medida não vem sendo usada, são raros os casos onde o psicopata é levado ao tratamento psiquiátrico, já que muitas das vezes por aparentar ser uma pessoa normal, tendo discernimento das coisas, os juízes acabam aplicando penas onde o agente acaba indo a uma penitenciária.

Desta forma o psicopata que não adquiri um tratamento digno para tratar seus distúrbios mentais ao sair de uma prisão comum acaba cometendo os mesmos atos dos quais o levaram para lá reiteradamente.

Por esse motivo todo o acusado de um crime precisaria ser melhor analisado, pois pequenos gestos e condutas pode mostrar que o autor possui a psicopatia, tais como a falta de sensibilidade, a forma como o agente cometeu o crime, analisando o de forma adequada e verificando sua semi-imputabilidade a melhor conduta a ser tomada é a internação para que assim possa ser reiterado a sociedade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No artigo discorrido a cima entendemos e conhecemos a respeito do psicopata sendo assim seu modo de pensar, suas características e de como atualmente o psicopata é tratado perante o ordenamento jurídico.

Muitos dos casos ocorridos que normalmente possuem em grande repúdio pela sociedade por serem crimes bárbaros são cometidos por pessoas que muitas das vezes possuem um quadro de psicopatia, entretanto esse assunto não é algo que a sociedade possui conhecimento, até porque pouco se fala sobre esse assunto nas mídias sociais.

No cenário atual nosso Código Penal é de uma época e um cenário completamente diferente ao qual vivenciamos hoje, pois nosso ordenamento jurídico é de 1940, ou seja, já se passaram mais de 80 anos desde a sua criação, por, mas que vem sofrendo

consideráveis mudanças ao longo dos anos sua estrutura permanece a mesma além de termos diversos assuntos que não sofreram alterações.

Podemos observar que os psicopatas não podem ser julgados como pessoas normais, pois não são, raros os casos onde o psicopata recebe como sanção/reprimenda a medida de segurança. O psicopata poderá passar anos em uma prisão convencional que ao sair para o convívio em sociedade cometerá os mesmos atos aos quais o levaram para a prisão.

O Brasil se encontra desatualizado sobre o assunto, anos e anos se passaram e as leis permanecem as mesmas, conforme dito acima ouve se uma mudança, mas a estrutura permanece a mesma.

Portanto, notamos que os estudos e a ciência já obtiveram avanços, desta forma devemos usar recursos novos para julgamentos destas pessoas que não são como as outras, a psicologia (estudo sobre a mente humana) se desenvolveu ao longo dos anos, devemos usar destes recursos para tratar a todos com equidade.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros:

BITERCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Vade Mecum Saraiva. Código penal. 27 ed. São Paulo: Saraiva jur, 2019.

Artigos da internet: RIBEIRO, Lane. Efeitos jurídico-penais: portadores de psicopatia. **Jus.com.br**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38351/efeitos-juridico-penais-portadores-de-psicopatia>. Acesso em : 15/07/2021

OLIVEIRA, Alex Moises de. O psicopata e o direito penal brasileiro. **Âmbito Jurídico**. Disponível em : <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-psicopata-e-o-direito-penal-brasileiro/>. Acesso em 20/07/2021

LINS, Fernanda Cavalcanti. O psicopata e a lei: tratamento penal do criminoso psicopata no Brasil. **Conteúdo Jurídico**. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/53547/o-psicopata-e-a-lei-tratamento-penal-do-criminoso-psicopata-no-brasil>. Acesso em: 25/09/2021

BATISTA, Talita. Psicopatia no sistema prisional brasileiro. **Jus.com.br**. Acesso em: <https://jus.com.br/artigos/59236/psicopatia-no-sistema-prisional-brasileiro/2> . Acesso

em 10/10/2021

ABREU, Michele O. de. Da imputabilidade do psicopata. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://micheleabreu.jusbrasil.com.br/artigos/121944082/da-imputabilidade-do-psicopata>. Acesso em 20/10/2021

Canal Ciências Criminais. Semi-imputabilidade e medidas de segurança. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/614629910/semi-imputabilidade-e-medidas-de-seguranca>. Acesso em 03/12/2021

VALLINI, Gabriela silva. Os aspectos jurídicos e psicológicos da psicopatia. **Jus.com.br**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69257/os-aspectos-juridicos-e-psicologicos-da-psicopatia>. Acesso em: 03/12/2021

AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE SUPERVENIENTE NO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO EM FACE DA APLICAÇÃO DA REMISSÃO E ANISTIA PREVISTAS NA LEI COMPLEMENTAR FEDERAL Nº 160/2017

EVANDRO KAPPES. Graduado em Direito (Faculdade São Francisco de Barreiras). Pós-graduado em Direito Registral Imobiliário. Atuou como Defensor Público no Estado do Tocantins. Desde 2018 ocupa o cargo de Procurador do Estado da Bahia.

RESUMO: O desiderato deste artigo é, sucintamente, perquirir os efeitos da Lei Complementar Federal Nº 160/2017, que dispõe sobre convênio que permite aos Estados e ao Distrito federal deliberar sobre a remissão de créditos tributários, constituídos ou não, decorrente de isenções e benefícios fiscais instituídos em desacordo com a Constituição Federal de 1988, em relação aos créditos tributários já constituídos, notadamente se resta autorizada conclusão acerca de ilegalidade dos lançamentos promovidos pela administração tributária estadual.

Palavras-chave: Lei Complementar Federal Nº 160/2017. ICMS. Convênio. Remissão. Anistia. Extinção. Processo administrativo fiscal.

SUMÁRIO: 1. Introdução, 2. Possibilidade de alteração do lançamento tributário. Análise do art. 145 do Código Tributário Nacional, 3. Lei Complementar Nº 24/75. Efeitos da anistia e remissão sobre créditos tributários definitivamente constituídos, 4. Conclusão, 5. Referências

1. INTRODUÇÃO

Até a edição da Lei Complementar Nº 160/2017 é assaz importante ter como premissa que o cenário fiscal era de verdadeira guerra fiscal: grande parte dos Entes estaduais e o Distrito Federal concediam benefícios fiscais sem observância da necessidade de convênio interestadual para esta finalidade, malferindo a alínea "g" do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal.

De parte-a-parte os entes federativos, visando evitar prejuízos financeiros inovaram no seu ordenamento jurídico-tributário, formulando normas que restringiam a utilização de créditos fiscais aos valores de ICMS efetivamente cobrados no Estado de origem, desprezando, por conseguinte, benefícios fiscais não autorizados por convênio ou protocolo, nos termos da Lei Complementar Nº 24/75, em relação ao Imposto sobre

Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS).

Desta forma, os adquirentes de mercadorias de outros estados passaram a ter contra si lançamentos tributários que lhes exigiam glosa dos créditos fiscais concedidos pela origem em valores superiores ao que os estados de destino das mercadorias julgavam corretos.

Tal cenário era de absoluta insegurança jurídica para os contribuintes, que, invariavelmente, viam-se prejudicados em razão de uma verdadeira guerra entre os entes federativos.

Descortina-se, sob este viés, a Lei Complementar Nº 160/2017, que autorizou os Estados e o Distrito Federal, a editarem convênio, no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), com o fito de deliberar sobre remissão de créditos tributários e anistia de penalidades aplicados. Razão disso, no mesmo ano, foi editado o Convênio ICMS Nº 190/2017, em que os entes federados acordaram conferir eficácia extraordinária a normas concessivas de benefícios fiscais originalmente inválidas, pela ausência de lastro convenial.

Sob estas premissas, cumpre observar a forma os efeitos, tanto da norma legal, quanto convenial, em relação aos processos administrativos tributários já inscritos em dívida ativa, mormente se deve ser reconhecida a necessidade de reconhecimento de ilegalidade no lançamento tributário ou, mantendo-se este hígido, deve ser procedida a extinção do crédito tributário.

2. POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. ANÁLISE DO ART. 145 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

O art. 145 do CTN estabelece, de forma taxativa, as hipóteses em que o lançamento pode ser alterado, quais sejam: i) impugnação; ii) recurso de ofício; e iii) iniciativa de ofício da autoridade administrativa nos casos previstos no art. 149 do mesmo código.

Percebe-se que a única previsão de alteração de lançamento por iniciativa do sujeito passivo contida no CTN é a decorrente de impugnação, que é o meio regular de instauração do processo administrativo contencioso.

Registre-se, por necessário, que na hipótese de o sujeito passivo não ter exercido o seu direito de impugnação – em outras palavras: seja revel - previsto no inciso I do art. 145 do CTN, ou, no caso de tê-lo exercido, com conseqüente decisão definitiva na esfera administrativa, total ou parcialmente desfavorável – a possibilidade de o interessado vir a

apresentar petição com apontamento para questões outras que, a seu ver, são justificadoras da improcedência do lançamento efetuado, se é possível de esta ser apreciada pela autoridade administrativa, por meio de revisão de ofício do lançamento.

A autoridade administrativa diante de si possível inconsistência no lançamento, não pode se furtar à revisão deste se ocorrer alguma das hipóteses previstas no CTN, justificadoras de revisão de ofício.

Por ser a definitividade da decisão administrativa decorrente de mera preclusão processual, esse ato tem efeito inteiramente distinto do que se opera com o trânsito em julgado judicial. A sentença judicial cria norma individual e concreta com eficácia vinculativa plena para as partes envolvidas no litígio, sendo imutável mesmo fora do processo em que foi conferida.

A preclusão, sabidamente, é um instituto eminentemente processual e não atinge o direito material sob litígio, só produzindo efeitos extintivos no âmbito do processo em que é alegada, ou seja, o interessado se mantém titular do direito material, apenas perdeu a faculdade de exercê-lo no processo.

A possibilidade de revisão do ato quando se fala em preclusão é muito mais ampla do que na coisa julgada, tanto que o contribuinte pode ingressar em Juízo pedindo anulação do lançamento fiscal já considerado procedente por decisão final no processo administrativo, como também, por força do princípio da legalidade, procede-se a autorrevisão – mas, com limites – do lançamento pela Administração³⁷.

Dispõe o CTN:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

I - quando a lei assim o determine;

II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;

III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento

³⁷ Vide Súmula 473 e 346 do Supremo Tribunal Federal.

formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;

IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;

IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.

Passando em revista das ideias até aqui coligidas, firma-se que é possível que uma norma jurídica posterior, desde que concreta e se amolde ao lançamento tributário, induza a reabertura da discussão administrativa do lançamento, conquanto que, em benefício do contribuinte.

Contudo, deveras importante observar que a aplicação da legislação tributária, em regra, não produz efeito em relação a fatos geradores consumados, tanto assim que o art. 106 do Código Tributário Nacional contém previsão expressa neste sentido. Veja-se:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

- a) quando deixe de defini-lo como infração;
- b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;
- c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Bem de ver, que são restritas as possibilidades de aplicação retroativa da legislação, limitando-se à lei “expressamente” interpretativa, que não mais representam do que a interpretação legal acerca de lei anterior; ou, noutro caso, conforme inciso II, aplicação de lei mais benéfica tão somente em relação às infrações e penalidades, enquanto não definitivamente julgado o “ato”, seja administrativa ou judicialmente.

É assente, portanto, que a possibilidade de alteração do lançamento tributário pode ocorrer, na esfera administrativa, apenas enquanto o não encerrado o contencioso fiscal, mas não em relação ao tributo; ou, noutra hipótese, a partir de edição de lei interpretativa. Vale dizer, que sem prejuízo da validade de tais premissas, em razão do já apregoado dever de autotutela o lançamento tributário pode ser cancelado a partir de verificação ulterior de vícios processuais ou ilegalidades, ainda que a partir de provocação do contribuinte, manifestando-se com fulcro no direito constitucional de petição.

A controvérsia grassa sobre a possibilidade de cancelamento do crédito tributário em razão da edição do Convênio ICMS 190/2017 em face da ausência de ilegalidade no lançamento tributário, posto que, quando de sua materialização – e em alguns casos pelo órgão responsável pelo julgamento administrativo do lançamento – estava alinhado à legislação tributária.

Vindica análise os efeitos do Convênio ICMS quando presentes todas as condicionantes nele previstas, mormente as previstas na cláusula oitava, em relação aos créditos tributários definitivamente constituídos, não se podendo perder de perspectiva a natureza e efeitos da norma tributária.

3. LEI COMPLEMENTAR Nº 24/75. EFEITOS DA ANISTIA E REMISSÃO SOBRE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDOS.

É cediço que a Constituição Federal vigente dispõe que cabe à Lei Complementar “regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções,

incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados", a teor do art. 155, §2º, XII, "g", da Constituição Federal.

Importa observar que a exigência de Lei Complementar existe em razão da vocação do Imposto de Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte e Comunicação – ICMS – possuir vocação nacional.

O prejuízo à desregulamentação por completo foi antevista pelo Legislador Originário da Carta Magna, que bem captou a virtual possibilidade de que se cada unidade federativa dispusesse como bem lhe aprouvesse sobre o tributo para atração de investimentos em seu território, em detrimento de outros entes federativos. A situação conjuntural do momento pode(ria) desenhar um cenário em que determinada unidade federativa enfrentasse problemas de crescimento macroestrutural por meio da concessão de benesses às empresas produtoras de mercadorias.

Por seu turno, a Lei Complementar Nº 24/75, parcialmente recepcionada pela Constituição Federal de 1988, dispôs sobre o tema, nos termos em dispõe o art. 1º, caput, *in verbis*.

Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Sem embargo, é profícuo observar, em complemento, que o parágrafo único do mesmo artigo determina a aplicação do caput a outras hipóteses .

Assumiu-se um compromisso indissociável de observação da referida Lei. Foram estabelecidas as consequências cumulativas em caso de inobservância do diploma legal, dentre os quais, calha observar o previsto no art. 8º, I, que prevê a "*nulidade do ato e a ineficiência do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento receptor da mercadoria*".

Com esteio na previsão legal, diversos Estados passaram a promover estornos de crédito e exigência de pagamento do ICMS em relação às mercadorias procedentes de Estados-membros que concedeu benefícios fiscais ao arrepio da existência de convênios autorizativos no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ.

Nessa senda, em verdadeira autodefesa, diversas Secretarias de Fazenda Estaduais, passaram a criar verdadeiras "listas-negras", por meio das quais foram elencados benefícios fiscais inquinados ilegais e lesivos aos interesses dos Estados destinatários.

Um abismo colossal se verificou então: a conduta – qual seja, a concessão irregular de benefícios fiscais – colide frontalmente com dispositivos constitucionais e a própria Lei Complementar editada para regulamentar a questão. E mais, voltando-se ao ICMS, a conduta de negar vigência ao crédito e imposição de recolhimento implica em cumulatividade, o que fere de morte o texto constitucional (que prevê, como regra geral, a não cumulatividade do tributo).

Está configurada, neste contexto, o que é conhecido como “guerra fiscal”. A concessão de benefícios fiscais em interesse próprio, isto é, atrair investimentos empresariais e desenvolvimento econômico deve ser vista como violação ao princípio da moralidade. Em muitos casos, de toda essa celeuma jurídica entre os entes públicos, são os contribuintes, normalmente de boa-fé, que suportam os efeitos lesivos.

Neste ínterim, a questão não escapou à análise do Supremo Tribunal Federal, que em sucessivos julgamentos, concluiu que o princípio da não cumulatividade conflita com a norma que veda a compensação com o imposto recolhido na operação anterior.

Digno de destaque, que o Supremo Tribunal Federal não se furtou a apreciação do mérito da relevante matéria – a fim de saber se os Estados têm autonomia administrativa e legislativa para glosar créditos do ICMS decorrentes de incentivos fiscais irregularmente concedidos – e, por vislumbrar guerra fiscal, declarou a inconstitucionalidade de artigos das Leis Estaduais do Estado do Rio Grande do Sul e Paraná, que concediam benefícios fiscais a empresas locais (ADINs 2.663 e 3.796, respectivamente).

Em que pese o acerto da questão, a decisão da Corte Suprema foi objeto de recorte temporal, por meio da modulação de seus efeitos .

Pavimentados os apontamentos supra, sobressai da análise da jurisprudência que, em última análise, leis estaduais que, sem arrimo em convenio autorizativo – e em desobediência, por conseguinte, do artigo 155, parágrafo 2º, XII, “g”, da Constituição Federal, que confere à lei complementar a tarefa de “*regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados*” – são inconstitucionais. O julgamento, a rigor, não contém fundamentação nova. Há muito tempo o sodalício já decidia da mesma forma.

Melhor esclarecendo, o que se viu de novo foram os efeitos prospectivos da decisão – *ex nunc* – em detrimento da declaração de nulidade com efeitos retroativos (conhecidos pela plateia jurídica como *ex tunc*).

A solução para a controvérsia adveio recentemente, de forma incompleta, pela edição da Lei Complementar Nº 160/2017, que autorizou a normatização da questão por

meio de nova Lei Complementar, a fim de aquilatar questões que a LC Nº 24/75 não se mostrou capaz de resolver.

Decorrente da autorização legislativa específica foi publicado, ainda em 2017, o convênio 190, que estabeleceu as regras de convalidação dos benefícios fiscais existentes. Essencialmente, para o recebimento do tratamento especial do convênio susoreferido restou determinado que os benefícios fiscais devem ser publicados pelos Estados que os concederam, sob pena de não havendo a publicação serem tidos como revogados.

Sem embargo do quadro acima, é importante observar que as normas em cotejo não declaram a ilegalidade ou nulidade de qualquer lançamento tributário, de forma que, supondo-se que em algum momento seja pretendido o cancelamento do crédito tributário por estas razões não deve o pedido prosperar.

Corroborando tal entendimento a verificação de que os termos utilizados pelo Convênio ICMS Nº 190/2017 são remissão e anistia, causas de extinção e exclusão do crédito tributário, respectivamente. Entrementes, tais causas são posteriores a verificação da legalidade do crédito tributário, resultando daí, conforme precitado, que não se está diante de caso típico de cancelamento do lançamento tributário em razão de sua ilegalidade, mas cancelamento em razão da sua extinção e/ou exclusão, a depender da motivação do lançamento realizado pelo ente federativo.

Assinale-se, por pertinente, que em termos práticos poder-se-ia questionar a ausência de efeitos práticos na distinção tracejada, que é plenamente justificada. Importante observar que a legislação tributária condicionou o reconhecimento da remissão e anistia a uma série de condições, tais como: desistência de ações ou embargos à execução fiscal relacionados com os créditos tributários; de impugnações, defesas e recursos apresentados pelo sujeito passivo em âmbito administrativo e desistência de eventuais honorários de sucumbência, de modo que, estes verdadeiros atos-condição conduzem à conclusão de que seria impossível o reconhecimento de ilegalidade no lançamento tributário sob condição.

4. CONCLUSÃO

Estabelecidas essas premissas, convém retomar o ponto de partida: o Estado deve declarar a nulidade dos lançamentos tributários se evidenciadas todas as condições necessárias para seu enquadramento no Convênio ICMS Nº 190/2017?

Não, a resposta é negativa, tendo em vista que a Lei Complementar ou o convênio dela decorrente não têm efeitos retroativos, especialmente sob os lançamentos já definitivamente constituídos, impondo-se, ainda que oficiosamente, a extinção do crédito

tributário com esteio na extinção ou exclusão do crédito tributário. Os efeitos não tem efeitos retroativos em razão de não serem automáticos, visto que dependem do preenchimento de condições objetivas e subjetivas, além da ausência de reconhecimento de ilegalidades na glosa de créditos fiscais suportados pelos Estados de destino que suportaram créditos inconstitucionalmente instituídos.

Valioso, a propósito das conclusões acima, destacar que em sentido menos técnico - e menos jurídico – a remissão das dívidas deve ser entendida como verdadeiro perdão, de molde que, ocorrendo sob condições, não autoriza que se inquine ilegal o lançamento tributário, ante a incompatibilidade diametral dos institutos.

5. REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

BAHIA. Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://mbusca.sefaz.ba.gov.br/DITRI/nor_mas_complementares/decretos/decreto_1999_7629_paf_regulamento.pdf. Acesso em 25/07/2022.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05/07/22.

_____. Lei Federal Nº 5.172/1966. Código Tributário Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 05/07/22.

_____. Lei Complementar Nº 160/2017. Dispõe sobre convênio que permite aos Estados e ao Distrito Federal deliberar sobre a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2o do art. 155 da Constituição Federal e a reinstituição das respectivas isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais; e altera a Lei no 12.973, de 13 de maio de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp160.htm. Acesso em: 15/07/22.

_____. Convênio ICMS 190/2017. Dispõe, nos termos autorizados na Lei Complementar nº 160, de 7 de agosto de 2017, sobre a remissão de créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, bem como sobre as correspondentes reinstituições.

Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2017/CV190> 17.
Acesso em: 15/07/22.

CANOTILHO, J. J. G. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2018.

GUERRA, Cláudia Magalhães. Lançamento tributário & sua invalidação. Curitiba: Juruá, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

NUNES, Cleucio Santos. Curso completo de direito processual tributário. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

O DIREITO DE NÃO NASCER – SUA APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO E UMA REFLEXÃO ACERCA DO “ACÓRDÃO PERRUCHE”

PAULO ROBERTO SILVA GENTINI:
graduando em Direito pelo Centro
Universitário de Santa Fé do Sul
(UNIFUNEC)

RICARDO ALEXANDRE RODRIGUES GARCIA

(orientador)

RESUMO: Este artigo tem como foco analisar o instituto do direito de não nascer, o qual ganhou repercussão na França no início dos anos 2000, tendo como protagonista Nicolas Perruche, portador de “Síndrome de Gregg”, e que, em razão disso, obteve indenização da justiça por suas condições de vida, isso após seus genitores processarem a clínica médica por fornecer informações incorretas sobre a situação de Nicolas quando ainda estava no período de gestação, o que os privou da possibilidade de poder optar por um aborto, ou até mesmo uma melhor preparação para receber um filho com tantas anomalias e necessidade de cuidados especiais, bem como, na visão deles, impediu seu filho de possuir uma vida justa. Até os dias atuais são muito presentes debates relacionados a este tema na esfera do direito em diversas partes do mundo. Além do mais, será feita uma análise sobre o tratamento em relação ao aborto no ordenamento jurídico brasileiro, suas formas de execução, tanto as ilícitas como as suportadas pela lei.

Palavras-chave: Aborto. Lei Perruche. Vida.

ABSTRACT: This article focuses on analyzing the institute of the right not to be born, which gained repercussion in France in the early 2000s, having as protagonist Nicolas Perruche, bearer of "Gregg's Syndrome", and who, as a result, received compensation from the justice for their living conditions, after their parents sued the medical clinic for providing incorrect information about Nicolas's situation when he was still pregnant, which deprived them of the possibility of choosing abortion, or even a better one preparation to receive a child with so many anomalies and need for special care, as well as, in their view, prevented their child from having a righteous life. To this day, debates related to this topic in the sphere of law are very present in different parts of the world. Furthermore, an analysis will be made on the treatment of abortion in the Brazilian legal system, its forms of execution, both illegal and supported by law.

Keywords: Abortion. Law Perruche. Life

1 INTRODUÇÃO

Não há dúvidas de que a legalização do aborto é um dos temas mais polêmicos no direito não só brasileiro, mas como em todo o mundo, o qual é amplamente defendido por alguns grupos sociais, e amplamente criticado por outros, muito em razão do que se prega pela religião e a visão política que está em torno deste tema.

Entretanto, tendo em vista que o Estado brasileiro é laico, não é em razão de crenças e opiniões religiosas que se dá a proibição de práticas abortivas. A CF/88 em seu artigo 5º garante a todos os cidadãos o direito e proteção à vida, o que (ao menos em tese) seria violado em um aborto, além do mais, no código penal são elencados artigos para punir tal conduta, os quais serão comentados com mais profundidade no decorrer do artigo.

Ademais, este artigo visa comparar o caso de Nicolas Perruche e seus genitores, ocorrido na França no início dos anos 90, com o que está descrito em nosso ordenamento jurídico, assim como todas as repercussões provenientes no ramo do direito em diversos países, gerando temas como “wrongful life” e “wrongful birth”, analisando a origem do caso, desde o início das correntes de pensamento Eugenistas, até o presente, considerando os moldes em que se encontra a atual sociedade.

2 O QUE É O ABORTO

Divergente em diversas partes do mundo, mas com um único consentimento: Polêmica. Sendo que, não teria como ser diferente, se tratando de um assunto que aborda questões sociais, religiosas, políticas e científicas, e que até os dias atuais enfrenta diversas alterações legislativas pelo mundo a fora.

Conceitualmente, trata-se da interrupção de uma gravidez, sendo marcado pela retirada de um embrião ou feto antes que este conclua o devido tempo de desenvolvimento (em média 40 semanas), o que resulta sua morte.

O aborto, diante da ótica jurídica, pode vir a ocorrer de diversas formas, sendo estas: Atípica, Típica Jurídica, e Típica Antijurídica e culpável, sendo estas divididas em diferentes espécies.

Quando se trata do aborto atípico, este pode vir a acontecer de três formas. O aborto atípico natural (espontâneo) ocorre em razão de causas patológicas do corpo feminino, em que o feto não se desenvolve da maneira correta. Também é possível que aconteça de maneira acidental, no qual se dá através de causas exteriores e traumas, como por exemplo um acidente doméstico. Por fim, o aborto atípico pode estar

configurado de modo culposo, sendo causado em razão de condutas imprudentes, negligentes ou imperitas.

O ato de abortar também se configura, no mundo do direito, de forma típica e jurídica, envolvendo duas espécies. A princípio, pode ser realizado de forma terapêutica, com a finalidade de salvar a vida da gestante (artigo 128, I, CP). Bem como, há o aborto chamado de Sentimental/Humanitário, autorizado pelo legislador nas ocasiões em que a gravidez tenha ocorrido através de um crime estupro (Artigo 128, II, CP).

Por fim, o aborto típico, jurídico e culpável, o qual se divide em quatro espécies. O aborto Doloso é realizado pela própria gestante, ou por terceiro, com ou sem seu consentimento. O dolo se trata da vontade consciente de interromper a gestação eliminando o embrião ou feto. Eugênico, quando o feto apresenta graves e irreversíveis problemas genéticos, e em razão disso, há a motivação do aborto. Há também a modalidade Econômica/Social, em que a motivação está presente na situação de miserabilidade da gestante, entendendo não possuir condições financeiras para criar o filho. Por fim, O aborto *Honoris Causa*, executado para ocultar ato de desonra própria, como por exemplo engravidar amante.

3 O ABORTO NA LEI BRASILEIRA

Na legislação brasileira, o crime de aborto encontra-se tipificado no título 1 dos "crimes contra a pessoa", capítulo 1 "dos crimes contra a vida", estando presente entre os artigos 124 e 128 do Código Penal Brasileiro.

O artigo 124 descreve de forma genérica como o crime se configura, sendo este provocado pela gestante propriamente, ou consentindo para que outro o faça, com pena de detenção de um a três anos. No seguinte artigo é tratado sobre o aborto causado sem o consentimento da gestante, sendo a pena de três a dez anos. No artigo 126 é descrito sobre o aborto com consentimento da vítima, fazendo algumas ressalvas:

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência (BRASIL, p. [não paginado]).

No artigo 127 da mesma lei está exposta a forma qualificada do crime de aborto, sendo a pena aumentada em um terço caso o aborto ou os meios empregados para este

venham a causar lesão corporal de natureza grave na gestante, e duplicada, se esta venha a falecer.

O texto do artigo 128 descreve formas autorizadas pela lei para que o aborto possa ocorrer sem que se configure um ilícito penal. No inciso I é tratado sobre o aborto para salvar a vida da gestante, já no II, para os casos de gravidez proveniente de estupro, em que, quando houver consentimento da vítima ou dos representantes legais desta, o médico poderá realizar o procedimento abortivo.

Mais recentemente, no ano de 2012 a última mudança acerca desta legislação foi implementada, sendo aceito o aborto de fetos portadores de anencefalia, em uma votação do STF que terminou em 8 votos favoráveis contra 2. Na oportunidade, declarou o ministro Marcos Aurélio (*apud* Cunha, 2012):

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, não existe vida possível. O feto anencéfalo é biologicamente vivo, por ser formado por células vivas, e juridicamente morto, não gozando de proteção estatal. [...] O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. Anencefalia é incompatível com a vida”.

Sendo assim, fica evidenciado o entendimento de que em alguns casos, não basta se prezar pelo direito à vida, sendo que esta não terá continuidade ou ao menos uma esperança de prosperidade, podendo ainda causar mais sofrimento e frustração àqueles que o geraram.

4 O DIREITO DE NÃO NASCER

O tema é debatido em muitas partes da Europa e do mundo há pelo menos 20 anos, tendo em vista que o precursor dos debates foi o “Acórdão Perruche”, emitido no início dos anos 2000.

O direito de não nascer engloba dois tipos de ações possíveis, sendo uma delas as “*wrongful life*”, que pode ser imposta pelos pais da criança logo após seu nascimento com as enfermidades, ou até mesmo pela própria “vítima” (sendo esta representada/assistida, ou não, dependendo das circunstâncias presentes no caso), destinando a ação contra aquele(s) que deu(ram) causa para seu nascimento, ou que omitiram as informações que poderiam evitar este, mesmo que sem causar diretamente sua malformação, sendo estes os médicos ou clínica. O foco da ação seria indenizar a criança por não poder desfrutar de uma vida nas mesmas condições de todos os cidadãos, entendendo que os problemas

presentes em sua saúde configuram uma vida indigna, gerando a ela mais prejuízos do que benefícios por ter nascido.

Além disso, por parte dos genitores da criança deficiente poderia ser pleiteada a ação de "*wrongful birth*", colocada em prática quando a omissão dos médicos tira a possibilidade dos pais de optarem pelo aborto eugênico. (Como este é proibido no Brasil, sendo possível unicamente nos casos em que a vida da mãe está em risco, seria necessária uma ampla reforma na legislação em torno do assunto), ou até mesmo de ter um filho saudável. Sobre isso, dissertou Costa (2012, p. 23):

são quatro os requisitos para que a ação possa ser proposta pelos pais, sendo elas, deficiência desde o nascimento, deficiência ocasionada por fatos da natureza, presunção de interrupção da gestação caso os pais tivessem conhecimento da moléstia e a existência de erro do médico, hospital ou laboratórios.

Levando em conta as novas tecnologias e formas de reprodução assistida, o mecanismo jurídico de "*wrongful birth*" pode vir a ser aplicado quando no momento do Diagnóstico genético pré-implantação (DGPI), este que visa inspecionar se o embrião possui qualquer tipo de problemas genéticos, estiver presente algum erro médico ou clínico, ocorrendo o nascimento do bebê que já apresentava deficiências quando embrião, mesmo com todos os cuidados por parte dos genitores.

Sobre o último exemplo apresentado, temos uma jurisprudência que se relaciona e poderia ser aplicada:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO CABÍVEL. FECUNDAÇÃO IN VITRO. RECURSO ESPECIAL. 1. Afasta-se a alegada violação do art. 535, II, do CPC na hipótese em que o não-acatamento das argumentações deduzidas no recurso tenha como conseqüência apenas decisão desfavorável aos interesses do recorrente. 2. Médico que deixa de prestar assistência pós-cirúrgica a paciente que tem seu estado de saúde agravado, alegando que a piora não decorre do ato cirúrgico que realizou, mas de outras causas, encaminhando-a a profissionais diversos, deve responder pelo dano ocasionado à paciente, pois deixou de agir com a cautela necessária, sendo negligente. 3. O conhecimento de recurso especial fundado na alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal pressupõe a coincidência das teses discutidas, porém, com resultados distintos. 4. Recurso especial não-conhecido (STJ - REsp: 914329 RJ 2007/0001491-8, Relator:

Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 19/08/2008, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 13/10/2008)

Como é possível ver, a decisão condena a clínica no que tange à responsabilidade de responder pelos danos causados em decorrência da negligência e desprovida cautela do médico, e isso poderia ser aplicado nos casos de erro de DGPI, tendo em vista que também estaria configurada a desprovida cautela e negligência em apresentar exames imprecisos para os pais, quando o assunto tratado irá mudar não somente a vida dos dois, como também a de um ser humano que está por vir.

5 AS RAÍZES DO EUGENISMO

Nos dias atuais é totalmente impensável que possam haver “raças superiores” entre a sociedade, sendo inclusive, uma luta enfrentada há décadas, e que vem ganhando ainda mais força em seu combate, principalmente no que tange a etnias. Todavia, em meados do século passado, o eugenismo era amplamente praticado, e o pensamento de que pessoas portadoras de deficiência “manchavam” a sociedade era muito comum. Sobre o assunto, disserta Michael Rose (2000, p. 166-167): “As chamadas raças humanas são flagrantemente absurdas. Ao nível molecular, não há nenhum modo legítimo de dividir a espécie”.

O termo foi criado pelo cientista Francis Galton (1883), visando indicar o estudo dos agentes perante o controle da sociedade, (sendo elas físicas ou mentais), visando influenciar positivamente ou negativamente nas próximas gerações que viriam a conduzir a sociedade. Sendo que, tinha como uma de suas propostas um sistema de casamentos arranjados, o qual teria como intuito a geração de uma raça “melhor dotada”

Coincidentemente ou não, Galton tinha como primo o reconhecido pensador naturalista Charles Darwin, criador das teorias sobre a origem e evolução das espécies, bem como a seleção natural pelo ambiente.

Seguindo a linha de pensamento citada acima, Platão assentia. Em sua obra “A República” (380 a.C), tal fato fica evidenciado em um diálogo com Sócrates, no qual afirma que a seletividade seria a melhor opção tanto para os enfermos, como para o desenvolvimento da sociedade.

Por fim, outro personagem de grande relevância também era adepto desta teoria, sendo ele Karl Pearson (1901), notório estatístico. Segundo seu ponto de vista, a multiplicação de pessoas consideradas pobres era um perigo a sociedade, devendo as “raças superiores”, para evitar um colapso, suplantarem as inferiores.

No que diz respeito à aplicação das citadas teorias, os Estados Unidos da América, na primeira metade do Século XX teve grande influência no citado movimento Eugenista. Por meio de uma “esterilização” de indivíduos considerados deficientes mentais, estima-se que mais de 60 mil abortos foram realizados, sendo que, tal movimento passou a perder força apenas no final dos anos 90, quando as leis que previam a “esterilização” deixaram de vigorar.

Os nórdicos também fizeram uso de tais medidas, tendo como meta ceifar pessoas de “baixa qualidade”, cabendo apontar a observação de Francesca Puigpelat (1999, p. 65):

Na Dinamarca as leis de esterilização foram promulgadas em 1929, na Suécia e na Noruega em 1934. A sociedade sueca recentemente ficou chocada ao saber que milhares de pessoas, sendo 62.888 que foram esterilizados no país durante as campanhas de esterilização entre os anos de 1935 e 1975, foram contra sua vontade. Em 1998 foi acordado conceder indenização aos afetados. (...) Na Alemanha Nacional Socialista o movimento de esterilização por razões eugênicas representou um número de pessoas dez vezes maior do que o de Estados Unidos entre 1907 e 1945.

Conforme o último fato apontado, cabe destacar a relevância deste assunto no que pregava o movimento nazista, sendo que, por meio destes discursos eugenistas implementados por Wilhem Schallmeyer e Alfred Ploetz³⁸, foi passada à sociedade uma sensação de normalidade com tal prática, resultando posteriormente ao extermínio de centenas de milhares de pessoas.

Mais detalhadamente, relata Michael Rose (2000, p. 169) como era feita a seleção dos que passariam pela esterilização durante o período da Alemanha Nazista:

Os nazistas trataram de esterilizar e praticar eutanásia naqueles a quem consideravam inaptos. Suas vítimas incluíram portadores de deformidades, esquizofrênicos, retardados mentais, epiléticos e doentes mentais institucionalizados, em geral. As crianças consideradas deficientes eram mortas por falta de cuidados, superdoses de morfina ou envenenamento por cianureto, em geral sem o conhecimento dos pais, que eram informados de que seus filhos haviam morrido durante o tratamento médico. (...) Os ciganos

³⁸ Weiss, Sheila (1987). Raça Higiene e Eficiência Nacional: A Eugenia de Wilhelm Schallmeyer. Imprensa da Universidade da Califórnia. Wilhelm Schallmeyer (1857-1919) que, junto com Alfred Ploetz (1860-1940), fundou a eugenia alemã.

foram mandados para os campos para serem aniquilados. Depois vieram os judeus.

6 CASO NICOLAS PERRUCHE E O POLÊMICO ACÓRDÃO

Na França, no ano de 1992 teve início um dos mais polêmicos casos julgados pela corte francesa, Nicolas Perruche nasce acometido de diversas patologias derivadas da síndrome de Gregg, esta que lhe causava problemas auditivos, visuais, cardiopatias e neuropatias, isso em razão de sua genitora ter contraído Rubéola durante a gravidez, apesar de ter informado aos médicos tal problema, e deixando claro que fosse prejudicar a qualidade de vida do filho que viria, preferia o aborto, foi comunicada pelo laboratório de que não havia riscos, o que não se confirmou com o nascimento de Nicolas. Sendo assim, se iniciou uma longa disputa judicial contra o laboratório, entrando com ações para indenizar o filho pelo nascimento injusto (*wrongful life action*), e também uma reparação contra o erro do laboratório no momento da análise, essa convertida em face dos pais (*wrongful birth action*). Em primeira instância foi conferido o direito de indenização somente a Josette e Christian, os genitores, mas, em 17 de novembro de 2000, o Tribunal de Cassação veio a mudar a sentença, decidindo que os pais deveriam ser indenizados pelo fato de terem sido despossados do direito de escolher entre o aborto ou continuar com a gestação, assim como para a criança, em razão dos danos sofridos por ela, sendo este o teor da decisão de maneira resumida:

Considerando, todavia, que, a partir do momento em que os erros cometidos por um médico e um laboratório na execução de contratos firmados com Mme X... tenham impedido esta de exercer sua escolha de interromper a gravidez com o objetivo de evitar o nascimento de uma criança atingida por uma deficiência, esta última pode requerer areparação do dano resultante dessa deficiência e causada pelos erros considerados⁹... POR ESSES MOTIVOS, e sem que seja necessário decidir sobre os outros pedidos de uma e de outra petição: CASSA E ANULA, em sua íntegra, o julgamento de 5 de fevereiro de 1999, entre as partes, pela Corte de Apelação de Orléans (Tradução nossa).

Sobre a supracitada decisão, Jerry Sainte-Rose, advogado geral da União e também representante do Ministério Público nos casos que envolvem responsabilidade médica diante da Assembleia da Corte de Cassação Francesa, em seu momento de manifestação perante o juiz, fez a seguinte observação:

A ação de existência injusta, que não deve ser analisada exclusivamene do ponto de vista jurídico porque possui uma

dimensão ética, filosófica e antropológica, é resultante de três fatores, sendo: Necessidade de indenização associada a insuficiência de ajuda pública; o progresso espetacular da medicina pré-natal; e em terceiro, a lei de 1975 sobre a interrupção da gravidez, medida considerada pelos seus incentivadores como um mal necessário e que, posteriormente, foi institucionalizada. (Tradução nossa)

7 REPERCUSSÃO SOCIAL E A “LEI ANTI-PERRUCHE”

Logo após a Corte de Cassação Francesa emitir tal decisão, teve início um fenômeno denominado como “backlash”, este que ocorre quando a sociedade reage de maneira negativa à uma decisão judicial, na maior parte dos casos quando são afetados grupos minoritários e historicamente discriminados.

Em decorrência disso, em 4 de março de 2002 foi promulgada a lei nº 2002-303, a qual tratava sobre o direito de pacientes e a qualidade do sistema de saúde. Logo de início, no seu primeiro artigo estava descrito que nenhum cidadão poderia reclamar danos em decorrência apenas de seu nascimento, sendo assim, apenas os pais da criança deficiente poderiam vir a entrar na justiça buscando indenização, essa que teria como fundamento o dano moral em si, e não mais a perda do direito de abortar, como outrora. Como exemplo desta possibilidade de dano moral, podemos citar a necessidade de um dos genitores precisar abandonar seu trabalho para ter plenas condições de cuidar do filho que possui maiores necessidades de acompanhamento.

No ano de 2005 a “Lei anti-Perruche” veio a ser revogada, entretanto, entrou em vigor o Código de Ação Social francês, trazendo em seu artigo L. 114-5 um conteúdo similar.

Entretanto, para que essas mudanças pudessem vir a acontecer, além de toda mobilização social, três projetos de lei foram apresentados, o primeiro deles proposto por Claude Huriet (*apud* Costa, 2012):

Artigo único

O artigo 16 do Código Civil francês é completado por uma alínea assim redigida:

Sem prejuízo dos direitos à indenização dos pais, a criança nascida deficiente não pode ser reparada por sua deficiência, a menos que o dano seja resultante diretamente de um ato médico, diagnóstico ou terapêutico

Em seguida, surgiu o segundo projeto de lei (2001) contrário à jurisprudência Perruche, este formulado por Bernard Fournier, Philippe Adnot, Jean-Paul Alduy, Gérard Bailly, Roger Besse, André Boyer, entre outros, tendo como base os seguintes termos (*apud* Costa, 2012):

Artigo único

O artigo 16 do Código Civil é complementado pelas duas alíneas, conforme redigidas abaixo:

Ninguém pode ser indenizado pelo simples fato de ter nascido.

Uma vez que uma deficiência for consequência direta e exclusiva de um erro, ela é passível de direito à reparação nos mesmos termos do artigo 1382 do presente código (Tradução nossa).

Por fim, o último projeto, e que viera a ser consagrado na Lei anti-Perruche (2002), foi descrito da seguinte forma (*apud* Costa, 2012):

Artigo único

O artigo 16 do Código Civil é complementado pelas duas alíneas, conforme redigidas abaixo:

Ninguém pode ser indenizado pelo simples fato de ter nascido.

Uma vez que uma deficiência for consequência direta e exclusiva de um erro, ela é passível de direito à reparação nos mesmos termos do artigo 1382 do presente código (Tradução nossa).

Artigo 2

Fica criado, nas condições definidas por decreto, um Observatório de recepção e integração de pessoas deficientes, encarregado de observar a situação material, financeira e moral, das pessoas portadoras de deficiências na França e de apresentar todas as propostas julgadas necessárias, ao parlamento e ao governo, visando melhorar o cuidado dado à essas pessoas (Tradução nossa).

8 OPINIÃO DOUTRINÁRIA

A doutrina mais completa acerca do assunto foi produzida pelo jurista belga Axel Gosseries (2002, p. 93-110), tendo este criado diferentes vertentes que em sua opinião

poderiam solucionar o problema apresentado. Em uma delas, está presente a opinião de que o conceito do dano por vida indigna é plenamente cabível, mas não nos casos de ação por vida injusta, entendendo ainda, que na sua opinião o caso de Nicolas Perruche não poderia ser enquadrado como uma vida indigna. Para Axel, a melhor solução para casos como esse, seria a elaboração de programas de indenização e reintegração para deficientes, o qual seria executado por um fundo assistencial.

Levando em conta a sugestão para a problemática apresentada pelo doutrinador, cabe observar que na França já existe um órgão que pratica atividades num setor bem semelhante ao proposto pelo estudioso belga, sendo este denominado CPAM (Caixa Primário de Seguro-Doença). Sendo assim a proposta em questão seria uma ampliação deste órgão público para que também funcionasse atendendo toda a nação, tendo em vista que na opinião de Axel, este é um problema que deve ser abraçado por toda a nação, evitando, assim, que sejam indenizados somente aqueles que nasceram com deficiência por razões de erro médico. Ainda num contexto parecido, Gosseries (2022) argumenta que a implantação desta nova forma de indenização traria um tom de sensibilização ética para com os casos, e não mais tratando-os como casos de responsabilização civil, incluindo a possibilidade de indenização àqueles que nasceram com deficiência por razões genéticas/naturais.

9 CONCLUSÃO

Portanto, ao analisarmos as condições para que o direito de não nascer pudesse vir a ser aplicado no Brasil, percebemos que diante da vigente legislação, tal possibilidade seria ilusória, levando em consideração que o ordenamento jurídico brasileiro preconiza a proteção a vida de forma taxativa, até porque, é possível dizer que o direito do cidadão surge no nascimento com vida, e se encerra com a morte, logo, criar um direito que é adquirido para não nascer iria contra muitas garantias presentes em nosso ordenamento jurídico, principalmente pelo fato de que é impossível determinar o quão miserável uma vida deve ser para considerar que sua existência seja indigna, ainda mais porque essa decisão não seria tomada por aquele que de fato arcaria com os danos “à flor da pele”.

Ademais, pode-se dizer que a legalização do aborto eugênico poderia causar uma sensação de selecionismo, indo contra as diferenças e pessoas com deficiências, na contramão de todas as campanhas de inclusão que devem ser propostas, principalmente na era em que vivemos, onde as diferenças, felizmente estão sendo normalizadas, e não mais vistas como desvairadas.

Por fim, os erros médicos que causam efeitos tão graves como no caso Francês supracitado seguramente devem ser punidos, bem como, também deve haver uma garantia de que todos os deficientes que possam receber suporte do Estado, e auxílio para

uma melhor reintegração social, sem que necessite previamente de ações judiciais ou até mesmo que ocorra um erro médico, caminho este que a França procurou estabelecer após o desequilíbrio gerado pelo caso de Nicolas Perruche e seus familiares.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 mar. de 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). RECURSO ESPECIAL: REsp 914329 RJ 2007/0001491-8. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO CABÍVEL. FECUNDAÇÃO IN VITRO. RECURSO ESPECIAL. Relator: Ministro João Otávio de Noronha., 19 de agosto de 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/854342/recurso-especial-resp-914329-rj-2007-0001491-8>. Acesso em: 20 nov. 2021

CAMARGO, Caroline Leite de. O direito de não nascer e a sua aplicação no direito brasileiro. **Âmbito Jurídico**, 1 jan. 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-120/o-direito-de-nao-nascer-e-a-sua-aplicacao-no-direito-brasileiro/>. Acesso em: 20 jul. 2021.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. Direito de não-nascer: entendendo o acórdão Perruche. **Consultor Jurídico**, 2 mai. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-02/direito-civil-atual-direito-nao-nascer-entendendo-acordao-perruche#:~:text=Trata%2Dse%20de%20a%3%A7%3%B5es%20reparat%3%B3rias,seu%20estado%20de%20sa%3%BAde%20debilidado>. Acesso em: 1 jul. 2022.

CHAVENCO, Arlete Aparecida; OLIVEIRA, José Sebastião de. **Da tutela dos direitos do nascituro e a Controvertida questão do início de sua Personalidade**. In: Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 12, n. 2, p. 657-677, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/2541/1762>. Acesso em: 5 nov. 2021.

CIARDO, Fernanda. Do Aborto - Artigo 124 a 128 do Código Penal. **Jusbrasil**, 2015. Disponível em: <https://ferciardo.jusbrasil.com.br/artigos/177420435/do-aborto-artigo-124-a-128-do-codigo-penal>. Acesso em: 22 jul. 2021.

COSTA, Laiz Marrão Batista da. **Limites existenciais do direito – reflexões sobre a lei anti-Perruche e o direito de não nascer**. 2012, 50 f (Graduação em Direito) - Pontífica Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 2012.

CHARLES Darwin: pai da eugenia? **Criacionismo**, 1 nov. 2017. Disponível em: <http://www.criacionismo.com.br/2017/11/charles-darwin-pai-da-eugenia.html>. Acesso em: 25 jun. 2022.

DOMINONI, Marco. O direito de não nascer: Caso Perruch. **Curso Clique Juris**, 2019. Disponível em: <<http://cursocliquejuris.com.br/blog/o-direito-de-nao-nascer-caso-perruch/#:~:text=A%20Corte%20de%20Cassa%3%A7%C3%A3o%20francesa,o%20direit o%20de%20n%C3%A3o%20nascer.&text=Entretanto%2C%20no%20Brasil%2C%20pela% 20ado%C3%A7%C3%A3o,de%20n%C3%A3o%20nascer%20perde%20for%C3%A7a%20>>. Acesso em 18 jul. 2021.

GODOY, Gabriel Gualano de. **Acórdão Perruche e o direito de não nascer**. 2007. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR, 2007.

GOSSERIES, Axel. "Faut-il couper lês ailles de l'arrêt Perruche?" IN: Revue Interdisciplinaire d'études juridiques n. 48, 2002

MAGALHÃES, Lana. Eugenia. **Toda matéria**. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/eugenia/>. Acesso em: 30 jun. 2022.

QUESTÕES INTELIGENTES OAB. Aborto – O que diz a lei. **Jusbrasil**, 2016. Disponível em: <https://examedaoab.jusbrasil.com.br/artigos/414535657/aborto-o-que-diz-a-lei>. Acesso em: 22 jul. 2021.

RAPOSO, Vera Lúcia. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica. **Revista Portuguesa de Dano Corporal**, Coimbra, n. 21, p. 61-99, 2010. Disponível em: [https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/4210/1/8%20-%20As%20wrong%20actions%20no%20ini%CC%81cio%20da%20vida%20\(wrongful%20c onception,%20wrongful%20birth%20e%20wrongful%20life\)%20e%20a%20responsabilida de%20me%CC%81dica.pdf?ln=eng](https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/4210/1/8%20-%20As%20wrong%20actions%20no%20ini%CC%81cio%20da%20vida%20(wrongful%20c onception,%20wrongful%20birth%20e%20wrongful%20life)%20e%20a%20responsabilida de%20me%CC%81dica.pdf?ln=eng). Acesso em: 25 jul. 2021.

SANTOS, Débora. Supremo decide por 8 a 2 que aborto de feto sem cérebro não é crime. **G1**. 12 Abr. 2012. Disponível em: <https://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/supremo-decide-por-8-2-que-aborto-de-feto-sem-cerebro-nao-e->

crime.html#:~:text=%E2%80%9CAborto%20%C3%A9%20crime%20contra%20a,n%C3%A3o%20gozando%20de%20prote%C3%A7%C3%A3o%20estatal. Acesso em: 11 nov. 2021.

SANTOS, Rahellen. Aborto: entenda essa questão no Brasil e no mundo. **Politize!**, 30 jun. 2022. Disponível em: <https://www.politize.com.br/aborto-entenda-essa-questao/>. Acesso em: 2 jul. 2022.

SINTRA, Rui. A Eugenia Natural de Darwin: Genética e Evolução de uma Ideia. **Universidade de São Paulo. Instituto de Física de São Carlos**, 16 mar. 2018. Disponível em: <http://ciencia19h.ifsc.usp.br/ciencia19hwp/a-eugenia-natural-de-darwin-genetica-e-evolucao-de-uma-ideia-2/>. Acesso em 28 jun. 2022.

WUNSCH, Guilherme. O DIREITO DE NÃO NASCER E AS FRONTEIRAS ENTRE OS CONCEITOS DE PESSOA E VIDA NO CASO NICOLAS PERRUCHE. **Empório do Direito**, 16 nov. 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-direito-de-nao-nascer-e-as-fronteiras-entre-os-conceitos-de-pessoa-e-vida-no-caso-nicolas-perruche-1508703545>. Acesso em: 5 nov. 2021.

A VIOLÊNCIA CONTRA OS POVOS INDÍGENAS DA ETNIA WAIMIRI-ATROARI DURANTE A DITADURA MILITAR BRASILEIRA, UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO POSITIVO.

LARA ARIEL SOUZA DE OLIVEIRA:
graduanda do curso de Direito da
Universidade Federal do Amazonas -
UFAM.

WILLIANE DOS SANTOS FERREIRA ³⁹

(coautora)

RESUMO: Este artigo visa analisar através do método histórico crítico-reflexivo, com bases legais e dados históricos, o impacto da ditadura militar em relação aos povos indígenas no país, principalmente os pertencentes à etnia Waimiri-Atroari, bem como consequências ocorridas à essas comunidades e apresentar o que traz a Constituição Federal de 1988 a respeito do assunto, a fim de debater como os instrumentos do Direito positivo podem ajudar as populações indígenas a recuperarem seu espaço histórico-social e a garantirem seus direitos básicos. Analisar-se-á a historicidade dos fatos e acontecimentos durante os anos que antecedem o regime militar, bem como o período de 1964 a 1985 a respeito do genocídio indígena ocorrido durante o período citado e como a legislação vigente à época deu abertura ao desencadeamento dos fatos.

PALAVRAS-CHAVE: Ditadura militar, região amazônica, sociedades indígenas, direito positivo, Constituição Federal.

ABSTRACT: This article aims to analyze, through the critical-reflective historical method, with legal bases and historical data, the impact of the military dictatorship in relation to indigenous peoples in the country, especially those belonging to the Waimiri-Atroari ethnic group, as well as the consequences that occurred to these communities and present what the 1988 Federal Constitution brings on the subject, in order to discuss how the instruments of positive law can help indigenous populations to recover their historical-social space and guarantee their basic rights. The historicity of the facts and events during the years before the military regime will be analyzed, as well as the period from 1964 to 1985 regarding the indigenous genocide that occurred during the mentioned period and how the legislation in force at the time opened the way for the triggering of the facts.

³⁹ graduanda do curso de Direito da Universidade Federal do Amazonas - UFAM.

KEYWORDS: Military dictatorship, Amazon region, indigenous societies, positive law, Federal Constitution.

1.INTRODUÇÃO:

Estima-se que até o final da década de 50 mais de 300.000 (trezentos mil) indígenas residiam em todo o território nacional. Em 1964 os militares assumiram o poder e após quatro anos do golpe de Estado o número de residentes indígenas brasileiros foi reduzido para 80.000 (oitenta mil), o que representou o desaparecimento de mais de 75% de vidas indígenas no país. A influência e o poder dos militares à época motivaram significativamente a ocorrência dessa tragédia, resultando em uma mortandade massiva, ceifando milhares de vidas, um verdadeiro genocídio contra as populações indígenas.

O golpe de 1964 trouxe para o Brasil, além de diversas particularidades de governança, um novo período econômico. Intensificou-se o número de construções grandiosas que logo se espalharam por todas as regiões do país e à frente aos espaços a serem preenchidos pelas respectivas edificações, inúmeros povos com suas terras ancestrais foram visados como empecilhos para o avanço da modernidade.

Tratados como obstáculos físicos para o “desenvolvimento” pretendido pelos governantes, as comunidades indígenas foram alvos definitivos, para que uma vez expulsos das terras, dessem espaço para o engrandecimento das regiões, principalmente no Norte do país, onde muito se almejava “preencher” o território não ocupado e explorar todos os tipos de riquezas naturais. Em recorte, a população Waimiri sofreu abruptamente e quase teve todo o seu povo dizimado.

Antes desse contexto de ameaça direta sofrida pelas comunidades indígenas, se percebeu a necessidade de garantir, mesmo que de forma ínfima, uma proteção especial aos povos extremamente vulneráveis, no entanto, os modelos de proteção criados durante o regime militar serviram como uma espécie de “passe livre” para legalizar a invasão das terras indígenas e a expulsão dos nativos de suas terras.

O primeiro modelo de proteção ao índio criado no Brasil, foi o SPI- Sistema de Proteção ao Índio, elaborado na primeira década do século XX, momento em que o país passava por uma grande necessidade de expansão territorial.

Com esse modelo, o Estado conseguiu investir em sua política expansionista e pregou ao mesmo tempo a “proteção ao indígena”, com o intuito de alcançar seus objetivos de crescimento econômico. Com o tempo ficou claro que a proteção visada pelo Estado era fatalmente concorrente com o seu interesse de ocupação territorial, o que

tornou a ação do governo dúbia, pois o Estado que invadia o território indígena era o mesmo que pretendia a sua proteção.

O SPI enfrentou durante toda a sua existência problemas de carência de recursos e dificuldades de qualificação de seu pessoal. A atuação do órgão acabou por gerar resultados opostos a sua proposta. Eram frequentes as denúncias de casos de fome, doenças, assassinatos e escravidão. No início da década de 1960, sob a acusação de genocídio, corrupção e ineficiência o SPI foi investigado por uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI). O processo levou à demissão ou suspensão de mais de cem funcionários de todos os escalões. Em 1967, durante o regime militar, o SPI e o CNI foram extintos e substituídos pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI). (Alzira Alves de Abreu)

O segundo modelo de proteção ao índio criado no Brasil surgiu no governo dos militares, no início da década de 70. O governo de Emílio Garrastazu Médici promulgou a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que ficou amplamente conhecida como o Estatuto do Índio.

Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.

Parágrafo único. Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta (Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973).

O intuito desse novo modelo não era mais de proteção, mas de integralização do índio à sociedade, modelo que apesar de defasado em relação aos dias atuais ainda é vigente e não há previsão de atualização ou elaboração de algum outro modelo que venha a reger as relações entre o Estado e o indígena, perpetuando uma lacuna no Direito Indigenista no Brasil. A integração desses povos deve buscar a preservação da memória, não há como integrá-los sem respeitar a ancestralidade e o seus direitos às terras.

A Constituição de 1988 por sua vez, possibilitou um certo rompimento com o modelo integracionista que dominava o período, apresentando condições do índio ser respeitado em sua cultura e integrado de forma respeitosa, possibilitando por exemplo o seu ingresso em instituições de ensino na sua própria língua materna, e assegurando uma maior participação nas decisões relacionadas às terras por eles ocupadas.

Foi mantida também pela Lei Maior a responsabilidade da União de proteger e fazer respeitar os direitos indígenas. Apesar de não trazer de maneira expressa no que tange a capacidade civil, ela trouxe em seu artigo 23240 a capacidade processual, pois assegurou aos índios serem partes legítimas para entrar em juízo, inclusive contra o próprio Estado, seu suposto tutor.

Um Novo Estatuto do Índio é algo a ser objeto de análise por nossos representantes, certo de que se baseie na Carta Magna e nos Direitos Humanos, visando oferecer as condições necessárias para que os indígenas sejam cidadãos amparados e assistidos pelo Governo, sem deixar de lado o progresso que a modernidade oferece.

Desta forma, a importância deste trabalho justifica-se na permanente discussão do tema abordado, principalmente na região Norte e da característica ainda atual que é a violência discriminatória contra os indígenas, principalmente em decorrência dos fatos ocorridos no período de repressão, possuindo grande relevância para o meio acadêmico pois propõe uma análise crítico-reflexiva de fundamentos legais do Direito.

2. A DITADURA MILITAR E A AMAZÔNIA:

O que ocorreu na região Amazônica no período compreendido pelo regime de ditadura militar foi reflexo de uma conduta administrativa voraz, que almejou o domínio do patrimônio nacional cada vez maior, ultrapassou diversos limites e desrespeitou inúmeros direitos humanos, foi indubitavelmente um período de repressão e extermínio contra a população indígena brasileira.

Os militares articularam um programa econômico contemplado no Instituto de Pesquisas e Estudos Sociais (IPES)⁴¹ e criaram diretrizes de segurança interna

40 CF - Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

41O Instituto de Pesquisas e Estudos Sociais (IPES) foi fundado em 29 de novembro de 1961, financiados por empresário foi um núcleo da extrema direita no país.

desenvolvidas pela Escola Superior de Guerra (ESG)⁴², ambos institutos com visões extremistas e com uma ideologia direitista com forte influência norte-americana.

Dessa forma, a integração completa do território nacional foi a grande meta do governo àquela época. Isso incluiu um programa ganancioso que deslocou quase um milhão de pessoas de todos os lugares do país, principalmente das regiões Sul e Nordeste, com o objetivo de ocupar estrategicamente a região amazônica, sem deixar despovoado nenhum espaço e vedando as áreas de fronteiras.

Os incentivos governamentais duraram anos, muitas estradas foram abertas para facilitar o desenvolvimento da região e conseqüentemente acarretaram no desmatamento intensivo e destruição de diversos biomas amazônidas. Nesse mesmo período, a política para a Amazônia ficou conhecida pelo lema "Integrar para não Entregar".

As populações indígenas estavam posicionadas entre os militares e a realização do maior projeto estratégico de ocupação do território brasileiro e que por este motivo, quase foram exterminadas por um projeto incapaz de visar um desenvolvimento que os acolhesse ou ao menos respeitasse suas vidas e terras.

A psicanalista Maria Rita Kehl⁴³, integrante da Comissão Nacional da Verdade, comissão criada pela Lei n.º 12.528 de 18 de novembro de 2011, que teve como objetivo apurar as graves violações de Direitos Humanos ocorridas entre 1946 e 1988, descreveu a inocência dos povos indígenas diante da barbárie e da perversidade militarizada, a ponto de resistirem sem conhecer o motivo daquele afronte, lutavam puramente por suas existências e pela preservação de suas terras.

"Os indígenas não estavam resistindo no sentido político, já que não sabiam exatamente o que era a ditadura. A resistência deles era, de certa maneira, ingênua, no sentido de preservar sua terra. Mas o tratamento dado a eles era violentíssimo" (KEHL, Maria Rita, em 2011).

Muitas dores vividas durante esse tempo não foram reveladas, não há o conhecimento sobre a maioria dos crimes cometidos pela ditadura contra as populações

⁴² Entidade criada em 22 de outubro de 1948 pelo Decreto nº 25.705 e organizada de acordo com a Lei nº 785, de 20 de agosto de 1949. A Escola Superior de Guerra foi subordinada à Presidência da República através do Estado-Maior das Forças Armadas (EMFA). Tinha o propósito de se tornar uma agência socializadora das elites brasileiras, militares e civis em torno de questões referentes à segurança e desenvolvimento do país.

⁴³ Maria Rita Kehl foi editora do Jornal Movimento, um dos mais importantes veículos da imprensa alternativa durante a Ditadura, e participou do grupo que criou o jornal Em Tempo, em 1978.

indígenas. Nessa direção, o documento de denúncia mais importante sobre esses crimes foi o “Relatório Figueiredo”, produzido pelo próprio Estado e que desapareceu por mais de 45 anos. Foi encontrado somente em 2013 no Museu do Índio no Rio de Janeiro.

A investigação do referido relatório foi feita em 1967, a pedido do Ministro do Interior, Albuquerque Lima, sendo o resultado de uma expedição que percorreu mais de 16 mil quilômetros, entrevistou dezenas de agentes do recém extinto SPI e visitou mais de 130 postos indígenas.

O Relatório Figueiredo apurou o extermínio de comunidades inteiras, torturas e todo tipo de crueldade, crimes praticados principalmente por militares e ex-funcionários do Serviço de Proteção ao Índio (SPI). Entre denúncias, haviam relatos de perseguições promovidas com metralhadoras e dinamites atiradas de aviões, inoculações propositais de varíola em povoados isolados e doações de açúcar misturado com veneno.

3. A ETNIA WAIMIRI-ATROARI, UM POVO DE RESISTÊNCIA

Em 1911, antes da tomada da democracia pelos militares, Alípio Bandeira, oficial do exército e representante do Serviço de Proteção ao Índio, percorreu a região onde se localiza o rio Jauaperi e teve contato com os denominados “Waimiris”. Em 1912 instalou o primeiro posto de atração aos índios e foi a partir dessa data que o SPI passou a coordenar os trabalhos e a política indigenista na região. Isso em tese, pois o órgão tinha pouca autonomia para impor as políticas indigenistas vigentes nessa época.

O governo estadual, nesse período, tinha sua economia baseada nos produtos extrativistas, logo a população indígena tornava-se um incômodo para os coletores das “drogas do sertão” o que acarretava em uma guerra injusta, um se defendia enquanto o outro atacava.

Com o passar dos anos, na década de 1960, nas proximidades da cidade de Manaus, o povo Waimiri resistia. Nessa região, sofreram com as expedições militares e com a constante ameaça e truculência de garimpeiros e seringueiros, em razão das fortes perseguições, fugiram dos seus territórios originários. Como defesa eles se isolaram e resistiram violentamente aos que adentravam sem permissão em seus territórios, ganhando fama de cruéis, imagem que foi explorada por seus inimigos.

Durante as construções das estradas e rodovias a área em que viviam foi isolada pelo exército e o acesso aos indígenas era controlado pelos militares, por essa razão os primeiros relatos dos massacres só apareceram a partir de 1985, no fim do regime militar,

quando os indigenistas e missionários Egydio Schwade e Doroti Schwade⁴⁴ que já atuavam há anos na causa indigenista iniciaram um processo de alfabetização dos Waimiris em sua língua mãe, tornando aquele momento de aprendizagem e alfabetização em um acontecimento antropológico.

Os indigenistas se basearam em alguns métodos de Paulo Freire⁴⁵ para incentivar os índios a contarem suas histórias através de desenhos e didaticamente eles conseguiram relatar de forma mais direta os episódios de violência vivenciados durante as construções das estradas e a listar os seus familiares e amigos assassinados nas ações, além das aldeias que sumiram completamente.

Em um dos relatos, um waimiri contou que “um dos homens civilizados” jogou do avião em que estava um pó que queimou a garganta dos índios e estes logo em seguida morreram. Vários depoimentos foram coletados em seguida e muitos relataram com exatidão esse mesmo acontecimento.

A Comissão Nacional da Verdade por sua vez, instituída pelo próprio governo brasileiro em 2012, investiga há anos o desaparecimento de aproximadamente 2.000 índios da etnia Waimiri-Atroari durante a ditadura militar. O território desse povo se estendia de Manaus até o sul de Roraima. A comissão inclusive recebeu um relatório, elaborado pelo Comitê Estadual da Verdade do Amazonas, que aponta para a existência de um massacre dos Waimiri-Atroari, operado pelo Exército, com a aplicação de táticas de guerra.

No início do século passado, antropólogos e estudiosos estimaram em 6.000 (seis mil) a população total de Waimiri-Atroari. Em 1972 a FUNAI informou que a população caiu em 50%, chegando a cerca de 3.000 (três mil) pessoas. Dois anos depois, em 1974 a FUNAI constatou que a etnia Waimiri foi reduzida a menos da metade.

Em 1982 um relatório também feito pela FUNAI contabilizou que ainda existiam 572 Waimiris, no ano seguinte um censo realizado pelo pesquisador Stephen Grant Baines⁴⁶ da Universidade de Brasília, contou apenas 332 indígenas. Ao longo das décadas o território dos Waimiris foi reduzido drasticamente, não só pela construção da BR-174,

⁴⁴ Casal de indigenistas e ativistas que se dedicaram incansavelmente no combate aos grandes projetos econômicos que estavam decretando a morte do povo Waimiri-Atroari durante o regime militar.

⁴⁵ Paulo Freire foi um educador e filósofo brasileiro. É considerado um dos pensadores mais notáveis na história da pedagogia mundial. É também o Patrono da Educação Brasileira.

⁴⁶ O antropólogo Stephen Grant Baines é Professor Titular do Departamento de Antropologia da Universidade de Brasília, pesquisador de produtividade do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico e coordenador do Laboratório e Grupo de Estudos de Relações Interétnicas (LAGERI/UnB).

mas também por conta dos projetos de mineração, da invasão do garimpo ilegal e posteriormente pela hidrelétrica de Balbina.

Atualmente, conforme o Programa Waimiri-Atroari, que é um programa, representando a Funai em parceria com a Secretaria de Educação do Estado do Amazonas, o Instituto de Medicina Tropical de Manaus (IMTM), a Universidade do Amazonas e a Eletronorte, foi registrado em sua última contagem demográfica, em fevereiro de 2020, aproximadamente 2.000 indígenas alocados em 62 aldeias no Norte do país.

Diante da luta do povo Waimiri e da sua história de resistência, cada descendente representa esperança para as futuras gerações. Resta à toda sociedade apoiar a causa indigenista no país e ao Estado fomentar a preservação etnográfica desta gente e garantir a aplicação eficaz da legislação vigente em relação à preservação das comunidades indígenas.

4. MODELO INTEGRACIONISTA E A POLÍTICA INDIGENISTA:

O modelo integracionista foi elaborado logo que os militares chegaram ao poder, na visão deles a nação carecia de mão de obra e espaço ocupado, logo a conversão do índio à civilidade foi visto como uma boa opção para as necessidades do país. A terra que era até então destinada aos índios, serviria aos interesses de desenvolvimento do Estado, e aqueles que concordassem em se “civilizar”, serviriam como mão de obra e produtores de mercadorias.

Esse modelo implementado pelos militares passou a reger a política indigenista oficial, sendo possível visualizar sua atuação na Operação Amazonas - 1966, que junto com o Plano de Integração Nacional (PIN)⁴⁷, consistiu em um dos maiores planos para superar o subdesenvolvimento do país, com a expansão territorial, rumo às regiões menos populosas e povoadas.

A extinção do SPI e a criação da FUNAI em 1967, teve intensa participação da política internacional, onde o Brasil assumiu uma postura positiva quanto aos aparelhos do Estado, oriundo da importância do financiamento externo e das transformações que se queria implementar. A extinção do SPI representou na verdade um reordenamento dos aparelhos estatais.

⁴⁷ Programa governamental instituído pelo Decreto-Lei nº 1.106, de 16 de junho de 1970, durante o governo do general Emílio Garrastazu Médici. Tinha por objetivo implementar obras de infraestrutura econômica e social no Norte e no Nordeste do país.

O Estatuto do Índio, legalizou os interesses políticos acima do Direito Indigenista. A lei nº 6.001 de dezembro de 1973, revelou uma intenção clara de integrar os índios à sociedade brasileira, de maneira que estes não atrapalhassem o desenvolvimento do país e a exploração das riquezas naturais.

O objetivo da política integracionista é totalmente posto em dúvida, uma vez que, buscava "integrar" o índio à sociedade, desempossando-o do direito às suas terras. Quando determinada comunidade indígena se integrava à sociedade, não mais se distinguia da civilidade, o que quer dizer que não necessitava de direitos sobre as terras que ocupava, bem como qualquer tipo de assistência especial em relação às suas vulnerabilidades frente ao acesso à justiça.

6. CONSTITUIÇÃO DE 1988 E AS INOVAÇÕES PARA O DIREITO INDIGENISTA:

As constituições de 1824 e 1891 não se manifestaram em relação aos direitos dos índios no que tange às terras a eles ocupadas, pois havia a justificativa de que cada província poderia atuar e legislar para promover a "civilização" dos índios, revelando uma verdadeira insegurança e instabilidade jurídica aos povos nativos.

O instituto do Indigenato apenas foi acolhido pela constituição de 1934, em seu art. 129 e reconheceu a obrigatoriedade de respeito "à posse da terra por indígenas que nelas se achem permanentemente localizados".

Dessa forma, é possível afirmar que as constituições de 1937 (art. 154), 1946 (art. 216), a de 1967 (art. 186), 1969, (art.198) e 1988 (art. 231), garantiram o direito à posse das terras ocupadas permanentemente. Destaca-se que a constituição de 1967, assegurou o usufruto exclusivo dos recursos naturais e utilidades existentes nas terras indígenas, essa garantia foi mantida na constituição de 1988, (art. 231. § 2º CF).

CF - 1988. Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Nessa toada, os indígenas foram verdadeiras vítimas do crescimento econômico vivenciado pelo país, tudo o que pregava sua devida proteção foi contaminado pelos interesses daqueles que visavam o crescimento proposto pelo Estado.

A constituição de 1988, na oportunidade, criou meios para garantir a educação nas próprias línguas maternas e processos próprios de aprendizagem (art. 210, § 2º)⁴⁸, bem como proteção às suas manifestações culturais (art. 215, § 1º)⁴⁹, a própria legitimação das comunidades e organizações para ingressarem em juízo para a defesa de seus direitos e interesses, estabelecida pelo já comentado art. 232; o que revela a nítida ruptura com o sistema integracionista anterior.

Quanto à exploração mineral, a Carta Magna de 1988 não proibiu, mas condicionou à aprovação prévia do Congresso Nacional e à consulta às comunidades afetadas. O problema encontrado entre a passagem do Sistema integracionista para a Constituição, está no fato de o Estatuto do Índio ser incompatível com a postura adotada atualmente.

Por seu turno, os direitos individuais e coletivos são assegurados no artigo 5º da Constituição de 88 e merecem especial menção no que tange ao amparo e proteção à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, decorrendo destes todos os demais que estão salvaguardados dos incisos I a LXXVII.

Cumprir mencionar que dispositivo do art. 5º traz o direito de igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, não deixando de ter sentido especial essa primazia ao direito de igualdade, que, por isso, servirá de orientação ao intérprete, que necessitará ter sempre presente o princípio da igualdade na consideração dos direitos fundamentais assegurados aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País.

48 **CF-88. Art. 210.** Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

§ 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

49 **Art. 215.** O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

A igualdade que se busca estabelecer depois da Constituição de 1988 precisa com urgência ser transformada em legislação específica, tendo em vista que o Estatuto do Índio que foi criado no sustentáculo do modelo integracionista ainda vigora nos dias atuais.

7. LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL

A Declaração sobre Direitos dos Povos Indígenas foi adotada em setembro de 2007, pela Assembleia Geral da ONU. O documento não estabeleceu novos direitos, mas reafirmou os direitos fundamentais já garantidos, constituindo um instrumento internacional importante de direitos humanos, contribuindo para a conscientização sobre a opressão histórica imposta aos indígenas, além de promover relações saudáveis entre estes, o Estado e a sociedade.

Os dias que correm carecem de novas abordagens sobre os problemas globais, tais como desenvolvimento, descentralização e democracia. Os Brasil e os demais países precisam adotar novas formas de interação com os povos indígenas, que requerem interações equitativas com suas lideranças e representações, o que não vem ocorrendo, a realidade é opositora, existe um distanciamento e apagamento dessas relações.

A Declaração diz que os povos indígenas têm direito de gozar plenamente de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no direito internacional humanitário, atento à unicidade pertinente às realidades dos povos indígenas, reafirmando direitos fundamentais e promovendo o combate de violações que vão desde o trabalho infantil à discriminação racial.

A Convenção para a Eliminação da Discriminação Racial, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção da Diversidade Biológica, dos quais o Brasil assina, reafirmam direitos indígenas fundamentais de caráter individual e coletivo para serem observados e respeitados por todos os países que os tenham aceitado.

Apesar de não ser um instrumento vinculativo juridicamente, a Declaração da ONU estabelece diretrizes para as políticas e legislações nacionais que dizem respeito aos povos indígenas. Além disso, a Declaração reconhece direitos importantes e reafirma alguns direitos já estipulados de forma vinculante por tratados internacionais de direitos humanos e pela prática de organismos internacionais como, por exemplo, o direito às terras tradicionalmente ocupadas e aos recursos naturais nelas existentes, e o direito à consulta prévia e informada.

A ONU afirma que os indígenas têm pleno direito “a todos os direitos humanos reconhecidos no direito internacional”, observado que “os povos indígenas possuem direitos coletivos que são indispensáveis para sua existência, bem-estar e desenvolvimento integral como povos”.

8. CONCLUSÃO:

Não há dúvidas que a legislação indigenista brasileira desde o primórdio de sua criação, ao lado do sistema protecionista vigente no país durante o período dos governos militares, foi elaborada com o intuito de promover os interesses econômicos e políticos do país, bem como de suas lideranças, e influentes à época.

O Sistema com a finalidade de “integrar” os índios e obter vantagens para o Estado com a posse dos seus territórios e a mão de obra que essa integração poderia favorecer, reflete nitidamente os interesses estatais. O comportamento violento do Estado, que deveria de fato tutelar e proteger os povoados indígenas, refletiu em um período obscuro, onde o avanço da modernidade foi edificado às custas do sangue de diversas vidas dos povos da floresta.

A Constituição de 1988 conseguiu trazer previsões legais melhores em relação às condições de usufruto das terras indígenas e a garantia de direitos como cidadãos, reconhecendo as diferenças culturais e temporais que os separam da sociedade em geral, para equipará-los legalmente sem violar suas condições étnicas e o ambiente em que vivem.

O Direito Internacional por sua vez, oferece através de suas convenções a base para que o novo Estatuto do Índio seja construído, respeitando as diferenças entre as comunidades indígenas e lhes proporcionando a chance de preservarem sua cultura sem abster-se dos avanços que a modernidade oferece.

É lamentável reconhecer a lacuna que há em nosso ordenamento jurídico quanto aqueles que são primordialmente o Brasil. Através do reconhecimento, é esperado que venha a incitação para a luta, para que os Direitos desses povos sejam reconhecidos e atualizados, e que assim o Direito e o acesso à justiça cheguem cada vez mais perto do que lhe é esperado.

7. REFERÊNCIAS:

ADERALDO, V. Escola; BARROS, A. Brazilian; Folha de São Paulo (30/11/08); STEPAN, A. Militar; Revista ESG. **ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA**. Disponível em:

<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/escola-superior-de-guerra-esg>. Acessado em 24 de maio de 2022.

ARRUTI, José Mauriti. **VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS POVOS INDÍGENAS DA AMAZÔNIA**. Disponível em: <http://amazoniareal.com.br/comissao-da-verdade-ao-menos-83-mil-indios-foram-mortos-na-ditadura-milit>. Acessado em 22 de maio de 2022.

BAINES, Stephen Grant. **UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. ICS - INSTITUTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS » DAN - DEPARTAMENTO DE ANTROPOLOGIA**. Disponível em: <http://www.pesquisar.unb.br/professor/stephen-grant-baines>. Acessado em 22 de maio de 2022.

BALZE, Guilherme. **DITADURA MILITAR MASSACROU POVOS INDÍGENAS**. Disponível em: <http://www.jovensindigenas.org.br/publicacoes/ditadura-militar-massacrou-povos->. Acessado em 24 de maio de 2017.

BALZE, Guilherme. **COMISSÃO DA VERDADE APURA MORTES DE ÍNDIOS QUE PODEM QUINTUPLICAR VÍTIMAS DA DITADURA**. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2012/11/12/comissao-da-verdade-apura-mortes-de-indios-que-podem-quintuplicar-vitimas-da-ditadura.htm>. Acessado em 24 de maio de 2022.

BATISTA, Lígia. **VIOLÊNCIAS CONTRA OS INDÍGENAS NA DITADURA MILITAR**. Disponível em: <http://memoriasdaditadura.org.br/indigenas/>. Acessado em 24 de maio de 2017.

BRASIL. Lei Nº 6.001, De 19 De Dezembro De 1973. **ESTATUTO DO ÍNDIO**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acessado em 20 de maio de 2022.

CAZES, Leonardo. **A HISTÓRIA DE RESISTÊNCIA E MORTE DOS POVOS INDÍGENAS DURANTE A DITADURA MILITAR**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/livros/a-historia-de-resistencia-morte-dos-povos-indigenas-na-ditadura-militar-21110809#ixzz4i2EPmd00>. Acessado em 24 de maio de 2022.

DIAS, Denise. **EVOLUÇÃO DO DIREITO INDIGENISTA NO BRASIL – SISTEMAS DE PROTEÇÃO AO ÍNDIO E LACUNAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/evolucao-do-direito-indigenista-no-brasil-sistemas-de-protecao-ao-indio-e-lacunas-na-legislacao-brasileira/>. Acessado em 24 de maio de 2022.

INSTITUTO de pesquisas e estudos sociais. *In:* WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Instituto_de_Pesquisas_e_Estudos_Sociais. Acessado em 24 de maio de 2022.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 16ªEd., Editora Saraiva, fev.2012.

MALDEIRA, Hebert. **PROPOSTA DE NOVO ESTATUTO DOS POVOS INDÍGENAS É APRESENTADA NO SENADO RÁDIO SENADO.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2016/04/20/proposta-de-novo-estatuto-dos-povos-indigenas-e-apresentada-no-senado>. Acessado em 24 de maio de 2022.

MARTINS, Edilson. **NOSSOS ÍNDIOS, NOSSOS MORTOS: REPORTAGENS, ENTREVISTAS, ARTIGOS.** Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/index.php/acervo/livros/nossos-indios-nossos-mortos-reportagens-entrevistas-artigos>. Acessado em 24 de maio de 2022.

NEDER, Renata. **A FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO** (Funai). Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/c/politicas-indigenistas/orgao-indigenistaoficial/funai>. Acessado em 21 de maio de 2022.

POVO INDÍGENAS DO BRASIL. **ESTATUTO DO ÍNDIO.** Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/>. Acessado em 24 de maio de 2022.

PROGRAMA WAIMIRI ATROARI. Disponível em: <https://www.waimiriatroari.org.br/>. Acessado em 24 de maio de 2022.

RELATÓRIO FIGUEIREDO. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/violacao-dos-direitos-dos-povos-indigenas-e-registro-militar/relatorio-figueiredo>. Acessado em 24 de maio de 2022.

SANTOS, Claudefranklin Monteiro. **CULTURA, A MAIOR RIQUEZA DE UM POVO.** Disponível em <http://franklindhiufs.blogspot.com.br/2012/01/cultura-maior-riqueza-de-um-povo.html>. Acesso em 21 de maio de 2022.

SERVIÇO DE PROTEÇÃO AOS ÍNDIOS (SPI). Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira>. Acessado em 20 de maio de 2022

STARLING, Heloisa. **DITADURA MILITAR E POPULAÇÕES INDÍGENAS.** Disponível em: <https://www.ufmg.br/brasildoc/temas/5-ditadura-militar-e-populacoes-indigenas/>. Acessado em 24 de maio de 2017.

SWADE, Maiká. **UM POUCO DA MEMÓRIA DA VIDA DE DOROTI MÜLLER SCHWADE.**
<http://urubui.blogspot.com/2010/12/um-pouco-da-memoria-da-vida-de-doroti.html>.
Acessado em 24 de maio de 2022.

A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E A RESPONSABILIDADE À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

NAYLLA AMANDA AMORIM DE VASCONCELOS:

Graduanda do curso de Direito no Centro Universitário Luterano de Manaus – ULBRA.

INGO DIETER PIETZSCH⁵⁰

(orientador)

RESUMO: A violência obstétrica ocorre todos os dias nas unidades médicas de hospitais e hospitais, e as mulheres trabalhadoras são realmente obrigadas a obedecer, principalmente por não compreenderem seus direitos e por terem medo de retaliação contra seus recém-nascidos. Existem vários relatos de violência, incluindo rebaixamentos verbais, que minam os direitos das mulheres, mesmo em tratados internacionais que são garantidos pela constituição. No sentido de esclarecer e divulgar a dor sofrida pela mulher durante o parto, isso é inegável, portanto, o governo tem a responsabilidade de fiscalizar e organizar hospitais para impedir esse "comportamento violento durante o parto".

Palavras-chave: Violência Obstétrica, Direitos Humanos, Princípios constitucionais.

ABSTRACT: Obstetric violence occurs daily in health institutions, being practiced by the hospital staff, and women in labor, are practically obliged to submit, mainly due their rights, and for the fear represarias against the newborn. There are several reports of violence, including verbal, trivialization of such conduct harmful to the rights of women, which is constitutionally guaranteed even in international treaties. With the aim to clarify and disseminate, it is undeniable the suffering of the woman at the time of giving birth, leaving the Government, supervise and structure for hospitals to end this "Violence in childbirth."

Keywords: Obstetric Violence, Human Rights, Constitutional principles.

1.INTRODUÇÃO

A violência obstétrica cometida por equipes médicas contra mulheres grávidas está incluída no catálogo de violência de gênero, que se caracteriza pela violação do direito do indivíduo à saúde, imagem objetiva e estado psicológico e violação de sua integridade e dignidade humana.

50 Professor(a) especialista Teologia Prática, orientador do Trabalho de Conclusão de Curso do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA/Manaus, AM.

No cotidiano de trabalho dos profissionais de saúde, obstetras e ginecologistas, clínicos gerais, enfermeiros e técnicos de enfermagem, devido à falta de atendimento médico e de informações sobre determinadas práticas e comportamentos, raramente as pessoas percebem no atendimento clínico e médico em hospitais a Violência obstétrica. Os danos materiais, físicos e psicológicos à paciente são causados, neste caso, à gestante e / ou à parturiente.

Neste caso, os danos e responsabilidades pela violência obstétrica ainda são áreas inexploradas no contexto jurídico e, por vezes, não existe uma legislação única que possa tratar os fatos como objeto de ciência jurídica. O foco da conclusão deste curso é analisar a violência obstétrica como objeto de direito no ordenamento jurídico brasileiro. No âmbito desta lei, a violência obstétrica é considerada uma forma de violência contra a mulher cometida por profissionais de saúde institucionalizados, por obstetras, clínicos gerais, enfermeiros e técnicos de enfermagem durante a gravidez e / ou violência materna contra a mulher

Caracteriza-se como violência obstétrica no momento da gestação quando o agente de atendimento de saúde nega atendimento, ou estabelece certos critérios no atendimento que provoquem dificuldades no atendimento à mulher gestante, ou quando certos discursos ou práticas médicas provocam o constrangimento público, por exemplo condutas restritivas de natureza seletiva que utilizam critérios de cor, situação econômica, religião. Durante o parto, a violência obstétrica tem sido observada de forma mais institucionalizada e às vezes subjetiva, pois ações médico-hospitalares podem causar danos físicos e psicológicos, como a recusa em tomar medicamentos. A partir desse debate, este trabalho revela o ordenamento jurídico brasileiro em relação à violência obstétrica. Portanto, o presente trabalho está dividido em três partes de diálogo mútuo, com o objetivo de debater a prática da violência obstétrica por meio da ciência jurídica.

Portanto o presente trabalho, intenta cumprir um papel informacional a partir do manejo legislativo da Ciência Jurídica e da demonstração dos danos e das responsabilidades dos agentes de atendimento de saúde diante do cometimento das práticas de violência obstétrica. Cumprindo um dever acadêmico científico, como institucional e social quando o trabalho se debruça sobre fatos sociais ainda não tipificados, ou quando tipificados encontram entraves de consecução do controle jurídico da matéria.

2. SOB À LUZ DO FATO: A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA, CONCEITO E PRÁTICAS

2.1 Conceito

Segundo Mariana Pulhez (2013, p. 22) acredita que durante o tratamento médico obstétrico e neonatal, a violência obstétrica é prejudicial a mulher no meio público e

privado. A pesquisa realizada pelo Dr. Rogério Pérez D'Gregorio, Presidente da Associação Venezuelana de Obstetrícia e Ginecologia, é o desenho original da "violência obstétrica". Em conformidade com Briena Andrade (2014, p. 01) complementou as informações de Pulhez, apontando que a violência obstétrica se dá por meio de "abusos de intervenções", métodos médicos e outros "realizados por profissionais de saúde sobre o corpo e processo reprodutivo da mulher".

Por meio de técnicas invasivas no corpo, o parto amplia o estado emocional da parturiente e requer cuidados especiais da equipe médica, portanto, a experiência do parto é um momento especial para a mãe e para o filho. O primeiro sopro de vida. Porém, observa-se que neste momento tão especial dessa nova família, mulheres e crianças sofrem certas frustrações e ferimentos, que prejudicam seu caráter objetivo e subjetivo.

Situações desse tipo estabelecidas pelos profissionais de saúde em ambiente hospitalar, neste caso, são compostas por obstetras, clínicos gerais, pediatras, enfermeiras e técnicos de enfermagem que colocam em patamar baixo os direitos reprodutivos e sexuais da mulher, é considerada "violência obstétrica". Embora o termo seja novo no campo jurídico, o termo "violência" voltou ao âmbito das denúncias porque o abuso, a negligência e a prevaricação são crimes que violam os direitos reprodutivos e físicos das mulheres.

Neste caso, os tipos de maus tratos à mulher durante o parto e ao recém-nascido são considerados "violência obstétrica", e esses crimes afetam diretamente a intimidade e o acesso à saúde infantil.

3.SAÚDE, DIGNIDADE E INTEGRIDADE: A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DOS DIREITOS HUMANOS

De acordo com o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, as mulheres gozam de direitos, direitos à saúde, direitos à dignidade, direitos à integridade e à privacidade durante o parto, portanto, a mãe deve ser considerada como sujeito da gravidez. Os direitos devem ser protegidos por fatores objetivos e subjetivos no momento de resguardo.

3.1 A parturiente sujeito de direitos

3.1.1 Dignidade

No artigo 1º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade humana estipula que o estado democrático de direito se baseia na dignidade humana. Como cerne do sistema constitucional e do sistema jurídico, político e social, o princípio

da dignidade humana "envolve todos os aspectos do ser humano, seja aparência, personalidade, privacidade e intimidade, bem como os fatos que pertencem ao ser humano gênero, seus aspectos físicos e sua Raça"(SCHIAVI, 2011, p. 50).

Parece que esse princípio se transformou na matriz básica da República Federativa do Brasil, portanto, representa o reconhecimento dos valores individuais como base de eficácia, harmonizando assim todo o ordenamento constitucional e confirmando todo o arcabouço legal. (CANOTILHO, 1998, p. 219).

Para Bulos (2012, p. 509), a dignidade humana é portadora de direitos básicos e garantias estabelecidas na Constituição Federal de 1988 está reunida em torno de si. Segundo Alvarenga (2013, p. 99) contribuiu para o debate ao apontar que o princípio da dignidade humana é uma característica do ser humano. "Tendo em vista a importância e expansibilidade do princípio da dignidade humana, como princípio matricial, todos direitos humanos básicos irão se conectar como um todo".

A Constituição Federal de 1988 adotou normas gerais no princípio da dignidade humana, garantindo o respeito às condições naturais da humanidade, e danificar esse respeito significa enfrentar os alicerces do sistema normativo brasileiro. É preciso destacar que, diante da obstetrícia e da instrumentação neonatal, é preciso zelar pelo respeito à dignidade das mães para que se confirme a existência de direitos humanos básicos.

3.1.2 Integridade

O artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal de 1988 estabelece que a integridade pessoal está incluída no rol dos direitos básicos, o que significa que toda violência, prevaricação, negligência e abuso contra a mãe e o recém-nascido constituem um agravo para a integridade do corpo.

De acordo com Moura (2015, p. 60) destacou que a proteção da integridade declarada na CF 88, visa proteger os cidadãos quando estes precisam de proteção e segurança básica, pois "sempre legitimam as ações do Estado e ajudam a manter, a integridade e o cumprimento dos direitos fundamentais".

Por analogia, as mulheres parturientes que acreditam necessitar de cuidados de saúde precisam ser amparadas e garantidas em seus direitos sexuais e reprodutivos, a fim de minimizar os danos que podem afetá-la em um período limitado. Os bebês recém-nascidos precisam de cuidados processuais para proteger sua integridade como novos cidadãos.

3.1.3 Direito à Saúde

Nos artigos de 196 ao 200 da Constituição Federal é normatizado o direito à saúde como garantia fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro, como dispõe o artigo 196, da CF 88, *in verbis*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Assim, o direito à saúde é um direito fundamental de cunho social, sendo obrigação do Estado brasileiro garantir o serviço de acesso e atendimento de saúde à população indistintamente, como especifica o artigo 197 (CF 88), *in verbis*.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Portanto, o Estado brasileiro é obrigado a garantir e fornecer redes de acesso e atenção à saúde, pois “o conceito de saúde evoluiu e hoje não é mais considerado livre de doenças, mas como complemento da saúde física, mental e da saúde.” (MOURA, 2015, p. 10).

Na compreensão contemporânea do direito à saúde da Organização Mundial da Saúde, o direito à saúde sexual e reprodutiva foi ampliado porque reconhece a conexão entre o indivíduo e o meio ambiente, porque “a vida sexual possibilita que as pessoas tenham experiências informadas e a base de uma vida sexual agradável e segura significa assumir uma atitude positiva em relação ao respeito mútuo no comportamento sexual humano e nas relações sexuais” (CORRÊA, 2002, p.09).

Por sua afinidade, o Estado brasileiro assume a obrigação de propiciar e manter o acesso às redes de atenção à saúde, portanto, o Estado brasileiro também assume a obrigação de garantir a atenção obstétrica às mulheres e estabelece o objetivo de prevenir os costumes obstétricos como forma de equalizar e equilibrar o direito à saúde desse grupo de cidadãos, o mais importante é garantir o respeito à dignidade humana e à integridade física e subjetiva da mãe.

3.2 VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E DIREITOS HUMANOS

Corrêa (2002, p. 25), ao comentar a violência obstétrica, explicou o conceito de direitos reprodutivos contido neste nível de violência, com base no fato de que todos podem decidir livre e responsabilmente os métodos sexuais e reprodutivos a serem adotados livres de controle, coerção e / ou violência.

Por outro lado, Piovesan (Piovesan, 2009, p. 10) acredita que os direitos sexuais e reprodutivos incluem a liberdade dos indivíduos, mulheres e homens. Na sociedade, isso é "autodeterminação, privacidade, intimidade, liberdade e autonomia", que é inferior aos requisitos normativos do estado, é uma área de "não discriminação, não coerção e não violência"

A ideia se tornou realidade no nível legislativo na Lei Federal nº 1. 9.263 / 1996, ao redigir o planejamento familiar em seu artigo 2º: "Para os fins desta lei, planejamento familiar é entendido como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que visam garantir a igualdade de direitos prevista na Constituição e restringir ou aumentar a descendência".

Outro exemplo, é previsto no § 7º, do artigo 226 da Constituição Federal, *in verbis*:

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

Além das disposições legais acima mencionadas, o sistema jurídico nacional também se engaja em diálogos internacionais sobre esta questão e aceita tratados e convenções internacionais, como a "Convenção sobre Todas as Formas de Discriminação contra Mulheres" e a "Convenção de Belém do Pará." e as Conferências do Cairo e Pequim.

Quanto à Convenção sobre Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção de Belém do Pará, editada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1994 e ratificada pelo Estado brasileiro em 1995, este é o primeiro relatório internacional sobre violência contra a mulher.

O artigo 16º da Recomendação Geral nº. 19 do Comitê do CEDAW recomenda todos os Estados a enfrentarem a desigualdade de gênero:

A violência familiar constitui uma das formas mais insidiosas de violência contra as mulheres. Esta violência é prevalente em todas as sociedades. No seio das relações familiares, as mulheres de todas as

idades estão sujeitas a todos os tipos de violência (...) A falta de independência econômica obriga muitas mulheres a permanecerem em relacionamentos violentos. (...). Estas formas de violência colocam a saúde da mulher em risco e prejudicam a sua capacidade de participarem na vida familiar e pública numa base de igualdade (CEDAW, 1994, p. 76).

Nas alienas da Recomendação nº. 19, alienas a e b, a CEDAW obriga todos os Estados a se comprometerem na criação de políticas públicas de combate contra a mulher, vide:

a) Os Estados Partes devem tomar medidas apropriadas e eficazes para superar todas as formas de violência baseada no gênero, quer pelos atos públicos ou privados;

b) Os Estados Partes devem elaborar leis contra a violência e abusos na família, a violação, a violência sexual e providenciar uma proteção adequada a todas as mulheres, em relação a outras formas de violência baseada no gênero e de respeito pela sua integridade e dignidade. Devem ser providenciados serviços apropriados de proteção e apoio às vítimas. É essencial a capacitação quanto às questões do gênero dos funcionários judiciais e outros responsáveis públicos e agentes da ordem pública, para uma efetiva implementação da Convenção (CEDAW, op. cit.)

Da mesma forma, a Convenção de Belém do Pará também foi apontada que a Convenção envolve violência contra a mulher. O artigo 1 da Convenção mencionada define a violência contra as mulheres: "Para os fins desta Convenção, violência contra as mulheres será entendida como qualquer comportamento baseado no gênero que cause morte, lesão ou sofrimento físico, sexual ou psicológico às mulheres, nas esferas públicas e privadas".

O conceito apresentado pela Convenção de Belém mostra claramente que a violência contra as mulheres é uma violação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais e restringe o reconhecimento, o uso e o exercício desses direitos pelas mulheres, no todo ou em parte. Portanto, a violência obstétrica é uma forma de violência contra a mulher.

De acordo com um relatório do Ministério da Saúde, existem vários tratados existentes na Conferência Internacional das Nações Unidas sobre População e Desenvolvimento (CIPD), realizada no Cairo, Egito, em 1994. Entre eles, questões relacionadas à saúde e direitos reprodutivos são particularmente proeminentes (2005, pág.

95). A conferência foi realizada no Cairo em 1994 e propôs uma nova abordagem para o debate sobre população e desenvolvimento priorizando questões relacionadas aos direitos humanos.

Conforme declarado no Capítulo VII da Plataforma de Ação do Cairo, a base dos direitos reprodutivos estabelecidos na legislação nacional é "reconhecer que todo casal e toda pessoa tem a base para determinar livre e responsabilmente o número, espaçamento e oportunidades de ter filhos.

Em 1995, de acordo com o "Manual dos Direitos da Mulher" (2005) do Ministério da Saúde, foi realizada uma conferência sobre os direitos das mulheres em Pequim. De acordo com as decisões sobre direitos reprodutivos, os direitos sexuais serão automaticamente determinados. Foi na Conferência de Pequim (1995) que o Brasil se comprometeu a estabelecer os direitos sexuais e reprodutivos. Todas as políticas e programas nacionais dedicados à população e ao desenvolvimento, incluindo programas de planejamento familiar.

4. OS DANOS E AS RESPONSABILIDADES: OS DISPOSITIVOS JURÍDICOS DISPONÍVEIS A PARTURIENTE EM CASO DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Entende-se por prática de "violência obstétrica" os comportamentos nocivos causados por profissionais de saúde, sejam eles obstetras, clínicos gerais, pediatras, enfermeiras ou técnicas de enfermagem, visando mulheres que ficaram com danos físicos e / ou mentais. A este respeito, o ordenamento jurídico nacional não possui diploma e não pode comprovar as regras de prova e punição dos crimes de violência obstétrica, pelo que o presente capítulo introduz a interpretação do direito civil e penal sobre a violência obstétrica.

4.1 Direito civil

O Diploma Civil pátrio roga sobre os danos morais cometidos por médicos e enfermeiros no atendimento obstétrico público e/ou privado, dispondo desde a métrica de indenizações, a responsabilidade civil e a responsabilidade ética. Por este viés ler-se-á a matéria violência obstétrica.

4.1.1 Dano Moral

Diante da violência obstétrica praticada fica o agente causador do dano à parturiente responsável de reparar o dano moral perpetrado, neste sentido o médico é obrigado a haver pecúnia indenizatória pela negligência ou imperícia praticada no exercício laboral, sobre o dano Maria Helena Diniz (2003, p. 153) afirma:

O fundamento primário da reparação está no erro de conduta do agente, no seu procedimento contrário à pré-determinação da norma, que atine com a própria noção de culpa ou dolo. Se o agente procede em termos contrários ao direito, desfere o primeiro impulso, no rumo do estabelecimento do dever de reparar, que poderá ser excepcionalmente ilidido, mas que, em princípio, constitui o primeiro momento da satisfação de perdas e interesses. Esse direito lesado, na perspectiva médico-legal, consiste no dano corporal (dano pessoal) que aponta para duas categorias jurídicas: O dano patrimonial ou econômico e dano extrapatrimonial ou não econômico.

De acordo com os regulamentos de doutrinação acima, o dano mental é baseado no grau de perda materna, e o dano material e mental está relacionado ao custo da assistência natural, como despesas médicas e hospitalares, e perda da capacidade de trabalho devido à violência obstétrica. Como seqüela das consequências da violência.

Além disso, segundo Maria Helena Diniz (2003, p. 55), as características do dano podem ser "insultos à dignidade e à honra das pessoas, à sua reputação; esta é uma condição de sofrer dor física por lesão, e pelo tratamento que sofreu ". Por analogia, o sofrimento relacionado à dor pode confirmar a deficiência mental, porque a depressão, a dor e os estados emocionais relacionados à dor relacionados à perda expandem o escopo do dano porque são desvantajosos no ambiente social, familiar e de trabalho das vítimas de violência obstétrica. Sobre a indenização por danos materiais e morais, Diniz (2003, p. 57) explica: "O primeiro é a restauração monetária ou indenização estrita e o segundo são as penas civis diretas para os infratores ou indenização por crimes".

4.2 Responsabilidade civil por erro médico

Obstetras que causam danos (material, moral e / ou estético) à mãe no caso da mulher aparecer na posição de paciente e vítima durante o atendimento médico. O Código Civil exige que o agente causador repare o dano. Nesse sentido, a obrigação de reparação do dano no trabalho de saúde decorre da responsabilidade civil causada por negligência médica durante o parto. No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil decorre de três pressupostos, a saber, negligência, dano e causalidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, cabe-nos fazer um balanço do percurso realizado, daquilo que se pode enriquecer na compreensão do objeto proposto e do que se percebe de lacunas; o que confirma as impressões iniciais do estudo e as surpresas e os novos estranhamentos trazidos pelo caminho percorrido.

Ao se concretizar a violência obstétrica são desrespeitados os conteúdos mínimos da dignidade humana, qual seja, o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia da vontade e o valor comunitário. A mulher tem retirada do seu plano individual o valor intrínseco que é o elemento ontológico da dignidade, traço distintivo da condição humana, do qual decorre que todas as pessoas são um fim em si mesmas, e não meios para a realização de metas coletivas ou propósitos de terceiros.

Desse modo, a inteligência, a sensibilidade e a capacidade de comunicação são atributos únicos que servem de justificação para essa condição singular, no caso do íntimo feminino, de tal sorte que se extrai do valor intrínseco direitos fundamentais como o direito à vida, à igualdade e à integridade física e psíquica, especialmente lesados por essa conduta abominável, realizado pelos profissionais da área de saúde, especialmente médicos.

De modo a contribuir para estruturar uma tese na solução de casos difíceis, como o da violência obstétrica, é permitindo que se identifique cada um dos elementos relevantes, agrupando-os de acordo com cada conteúdo associado à dignidade, leia-se princípio da dignidade da pessoa humana, de tal sorte possa impor uma maior transparência ao processo decisório, infelizmente ilegalmente posto a cargo dos médicos, possibilitando um controle mais eficiente, na busca incessante de não permitir que a violência obstétrica ocorra.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Briena Padilha. Violência obstétrica: a dor que cala. Anais do III Simpósio Gênero e Políticas Públicas, 27 a 29 de maio, Florianópolis, 2014.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Direitos da Personalidade do trabalhador e o poder empregatício. São Paulo: LTr, 2013.

BOSIO, Marco Antonio. Responsabilidade Civil em face da violação dos Direitos da Personalidade. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. 20ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 7ª edição. S. Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. COMITÊ LATINO AMERICANO E DO CARIBE PARA A DEFESA DOS DIREITOS DA MULHER. Instituto para Promoção

da Equidade, Assessoria, Pesquisa e Estudos. Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, 'Convenção Belém do Pará'. São Paulo: KMG, 1996.

CORRÊA, Sônia. Direitos e saúde sexual e reprodutiva: marco teórico- conceitual e sistema de indicadores. Disponível em: file:///C:/Users/User/Downloads/Dir_Sau_Rep.pdf. Acesso em 25/03/2022.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Carmen Simone Grilo. Entre a técnica e os direitos humanos: possibilidades e limites da humanização da assistência ao parto. Tese apresentada à Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Medicina. Área de concentração: Medicina Preventiva Orientador: Dr. José Ricardo de Carvalho Mesquita Ayres: SÃO PAULO, 2001.

JUÁREZ, DIANA Y OTRAS. Violencia sobre las mujeres :herramientas para el trabajo de los equipos comunitarios / Diana Juárez y otras.; edición literaria a cargo de Ángeles Tessio.– 1a ed. - Buenos Aires : Ministerio de Salud de la Nac.

LOPEZ, Teresa Ancona. O Dano Estético. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOURA, Elisângela Santos. O direito a saúde na Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13440&revista_caderno=9. Acesso em 10/03/2022.

PIOVESAN, Flávia. O que são direitos reprodutivos? Disponível em: <http://feminismo.org.br/o-que-sao-direitos-reprodutivos/>. Acesso em 26/03/2022.

PULHEZ, Mariana Marques. "Parem a violência obstétrica": a construção das noções de 'violência' e 'vítima' nas experiências de parto. RBSE – Revista Brasileira de Sociologia da Emoção, v. 12, n. 35, pp. 544-564, Agosto de 2013. ISSN 1676-8965. ARTIGO <http://www.cchla.ufpb.br/rbse/Index.html>.

SCHIAVI, Mauro. Ações de reparação por danos morais. 4ª edição. São Paulo: LTr, 2011.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIAS DO BENEFICIÁRIO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA NAS AÇÕES TRABALHISTAS

ANNIE RAPHAELA ALEXANDRE AMARANTE:

Graduanda em direito no Centro Universitário UNA.

LILIAN SOARES DA LUZ⁵¹

(coautora)

GABRIELA NOGUEIRA XAVIER MATIAS⁵²

(orientadora)

Resumo: Objetivo deste trabalho é mostrar as consequências da declaração de inconstitucionalidade da cobrança de honorários de sucumbências no âmbito trabalhista, ADI nº 5.766. A CLT garantia ao empregado, resguardado pela gratuidade de justiça, o não pagamento dos honorários de sucumbências, porém, após a reforma trabalhista, Lei nº 13.467/17, passou a ser obrigatória tal cobrança, colocando tornando-se assim um obstáculo ao acesso à justiça. Somente, após o julgamento do Supremo Tribunal Federal em relação à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.766, em 20 de outubro de 2021, que foi declarada a inconstitucionalidade de tal cobrança. Pretende-se neste trabalho fazer uma análise comparativa entre o texto da CLT antes e depois da reforma trabalhista e, ainda, verificar os impactos após o julgamento procedente da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.766, em outubro de 2021. Por fim, será feita uma análise se a referida alteração legislativa gerou consequências negativas dos processos na justiça do trabalho.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade; Beneficiário da gratuidade de justiça; Lei 13.467/2017; Honorários de Sucumbências; ADI nº 5.766.

Abstract: The objective of this work is to show the consequences of the declaration of unconstitutionality of the collection of fees for loss of suit in the labor scope, ADI nº 5.766. The CLT guarantees to the employee, protected by the gratuitousness of justice, the non-payment of fees for loss of suit, however, after the labor reform, law 13.467/17, such collection became mandatory, thus hindering access to justice. It was only after the

⁵¹ Graduanda em direito no Centro Universitário UNA. E-mail: lilian-soaresluz@hotmail.com.

⁵² Gabriela Nogueira Xavier Matias, Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas, advogada e consultora trabalhista, professora da graduação de Direito do Centro Universitário UNA. E-mail: gabriela.xavier@prof.una.br.

judgment of the Federal Supreme Court in relation to the Direct Action of Unconstitutionality No. 5,766, on October 20, 2021, that such charge was declared unconstitutional. The aim of this work is to make a comparative analysis between the text of the CLT before and after the labor reform and also to verify the impacts after the judgment arising from the Direct Action of Unconstitutionality nº 5.766, in October 2021. analysis of whether the aforementioned legislative change generated negative consequences for the processes in the labor court.

Keywords: Unconstitutionality; Beneficiary of the gratuitousness of justice; Law 13,467/2017; Sucumbency Fees; ADI No. 5,766.

Sumário: Introdução. 1. Breve histórico. 1.1 Justiça comum. 1.2 Justiça do trabalho. 2. Estudos de análise comparativa. 3. Princípio do acesso à justiça. 3.1 Assistências Gratuitas pelo Estado. 3.2 Benefício da Justiça Gratuita. 3.3 Princípio do acesso à justiça. 4. Análise do parágrafo 4º do artigo 791ª. 4.1 Controle de Constitucionalidade do dispositivo legal. 5. A declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 4º do artigo 791ª. 5.1 Impactos da declaração de inconstitucionalidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo verificar os impactos que a declaração de inconstitucionalidade da condenação em honorários sucumbenciais ao beneficiário da justiça gratuita no âmbito da Justiça do Trabalho, trouxe para o ordenamento jurídico.

A proposta deste trabalho é desenvolver através de livros, julgados, artigos e meios eletrônicos posicionamentos acerca da inconstitucionalidade e uma análise comparativo do parágrafo 4ª do art. 791-A CLT, demonstrando assim as divergências do artigo mencionado com a Constituição, bem como os impactos após o julgamento da ADI nº 5.766 em 20 de outubro de 2021.

Anteriormente, na Lei nº 1060 art. 4ª, se posicionava sobre os honorários de sucumbências não obrigatórios pelo caráter alimentar. No entanto, a Lei nº 13.467/2017 que passou a vigorar em 11 de novembro de 2017 decretou a possibilidade da condenação em honorários sucumbenciais, mesmo aos beneficiários da justiça gratuita.

A lei revogou os entendimentos trazidos pelas súmulas 219 e 329 do Tribunal Superior do Trabalho, súmulas que afastavam a percepção de honorários sucumbenciais por parte dos advogados, isso na grande maioria dos casos. Diante disso, muitos doutrinadores, advogados e até magistrados se manifestaram sobre a inconstitucionalidade do dispositivo, causando alvoroço no judiciário trabalhista.

Desta forma, será demonstrado como a reforma diminuiu a proteção do trabalhador, mostrando que as cobranças de honorários na justiça do trabalho antes da declaração de inconstitucionalidade do paragrafo 4, foi mais rígida do que na justiça comum.

Este artigo tem o objetivo de demonstrar que a reforma trabalhista diante da possibilidade de cobrança nos honorários sucumbenciais, acarretou, atraso nos direitos do trabalhador, através da dificuldade ao acesso à justiça, testemunhando assim a sua inconstitucionalidade, essa demonstração se dará através de análises dos princípios constitucionais e trabalhista.

Por fim, será feito uma análise da situação, após o julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade – ADI 5766. Para verificar, os impactos que a decretação da inconstitucionalidade trouxe para o ordenamento jurídico, visto que inúmeros trabalhadores foram prejudicados após a Reforma Trabalhista de 2017.

1. BREVE HISTÓRICO

Os honorários advocatícios são a remuneração do advogado pela prestação de serviços jurídicos prestados, sendo estes consultivos ou sobre atividades processuais. Nada mais é que o salário do advogado, por prestar os seus serviços jurídicos em busca da efetivação dos interesses do cidadão representado, assim, recebendo o honorário como pagamento. Os honorários possuem caráter alimentar, a súmula vinculante 47 foi editada após a pacificação no Supremo Tribunal Federal que dispõe: *“Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.”*

São tipos de honorários advocatícios os convencionais e sucumbenciais, onde os convencionais são aqueles pactuados entre advogado e cliente, observando as limitações de proteção aos princípios aplicáveis ao exercício da advocacia. Já os sucumbenciais, são aqueles estabelecidos pela legislação uma espécie de gratificação pelo comprometimento e esforço do advogado vitorioso na ação.

1.1 Justiça comum

Via de regra, a cobrança dos honorários na esfera cível, são mais rigorosos que na esfera trabalhista. O Novo Código de Processo Civil prevê em seu artigo 85 que a parte vencida deverá realizar os pagamentos referentes aos honorários para o advogado vencedor da ação.

Dispõe o artigo 98 do Novo Código de Processo Civil sobre a aplicação dos honorários sucumbenciais na justiça comum: *“Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar à custa, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei. § 1º A gratuidade da justiça compreende: [...] VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira; [...] § 2º A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência. § 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.”*

No âmbito cível, a parte perdedora deve arcar com os honorários sucumbenciais, mas a obrigação fica suspensa podendo ser executada se o credor demonstrar que o devedor deixou de ser beneficiário desse direito. Podemos ver que na justiça comum, é menos rigorosa do que na justiça do trabalho.

1.2 Justiça do trabalho

O doutrinador Renato Saraiva (2016) defendia, antes da reforma trabalhista que existiam duas correntes acerca dos honorários de sucumbência.

A primeira corrente que defendida era a de que os honorários seriam devolvidos no caso de simples sucumbência, seguindo o que está disposto nos artigos 133 da CF/88, 85 do CPC e no artigo 22 da Lei 8.906/1994 do Estatuto da Advocacia.

Já a segunda corrente, e majoritária, que era defendida também pelo Tribunal Superior do Trabalho, compreende que os honorários advocatícios nos processos que regem ao que se refere à relação de emprego, não perpassam apenas da sucumbência simples, devendo assim seguir alguns critérios, como, estar sendo apreciada pelo sindicato e também ser beneficiária da justiça gratuita.

Essa corrente era amparada pelas súmulas 219 e 329 do TST, vejamos: *“Súmula 219, TST. HONORARIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI na sessão do Tribunal Pleno realizada em 15.03.2016) - Res. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21.03.2016. I -Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e*

simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família (art.14, § 1º, da Lei no 5.584/1970). (ex-OJ no 305 da SBDI-1). II- É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista. III - São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego. IV - Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90). V - Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º). VI - Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil. "Súmula 329 do TST. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988. Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado no Enunciado 219 do Tribunal Superior do Trabalho".

Deste modo, o TST entende que os honorários advocatícios são indevidos, levando em consideração que no processo trabalhista existe o instituto do *jus postulandi*, se tornando facultativa a contratação de um advogado para o trabalhador.

Conforme vimos, tanto a sucumbência na justiça comum e a sucumbência na justiça do trabalho tem a mesma finalidade que é o recebimento dos honorários advocatícios pelo advogado vencedor da ação, podendo receber também parcialmente. Mas em ambas as aplicabilidades são diferenciadas, tendo em vista os princípios circundados no processo do trabalho e também pela diferenciação das relações em cada justiça.

Assim, sabemos que enquanto na justiça comum, a parte obrigada a realizar o pagamento dos honorários sucumbenciais ficará com tal obrigação suspensa até que deixe a condição de beneficiário de tal instituto, vemos que na justiça do trabalho a parte obrigada só terá suspensa a obrigação caso não tenha créditos capazes de suportar as despesas ou se tiver obtido em outro processo.

Vejamos então, a aplicação dos honorários de sucumbenciais ao beneficiário a justiça gratuita na justiça do trabalho após a Reforma Trabalhista de 2017 e antes do julgamento da ADI 5766: "Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria,

*serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) [...]. § 4º **Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).***

Portanto, como relatado sobre os honorários de sucumbências na justiça comum, como na justiça do trabalho, ficou claro que a condenação em honorários sucumbenciais por parte do beneficiário da justiça gratuita na justiça do trabalho foi bem mais rígida.

2. ESTUDOS DE ANÁLISE COMPARATIVA

Diante das mencionadas alterações legislativas, no que se refere ao direito do trabalho, obviamente houve alterações especificamente no que tange os honorários sucumbenciais.

Uma alteração que foi muito criticada e ainda é, é a inclusão do artigo 791-A, que foi responsável pela inclusão da possibilidade de condenação em honorários de sucumbência. Antes da reforma, não havia do que se falar em condenação se a relação se tratasse no âmbito empregatício, mas com a reforma alterou e a possibilidade se tornou existente e possível mesmo que o sucumbente seja beneficiário da justiça gratuita. Os defensores da condenação, tratam como fundamental a alteração trazida no artigo do referido artigo, visando melhoria na prestação jurisdicional.

Vemos abaixo uma tese do STF, onde levanta a situação do advogado em receber seus honorários em forma de verbas alimentícias: *“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CRÉDITOS DE NATUREZA ALIMENTÍCIA. ENTENDIMENTO PACIFICADO NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Preferência ante aos créditos de outra natureza. Inteligência da súmula 144 do Superior Tribunal de Justiça. Agravos de petição aos quais se nega provimento, mantendo incólume a decisão recorrida (BRASIL, 2011a). (Processo: AP - 0009300-51.1991.5.06.0311 (00093-1991-311-06-00-4), Redator: Ana Isabel Guerra Barbosa Koury, Data de julgamento: 17/02/2011, Primeira Turma, Data de publicação: 03/03/2011) (TRT-6 - AP: 00093005119915060311, Data de Julgamento: 17/02/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: 03/03/2011)“.*

O acórdão anterior, demonstra com clareza, a natureza alimentar dos honorários dos profissionais liberais devido a sua finalidade. Confirmando o que disserta a súmula 144 do STJ. O relator e deputado Rogério Marinho também defendeu essa ideia: *“De acordo com dados colocados à disposição pelo próprio TST, somente no ano de 2016, as Varas do Trabalho receberam, na fase de conhecimento, 2.756.159 processos, um aumento de 4,5% em relação ao ano anterior. Desses, 2.686.711 foram processados e julgados. A soma da diferença dos processos não julgados no ano com o resíduo já existente nos tribunais totalizou 1.843.336 de processos pendentes de julgamento, em 31 de dezembro de 2016. Se forem acrescidas as execuções das sentenças proferidas, foram iniciadas 743.410 execuções e encerradas 660.860 em 2016, estando pendentes, em 31 de dezembro de 2016, o expressivo número de 2.501.722 execuções. Somando todos esses números, chegamos ao expressivo número de cerca de 4 milhões de novas ações trabalhistas. Além disso, foram remetidos aos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT), 760.877 processos, um aumento de 11,9% em relação ao ano anterior. Por fim, o TST recebeu, no mesmo período, 239.765 processos, o que representou, em média, 9.990 processos para cada Ministro, não considerados, aqui, o acervo já existente em cada gabinete. (MARINHO, 2017, p.22)”*.

Dando ênfase ao fato de existirem muitos processos no âmbito trabalhista, defendem tal condenação com o intuito de “desafogar” o judiciário, inibindo os empregados de buscarem os direitos a que fazem jus.

3. PRINCÍPIO DE ACESSO À JUSTIÇA

3.1 Assistências Gratuitas pelo Estado

Perceba que, para a efetivação do acesso a justiça, que é considerado pela Constituição de 1988 como Direito Fundamental, o meio pela qual as pessoas pobres poderiam chegar com mais facilidade ao judiciário e assim diminuir a desigualdade, ou seja, os hipossuficientes, que são aqueles distantes das práticas de seus direitos, quando falamos de Hipossuficientes, não estamos falando apenas de pessoas economicamente pobres, mas pobres no sentido de “Acepção Jurídica do Termo”. (LAGUARDIA, 2000, p. 62).

Com a Emenda Constitucional de 1945, no ano de 2006, o acesso à Justiça tornou-se um direito Fundamental, presente no art. 5º inciso XXXV da Constituição, este direito é protegido não só pela Constituição, mas por diversas declarações internacionais que versam sobre direitos humanos.

Importante lembrar que, para as pessoas que são economicamente vulneráveis, o acesso só é possível quando há o benefício da justiça gratuita, sendo assim, importante demonstrar diferença entre assistência Jurídica Gratuita e Justiça Gratuita: *“A doutrina costuma diferenciar a assistência judiciária gratuita da Justiça gratuita. Segundo a doutrina, a assistência judiciária é gênero do qual a justiça gratuita é espécie. A Assistência Judiciária Gratuita é o direito da parte de ter um advogado do Estado gratuitamente, bem como estar isenta de todas as despesas e taxas processuais. A Justiça gratuita é o direito à gratuidade de taxas judiciárias, custas, emolumentos, honorários de perito, despesas com editais etc. Não terá a parte direito a advogado do Estado, mas não pagará as despesas do processo.”* (SCHIAVI, 2017, p.79-80).

Tal benefício é presumido segundo a Lei nº5584/70, em seu artigo 1º diz “a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal”, tal benefício é estendido também ao trabalhador que detenha maior salário, mas sendo necessário provar situação econômica debilitada.

No art. 5º da Constituição de 1988, nos garante o amplo acesso a jurisdição, constado nos incisos XXXV e LXXIV, que disciplinam os direitos a inafastabilidade da jurisdição e a Assistência judiciária integral aos necessitados.

No entanto, na Justiça do trabalho, a assistência judiciária gratuita é regulamentada pela Lei 5.584/1970 fundamentada pelo art.14, “a assistência judiciária a que se refere à lei nº 1.060/1950, será prestado pelo sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador”.

A manutenção da imposição da prestação jurídica aos empregados pelos sindicatos é trazida no artigo 14 da Lei 5584/70, porém, a liberdade sindical foi afirmada no caput do artigo 8º da CRFB, sendo assim, não restam dúvidas quanto a transgressão do texto constitucional. (POMBO, 2016, pp. 74-75).

Ademais, por se tratar de demandas ajuizadas por trabalhadores, que buscavam seus direitos por verbas de natureza alimentar, por muito tempo a Justiça do trabalho se estruturou na linha da auto composição, vindo prevalecer o entendimento de que advogados seriam desnecessários para resoluções das lides.

Conforme as palavras de Segadas Vianna (1987 p.962, apud Barison, 2016, p.40-41), acerca de umas das características estatal do movimento sindical brasileiro, vejamos que o sindicato no Brasil, nunca foi o suficiente para reivindicar os interesses dos trabalhadores: *“Mas o fato real é que o sindicalismo no Brasil nunca chegou a ter uma real expressão. Pela inexistência de indústrias e, conseqüentemente, de massa operária e de luta de classes, o sindicalismo que surgiu depois da Revolução Liberal, de 1930, deu-se*

sob o influxo e o patrocínio do Ministério do Trabalho e assim permaneceu durante todo o chamado 'Estado Novo'. Mesmo depois do retorno ao regime constitucional, os sindicatos continuaram sem expressão, salvo raríssimas exceções e, depois da Revolução de 1964, o Poder Público tentou fazer dos sindicatos apenas órgãos de recreação e de assistência, afastando-se de suas finalidades reivindicatórias. Como consequência disso, até hoje o movimento sindical brasileiro, não obstante o País ter entrado em fase de Nação em desenvolvimento, continua marginalizado e sem representar realmente a massa trabalhadora."

Desta forma, umas das hipóteses para engradecer os *Jus postulandi*, na "Justiça" do trabalho, foi à busca pela sindicalização dos trabalhadores, objetivando assim, um meio mais fácil para resolução do conflito. Segundo Irany Ferrari (FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (orgs.). História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 165): *"Visando estimular a sindicalização dos trabalhadores, era reconhecido apenas aos empregados sindicalizados o jus postulandi perante as juntas. Os demais trabalhadores deveriam recorrer à Justiça Comum, para a solução de suas demandas, com os sacrifícios próprios de uma justiça lenta e morosa. O Supremo Tribunal Federal veio a rejeitar tal orientação discriminatória do órgão, por ferir os arts. 122 da Constituição de 1934 e 139 da carta política de 1937. (apud POMBO, 2016, p. 77)".*

Assim, é evidente o prejuízo causado ao empregado que não é assistido, ainda que verificada também a impossibilidade de representação pelas Defensorias Públicas, ou até mesmo por outras instituições aptas à realização regular da representação processual de interesses de trabalhadores pobres, foi afastada da Defensoria Pública a prática trabalhista, em razão do monopólio sindical na prestação da assistência judiciária gratuita previsto na lei 5584/70, o que representa grave inconstitucionalidade.

Por fim, o trabalhador só tem uma saída, reivindicar seus direitos através de um advogado particular, por seu sindicato, ou pessoalmente, através do *Jus Postulandi*, descrito no artigo 791 da CLT ou assistência pelas universidades.

3.2 Benefício da Justiça Gratuita

A partir do plano constitucional, trazida com grande peso dentro do Art. 5º da Constituição Federal, in LXXIV, conseguimos prever de modo perfeitamente amplo, todos os desdobramentos à cerca da assistência judiciária, com respaldo às orientações jurídica extrajudicial e no direito à gratuidade de justiça: *"Art. 5º da CF- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança*

e à propriedade, nos termos seguintes: LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; [...]”.

Começando com a assistência judiciária que no seu resumo, é uma concessão de um defensor para se dispor das causas de forma gratuita, podendo também ser um advogado, em casos de acionamentos através das faculdades de direito (ex: Núcleos de Práticas Jurídicas- NPJ's). Portanto, fazem-se a acessibilidade do cidadão civil aos serviços em juízos.

Quanto às orientações jurídicas extrajudiciais, consiste em prestação de serviços jurídicos fora do âmbito judicial, como exemplos vastos, conciliação e mediação de conflitos extrajudiciais, atuações em processos administrativos, construção e execução de contratos, e podendo até atuar com a veiculação de campanhas publicitárias a título de esclarecimentos dos direitos dos cidadãos.

A justiça gratuita é, em outras palavras, a dispensa do pagamento dos honorários advocatícios e das despesas processuais. Não apenas estes, mas também é englobado algumas atividades extrajudiciais fundamentais para o andamento processual ou até mesmo para evitar o litígio. Estes três direitos trazem uma amplitude à assistência jurídica e gratuita, com a intenção de construir uma sociedade mais justa, igualitária e viabilizando o bem-estar de todos.

Sabemos a importância que é trazida na justiça de forma gratuita, com o objetivo maior de amparar as pessoas que não possuem condições financeiras para ir à juízo, seria uma violação ao direito fundamental a igualdade.

A intenção deste estudo é aprofundar na regulamentação das Leis acerca do direito fundamental sobre este benefício. Além dela ser trazida no art. 5º da CF, temos também outras duas Leis que abarcam a gratuidade de justiça; Lei 5.478 de 25.07.1968 e nº 1.060 de 05.02.1950, nelas são trazidas toda a proveniência existente da isenção no que tange as custas processuais. Pontos relevantes dessas leis, é a importância de manter uma igualdade dentro do âmbito jurídico, colocando os mais necessitados em uma posição de amparo, mantendo seu direito garantido e exercido através dos canais de atendimento disponibilizados pela justiça.

Cabe salientar que o benefício da justiça gratuita será cedido nos termos da Lei nº 1.060/50, precisamente em seu art. 2º e os requisitos necessários para a concessão do benefício, são; ser brasileiro ou estrangeiro, residente no Brasil e o principal, que seja necessitado na forma da lei, que em outras palavras quer dizer que o cidadão precisa provar que as custas processuais comprometam o seu sustento e o de sua família: **“Lei nº 1.060 de 05 de Fevereiro de 1950. Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais**

ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho. Parágrafo único. - Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.”

Portanto, vimos que é essencial a comprovação da situação econômica do cidadão para que seja concedido o benefício da justiça gratuita. Para isso, a Lei deixou claro, que para conseguir o acesso a justiça gratuitamente precisa comprovar a condição do necessitado.

3.3 Princípio do acesso à justiça

Com a evolução da sociedade, se fez necessário o direito como órgão regulamentador da vida social. Não há conhecimento de quando o princípio do acesso a justiça foi criado, mas, desde o Código de Hamurabi o acesso a justiça já era estabelecido e praticado.

O princípio do acesso à justiça é um direito constitucional fundamental, trata-se da garantia de que qualquer cidadão, sem nenhuma restrição tenha acesso ao judiciário e à justiça. O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 no inciso XXXV é o responsável por estabelecê-lo. Trata-se da responsabilidade do Estado em garantir a todos os residentes no país, brasileiros ou não a possibilidade de reivindicar seus direitos. Vejamos: *“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: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”*.

Para Sá e Tomarás (s/d, p. 05): *“A garantia do acesso à justiça legitimamente efetivado e positivado pela Constituição Federal, no sentido inerente à natureza humana, resulta em um direito fundamental.”*

Para o Ministro do STF Luis Roberto Barroso, *“o acesso à justiça é a possibilidade de pessoas mais pobres, levarem suas demandas a um tribunal mesmo que necessitem de insenção de custos e assistência judiciária para contratação de um advogado”*. (BARROSO, 2014).

O Brasil é um país onde a maioria da população não possui recursos financeiros. Neste mesmo sentido COUTO (2021) afirma que: A maioria da população do Brasil vive abaixo da linha da pobreza, durante a pandemia, esse número triplicou, atingindo 27 milhões de pessoas, sendo 12,8% da população brasileira.

Limitar o acesso à justiça é contrariar a democracia, sem o acesso à justiça não há como manter o estado democrático de direito. Através do acesso à justiça é que todos os demais direitos são efetivados. Todas as pessoas que sofreram violação de direitos, ou ameaça de violação de seus direitos podem recorrer à justiça para resolução de tais lides.

Na concepção de Gabriel Faria Oliveira, Defensor Público-Geral Federal, o direito fundamental ao acesso à Justiça da Constituição Federal não pode ser visto, como apenas uma alternativa. Como já foi durante muito tempo e não faltam demonstrações de que o sistema de Justiça não está acessível ao cidadão mais pobre. (OLIVEIRA, 2012, *on-line*).

O princípio do acesso à justiça, no direito do trabalho é um mecanismo que tem como objetivo evitar, abusos por parte do empregador, sendo assim, é uma proteção aos trabalhadores.

Para POMPEU; CAIXETA; RODRIGUES (2016. P 286): “Para fazer valer o princípio do livre acesso à justiça e, como consequência o princípio do devido processo legal, o Poder Judiciário deve ser acessível e estar ao alcance do jurisdicionado”.

4. ANÁLISE DO PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 791^a

Neste capítulo será feita uma análise de uma das disposições mais importantes da reforma trabalhista, o §4 do artigo 791-A, que foi incluído na CLT após a reforma trabalhista. Que estabeleceu a obrigatoriedade de pagamento de honorários sucumbenciais aos beneficiários da justiça gratuita, vencidos nas demandas trabalhistas. A autorização para adimplemento de honorários sucumbenciais através créditos obtidos em juízo, pela parte em processo diverso, limita a concessão da justiça gratuita integral.

Vejamos: *“Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. § 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria. § 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará: I – o grau de zelo do profissional; II – o lugar de prestação do serviço; III – a natureza e a importância da causa; IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. § 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrar os honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários. § 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado*

da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.”

Ao analisar o parágrafo 4º do artigo 791-A, destaca-se a parte que diz: *“vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”,* salienta-se que, existe violação de princípios e até mesmo de dispositivos constitucionais.

O artigo 5º da Carta Magna assegura que: *“Artigo 5º LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; [...]”*.

O parágrafo 4º do artigo 791-A da CLT contrariava não apenas um dispositivo constitucional. O trabalhador, considerado parte mais frágil da relação de emprego, em maioria hipossuficiente, com salário que mal cobre as despesas essenciais para sua subsistência foi privado de seus direitos. Muitos optaram por não ajuizar ação trabalhista, diante do risco de ser condenado em honorários sucumbenciais.

Para SADEK (2009, p. 47): *“O Brasil não é um país pobre, mas um país com muitos pobres. A desigualdade de renda produz efeitos perversos nas oportunidades de inclusão econômica, social e nos bens culturais. Qualquer possibilidade de enfrentamento desta herança de injustiça social, que exclui parte significativa da população do acesso a condições mínimas de dignidade e cidadania, torna centrais as políticas redistributivas e a efetividade das garantias legais.”*

Houve restrição do acesso à justiça durante a vigência do parágrafo 4º do artigo 791-A da CLT, pois muitas pessoas deixaram de pleitear suas demandas judiciais com receio de condenação em honorários de sucumbência.

O autor FILHO (2021) destaca que: *“A CLT e a Justiça do Trabalho foram criadas para proteger o trabalhador. Essa proteção é muito importante, pois o trabalhador é, sem dúvidas, a parte mais frágil na relação de trabalho. Todavia, infelizmente, alguns trabalhadores se utilizam dessas facilidades processuais para ajuizarem ações desguarnecidas de argumentos ou provas.”*

Alguns autores o consideravam o dispositivo como um filtro, pois evitava que o empregado se aventurasse em uma ação trabalhista, mas para punir tais aventureiros já existia um filtro, a condenação em litigância de má-fé.

Para SANTOS: *“A litigância de má-fé deve ser considerada como aquela atitude tomada por alguma das partes ou por terceiro interveniente (assistente, amicus curiae, etc), que se posiciona contrariamente ao que seria a boa-fé”.*

Assim, um trabalhador hipossuficiente, que foi privado de seus direitos trabalhistas não pode ser privado do acesso à justiça, por receio de condenação em honorários sucumbênciais, quando já tem dispositivo para controle de litigância de má-fé.

4.1 Controle de Constitucionalidade do dispositivo legal

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é a lei suprema e fundamental do Brasil, sendo o ápice do ordenamento jurídico e todas as demais normas, para serem legítimas, devem estar em conformidade com a Carta Magna.

Para Pinho (2011, p.79) *“a Constituição é a lei maior do país, o vértice do sistema jurídico. Contém as normas fundamentais do Estado, estando todos sujeitos ao seu império.”*

Considerando que existe uma hierarquia, da Constituição sob as demais normas infraconstitucionais, se faz necessário a fiscalização para garantir que todas as demais normas estejam em conformidade com o texto constitucional. Para assim garantir que a supremacia da Carta Magna.

Pinho (2011, p. 125) também afirma que: *“A supremacia da Constituição decorre de sua própria origem, pois provém de um poder constituinte originário, de natureza absoluta com caráter de rigidez, sobrepondo-se as normas constitucionais em relação às demais normas jurídicas.”.*

Neste mesmo sentido, (MORAES 2006.) afirma que; A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente, seja sempre adequadas à Constituição Federal.

A necessidade de proteger os dispositivos constitucionais, gerou o sistema de controle de constitucionalidade que é um instrumento de que busca manter o ordenamento jurídico em harmonia.

Para MORAES (2006, p. 635) *“A ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais”.*

O Brasil possui dois sistemas de controle de constitucionalidade: O controle concentrado e o controle difuso. O controle concentrado é exercido pelo Supremo Tribunal Federal e o controle difuso é aquele exercido por qualquer juiz ou tribunal e também pelo Supremo Tribunal Federal.

Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes (2011), o controle difuso permite que qualquer juiz ou tribunal declare a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, não havendo restrição quanto ao tipo de processo.

Já o controle concentrado, centraliza no Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar as ações autônomas nas quais se apresenta a controvérsia constitucional. (MENDES, 2011).

Sendo assim, concluímos que o controle de constitucionalidade em face do parágrafo 4º do artigo 791-A da CLT, não era privado apenas ao STF diante do controle concentrado, os magistrados, poderiam ter afastar o dispositivo diante do controle de constitucionalidade difuso. Ao proferir uma sentença, poderia declarar a inconstitucionalidade do dispositivo para não condenar a parte hipossuficiente da relação de emprego beneficiária da justiça gratuita a arcar com honorários de sucumbência.

O controle de constitucionalidade difuso é uma característica marcante dos magistrados trabalhistas, eles são considerados ativistas. A justiça do trabalho é considerada ativa, aquela que atua para resguardar os direitos dos trabalhadores.

TEODORO (2011, p. 150) define ativismo como: “a atuação de um juiz que incorpora as inconstâncias do meio social, as conquistas das classes envolvidas, a própria evolução do Poder Judiciário e tem por fim a realização de direitos fundamentais”.

A finalidade da justiça do trabalho é uma justiça que tem como intenção a promoção da justiça social, possui histórico de proteção aos trabalhadores prejudicados ao longo do seu contrato de trabalho.

TEODORO (2011, p. 150) afirma que: “Somente um juiz com formação ética humanista e que busca a justiça desenvolverá o ativismo para efetivar direitos trabalhistas, podendo que para isso tenha até mesmo que negar a lei, caso esta venha acarretar decisões injustas”.

Concluímos que não era necessário esperar pelo julgamento do STF, sobre a inconstitucionalidade do dispositivo, os juizes do trabalho possuíam autoridade para decreta-la.

Para o exercício do controle de constitucionalidade no direito constitucional existem três modalidades, que possuem efeitos erga omnes (a decisão produz efeitos para todos) em relação aos demais órgãos, são elas;

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Ante a citada, inconstitucionalidade do §4º do artigo 791-A, incluído na CLT após a reforma trabalhista, houve muitas discussões que levaram a preposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 5766, que foi julgada em 20 de outubro de 2021.

5. A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 791ª

A lei 13.467/2017 – Reforma Trabalhista, entrou em vigor no dia 11 de novembro de 2017, onde foi iniciada a aplicabilidade do artigo 791- A da CLT. Artigo que, autorizava a sucumbência em todos os novos processos trabalhistas.

Este dispositivo gerou grande impacto na esfera trabalhista por, ferir princípios trabalhistas e até mesmo constitucionais. Após a vigência do dispositivo, houve uma diminuição de ajuizamento de novas ações na Justiça do Trabalho.

Em 20 de outubro de 2021, o Supremo Tribunal Federal, através da maioria dos votos, no julgamento da ADIn 5.766 declarou a inconstitucionalidade do §4º do artigo 791-A da CLT. Vejamos na ementa publicada no dia 04 de novembro de 2021: *“Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar inconstitucionais os arts. 790-B caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), vencidos, em parte, os Ministros Roberto Barroso (Relator), Luiz Fux (Presidente), Nunes Marques e Gilmar Mendes. Por maioria, julgou improcedente a ação no tocante ao art. 844, § 2º, da CLT, declarando-o constitucionais vencidos os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. Redigirá o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, 20.10.2021.”*

Sendo assim, não é mais permitida a aplicação do §4º do artigo 791-A da CLT. O que possibilita que, os trabalhadores que tiveram suas demandas reprimidas façam o ajuizamento de suas ações.

5.1 Impactos da declaração de inconstitucionalidade

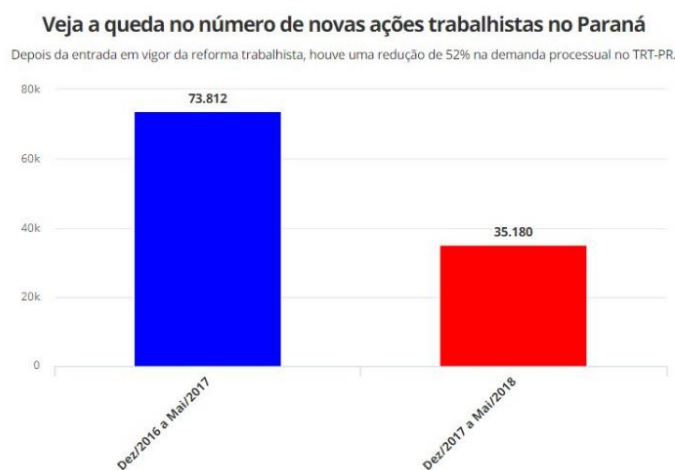
A declaração de inconstitucionalidade do §4º do artigo 791-A da CLT, trouxe impactos para o direito processual trabalhista. A mudança afetou as partes litigantes, a

advocacia trabalhista, os juizes do trabalho e até mesmo impactou em novas demandas judiciais na esfera trabalhista.

Para Santoro (2021): *"A consequência da decisão proferida na ADI 5.766 trará impacto imediato para advogados, empresários e juizes do Trabalho, os quais terão de se adaptar, mais uma vez, às mudanças bruscas e repentinas de entendimento a respeito da lei trabalhista"*.

Após a reforma trabalhista, a demanda de novas ações trabalhistas diminuíram, muitos trabalhadores com receio de não ganhar a ação e ainda sair devendo, causou a falta de interesse em ajuizar ação.

De acordo com o TRT-PR seis meses após a reforma trabalhista entrar em vigor, as novas ações da justiça do trabalho caíram pela metade.



Fonte: TRT-PR

De acordo com o TST: Em novembro de 2017, mês de início da vigência das mudanças, houve um pico de casos novos recebidos no primeiro grau (Varas do Trabalho): foram 26.215 processos (9,9%) a mais em relação a março de 2017, segundo mês com maior recebimento no período. No entanto, em dezembro de 2017 e janeiro de 2018, o quadro se inverteu. Desde então, o número de casos novos por mês nas Varas do Trabalho é inferior ao de todos os meses referentes ao mesmo período de janeiro a novembro de 2017.



Fonte: TST

Segundo a Coordenadoria de Estatística do TST, entre janeiro e setembro de 2017, as Varas do Trabalho receberam 2.013.241 reclamações trabalhistas. No mesmo período de 2018, o número caiu para 1.287.208 reclamações trabalhistas.



Fonte: TST

Após a declaração de inconstitucionalidade, decretada em 2021, os trabalhadores que deixaram de ajuizar ações diante do receio de condenação em honorários, passaram a ter a chance de ingressar com as devidas demandas.

De acordo com ROCHA (2021): *“Os escritórios de advocacia do Brasil já registram um aumento na procura de trabalhadores por seus direitos pouco mais de um mês após a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF)”*.

No mesmo sentido, FILHO (2019) destaca que: *“Com essa decisão, os Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) das diversas regiões do Brasil sofrerão com uma verdadeira enxurrada de ações trabalhistas que estavam esperando justamente o resultado desse julgamento”*.

Sendo assim, será necessário que o judiciário trabalhista, atue com, maior celeridade e flexibilidade para conduzir a demandas. Para evitar o congestionamento de processos, fenômeno que a reforma trabalhista se propôs a amenizar. Pois, após a declaração de inconstitucionalidade da cobrança de honorários sucumbenciais, a tendência é que, o número de ações trabalhistas com abundantes pedidos cresça, visto que não existe mais o receio de além de perder a ação, sair com dívida.

CONCLUSÃO

O presente artigo fez um estudo sobre as consequências da inconstitucionalidade da cobrança de honorários sucumbenciais na justiça do trabalho aos beneficiários da justiça gratuita.

As alterações feitas pela Reforma trabalhista, através da Lei nº 13.467/2017 tinha como um de seus objetivos diminuir o volume de processos no judiciário trabalhista, bem como combater ações de aventureiros que, mesmo sabendo que as chances de êxito em suas demandas eram pequenas, ajuizavam ação sob o palio da justiça gratuita. Porém §4 do artigo 791-A da CLT era inconstitucional e desrespeitar a Constituição e seu princípio do acesso à justiça, não é a solução para combater os aventureiros. Para combater aventureiros, existe a condenação em litigância de má-fé.

Antes mesmo da vigência da da Lei nº 13.467/2017, em 11 de novembro de 2017, houve um grande rebuliço sobre a inconstitucionalidade da cobrança de honorários sucumbenciais. Cobrar os honorários sucumbenciais foi um retrocesso na história do direito do trabalho. Limitar o acesso à justiça é limitar o princípio basilar de nossa Constituição, o princípio da dignidade da pessoa humana.

A discussão entre os que apoiava a reforma em sua integralidade e os que acreditavam na inconstitucionalidade, se estendeu até o dia 20 de outubro de 2021, onde através do julgamento da ADI nº 5.766 foi declarada a inconstitucionalidade do §4 do artigo 791-A da CLT.

Portanto, fato é que até a declaração de inconstitucionalidade, muitas pessoas estavam aguardando a decisão para entrar com suas ações e agora poderão acionar o judiciário sem receios. Isso fará com que cresça a demanda de ações trabalhistas e exigirá do judiciário trabalhista agilidade para não tornar as ações morosas.

REFERÊNCIAS

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 47. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2504>>. Acesso em: 22 nov. 2020

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.766. <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-fachinreforma-trabalhista.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

_____. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766. <<https://www.conjur.com.br/dl/ementa-voto-barroso-custas-processos.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

_____. ADI 5766. Relator Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>>. Acesso em 14 abr. 2022.

_____. Novo Código de Processo Civil. Artigo 95. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 22 de nov. 2020.

_____. Presidente do TRT-PR analisa dados estatísticos da movimentação processual pós-reforma trabalhista. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/portal/noticias.xhtml?id=6670470>>. Acesso em: 18 mar. 2022.

_____. Primeiro ano da reforma trabalhista: efeitos. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/primeiro-ano-da-reforma-trabalhista-efeitos?inheritRedirect=false>. Acesso em: 18 mar. 2022.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 219. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-219>. Acesso em: 20 nov. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 329. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-329>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BAINY, André Kabke, CONCEIÇÃO. Lucas Gonçalves, ARAGÃO. Valdenir Cardoso. Justiça Gratuita e Acesso à Justiça uma relação a ser aprimorada. Disponível em: <<http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/5246/Justi%c3%a7a%20gratuita%20e%20acesso%20%c3%a0%20justi%c3%a7a.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 04 abr. 2022.

BARISON, Thiago. A estrutura sindical de Estado no Brasil e o controle tucidiário após a Constituição de 1988. São Paulo: LTr, 2016.

BARROSO, Luis Roberto. Justiça, empoderamento jurídico e direitos fundamentais. 2014. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2014/06/ONU_Justica-Empoderamento-legal-e-direitos-fundamentais_versao->. Acesso em: 14 mar. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 2008.

COUTO. Camille. População abaixo da linha da pobreza triplica e atinge 27 milhões de brasileiros. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/populacao-abaixo-da-linha-da-pobreza-triplica-e-atinge-27-milhoes-de-brasileiros/>>. Acesso em: 15 abr. 2022.

FILHO. Claudio Lima. Direito do Trabalho: prejuízos do fim da sucumbência em caso de Justiça gratuita Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-out-24/opiniao-direito-trabalho-prejuizos-fim-sucumbencia>>. Acesso em: 18 mar. 2022.

FILHO. Claudio Lima. Direito do Trabalho: prejuízos do fim da sucumbência em caso de Justiça gratuita. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-out-24/opiniao-direito-trabalho-prejuizos-fim-sucumbencia>>. Acesso em: 18 mar. 2022.

LAGUARDIA, Jorge Mario Garcia et. al. Acesso à Justiça e Cidadania. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

_____ Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 04 mai. 2022.

_____ Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, Diário Oficial da República Federativa do Brasil,

DF, 5 jul. 1994. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 22 de nov.2020.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Honorários de sucumbência. Revista CEJ, v. 19, n. 67, p. 46-50, set./dez. 2015.

MENDES, Gilmar. Controle Constitucional e Processo de Deliberação. Disponível em:
<<https://www.conjur.com.br/2011-mai-12/controlado-constitucionalidade-processo-deliberacao#:~:text=O%20modelo%20de%20controle%20difuso,quanto%20ao%20tipo%20de%20processo>>. Acesso em: 18 abr. 2022.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 19. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Gabriel Faria. Justiça para quem não pode pagar. Conjur: 2012. Disponível em:
<<https://www.conjur.com.br/2012-mai-18/gabriel-faria-oliveira-justica-quem-nao-pagar>>. Acesso em:14 mar. 2022.

PEREIRA, Leone. Manual do Processo do Trabalho. 7 ed. Saraiva Educação. São Paulo: 2020.

PINHO, Rodrigo César Rabello. Teoria geral da constituição e direitos fundamentais. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

POMBO, Michelle Pires Bandeira. As ondas renovatórias do acesso à justiça no processo do trabalho. / Michelle Pires Bandeira Pombo. São Paulo: LTr, 2016.

POMPEU, Ivan Guimarães; CAIXETA, Maria Cristina Diniz; RODRIGUES, Renata Lima. Direito do trabalho contemporâneo: Homenagem ao professor Afonso Celso Raso. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2016.

ROCHA. Rosely. Com a volta da justiça gratuita, ações trabalhistas devem aumentar em 2022 Disponível em: <<https://www.cut.org.br/noticias/com-a-volta-da-justica-gratuita-acoes-trabalhistas-devem-aumentar-em-2022-130f>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios do Direito de Trabalho. 3 ed. São Paulo: LTr, 2000.

SÁ. Rodrigo Moraes, TOMARÁS. Alessandra Moraes Sá. O princípio do acesso à justiça e os óbices para sua efetivação. Disponível em:
<<https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigocientifico-acessojusticapdf.pdf>>. Acesso em:14 mar. 2022.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. Disponível em: <<https://books.scielo.org/id/ff2x7/pdf/livianu-9788579820%20137-15.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2022.

SANTORO, Gabriel. Revista Consultor Jurídico, 21 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-out-26/gabriel-santoro-impactos-decisao-supremo-adi-5766#:~:text=A%20consequ%C3%Aancia%20da%20decis%C3%A3o%20proferida,a%20respeito%20da%20lei%20trabalhista>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

SANTOS, Gelson Amaro de. Litigância de má-fé e o Direito de Defesa. Disponível em: <<https://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/litigancia-de-m-a-fe-e-o-direito-de-defesa>>. Acesso em: 18 mar. 2022.

SCHIAVI, Mauro. A Reforma Trabalhista e o Processo do Trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17. 1. ed. São Paulo: LTr, 2017.

Schiavi, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 16 ed. São Paulo: LTr, 2019.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. O juiz ativo e os direitos trabalhistas. São Paulo: LTr, 2011.

VIOLÊNCIA FAMILIAR E O FEMINICÍDIO: A INOPERÂNCIA DO PODER PÚBLICO

LEONARDO DE MELO GUARNIERI:

Graduando em Direito pelo Centro
Universitário de Santa Fé do Sul/SP –
UNIFUNEC.

RICARDO ALEXANDRE RODRIGUES GARCIA⁵³

(orientador)

RESUMO: A violência familiar e o feminicídio são um tema presente na sociedade não apenas atualmente, mas desde tempos distantes. Antigamente era permitido aos homens agredirem suas mulheres, além de serem protegidos por terem esse direito. No Brasil, a violência dentro do próprio lar não era considerada um problema social, não havendo necessidade de intervenção do governo, era uma questão de ordem privada. Um dos pontos a serem mencionados neste presente trabalho, é a questão do aumento no número de ocorrências de violência contra a mulher após o início da pandemia, pelo motivo do isolamento social ser necessário, e a mulher passar a conviver por mais tempo com o agressor. A violência está ligada ao abuso de poder que o agressor tem sobre a vítima, além do fato da desigualdade social que também pode influenciar, causando danos psicológicos, problemas de saúde e até a morte da mulher. Mesmo com a existência da Lei Maria da Penha, existe uma certa ineficiência em sua aplicação, sendo que o Estado poderia tratar o problema como uma questão de saúde pública, não deixando a responsabilidade apenas para o judiciário. O trabalho foi realizado através de pesquisas em sites, revisão de leituras e estudo de leis.

Palavras chave: Violência. Problema social. Maria da Penha.

ABSTRACT: Family violence and femicide is an issue present in society not only today, but since distant times. In the past, men were allowed to assault their wives, and were also protected because they had this right. In Brazil, violence within the home itself was not considered a social problem, and there was no need for government intervention; it was a private matter. One of the points to be mentioned in this paper is the issue of the increase in the number of cases of violence against women after the beginning of the pandemic, due to the fact that social isolation is necessary, and the woman starts living with the aggressor for a longer time. The violence is linked to the abuse of power that the aggressor has over the victim, besides the fact of social inequality that can also influence, causing psychological damage, health problems, and even death to the woman. Even with the

53 Docente do Curso de Direito, Centro Universitário de Santa Fé do Sul/SP – UNIFUNEC

existence of the Maria da Penha Law, there is a certain inefficiency in its application, and the State could treat the problem as a public health issue, not leaving the responsibility only to the judiciary. The work was carried out through research on websites, review of readings and study of laws.

Keywords: Violence. Social problem. Maria da Penha.

1 INTRODUÇÃO

Dando início a exposição ao presente trabalho, venho por meio deste apresentar as diversas formas de violência familiar contra a mulher, caracterizadas por crimes cometidos em virtude da condição feminina, sendo resultado da falta de compreensão da situação atual da mulher, que atualmente é portadora dos mesmos direitos dos homens.

A violência familiar é uma problema social e cultural que existe desde tempos distantes se ainda faz parte da realidade de muitas mulheres nas famílias brasileiras. Este é um obstáculo comum que atinge milhares de pessoas de forma discreta e misteriosa. Esse tipo de violência atingiu mais de 50 mil mulheres entres os anos de 2000 e 2010, anos em que a taxa de morte foi de aproximadamente, 4,6 por 100 mil habitantes. Desde a antiguidade, as mulheres eram consideradas inferiores aos homens, e se sujeitavam as ordens e humilhações contidas na cultura. Nos dias atuais, pelo fato das mulheres terem conseguido igualar seus direitos aos dos homens, muitos ainda não conseguem compreender este fato e acreditam que elas ainda devem ser submissas à eles, caracterizando de tal forma, como crimes cometidos em razão da condição feminina.

Um ponto que deve ser abordado é o aumento nos números dos casos de feminicídios que ocorreram durante a pandemia, ocasionada pelo novo Corona Vírus, pela necessidade do isolamento social, com objetivo de diminuir a transmissão do vírus e que consequentemente, causou o maior convívio do agressor com a vítima dentro de casa, que por fim, carece de uma urgente resposta jurídica para mudar esta realidade.

A partir do momento em que foi promulgada a Lei Maria da Penha, acabou por trazer grande notoriedade para a violência contra a mulher. Apesar de apresentar uma grande melhora, criminalizar o comportamento em si não resolveu o problema de total maneira, ocorrendo ainda sim, vários casos que chocaram o país.

É importante mencionar também a participação da mulher no mercado de trabalho, possibilitando com que elas tivessem uma forma de obtenção de lucro fora de casa, através de outros recursos, fazendo com que se tenha um equilíbrio dentro do relacionamento com seu cônjuge, tendo como principal consequência, a diminuição no número de casos de violência familiar e do feminicídio.

O Estado como um todo, carece de políticas públicas de prevenção e conscientização, e carece de investimentos nas formas de apoio e inclusão das mulheres vítimas de violência que pretendem sair de casa. Um ponto que mostra a ineficiência do sistema brasileiro na questão de proteção a mulher seria que, muitas vítimas de feminicídio possuíam medidas protetivas concedidas por Juizados de Violência Doméstica e Familiar antes de serem assassinadas, ou seja, não apresentaram eficácia.

2 FATORES HISTÓRICOS RELACIONADOS AO FEMINICÍDIO

A violência contra as mulheres é um problema persistente, considerado histórico. Sempre foram consideradas como uma pessoa que não tinha expressão, não tendo direito de ter seu próprio livre arbítrio dentro do próprio lar. As mulheres não poderiam, em nenhum momento, expressar suas próprias opiniões, deveriam sempre seguir à risca às ordens do pai e, posteriormente, as de seu marido. É possível observar que na América Colonial, apesar de já existir a independência americana, as leis davam o direito aos homens de agredirem fisicamente suas mulheres, além de os protegerem sobre esse direito.

Havendo a intenção de reduzir os meios de como eram as agressões contra as mulheres, que no caso, eram considerados normais perante a lei, somente no ano de 1871, nos estados de Massachusetts e Alabama, pertencentes aos Estados Unidos, cessou-se o direito que antes, eram concedidos aos homens, apesar disso, nada foi previsto em relação a condenação caso os homens continuassem com as agressões. As mulheres, em um todo, sempre foram colocadas em nível de dominação e descriminalização. Na Antiguidade e no Medievo, é possível recordar que somente os homens eram possuidores de direitos e poderes. Nesse espaço de tempo, as mulheres foram vitimizadas, não somente pelo seus pais ou maridos, mas também pelas religiões.

No Brasil, embora a situação ainda seja sombria para a ocorrência de tais incidentes violentos, tem trabalhado arduamente para que sejam combatidos. Abuso psicológico, agressão e o assassinato de mulheres, geralmente realizados por seus companheiros, dentro do próprio lar, passaram a ser vistos com uma visão diferente e amplificada, sendo considerados como uma violação dos direitos humanos. Em 1980, com a criação de delegacias especializadas e em 2006, com a promulgação da Lei Maria da Penha, constituíram importantes meios de prevenção e punição no setor público, por meio da criminalização eficaz da violência contra a mulher.

Por um longo período tempo, no Brasil, a violência familiar não era tida como um problema social que necessitasse de intermédio do governo, pelo motivo das agressões sucederem dentro do âmbito familiar e em meio a relações conjugais. Apesar de

serem claros todos os tipos de violência, era apenas considerado como uma questão de ordem privada.

Pode-se considerar que não é apenas culpa do agressor a violência sofrida pela mulher, a questão seria que a sociedade em um todo ainda mantém determinados princípios que induzem a violência, concluindo que boa parte da sociedade leva culpa. A explicação para o fato sucede da cultura e da desigualdade no exercício do poder, levando a vínculo de dominante e dominado.

3 AUMENTO DOS CASOS DE FEMINICÍDIO APÓS INÍCIO DA PANDEMIA

Certamente, existem incontáveis faces complexas após o início da pandemia, uma delas é o aumento relativamente alto no número de casos registrados de violência doméstica e feminicídio, um crime brutal de assassinato de mulheres por misoginia.

De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, o aumento do número de mulheres que sofreram com o feminicídio no ano de 2020 foi de 1,9% em relação ao ano de 2019. O fato pode ser explicado da seguinte forma, com a implantação do isolamento social, a vítima passou a viver mais tempo com o agressor dentro do próprio lar, além do aumento no número do desemprego, devido as demissões em massa, além disso, episódios estressantes que perfazem na violência dentro do lar.

Antes mesmo do Brasil enfrentar a pandemia originada pelo novo Corona Vírus, os números em relação a violência praticada contra a mulher, eram tidos como relevantes. Num ranking de 83 países onde mais ocorrem homicídios, o Brasil já se mantinha na posição de 5º lugar.

De acordo com estudo feito pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, o aumento nos casos de feminicídio cresceu cerca de 22,2% nos meses de março e abril de 2020, tendo como analogia, o mesmo período de tempo no ano de 2019. Tendo como exemplo, no ano de 2019 tiveram 117 vítimas nesses meses, já em 2020 passou para 143, um aumento totalmente significativo.

Em São Paulo, existiu um aumento nos chamados para o “Disque 190” em determinados estados, tendo 44,9% de aumento em março de 2020 em relação ao mesmo período de tempo no ano de 2019. No “Ligue 180” ocorreu um crescimento ainda mais considerável, principalmente no mês de abril, em que o crescimento nas ligações foi de 37,6%, momento em que a maioria dos estados estavam seguindo medidas restritivas, tendo como principal exemplo, o isolamento social.

A violência contra as mulheres, teve um aumento significativo durante a pandemia, devido ao isolamento social, além do mais, acabou por se tornar privada. Anteriormente, a vítima já convivia com o seu agressor forma isolada, a partir do início da pandemia, passou a ficar sob total vigia do homem, e exposta a vários tipos de violência, tanto física quanto psicológicas.

3.1 Promulgação da Lei 14.022/2020

Diante do aumento no número de casos de violência contra a mulher e da grave situação enfrentada, foi promulgada a Lei 14.022/2020 com a intenção de conter o aumento número de casos. Diante da nova lei, foi estabelecido que as agências referentes a ajuda das vítimas, deveriam agir ininterruptamente em todo o Brasil. Além disso, o suporte on-line deveria garantir que as denúncias pudessem ser feitas através do celular ou computador.

A Lei 14.022/2020 aumenta a luta contra a violência familiar, não apenas de mulheres, mas também de crianças, jovens, idosos e pessoas com deficiência, que sofreram devido a pandemia imposta pelo novo Corona Vírus. Para isso, foram disponibilizados novos meios eletrônicos, e telefones de emergência por órgãos de segurança pública, especificamente para tal denúncia.

Mesmo existindo o atendimento on-line ou pelo telefone, a lei impõe que o poder público deve encontrar uma forma eficaz para fazer com que o atendimento presencial continue, desenvolvendo adaptações necessárias para o período da pandemia. A lei deixa claro que é necessário o atendimento presencial em casos de feminicídio, lesão corporal grave, lesão corporal seguida de morte, lesão corporal dolosa gravíssima, ameaças praticadas com armas de fogo, estupro e corrupção de menores.

Uma medida importante tomada pelo Governo Federal que deve ser mencionada, é o fato de os prazos processuais e a disponibilização de providências para proteção que estejam relacionadas com a violência doméstica, não sejam suspensos durante a pandemia, tendo como principal objetivo, controlar a violência familiar e o feminicídio e a proteção das mulheres durante a crise de saúde enfrentada pelo país.

4 A VIOLÊNCIA E O FEMINICÍDIO DENTRO DA LEI

A violência familiar, existindo inúmeras maneiras de manifestação, acaba por afetar a vida da mulher como um todo, trazendo riscos a saúde, danos psicológicos além de poder causar a morte. Pode ser tratado como algo específico, que tem como propósito causar mal alguém.

Em relação a violência familiar, existe um fundamento específico para explicar o alto número de casos no Brasil. Está conectada não apenas a desigualdade social ou a pobreza e sim, a discriminação e ao abuso de poder que ofensor possui sobre a vítimas. Em geral, o homem dispõe de força física e poder econômico sobre a vítima que ele agride, tornando-se cada dia mais contínuas as agressões, psicológicas, físicas e morais.

Sebastião Lintz (1987), em seus dizeres sobre o tema menciona que “a mulher, por motivos como suas particularidades, constituição física, idade, e submissão econômica, se encontram em uma circunstância de indefensabilidade na relação social.”

Em determinado período de tempo não muito distante, não existia uma forma de condenação específica pela morte de alguma mulher vítima de feminicídio, era apenas tratado como qualquer tipo de homicídio, inserindo meramente um número nos levantamentos de morte no país. Tendo como intenção tornar mais eficaz a redução dos casos de violência familiar, e também a intenção de tornar o Brasil em um país em que se torne cada vez mais normal a igualdade de gênero, surgiu como meio de condenação mais dura abrangendo as vítimas mulheres da violência e do feminicídio, a Lei nº 13.104, sancionada em 09 de março de 2015.

Alterando o artigo 121 do Código Penal e o artigo 1º da Lei nº 8.072, é trazida uma nova condição, chamada de feminicídio, tendo como designação o assassinato de mulheres, sendo nas formas de violência doméstica ou na discriminação de gênero. Como explicação, o feminicídio pode ser tratado como uma qualificadora do crime de homicídio causada pelo desafeto contra mulheres, sendo principalmente caracterizada pelo pertencimento das mulheres ao sexo feminino. O que caracteriza a qualificado do feminicídio são os crimes que causam liquidação da identidade da mulher, e do seu modo de ser também.

Art. 121. Matar alguém:

§ 2º: Feminicídio (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição: (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015)

VIII - (VETADO):

VIII - com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

A modificação do art. 121, refere-se a violência de gênero, da qual a concepção pode ser trazida da Lei Maria da Penha. Conforme a lei, para caracterizar o feminicídio é necessário considerar a questão de gênero, não somente a violência dentro do próprio lar. O feminicídio pode ser encontrado incluso como qualificadora no campo do art. 121, § 2º, do CP, tratando-se de homicídio qualificado pelo fato de ser sido realizado contra a vítima mulher, destacando a violência de gênero. No § 2º - A do art. 121, poderá ser apontada com violência de gênero quando o crime cometido pelo homem abranger violência familiar ou desprezo em relação a mulher pertencer ao sexo feminino. Em relação a isso, foi originada a causa de aumento (1/3 até 1/2), quando o feminicídio tiver sido realizado dentro de possíveis eventualidades relacionadas na norma.

§ 2º - A do art. 121:

§ 2º -A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

I - violência doméstica e familiar; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

Homicídio culposo.

4.1 Formas de violência contra a mulher

Presente no art. 7º da Lei Maria da Penha, o legislador classificou os tipos de violência familiar realizados contra a mulher de duas formas, a "*vis corporalis*" e a "*vis compulsiva*". Mas é necessário deixar claro a questão de que o legislador não descreveu todas as formas de violência, utilizando-se da expressão "entre outras" dentro do artigo.

Sobre a primeira forma "*vis corporalis*", é demonstrado o que está previsto do inciso I, do art. 7º, sendo a violência física entendida como toda e qualquer ação que difame a dignidade ou a saúde física da mulher. Já na sua segunda forma, "*vis compulsiva*", que está relacionada a violência psicológica, destinada a qualquer tipo de ameaça, qualquer

procedimento que cause dano emocional e conseqüentemente, a diminuição da autoestima da mulher. O agressor, utilizando-se de ameaça, constrangimento, humilhação, tem como principal intenção, controlar a maneira como a mulher pensa ou vive, afetando nas suas decisões, comportamentos e crença, restringindo também, o seu direito de ir e vir.

Ao se expressar sobre os tipos de violência, não sendo a mais perceptível, mas também se torna importante notar que, a violência simbólica contra a mulher se diz respeito sobre:

[...] uma violência suave, insensível, invisível as suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento, ou, mais precisamente, do desconhecimento, do reconhecimento, ou em última instância, do sentimento (BORDIEU, 1999, p. 7).

A partir do momento em que é feita a leitura da lei pela primeira vez, é possível notar que o legislador agiu apressadamente, não se aprofundando totalmente no planejamento de uma política congruente com os limites presentes da criminologia. Este fato é demonstrado através de uma incoerência ao se analisar que a estrutura regulamentária da Lei 11.340/2006, adotou aos argumentos feministas.

5 INEFICIÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA EM SUA APLICAÇÃO

Cotidianamente, inúmeras mulheres sofrem qualquer tipo de violência no Brasil, e acaba se tornando um problema mais grave pelo fato dos atos não serem denunciados. As vítimas vivenciam o medo diante as graves ameaças sofridas diariamente dentro do próprio lar, e na maioria dos casos, omitem a verdade. Para tentar aniquilar essas situações que foi concebida a Lei Maria da Penha.

Mesmo após a criação da Lei Maria da Penha, com o propósito de preservar as mulheres vítimas do feminicídio, o Estado deveria desenvolver meios para que os causadores desse tipo de crime possam se tratar. Não é correto o Estado deixar toda a responsabilidade para o poder judiciário, devendo tratar o problema como uma quadro de saúde pública.

O Código Penal Pátrio listou determinadas penas restritivas de direito, tendo como finalidade punir os causadores do feminicídio. Uma das penas concebidas pelo Código Penal está ordenada no artigo 43, inciso VI. Equivale a limitação aos finais de semana, obrigando o réu por 5 horas diárias, ficar retido em alguma casa de albergado, sendo que nesse espaço de tempo, sejam aplicadas palestras educativas.

A Lei Maria da Penha confere ao juiz que ele possa estabelecer que o réu que compareça em programas de reeducação, se tornando obrigatório caso determinado pelo juiz. É facultado também ao juiz, designar que o réu cumpra mais algumas medidas, como contribuição com alguns serviços à comunidade, proibição temporária de realizar alguns direitos e também, perda de bens.

Penas restritivas de direitos:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

(...)

II - perda de bens e valores;

(...)

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V - interdição temporária de direitos;

VI - limitação de fim de semana.

Essas determinadas providências foram desenvolvidas com o propósito de o agressor compreender que não deve praticar atos violentos contra as mulheres, e também, cessar os crimes que são cometidos por um longo período de tempo. O único problema é o fato de que o Estado não consegue aplicar as penas descritas no Código Penal, não havendo servidores públicos pertencentes ao âmbito psicossocial suficientes. A Lei Maria da Penha desenvolve métodos para precaver a violência familiar e o feminicídio, dispondo de meios de assistência e proteção às mulheres.

É importante deixar claro que, várias mulheres vítimas de agressão, denunciam constantemente seus agressores, em determinadas delegacias especializadas, o problema é que os meios de proteção não são totalmente aplicados conforme disposição em Lei. Seria necessário aplicar a Lei Maria da Penha e as outras normas de forma mais eficaz e que as entidades criadas com o intuito de colocar em prática a legislação, possam atuar com maior conformidade.

Ao conceder entrevista ao site O Globo, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes expôs:

O juiz tem que entender esse lado e evitar que a mulher seja assassinada. Uma mulher, quando chega à delegacia, é vítima de

violência há muito tempo e já chegou ao limite. A falha não é da lei, é na estrutura, disse, ao se lembrar que muitos municípios brasileiros não têm delegacias especializadas, centros de referência ou mesmo casas de abrigo.

O GLOBO. Para aplicar Lei Maria da Penha, Justiça tem que 'calçar sandálias da humildade', diz Gilmar.

Uma das principais medidas que devem ser tomadas primeiramente pela administração pública seria, a construção de casas de albergado, pelo fato de que o Poder Judiciário é obrigado a trocar a prisão albergue pela prisão domiciliar, mesmo que a Lei de execução penal impeça essa prática. Outro fato necessário é a ligeireza na otimização da Lei 11.240/2006, em condenar com efetividade aqueles que praticam a violência contra a mulher.

5.1 SUS, SUSP e a baixa eficácia de programas oferecidos pelo governo

A lei Maria da Penha, é de caráter assistencial e preventivo, que tem como principal função estabelecer políticas públicas destinadas a controlar a violência familiar e o feminicídio contra as mulheres. No seu artigo 9º, estão presentes diretrizes assistenciais, relacionados a princípios presumidos no LOAS, no SUS, e no SUSP, se tratando da inclusão da mulheres em programas de assistência, e da manutenção de vínculos trabalhistas. Acontece que o legislador não indica nitidamente os princípios dos recursos e os instrumentos à disposição, para que seja possível garantir o total funcionamento das políticas públicas presente no artigo mencionado.

Se referindo ao SUS e ao SUSP, estão totalmente sobrecarregados, não tendo condições de contribuir. É necessário que sejam feitas melhorias no SUS, visando a necessidade de aptidão para que haja contribuição no combate à violência familiar e também o apoio a vítima. Já sobre o SUSP, muito pouco se saiu do papel, e também não vem cumprindo sua função de prestação de serviços às vítimas. É necessário que se desenvolva como um órgão articulador no âmbito da segurança pública, em suas esferas federais, estaduais e municipais.

No Brasil, atualmente existem delegacias especializadas e outros programas governamentais que tem como objetivo garantir a segurança, os direitos e a integridade física e psicológica das mulheres, não importando qual seja sua classe social. Apesar disso, é importante notar o fato que ainda existe um atraso ao se tratar do cumprimento efetivo das leis referentes ao caso, além de uma baixa eficácia dos programas oferecidos para proteção e inclusão das mulheres que sofrem com a violência. É preciso que seja colocado

em prática medidas urgentes, eficazes e preventivas, adequada com cada um dos casos que circunda as relações domésticas e familiares.

6 A PARTICIPAÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO EM RELAÇÃO A VIOLÊNCIA DENTRO DO LAR

Considerado como um tema de grande destaque, mas que talvez não seja discutido a sério no Brasil, seria o fato em relação a participação da mulher no mercado de trabalho, correlacionada com a violência dentro do próprio lar. A violência familiar, acaba por gerar graves implicações no desenvolvimento do país, pelo motivo de estar relacionado na perda de eficácia por vítimas tanto diretas quanto indiretas, as grandes despesas para o tratamento no sistema de saúde público e a pequena participação das mulheres no mercado de trabalho.

Hetling (2000), em seus dizeres coloca em pauta “a questão dos princípios culturais e religiosos, pressão da família, residência em comunidades rurais remotas e medo em relação a sua própria vida e dos filhos.” Além do fato de que muitas vezes dentro do relacionamento abusivo, as mulheres sofrem além das agressões, ameaças de morte, as quais o homem faz para que dificulte mais ainda a intenção delas de saírem do casamento. Também pode ser considerado como uma limitação, o fato do cônjuge impedir o acesso das vítimas à capacitação profissional e conseqüentemente, a conseguirem um emprego.

É importante que seja feita a análise da violência doméstica pelo motivo de propor diferentes concepções dos fatos e também sobre as prováveis conseqüências para as políticas mitigatórias. Sobre a relação das mulheres no mercado de trabalho e a violência, é totalmente impossível que sejam feitas comparações simples, pelo fato de estar cada vez mais em destaque que a diminuição nas taxas de desemprego das mulheres fez com que diminuísse a violência dentro do lar, sendo possível dizer que essa relação é indiscutível.

É possível demonstrar alguns casos simbólicos de homicídio que ocorreram nos anos de 1980 no Brasil, que tinham como alegação o fato de que as mulheres ao saírem de casa para trabalhar, deixavam de realizar seu afazeres domésticos e deveres dentro do casamento. É possível relatar também o controle por parte do homem sobre, bens, documentos e dinheiro, além disso, o dano a objetos pertencentes as mulheres com a intenção de agredi-las psicologicamente.

6.1 As gerações futuras e os problemas causados às mulheres

Uma grave questão que deve ser mencionada é o fato da violência dentro do lar estar relacionada com as gerações futuras, que crescem naquele meio e acabam sendo

influenciadas. Acabam por, ao presenciar as agressões, no futuro, desenvolver graves problemas de comportamento, tais como a agressividade e a hiperatividade, fazendo com que possam também, influenciar na adolescência, induzindo em atividades agressivas e criminosas. A partir de uma pesquisa feita em 2016, 79% das mulheres que acessam o serviço de denúncia contra violência, possuem filhos, sendo que 60% desses presenciam a violência sofrida por suas mães e 23% sofrem com as agressões junto com a mãe.

Muitas mulheres que são vítimas da violência familiar cotidianamente, apresentam maiores possibilidades de desenvolverem problemas crônicos, afetando o corpo humano de forma física e mental, fazendo com que dificulte a participação da mulher no mercado de trabalho, além do fato de fazer com que as vítimas se tornem totalmente dependentes de seus agressores, dificultando assim a vontade que muitas delas tem de denunciar as agressões e terminar com seu casamento.

6.2 Vantagens da participação da mulher no mercado de trabalho

A mulher tendo sua participação no mercado de trabalho e também que tenham a possibilidade de obtenção de lucro através de outros recursos, faz com que aumente o seu poder de conversação dentro do seu casamento, tendo como equilíbrio, um menor número nos casos de violência. Na mesma proporção em que a mulher faça com que a renda do casal seja maior, com a opção do trabalho fora de casa, acaba por fazer com que o homem não expresse os mesmos níveis de violência conforme faria caso a mulher estivesse presente apenas dentro do próprio lar, e a renda continuasse a mesma somente através do trabalho do homem.

A participação feminina no mercado de trabalho, acarretaria na redução da violência familiar, pelo fato da mulher se empoderar economicamente e também, ocorrendo aumento do seu poder de barganha. É muito comum ainda na sociedade atual que a mulher ao sair de casa para trabalhar, acaba por gerar atritos dentro de casa, pelo fato de muitos homens ainda terem em mente que a mulher estaria se afastando do seu papel social costumeiro, gerando de tal maneira, a violência física e psicológica.

6.3 Estatísticas sobre a tentativa de mulheres tentarem entrar no mercado de trabalho

Algumas pesquisas realizadas sobre tal tema, demonstram que muitas mulheres ao tentarem se emancipar economicamente, com a intenção de terem uma renda para que possam se separar conjugalmente, acabam sofrendo com o agravamento da violência dentro do próprio lar, gerando além disso, o aumento nos casos de feminicídio. Um ponto que ainda deve ser tratado com destreza é a questão dos governantes colocarem em prática a elaboração e implementação de medidas previstas na Lei Maria da Penha, que

tenham como objetivo precaver e proteger os direitos pertencentes as essas vítimas de violência.

A tabela abaixo demonstra que o violência sofrida contra a mulher é o dobro quando elas saem de casa para trabalhar, ou seja, participam da população economicamente ativa (PEA).

Violência doméstica por sexo e participação no mercado de trabalho.

(Em %):

Sexo	PEA	PNEA	Total
Masculino	17,2	5,7	22,9
Feminino	52,2	24,9	77,1
Total	69,4	30,6	100,0

Fonte: PNAD 2009/IBGE.

É possível analisar que violência sofrida pela mulher geralmente ocorre dentro da sua própria casa, seguido pelas agressões ocorridas em vias públicas, sendo na maioria dos casos, realizados por pessoas do âmbito familiar, cônjuge ou ex-cônjuge. Outro ponto que deve ser mencionado é que, apesar de algumas mulheres recorrerem a denúncias em casos de agressão, praticamente a mesma porcentagem não procuram recorrer, muitas vezes pela série de ameaças do agressor e por medo de não terem como viver financeiramente caso saiam de dentro da própria casa, caso este que pode ser demonstrado na tabela abaixo:

Sexo	Sim	Não	Total
Masculino	22,2	34,9	57,2
Feminino	22,1	20,8	42,8
Total	44,3	55,7	100,0

Fonte: PNAD 2009/IBGE.

As estatísticas mencionadas anteriormente também mostram o número de mortes sofridas pelos homens, mas as mulheres são as que mais sofrem com a violência familiar e com o feminicídio. Pode-se levar em conta que o número de mulheres que sofrem agressões em relação aos homens, é maior quando elas fazem parte do mercado de trabalho.

É possível notar que com a participação da mulher no mercado de trabalho, a violência dentro da própria casa acaba por diminuir, pelo motivo da mulher conseguir a sua independência financeira, fazendo com que seu nível de barganha aumente. Além disso, a partir do momento que a mulher tem condições necessárias para sua sobrevivência, a primeira ação que ela poderá realizar, é a separação conjugal, ficando livre das agressões e posteriormente do feminicídio.

O empoderamento econômico da mulher, o qual ocorre a partir da participação no mercado de trabalho gerando o decréscimo da discriminação salarial, apesar de ser de grande relevância para a mulher, não é o bastante para que não exista mais a diferença de gênero, a principal causadora da violência familiar. É necessário que se desenvolvam novas políticas públicas, que comecem a partir do ramo educacional, para que seja superada a discriminação, além do aprimoramento da Lei Maria da Penha.

7 CONCLUSÃO

A violência familiar e o feminicídio, são considerados uma das formas mais inadmissíveis da violência contra a mulher, pelo fato de atingir seus próprios direitos, negando-lhes à liberdade, o respeito e a convivência na sociedade como qualquer outra pessoa. A violência dentro do próprio lar acaba por aumentar apesar de todos os direitos serem iguais atualmente.

Ao decorrer do trabalho foi colocado em pauta a histórica violência contra a mulher, deixando claro que desde o início da criação da sociedade sempre existiu. Partindo deste ponto, no decorrer do desenvolvimento da humanidade, se viu necessário a elaboração de métodos de contenção, sendo o mais óbvio, a lei. Surgiu então, a Lei Maria da Penha, conhecida também como a Lei 11.340/06, concebida para satisfazer as exigências postas por acordos internacionais.

É necessário notar que as medidas protetivas foram criadas com o intuito de proteger a vítima em relação com a violência familiar, sendo notável constatar que não estão sendo colocadas em prática como manda a lei, tendo como explicação, a ineficácia do estado em impor a mesma. Pode-se verificar determinadas situações em que mulheres

vítimas de violência, prestaram depoimento em delegacias especializadas, sem nenhum efeito, e acabaram sendo vítimas do feminicídio.

Durante a pandemia vivida pela sociedade em decorrência do novo Corona Vírus, foi demonstrado que ocorreu um crescimento da violência familiar praticada contra a mulher, e também, as razões para o aumento dos números. Um dos grandes motivos para tal avanço é o fato de que as mulheres estão convivendo mais próximas aos seus agressores, além da dificuldade econômica e do desemprego acarretados pela pandemia. Levando em consideração o momento de crise na saúde pública do país, foi promulgada a Lei 14.022/2020, tendo como objetivo diminuir o número de casos de violência familiar, estabelecendo medidas de ajuda às vítimas, tanto de maneira on-line, quanto presencial em determinados casos.

Sendo assim, diante do exposto, fatos e fundamentos abordados, é possível concluir que a ineficiência na Lei Maria da Penha, encontra-se associada a inoperância do poder público ao executar a lei, sendo que a legislação serve aos interesses da sociedade, mas o estado não é apto a desenvolver métodos de extrema necessidade para aplicação.

REFERÊNCIAS

ATLAS DA VIOLÊNCIA 2019. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Atlas-da-Violencia-2019_05jun_vers%C3%A3o-coletiva.pdf. Acesso em: 16 jun. 2021.

BARROS, Franciso Dirceu.; SOUZA, Renee do Ó.; **Feminicídio: controvérsias e aspectos práticos.** Leme, SP: JH Mizuno, 2019.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução de Lucia Guidicini, Ales-sandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica em Tempo de Pandemia.** Curitiba: Juruá Editora, 2020.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica – análise da Lei “Maria da Penha”, nº 11.340/06.** Salvador: Editora Podivm, 2007.

CERQUEIRA, D. *et al.* **Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha.** Brasília: Ipea, 2015. (Texto para Discussão, n. 2.048).

Código Penal. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Decreto Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2016. **Código Penal.** Decreto Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), comentada artigo por artigo.** 2. Ed. rev. atual. e. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 67.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019.** Disponível em: https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019- FINAL_21.10.19.pdf. Acesso em: 27 jun. 2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA: **Nota Técnica sobre a “Violência doméstica durante a pandemia de covid-19, v.03.** Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** Parte Geral. 11ª edição. Niterói: Impetus, 2009.

GENTIL, Maurício. **Lei Maria da Penha e igualdade entre homens e mulheres.** Aracaju: Infonet, 2008. Disponível em: . Acesso em: 14 de junho de 2021.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá; MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Lei Maria da Penha: aspectos criminológicos, de política criminal e do procedimento penal.** 4. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

HIRIGOYEN, Marie-France. **A violência no casal: da coação psicológica à agressão física;** tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

LAGE, Lana.; NADER, Maria Beatriz.; **Violência contra a mulher: da legitimação à condenação social.** In: PINSKY, C. B.; PEDRO, J. M.; (Orgs.). Nova história das mulheres. São Paulo: Contexto, 2012.

MELLO, Adriana Ramos de. **Aspectos gerais da lei.** In: ARAÚJO, Clara; SCALON, Celi. (Orgs.). Violência Doméstica e familiar contra a mulher. Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

MELLO, Adriana Ramos de. **Feminicídio: Uma Análise Sociojurídica Brasileira.** 1ª ed. São Paulo : GZ Editora, 2016. BRASIL.

MONTEIRO, Anita Cunha. **Autores de violência doméstica e familiar: um estudo sobre um grupo de reflexão no Paranoá/DF.** 2014. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

PASINATO, W. **Acesso à justiça e violência contra a mulher em Belo Horizonte.** São Paulo: Annablume/FAPESP, 2012.

PRIMEIRAS IMPRESSÕES SOBRE O FEMINICÍDIO- MPSP. Disponível em:
<<http://mpsp.mp.br/portal/page/postal/cãocriminal/artigos/primeirasimpressoes.breofeminicidio.pdf>>.

REIF, Laura. **Violência doméstica:** o que é e quais são os tipos. Disponível em: . Acesso em: 25 de maio 2021.

SOUZA, Beatriz Pigossi. **Violência doméstica – Lei “Maria da Penha”:** Solução ou mais uma medida paliativa? Presidente Prudente, SP, 2008. 62 f.

XAVIER, Rafael Ricardo. **Feminicídio: análise jurídica e estudo em consonância com A lei Maria da Penha.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

A VIOLAÇÃO DO DIREITO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.

MILENA FRANÇA MARQUES DA SILVA:

Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da Universidade Brasil de Fernandópolis do Estado de São Paulo.

ALEXANDRE YURI KIATAQUI

(orientador)

RESUMO: O presente relatório se propõe a fazer uma análise sobre como na sociedade contemporânea, ainda que haja direitos, leis fundamentais e princípios estabelecidos, até este momento não se há cumprimentos dessas garantias contidas na nossa Carta Magna de 1988. Observamos diariamente notícias veiculadas nos meios de comunicação que tratam das condições precárias, tentativas de fugas e de rebeliões, ainda assim, parte da população não percebe que estas ações podem estar relacionadas como um meio de alertar para as condições degradantes da vida nas penitenciárias brasileiras.

Palavras-chave: Garantias constitucionais, penitenciárias, violação de direitos, população carcerária.

ABSTRACT: The present report proposes to analyze how in contemporary society, even though there are rights, fundamental laws and established principles, until this moment there are no fulfillments of these guarantees contained in our Magna Carta of 1988. We observe daily news published in the media communication that deal with precarious conditions, escape attempts and rebellions, even so, part of the population does not realize that these actions may be related as a means of warning about the degrading conditions of life in Brazilian prisons.

Keywords: Constitutional guarantees, penitentiaries, violation of rights, prison population.

Sumário: 1. Introdução. 2. O Sistema Penitenciário brasileiro. 3. A população carcerária. 4. Direitos constitucionais. 5. A Violação dos Direitos. 6. Considerações finais. 7. Referências

1 INTRODUÇÃO

O sistema penitenciário brasileiro é há muitos anos objeto de grande debate, devido à grave situação das violações aos direitos humanos ocorridos dentro das prisões brasileiras.

Os principais problemas enfrentados pelos apenados são as superlotações, deficiências estruturais e condições precárias, ferindo a dignidade da pessoa humana e seus direitos.

O sistema penitenciário tem como objetivo a reabilitação do preso para que haja uma ressocialização, assim ele poderá refletir sobre seus erros do passado e planejar uma nova vida, diferente da que levou para a prisão. Entretanto, o sistema prisional brasileiro ainda persiste na falta de estrutura e condições humanas para os presos, desencadeando diversas consequências, como a principal, a não ressocialização do indivíduo. Dessa forma, tornando os presídios ineficazes no quesito do preso não cometer mais crimes.

Este artigo busca analisar, como os direitos e garantias constitucionais reservados a população carcerária são inseridas nas condições prisionais, e qual o impacto do desrespeito às garantias de direitos constitucionais nas condições de sobrevivência dos detentos nas unidades penitenciárias e na ressocialização os indivíduos.

2 O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

A prisão foi o modelo de coerção encontrado pela humanidade para punir aquelas que violam o contrato social entre a sociedade e o Estado, ela passou por diversas formas até chegar ao modelo atual.

O sistema penitenciário brasileiro é um dos maiores do mundo em termos de população carcerária e é conhecido pela superlotação, que é um antigo problema enfrentado nas diversas instalações do país. Isso significa que as vagas no sistema não são suficientes para atender as altas demandas, a precariedade das instalações e a falta gerenciamento de qualidade dentro das penitenciárias também são grandes problemas enfrentados e que geram diversos processos judiciais que acusam o Estado de ser negligente quanto aos direitos humanos. O sistema penal se apresenta como instituição responsável dos avanços sociais que contribui para a plena ressocialização do indivíduo infrator, mas o que se vê nessas instituições não condiz com a realidade.

As prisões nem sempre cumprem os seus objetivos, o caráter ressocializador expresso no Art. 10 da lei de execução penal está longe de ser cumprido. Pois o Estado tem a obrigação de garantir os direitos dos detentos, mas lamentavelmente acaba se tornando o infrator das leis e dos direitos.

Quando se é perguntado se dentro do Brasil a ressocialização funciona ou não corretamente, análises apontam que não, o Brasil vive uma situação alarmante, onde não se tem um bom resultado na recuperação desses presos, o próprio estado viola o que está concretizado em seu o artigo 5^a, inciso III da Constituição Federal, fazendo com que os

presos tenham um tratamento desumano e humilhante. Reintegrar um indivíduo a sociedade é oferecer ao reeducando, condições para que ele consiga se regenerar e, desta forma, não volta mais a realizar o mesmo crime ou outros. O atual retrato do sistema prisional brasileiro é marcado pelo desrespeito a dignidade da pessoa humana, os presos tem sua dignidade violada de diversas formas e talvez, seja daí a origem da problemática da reinserção do preso na sociedade. O fato é de que nada adianta puni-los sem dar uma boa condição para que eles não voltem a seguir o caminho que os levou ao cárcere.

3 A POPULAÇÃO CARCERÁRIA

Mas afinal, quem são as pessoas que estão presas hoje no país? Existe um perfil da população carcerária brasileira?

O Brasil conta, hoje, com uma população carcerária de mais de meio milhão de pessoas, consta-se que pouco mais de 10% do total da população brasileira é composta por jovens de 18 a 24 anos representam um terço de todas as pessoas que cumprem pena no sistema prisional do país, se considerarmos as pessoas que tenham entre 18 e 29 anos, teremos 18,9% da população brasileira – que representa 55,08% da população carcerária no Brasil. Ao comparar o número absoluto de jovens brasileiros ao número dos que estão nos presídios, fica claro que a quantidade de jovens encarcerados é muito significativa.

Quanto a cor dos brasileiros presos os dados mostram que mais da metade dos presos no Brasil (61,6%) são declarados negros. O levantamento também revelou que o grau de escolaridade dos presidiários brasileiros é extremamente baixo. 75,08% dos presos têm até o ensino fundamental completo, destes 53% possuem o Ensino fundamental incompleto e 6% são analfabetos.

A conduta do agente é um fator importante para se levar em consideração quando analisamos os números dos presos brasileiros, entretanto, quando analisamos esses dados fica evidente que a maioria desses números corresponde àquelas pessoas que se encontram as margens da sociedade. O sistema prisional se tornou um grande “aspirador social” com uma política de repressão e criminalização desses grupos, é importante levantar o debate sobre a criminalidade e como a desigualdade social e o Estado contribuem para as altas desses números.

A Teoria do Labelling Approach ou “Teoria do Etiquetamento Social” é uma teoria criminológica que mudou o objeto de estudo da criminologia clássica. Nela não há uma conduta naturalmente delitiva ou pessoa naturalmente criminoso, os conceitos de crime e criminoso passam a ser interligados com os costumes, praticas e valores da sociedade e do sistema penal que os regem, sendo esses os institutos responsáveis por definir as condutas como criminosas e desviantes. A teoria refere-se à elaboração de rótulos quanto

ao perfil do criminoso, ou seja, possui uma peculiaridade seletiva do procedimento de criminalização secundária.

Essa situação indica que o criminoso será selecionado de acordo com suas características físicas e do meio no qual está inserido, de modo que a conduta criminosa em si não será realmente avaliada. Diante disso, o sistema penal brasileiro não combate a criminalidade, e sim seleciona aqueles vulneráveis socialmente (mulheres, negros, etc.), uma vez que a aplicação da sanção é realizada de forma discriminatória.

Dessa forma, entende-se que os princípios do sistema penal estão dispostos e a serviço daqueles que tem posse do poder. Isso acarreta, não só na não solução efetiva do crescimento da criminalidade, como também nos fatores que legitimam a inclusão desses indivíduos no mundo do crime, a inércia do Estado como garantidor das necessidades básicas e as consequências do não combate dessa espécie de costume social. Com isto, o cárcere se torna inútil, visto que a aplicação punitiva não resolve os problemas que vem do crescimento das delinquências, pelo contrário, posteriormente, a sociedade sentirá os efeitos da irracionalidade da política penal.

4 DIREITOS CONSTITUCIONAIS

O ordenamento jurídico brasileiro tutela os direitos e as garantias dos presidiários com o objetivo resguardar a dignidade humana. No que se diz à dignidade, é relevante analisar a reflexão de Rocha:

Em condições normais, ninguém deseja abrir mão da sua própria dignidade.

No entanto, o indivíduo pode não saber o que está fazendo, por não ter discernimento ou conhecimento suficiente para compreender as consequências do ato, ou simplesmente estar fragilizado pelas circunstâncias ou por uma condição pessoal desfavorável. Esse seria o caso dos menores, dos deficientes, dos detentos e dos doentes terminais. (ROCHA, Rafael da Silva. *Autonomia Privada e direitos da personalidade*. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, 2011, p. 149.).

Diante disto, quando se restringe excessivamente os direitos individuais, como no tratamento dado aos encarcerados, o próprio Estado retira a capacidade desses indivíduos enquanto ignora os direitos subjetivos da pessoa, violando os direitos humanos e fundamentais. O art. 5º, inciso XLIX da Constituição Federal dispõe de maneira exemplar que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Assim, a carta magna

limita o jus puniendi do Estado garantindo um tratamento punitivo que respeite as condições da pessoa humana.

Desta forma, o direito a integridade física é inalienável e indisponível porque resulta da dignidade humana, portanto, é inaceitável qualquer ato que coloque o indivíduo em uma situação de miséria ou condições degradantes.

Além de previsão constitucional, outros diplomas nacionais e internacionais trazem uma série de direitos referente à integridade moral.

No que se diz respeito ao direito do preso, o Código Penal dispõe:

Art. 38 – O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

No mesmo sentido, a Lei de Execução Penal que tem por objetivo proporcionar condições para a integração social do preso prevê:

Art. 40 – Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Além disso, a Lei de Execuções Penais descreve inúmeros direitos dos presos tais como: alimentação adequada e vestuário; distribuição do tempo para o trabalho, descanso e recreação; exercício de atividades profissionais; assistência à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, leitura e de outros meios de informação.

É preciso compreender que o sistema punitivo não soluciona problemas sociais, pelo contrário, o pressuposto para essa condição de ignorância é a desigualdade social. Nesse sentido, Antônio Batista Gonçalves esclarece que:

[...] as pessoas cometem os delitos por prazer ou por necessidade [...] um jovem que vê seus irmãos e parentes passando fome, aliado a não ter uma educação e até mesmo uma formação como cidadão, contribui para este tentar a sorte nas ruas. (GONÇALVES, Antônio Baptista. A redução da maioria penal e a relação da ressocialização prisional com os direitos humanos fundamentais. Revista dos tribunais. Editora Revista dos Tribunais, Ano 100, vol.912, 2011, p. 315.)

Onde há desigualdade social e a violência se faz presente, o grande erro é combatê-la com o agravamento do direito penal. Diante da incapacidade do Estado em garantir o mínimo de direitos aos apenados, o caminho é ver esses indivíduos como sujeitos de direitos e que merecem um tratamento humanizado. É fundamental que se compreenda que o direito penal não deve ser somente aplicador de sanções, mas também garantidor de liberdades. Essa perspectiva afronta o pensamento equivocado de que preso não possui direitos, desmistificando assim, informações depreciativas e que contribuem para o ódio e vingança desejada pela sociedade contra esses indivíduos.

5 A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS

Existe, dentro e fora das penitenciárias, um enorme abuso de poder por parte da polícia e lentidão da justiça no andamento dos processos penais, além de péssimas condições estruturais e a violência que ocorre no sistema penitenciário. Isso demonstra a tamanha precariedade e a fragilidade em que se encontra o sistema atualmente, onde se faz cada vez mais presente o abusivo uso de violência, tanto nas atividades de vigilância quanto nos processos de investigação.

Quando o infrator é enviado à prisão, o Estado faz isso sobre a prerrogativa de que o indivíduo passe por um processo de regeneração através restrição do seu direito de ir e vir e que mais tarde possa ser reintegrado de volta a sociedade. Tendo em vista que a grande maioria das penitenciárias brasileiras, não promovem de forma alguma as condições que são necessárias para que ocorra a reabilitação do apenado, o que se observa, são condições que tornam o preso ainda pior do que quando entrou na penitenciária. Visto que os detentos estão introduzidos em instalações que ferem sua integridade física e moral, uma vez que a superlotação faz com que as necessidades do corpo humano (como o sono, higiene e a alimentação) sejam feitas de uma forma inadequada. Além disso, a violência dentro dos próprios presídios já cria um ambiente totalmente nocivo, que é agravado por esse acúmulo de detentos em um pequeno espaço.

É importante destacar que não há uma separação de presos pela natureza do crime que foi cometido, o que acontece é que um pequeno infrator é colocado em uma cela juntamente de um criminoso de grande periculosidade. Dessa forma a integração entre os dois é muito nociva para o detento que realizou crimes de menor relevância, já que o mesmo pode ser influenciado ou submetido a realizar outras ações ilícitas, ou até sofrer violências diversas por parte deste.

Outro grande problema estrutural é em relação aos agentes penitenciários, que não tem um treinamento apropriado para lidar com os presos dentro das instituições prisionais, não possuem uma rotina regulada por procedimentos operacionais e seus baixos salários

motivam a corrupção dentro das cadeias, tendo em vista que o suborno por parte dos detentos é uma realidade.

Essa situação contribui para o fato de que o detento vai sendo formado e cria suas próprias conclusões sobre o sistema, que o isola numa cela sem as mínimas condições estruturais dignas de humanidade, permitindo que além de desocupado, se crie uma mente capaz de elaborar planos malignos fora ou até mesmo dentro daquele espaço.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho foram pontuadas inúmeras violações aos direitos humanos nas penitenciárias brasileiras. Quando observamos as violações à vida e à integridade física dos presos é possível compreender que o sistema penal é estruturado para ser ineficaz.

Fica evidente o descaso com aqueles que estão sob a tutela do Estado, esta situação que muitas vezes é validada por parte da população, por uma falsa ideia de que aqueles que violaram a lei devem ter os piores tratamentos para que “aprendam” a não cometer crimes.

A ideia de que manter várias pessoas juntas, expostas as mais diversas doenças, violências e sem acesso a condições mínimas de saúde, de higiene e sem expectativa de vida, seria a solução para reparação dos delitos cometidos e recuperação desses indivíduos. O que se mostrou completamente ineficiente ao longo dos séculos, até mesmo pelo evidente alto nível de reincidências, ou seja, o sistema não funciona da forma desejada.

Fica evidente que dura realidade do nosso sistema prisional, não será capaz de ressocializar os presos ou prevenir que ocorram outros crimes. Pelo contrário, o que se verifica é que as penitenciárias acabam servindo como grandes escolas do crime.

Ocorre um sucateamento das prisões, onde as maiorias das propostas políticas visam diminuir a maioria penal e aumentar o número de celas, ao invés de investirem na educação, trabalho digno, lazer, uma boa qualidade de vida para toda a população e assim diminuir o número de detentos.

Para que os presos tenham oportunidade ao ganharem sua liberdade é imprescindível que, enquanto estiverem cumprindo as penas, tenham a oportunidade de se especializar em profissões que possam lhes proporcionar emprego para que garanta seu sustento e da sua família na sociedade livre.

Conclui-se, portanto, que o Estado é responsável por esse problema e por sua falta de solução. Omitir e deixar esses indivíduos a mercê é a única medida adotada por ele, e isso deve ser modificado. É necessário haver políticas que busquem a efetiva

ressocialização dos presos e a reintegração na sociedade através da educação e oportunidades de trabalho, assim como um maior investimento nas estruturas penitenciárias, Estado e sociedade devem combater a ideia de preconceitos direcionados a essa temática e buscar solucionar impasses que vão desde a superlotação até as questões da ressocialização, só assim a real finalidade do sistema penal será alcançada.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, República Federativa. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2004

BRASIL. Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm

<https://jus.com.br/artigos/44597/a-populacao-carceraria-brasileira-sob-a-otica-da-criminologia-critica>

GONÇALVES, Antônio Baptista. A redução da maioria penal e a relação da ressocialização prisional com os direitos humanos fundamentais. Revista dos tribunais. Editora Revista dos Tribunais, Ano 100, vol. 912, 2011, p. 315.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal. 10a ed. São Paulo: Atlas, 2002.

REIS, Thiago. Brasil tem hoje déficit de 200 mil vagas no sistema prisional. Em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2014/01/brasil-tem-hoje-deficit-de-200-mil-vagas-no-sistema-prisional.html>

ROCHA, Rafael da Silva. Autonomia Privada e direitos da personalidade. RevistaSJRJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, 2011, p. 149.

VERÍSSIMO, Elza. O sistema prisional brasileiro como violador dos direitos humanos. In: Jus. São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: [9https://jus.com.br/artigos/76853/o-sistema-prisional-brasileiro-como-violador-dos-direitos-humanos](https://jus.com.br/artigos/76853/o-sistema-prisional-brasileiro-como-violador-dos-direitos-humanos)

<https://www.politize.com.br/populacao-carceraria-brasileira-perfil/>

<https://www.megajuridico.com/a-violacao-dos-direitos-humanos-no-sistema-penitenciario-brasileiro/>

<https://jures.com.br/noticias/o-sistema-penitenciario-e-as-violacoes-dos-direitos-humanos/>

<https://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-penal/3368-labeling-approach-a-teoria-do-etiquetamento-social.htm>

<https://www.crimlab.com/dicionario-criminologico/teoria-do-etiquetamento/61>

<https://jus.com.br/artigos/29380/direitos-fundamentais-do-presos>

A SUCESSÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

BRUNO LUIZ DE PAULA CARDOSO PEREIRA:

Graduado em Administração com ênfase em Marketing (2009). Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Brasil (2021).

MARCO ANTÔNIO COMALTI LALO

(orientador)

RESUMO: A morte de uma pessoa acarreta uma série de consequências, na vida familiar, social e jurídica das pessoas, especialmente das mais próximas do falecido, visto que a vida jurídica deste, além de se extinguir, sobrevive tanto com os seus direitos como com os seus deveres. A herança (patrimônio), na doutrina da lei, é o ato jurídico pelo qual uma pessoa que falece transmite seus bens, direitos e obrigações (dívidas) a outrem ou a outrem, que juntos são chamados de herdeiros. O herdeiro é a pessoa singular ou coletiva que tem direito à totalidade ou a parte dos bens da herança. O regime jurídico que regula as heranças é a lei das sucessões. As regras de sucessão diferem entre as diferentes empresas e são alteradas por alterações legislativas e também estão sujeitas à legislação correspondente sobre o imposto sobre as sucessões e doações. No nosso país a lei tem incumbência de proteger os direitos hereditários, tanto no que diz respeito ao que têm direito a receber, como à ordem pela qual concorram, uma vez aberta a sucessão. Partindo dessa premissa o trabalho relatou o conceito de herança sua aplicação na legislação brasileira, discorreu-se também sobre sucessão legítima e testamentária, vocação hereditária, aceitação e renúncia, funcionamento da sucessão hereditária, o processo de sucessão no tribunal, doações da pessoa falecida em vida e futura sucessão, capitação de impostos e as novas disposições legais.

Palavras-chave: Doação; Espólio; Herança; Patrimônio.

ABSTRACT: The death of a person entails a series of consequences, in the family, social and legal life of people, especially those closest to the deceased, since the latter's legal life, in addition to extinguishing itself, survives both with their rights and with their duties. Inheritance (patrimony), in the doctrine of the law, is the legal act by which a person who dies transmits his goods, rights and obligations (debts) to someone else, who together are called heirs. The heir is the natural or legal person who is entitled to all or part of the assets of the inheritance. The legal regime that regulates inheritances is the law of successions. The succession rules differ between different companies and are changed by legislative changes and are also subject to the corresponding legislation on inheritance and gift tax. In our country, the law is responsible for protecting hereditary rights, both with regard to

what they are entitled to receive, and the order in which they compete, once the succession is open. Based on this premise, the work reported the concept of inheritance and its application in Brazilian legislation, it also discussed legitimate and testamentary succession, hereditary vocation, acceptance and resignation, functioning of hereditary succession, the succession process in court, donations of the deceased person in life and future succession, tax collection and the new legal provisions.

Keywords: Donation; Estate; Inheritance; Patrimony.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA LEI DE HERANÇA. 2. SUCESSÃO LEGÍTIMA E TESTAMENTÁRIA. 3. VOCAÇÃO HEREDITÁRIA, ACEITAÇÃO E RENÚNCIA À HERANÇA. 3.1. Funcionamento da Sucessão Hereditária. 3.2 Processo de Sucessão no Tribunal. 3.3 Doações da Pessoa Falecida em Vida e Futura Sucessão. 3.4 Impostos. 3.5 Novas Disposições. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Do latim *haerentia*, herança é o conjunto de bens, direitos e obrigações que, quando uma pessoa morre, transmite a seus herdeiros ou legatários. Herança é, portanto, o direito de herdar (receber algo de uma situação anterior), sendo assim, a herança é o conjunto de bens, direitos ou obrigações que são transmitidos de seu titular ou criador a outras pessoas consideradas herdeiras legítimas ou aquelas voluntárias (designadas por testamento). Na esfera cultural e social, refere-se a um conjunto de tradições, costumes, expressões artísticas, formas de comunicação etc., que são transmitidas de uma geração a outra. Já no campo da biologia, refere-se aos genes que são transmitidos de pais biológicos para filhos (SARMENTO FILHO, 2006).

O conceito de herança se aplica a várias áreas da vida humana. No campo da economia e do direito, refere-se a um conjunto de bens, direitos e obrigações que são transmitidos de uma pessoa para outra ou outras (ARAÚJO, 2021).

Para entender o direito à herança, é primordial entender o conceito geral de direito sucessório e sua previsão legal na legislação brasileira. Portanto, pode-se iniciar dizendo que, o vocábulo,

Sucessão, do verbo "suceder", significa a transferência de direitos e obrigações de um titular ao outro. Esta transferência tanto pode se dar por ato "intervivos" (compra e venda, doação, sucessão de empresas, desapropriação etc.) quanto por ato "causa mortis". A segunda espécie de sucessão, isto é, a sucessão "*causa mortis*". E sucessão "*causa mortis*" pode ser definida como sendo a

transferência de direitos e obrigações que se opera em virtude do falecimento do titular dos mesmos. Esta transferência é regulada pela Lei, que define os legitimados a receber os bens (a chamada 'capacidade sucessória passiva') e a forma como se dará tal transmissão (NUNES, 2014).

A sucessão, segundo a definição dada pelos estudiosos, é a "substituição de uma pessoa no conjunto de relações jurídicas transferíveis que correspondiam, no momento da sua morte, a outra, ou em bens e direitos específicos deixados pelo falecido". A herança que uma pessoa deixa com a morte implica, portanto, todos os direitos e obrigações, ou seja, é universal porque inclui tanto o patrimônio quanto o passivo do falecido, mas deixa de fora aqueles direitos muito pessoais, como o direito à vida, à saúde, à liberdade ou à honra, entre outros. A morte de uma pessoa é o fato que ativa o processo sucessório, mas a lei permite, em alguns casos, a transmissão de direitos "entre vivos", ou seja, receber bens ou direitos de uma pessoa em vida (PASA, 2016).

O direito sucessório portanto é uma parte do direito privado responsável por definir como e para quem os direitos, obrigações e bens de uma pessoa são transferidos quando morre. É o que se denomina sucessão "por causa da morte" e as regras se encarregam de definir a distribuição desses bens e direitos, a forma que devem assumir os testamentos, o que fazer caso esse documento não exista ou as razões pelas quais herdeiros em potencial não podem suceder uma pessoa (FARIAS, 2011).

1. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA LEI DE HERANÇA

Pode-se definir o direito das sucessões como a especialidade do direito que pertence à jurisdição civil que regula a sucessão mortis causa e determina o destino dos direitos e relações jurídicas ativas e passivas de uma pessoa após a sua morte; estudar e analisar os direitos e obrigações de uma pessoa de transmiti-los a outras pessoas vivas (ARAÚJO, 2021).

No Brasil, o Código Civil é responsável por definir o quadro legislativo geral do direito das sucessões. O direito consuetudinário estabelece a partir dos direitos, bens e obrigações que compreende uma herança - as formas válidas que um testamento pode ter, a forma de contestá-lo no caso de não cumprir as características legais e conter vícios - ao que acontece quando uma pessoa morre e não saiu deste documento ou o testamento é declarado nulo ou ineficaz (FARIAS, 2011).

Também estabelece a figura do herdeiro, sua capacidade de herdar e os limites ou impossibilidade de suceder uma pessoa, entre outras, pelas chamadas "causas de

indignidade", que são aquelas que determinam condenações criminais por crimes cometidos contra a pessoa de quem um ativo ou direito é herdado (NUNES, 2014).

No Brasil, o direito de herança é assegurado ao nível da Constituição Federal. A legislação infraconstitucional sobre o direito sucessório é regulamentada, principalmente, no livro V do atual Código Civil, promulgado pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. O atual Código Civil divide a lei sucessória em quatro partes, ou seja, o disposições gerais, sucessão legítima, sucessão testamentária, processo de inventário e partição sucessória (BRASIL, 2002).

O Código de Processo Civil, promulgado pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, ainda, contém as normas processuais relativas à sucessão, destacando-se, em especial, aquelas relativas à jurisdição internacional, jurisdição nacional, inventário e partição sucessória, testamentos e codicilos e a propriedade em suspenso. Por fim, novamente, a Constituição Federal e as Normas do Código Civil, O Decreto-Lei n.º 4657, de 4 de setembro de 1942 dispõe sobre a lei aplicável nos casos de sucessão com ligação internacional. Ressalte-se que o Brasil não ratificou até a data tratados internacionais, fato que interfere em sua legislação interna, no que diz respeito ao direito sucessório (BRASIL, 2015).

No caso de pessoas que possuem bens localizados em mais de um país, é aconselhável fazer um plano de sucessão enquanto a pessoa ainda estiver viva, a fim de evitar disputas *post mortem* entre os sucessores. O ordenamento jurídico de cada Estado onde se encontram os bens do falecido pode ter interesse em atrair a jurisdição internacional dos seus tribunais e na aplicação das suas leis. Os tribunais brasileiros aplicam a lei nacional do país onde o falecido morava ou a lei brasileira onde é mais favorável aos filhos e ao cônjuge brasileiro do falecido. Os tribunais brasileiros têm jurisdição exclusiva sobre os procedimentos de inventário relevantes e para distribuir os bens situados no Brasil (RABESCHINI, 2015).

O Código Civil Brasileiro contém as regras sobre sucessão, e o Código de Processo Civil estabelece as regras processuais aplicáveis às sucessões. Por sua vez, a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-Lei 4657/1942) especifica qual lei será aplicável em caso de sucessão com elementos internacionais. Caso a lei real aplicável seja contestada, o tribunal com jurisdição sobre a localização do espólio determinará qual lei deve governar e, em geral, a lei brasileira será normalmente aplicada. Alguns Estados possuem tribunais com jurisdição especial para questões de direito da família. Todos os procedimentos envolvendo casos de direito da família são confidenciais (GOMES, 2015).

Os casos de herança tendem a durar não menos de seis meses. No entanto, o processo pode durar vários anos quando os beneficiários (herdeiros ou legatários) não concordam com os seus direitos e obrigações (GONÇALVES, 2010).

2. SUCESSÃO LEGÍTIMA E TESTAMENTÁRIA

A palavra sucessão em sentido extenso significa que é toda e qualquer espécie de transmissão de bens, direitos ou obrigações, independentemente de o valor da propriedade ser maior ou menor do que os encargos. Também pode significar o direito do herdeiro de tomar posse dos bens do falecido. A sucessão não inclui apenas os direitos e obrigações deixados pelo falecido no momento de sua morte, mas também inclui novos encargos, direitos e obrigações que incidem sobre os existentes após a abertura da sucessão (MADALENO, 2019).

Na visão de Venosa (2016, p.98),

O conceito de sucessão e o mesmo de suceder ou seja é substituir o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos, existindo uma substituição do titular de um direito, esse é o conceito amplo de sucessão no direito, ou seja sempre que uma pessoa tomar o lugar de outra em relação jurídica sempre haverá uma sucessão.

No Brasil existem dois tipos de sucessões: Legítima (*ab intestato*) e Testamentária.

Para Diniz (2010, p. 232),

Pode-se dizer que a sucessão legítima origina da lei, nos casos de ausência, nulidade, anulabilidade ou caducidade de testamento, sendo assim não havendo testamento do de cujus a sucessão deverá ser legítima, passando assim o patrimônio aos herdeiros conforme indicadas pela lei, obedecendo a ordem hereditária. DINIZ (2009, p 232).

Pereira (2007, p. 83), ressalta que a sucessão legítima é:

Àquela a que é deferida por determinação da lei. Atendendo ao que ocorre quando o sucedendo morre sem testamento (*intestato*), diz também *ab intestato*. E tendo em consideração que se processa sob o império exclusivo da lei, sem a participação da vontade, pode também designar-se como sucessão legal. Em nossos meios, é a mais frequente, tendo-se em vista a menor difusão do testamento e, portanto, da sucessão testada.

Na visão de Araújo apud Dower (2004, p.15) nos seus estudos nos diz que:

Sucessão Legítima ocorre quando alguém, antes de morrer, não deixa testamento sobre o destino de seus bens. Dá-se, portanto, quando o falecido não dispõe de seus bens, deixando à própria lei a determinação de como eles devem ser deferidos. Enfim, é a lei que prescreve as preferências que devem prevalecer entre os parentes que deverão herdar os bens deixados pelo de cujus, passando o patrimônio deste às pessoas indicadas pela lei, obedecendo-se à ordem de vocação hereditária.

No Brasil a sucessão legítima é prevista no art. 1.829, do novo Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – Aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado com o falecido no regime da comunhão universal ou no de separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime de comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais.

É possível afirmar que a sucessão legítima no Brasil é predominante devido ao caráter predominante do elemento familiar, “a sucessão legítima é a regra, e a testamentária, a exceção (DINIZ, 2010, p. 17).

O atual Código admite três formas de testamentos ordinários: público, cerrado e particular, e três formas de testamentos especiais: marítimos, aeronáutico e militar. Pode-se definir a sucessão testamentária como aquela que se dá em obediência à vontade do falecido, prevalecendo, porém, as disposições legais naquilo que constitua *ius cogens*, bem como no que for silente ou omissivo o instrumento (Código Civil, arts. 1788 e 1789).

Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

Em contrário, diz legal ou legítima a sucessão que obedece exclusivamente ao imperativo da lei, seja por não haver, seja por não prevalecer o testamento, sendo que as duas modalidades podem coexistir podendo uma sucessão ser legal na parte em que não existam ou não prevaleçam disposições de última vontade, e testamentária na parte em que a estas obedece (CARVALHO, 2014).

Deduz-se, portanto, que quando existentes disposições de última vontade, o testamento sempre prevalecerá, e tanto assim é que a lei faculta ao testador, não somente dispor de seus bens, como também prever a hipótese de, ao instituir herdeiro ou legatário, que não queiram ou não possam aceitar a herança, declarar quem será o substituto, ou substitutos beneficiados diante de tal situação (NEVARES, 2021).

Segundo Tartuce (2014), para entender o processo de sucessão é primordial entender alguns termos entre eles:

Sucessor, se refere à pessoa que segue ou substitui outra. Denota uma pessoa nomeada ou eleita para um cargo ou cargo, após o mandato de outra pessoa. O termo sucessor geralmente é usado no contexto de uma corporação. Para se referir à pessoa que tem direito por descendência à herança do falecido, é mais apropriado usar a palavra herdeiro.

Sucessão de herança, é a distribuição de bens após a morte de uma pessoa. Uma herança é o mesmo que a sucessão de direitos e propriedades do falecido. As pessoas geralmente desejam que seus bens sejam distribuídos de uma maneira específica após a morte. A maioria das pessoas deixa suas propriedades para a família, parentes e amigos. A propriedade do falecido é distribuída em uma certa ordem de prioridade.

O testamento é um ato personalíssimo e revogável pelo qual alguém dispõem em um todo ou em parte de seu patrimônio antes de sua morte, são validas também testamento de caráter não patrimonial, podendo o testador modificar o testamento no todo ou em parte, de modo que o testamento posterior revoga o anterior apenas no que diz respeito a disposições de origem patrimonial (DINIZ, 2010).

Segundo Venosa (2016), o testamento possui algumas características sendo:

a) unilateral, uma vez que se perfaz com uma única vontade, a do testador, que produz seus efeitos mortis causa, ou seja, após a morte do testador;

b) personalíssimo, pois não há outro modo de se fazer a não ser pelo próprio testador,

c) solene, exigindo rigorosamente as formalidades prescritas em lei, onde a desobediência implica indubitavelmente em sua invalidação. Esse formalismo é indispensável, sendo da própria natureza do testamento, assim como sua gratuidade, sendo que o ato de testar não aceita retribuição;

d) por fim, revogável, pois o testador o poderá revogá-lo de acordo com sua vontade, assim como fazer outro, revogando o anterior.

Conforme o exposto, a legislação brasileira distingue entre sucessão legal e sucessão testamentária. A primeira ocorre nos termos da lei e aplica-se nos casos em que o falecido não tenha feito testamento ou se o testamento for considerado nulo, rescindível ou perdido ou, ainda, em relação a bens não cobertos pelo testamento (TARTUCE, 2014).

As linhas de uma sucessão regular são classificadas na seguinte ordem: descendentes em concorrência com o cônjuge, ascendentes e colaterais, como previsto no art. 1.790 (BRASIL, 2002).

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Nunes (2021), salienta que na sucessão legítima é transferido conforme a ordem da vocação hereditária aos herdeiros em direito. Basicamente, a sucessão costuma ser concedida a:

a) Descendentes, concomitantemente com o cônjuge superveniente, a menos que este tenha sido casado com o falecido em regime de comunhão ou de separação obrigatória; ou se, no regime de propriedade comunitária parcial, o falecido não tiver deixado nenhuma propriedade privada;

b) descendentes, concordando com o cônjuge;

c) parentes colaterais.

Na ausência de descendentes, ascendentes e cônjuges supervenientes, serão chamados a suceder os parentes colaterais até o quarto grau. Somente na ausência de qualquer parente ou em caso de renúncia de herança, os bens serão transferidos para o Município ou Distrito Federal, quando localizados em suas jurisdições, ou para o Governo Nacional, quando localizados em território federal. No que se refere à sucessão legítima, o direito de representação deve ser considerado nos casos em que seja aplicável nos termos da lei, quando localizada em território federal. No que se refere à sucessão legítima, o direito de representação deve ser considerado nos casos em que seja aplicável nos termos da lei, quando localizada em território federal. No que se refere à sucessão legítima, o direito de representação deve ser considerado nos casos em que seja aplicável nos termos da lei (MAIA JÚNIOR, 2018).

Há diferença entre um herdeiro legal, necessário e um herdeiro legatário, e entre um sucessor universal ou individual só é relevante no que diz respeito à sucessão testamentária, visto que na sucessão legítima a herança é transferida, conforme anteriormente sublinhado, sempre de acordo com a ordem de vocação hereditária prevista na lei.

Herdeiro legal é a pessoa pertencente à ordem de vocação hereditária prevista na lei e que sucede por herança, por força da ordem e da lei, enquanto herdeiro designado é a pessoa escolhida pelo testador em sua última vontade. Herdeiro necessário é a pessoa que não pode ser excluída da sucessão por vontade do falecido, a menos que os requisitos legais para a deserção estejam incluídos no processo registrado. Note-se, no entanto, que os mesmos efeitos jurídicos decorrem da exclusão do herdeiro e do legatário por incapacidade de herança, movida em juízo por parte interessada e declarada por decisão judicial, embora a sua aplicação seja limitada à sucessão testamentária, visto que abrange também os herdeiros convocados na sucessão segundo o ordenamento jurídico da vocação hereditária. Herdeiro facultativo é o herdeiro abrangido pela ordem de vocação hereditária, não podendo, no entanto, receber uma quota mínima de herança quando o testador o estabelecer no seu testamento (VELOSO, 2016).

A sucessão legítima é sempre uma sucessão universal; na sucessão testamentária, porém, a lei permite a sucessão universal ou individual, beneficiando assim, no primeiro caso, o herdeiro testamentário e o legatário no segundo. Assim, a lei só permite esta última qualidade de beneficiário em caso de sucessão testamentária. A lei permite a sucessão universal ou individual, beneficiando assim, no primeiro caso, o herdeiro testamentário e o legatário no segundo. Assim, a lei só permite esta última qualidade de beneficiário em caso

de sucessão testamentária. a lei permite a sucessão universal ou individual, beneficiando assim, no primeiro caso, o herdeiro testamentário e o legatário no segundo. Assim, a lei só permite esta última qualidade de beneficiário em caso de sucessão testamentária (AUAD, 2006).

Na sucessão de testamento o falecido estabelece sua última vontade, ou seja, por testamento. Qualquer pessoa legalmente capaz pode dispor de todos os seus bens, ou parte deles, por meio de testamento. Também podem ser eficazes as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, como, por exemplo, as relativas ao cortejo fúnebre, ainda que o testador restrinja a sua vontade apenas a eles. A vontade consiste em um ato altamente pessoal. Portanto, a legislação em vigor não permite a declaração de vontade dos representantes legais ou procuradores do falecido, bem como, basicamente, proíbe que a decisão do conteúdo do testamento e de sua execução fiquem sujeitos à discricionariedade de terceiros. A vontade é um ato revogável (CALEGARI, 2017).

Para ser válido, o testamento deve cumprir os requisitos formais previstos na lei, visto que se trata de um ato altamente pessoal. A legislação brasileira estabelece como formas regulares de testamento o testamento notarial, o testamento cerrado e o testamento holográfico. Além disso, a legislação brasileira permite excepcionalmente, como formas especiais, a marítima, a aeronáutica e a militar. Por fim, a legislação brasileira permite o codicilo. Trata-se de um ato particular, assinado e assinado, que contém disposições especiais sobre o falecido quanto aos seus sepultamentos, pequenas esmolas a determinadas pessoas ou, indefinidamente, aos pobres de determinado local, bem como sobre móveis, roupas ou joias de baixo valor que o falecido usou pessoalmente (FRAZILI, 2014).

Quando o testamento é redigido no Brasil, ele deve cumprir os requisitos formais que se encontram na legislação brasileira, sob pena de não ser válido. No caso de testamento redigido no exterior, ele será reconhecido no Brasil desde que atenda aos requisitos estabelecidos no país onde foi redigido. Ressalta-se, a esse respeito, que a legislação brasileira não permite a contra vontade, seja na forma simultânea, recíproca ou correspectiva (GONÇALVES, 2014).

Em caso de existência de herdeiros necessários, o testador, de acordo com a legislação brasileira, só poderá dispor da metade da herança. A outra metade é reservada aos herdeiros necessários, constituindo a parte legítima. Esse direito lhes é, em princípio, legalmente conferido, a menos que, por motivo justificado e expresso no testamento, o falecido constitua sobre o patrimônio da parte legítima uma cláusula que estabeleça a sua impossibilidade de transmissão, penhor ou utilização. A hipótese de o testador deixar para um herdeiro necessário a parte ou qualquer legado que pudesse ter cedido, isso não

prejudica o direito do herdeiro necessário à parte legítima da herança. A lei confere essa capacidade aos descendentes, ascendentes e cônjuge, mas não confere o mesmo benefício expressamente ao companheiro do falecido (HIRONAKA e PEREIRA, 2017).

O testador pode designar um executor. Caso contrário, a execução do testamento caberá ao cônjuge superveniente e, na falta deste, ao herdeiro designado pelo juiz. O dever do executor é executar à vontade e defender a sua validade. Nos casos previstos em lei, o executor terá direito a uma indenização baseada na herança líquida pelos serviços prestados, em relação à qual o executor é obrigado a apresentar registros de conta (CARVALHO, 2011).

Sendo assim pode-se concluir que a sucessão testamentaria não é muito utilizada nos nossos cotidianos e que para cada espécie de testamento a uma formalidade a ser seguida, caso isso não ocorra o testamento será nulo (ARAÚJO, 2018).

3. VOCAÇÃO HEREDITÁRIA, ACEITAÇÃO E RENÚNCIA À HERANÇA

Para Calegari (2017), a vocação hereditária refere-se à legitimidade ou capacidade de suceder, e esse direito sempre se aplica a qualquer pessoa por nascimento ou já concebida quando se abre a sucessão. Na sucessão de testamento a lei amplia o rol de pessoas legalmente capazes que podem ser invocadas para sucessão, a saber:

a) Os filhos, inclusive filhos ainda não concebidos, de pessoas designadas pelo testador, desde que os mesmos estejam vivos no momento da sucessão está aberto;

b) Pessoas jurídicas;

c) Pessoas coletivas que se constituam por vontade do testador sob a forma de fundação. Por outro lado, indica também os casos em que uma pessoa é impedida de ser designada herdeira e legatária por testamento. Assim, por exemplo, a concubina do testador casado não pode se beneficiar, exceto se o testador, sem sua culpa, está separado da esposa há mais de cinco anos. As disposições testamentárias em favor de pessoas que não têm legitimidade para suceder são nulas.

A aceitação da herança, nos termos da legislação brasileira, pode ocorrer de duas formas: expressa ou tácita. Com a aceitação, a transmissão da herança ao herdeiro torna-se definitiva, com efeitos desde a abertura da sucessão. A renúncia à herança, por outro lado, exige forma especial para ser válida, ou seja, declaração expressa em ato público ou em juízo. Tanto a aceitação como a renúncia à herança não podem ser parciais ou condicionais sendo irrevogáveis os respectivos atos praticados nos termos da lei (POLITIZE, 2021).

A legislação brasileira permite que o herdeiro ceda sua participação na herança a outro herdeiro ou terceiro, desde que o ato jurídico atenda a todos os requisitos legais. No que diz respeito à forma que a cessão deve revestir, a lei exige a forma de escritura para essa cessão (PEREIRA, 2007).

A lei brasileira exige que uma parte reservada igual a 50% do patrimônio seja distribuída aos chamados herdeiros necessários, a saber, os descendentes existentes, ascendentes e cônjuge sobrevivente. Os restantes 50 por cento podem ser distribuídos gratuitamente mediante testamento. Quando não há testamento ou o testamento é considerado inválido, toda a propriedade é distribuída aos herdeiros necessários. Essas regras se aplicam aos estrangeiros exatamente da mesma maneira que se aplicam aos cidadãos brasileiros (NUNES, 2021).

3.1. Funcionamento da Sucessão Hereditária

Em princípio, os bens são compartilhados entre os descendentes e o cônjuge sobrevivente. Exceto em casos especiais, o cônjuge tem direito a uma parcela do patrimônio igual à distribuída aos descendentes (RABESCHINI, 2015).

Segundo Venosa (2017), caso o falecido não deixe descendentes, a herança é compartilhada entre os ascendentes e o cônjuge. Onde houver ascendentes de primeiro grau (por exemplo, pai e mãe), um terço da herança é distribuída ao cônjuge sobrevivente. No entanto, o cônjuge sobrevivente receberá 50 por cento dos bens se:

Existem apenas ascendentes em um grau posterior de parentesco.

Existe apenas um ascendente de primeiro grau.

Na ausência de descendentes e ascendentes, o patrimônio é distribuído integralmente ao cônjuge sobrevivente. Não havendo descendentes, ascendentes e cônjuge sobrevivente, o patrimônio é herdado pelos parentes colaterais até o quarto grau, não havendo parentes e também em caso de renúncia de herança, o patrimônio é distribuído ao Município relevante ou ao Distrito Federal, se localizado em suas jurisdições ou ao Governo Federal, se localizado em território federal. Os menores têm de ser representados pelos pais ou tutores, caso os bens lhes sejam distribuídos. Os pais podem nomear tutores em seus testamentos ou outro documento oficial. Quando for necessária a nomeação de um tutor, os tribunais designarão um.

Tartuce (2014), afirma que nos casos em que não haja um tutor nomeado, o tutor será um parente consanguíneo do menor, sujeito à seguinte ordem: ascendentes, parentes colaterais até o terceiro grau e restrições à herança de estrangeiros

Em geral, as mesmas regras aplicáveis a pessoas físicas e jurídicas brasileiras com relação à aquisição de bens imóveis se aplicam a suas contrapartes estrangeiras. Há, no entanto, uma exceção em relação à aquisição por pessoas físicas e jurídicas estrangeiras de bens imóveis em áreas costeiras e de fronteira, bem como algumas outras áreas consideradas de segurança nacional (PEREIRA, 2007).

Antes de adquirir um imóvel no Brasil, os não residentes (tanto pessoas físicas quanto jurídicas) devem se inscrever no cadastro de contribuintes brasileiro. A legislação brasileira não prevê um prazo específico para a venda de bens adquiridos por herança que não podem ser propriedade de estrangeiros. Portanto, os estrangeiros devem buscar aconselhamento jurídico específico para seu caso particular (NEVARES, 2021).

3.2 Processo de Sucessão no Tribunal

Os tribunais brasileiros aplicam a lei nacional do país onde o falecido morava e/ou a lei brasileira onde é mais favorável ao cônjuge brasileiro ou aos filhos do falecido. Os tribunais brasileiros têm jurisdição exclusiva sobre os procedimentos de inventário relevantes e para distribuir os bens situados no Brasil. A lei se aplica a todos os proprietários de propriedades no Brasil, incluindo os estrangeiros, e não distingue ou especifica uma forma diferente de tratamento para os estrangeiros que possuem propriedades no Brasil, membros de religiões diferentes ou estrangeiros residentes não brasileiros.

O Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/ 2002) contém as regras sobre sucessão, e o Código de Processo Civil (Lei 5.869/1973) estabelece as regras processuais aplicáveis às sucessões. Por sua vez, a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-Lei 4657/1942) especifica qual lei será aplicável em caso de sucessão com elementos internacionais. Caso a lei real aplicável seja contestada, o tribunal com jurisdição sobre a localização do espólio determinará qual lei deve governar e, em geral, a lei brasileira será normalmente aplicada. Alguns Estados possuem tribunais com jurisdição especial para questões de direito da família. Todos os procedimentos envolvendo casos de direito da família são confidenciais (MAIA JÚNIOR, 2018).

Os casos de herança tendem a durar não menos de seis meses. No entanto, o processo pode durar vários anos quando os beneficiários (herdeiros e / ou legatários) não concordam com os seus direitos e obrigações. A sucessão inicia-se no local do último domicílio do falecido, transferindo a herança dos seus bens para os herdeiros judiciais e executores. No entanto, até a repartição da sucessão, os direitos dos herdeiros quanto à propriedade e posse da herança serão indivisíveis e reger-se-ão pelas regras do condomínio (MADALENO, 2021).

A legislação estabelece o inventário obrigatório e a repartição legal do processo sucessório tendo como indispensável advogado habilitado no país. Nesse processo a herança é representada como demandante ou réu pelo administrador da herança e até a sua nomeação o administrador provisório desempenha essa função. O processo de inventário e partição judicial da sucessão deve ter início até sessenta dias contados da abertura da sucessão, fato que ocorre no instante do falecimento do falecido, ainda que presumido morto (CARVALHO, 2011).

Quando o falecido não tiver feito testamento ou quando o interessado não tiver capacidade jurídica, e quando todos os interessados tiverem capacidade jurídica e consentimento, o inventário e a repartição da sucessão podem ser feitos por escritura. Este documento deve constituir um título comercializável para o registro de ações. Não obstante, o Tabelião somente lavrará tal Escritura se todos os interessados forem auxiliados por procurador comum ou procuradores de cada um deles, cuja habilitação e assinatura farão parte do ato notarial (WEHR, 2020).

O processo de inventário e partição da sucessão visa reunir, descrever e avaliar os bens e direitos do falecido, a sua discriminação e ao pagamento de dívidas, ao pagamento do imposto sucessório e demais atos e providências necessários à liquidação da herança, culminando com a partição de sucessão ou atribuição da mesma, se o descendente do beneficiário for solteiro. Além do processo formal, legal de inventário e partição de sucessão, existem outros tipos de processos simplificados, ou seja, o inventário sumário, quando todos os herdeiros são maiores de idade e têm capacidade legal, e o próprio inventário, quando os bens que faz parte do espólio não ultrapassam um determinado valor previsto em lei (VENOSA, 2017).

A lei aceita uma partição voluntária, desde que os herdeiros sejam legalmente capazes. De qualquer forma, tal partição deverá ser homologada judicialmente, desde que os interessados não tenham optado pelo processo extrajudicial e os requisitos legais dessa espécie de inventário e processo de partição sucessória sejam atendidos no caso autuado (SARMENTO FILHO, 2006).

Um novo processo de partição pode ser aberto em relação à propriedade que não estava coberta pela partição original. Esta repartição adicional é designada por inventário de *bonis non* e é efetuada da mesma forma que o processo de inventário e repartição da sucessão, nos autos do inventário do falecido. Estão sujeitos ao inventário de *bonis non* os seguintes itens: a.) Os bens do falecido oculto; b.) a propriedade da herança que é reconhecida após a partição original; c) os bens litigiosos, mas também os de difícil ou lenta liquidação; d.) a propriedade localizada em um local remoto da jurisdição onde o inventário é processado (WEHR, 2020).

O inventário de *bonis non* também se refere expressamente à propriedade do falecido oculto. Trata-se de bens que deveriam ter sido incluídos no inventário, mas não se deviam a ato fraudulento deliberado por parte do administrador do patrimônio ou de qualquer herdeiro que soube da existência dos mesmos e os omitiu. A atual legislação brasileira prevê para esse evento um procedimento específico designado ação de inventário de *bonis non*. Os herdeiros e credores da herança são as partes legítimas para iniciar a ação. Nesse caso, quando o fraudador for o administrador do espólio, este perderá a sua nomeação como tal (WEHR, 2020).

No processo de inventário legal e partição de sucessão, todas as questões de direito e também as questões de fato são dirimidas (quando tal processo for comprovado por documento), e apenas aquelas questões que exijam alta investigação ou dependendo de novas evidências são expedidas para o ordinário procedimentos. Caso o falecido tenha deixado testamento, este será submetido ao tribunal competente, qualquer que seja a forma do mesmo, e depende também do "acatamento" do tribunal para a sua execução (BARROS, 2021).

Esta regra também se aplica aos testamentos redigidos no exterior. Outras regras processuais especiais da jurisdição voluntária aplicam-se no caso de bens pendentes, ou seja, a herança em que os herdeiros legítimos ou os herdeiros indicados em testamento, caso em que os bens a serem herdados devem ser recolhidos e administrados até é entregue a descendente devidamente capacitado ou até que seja decretada a vaga. O imóvel que compõe o patrimônio pendente, conforme a jurisprudência, poderá ser adquirido por usucapião até que o tribunal decida a sua vacância (RIEZO, 2021).

Por fim, poderá ser ajuizada ação do herdeiro visando o reconhecimento do direito do herdeiro à herança, visando obter a restituição da herança ou parte dela contra aquele (como herdeiro ou não em qualquer condição) que a possui. Assim, por exemplo, o herdeiro legal, reconhecido em juízo na sequência de ação de investigação de paternidade, que não participou do processo de inventário e repartição de sucessão envolvendo bens do falecido, que era seu pai falecido, está legalmente habilitado para ajuizar tal terno (CALEGARI, 2017).

O Código Civil art, 1.860, declara que só não podem testar os incapazes e os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Portanto, todas as pessoas podem fazer testamento válido. Dentre os incapazes, por exceção, os maiores de 16 anos podem testar mesmo sem a assistência de seu representante legal (art. 1.860, parágrafo único) (BRASIL, 2002).

O art. 1.861 preconiza que a incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se torna válido com a superveniência da

capacidade. Isto corrobora o fato de que, ao tempo da elaboração do testamento o autor da herança seja capaz e tenha pleno discernimento (BRASIL, 2002).

Para a professora Maria Helena Diniz (2010, p.78),

A substituição hereditária é a disposição testamentária na qual o disponente chama uma pessoa para receber, no todo ou em parte, a herança ou o legado, na falta ou após o herdeiro ou legatário nomeado em primeiro lugar, ou seja, quando a vocação deste ou daquele cessar por qualquer causa.

Nunes (2021), salienta que os princípios que regem as substituições são:

1) o substituto deve ter capacidade para ser instituído em primeiro grau, existindo esta ao tempo da abertura da sucessão;

2) podem ser dados substitutos a um só herdeiro ou um substituto único a muitos herdeiros;

3) não é permitida a substituição de mais de um grau (CC, art. 1.959);

4) a substituição é uma instituição condicional, podendo ser subordinada a uma condição, a um termo ou a um encargo;

5) a nomeação do substituto pode ser feita no próprio testamento ou em cédula testamentária posterior, desde que observados os requisitos subjetivos e formais;

6) o substituto deverá cumprir o encargo ou condição imposta ao substituído, exceto se o testador estabeleceu de forma diferente, ou se o contrário resultar da natureza da condição ou do encargo (CC, art. 1.949). Por ex.: se a herança ou legado tiver sido subordinado a encargo em benefício do próprio substituto; se a obrigação for personalíssima, como a de fazer uma cirurgia ou a de compor uma música, tal encargo não se transmitirá ao substituto, mas o será se o testador assim o determinar. Neste caso, se o substituto não tiver condições de cumprir a obrigação, deverá convidar alguém da mesma categoria do substituído para cumprir a execução daquela tarefa.

São três as espécies de substituição admitidas pelo nosso Código Civil:

1. Vulgar ou ordinária (arts. 1.947 e 1.949)

2. Recíproca (arts. 1.948 e 1.950)

3. Fideicomissária (arts. 1.951 a 1960)

As três espécies estão subordinadas aos mesmos princípios, sendo que, o que as distinguem são os caracteres peculiares ou próprios. Poder-se-á, no entanto, ao lado destas, ocorrer substituição compendiosa que se verá ao final do trabalho. A competência territorial para regular o inventário, repartição, cobrança, execução das disposições que envolvem o testamento e todos os casos em que o espólio seja réu, é basicamente a do último domicílio do falecido. Caso as pessoas beneficiárias da sucessão (herdeiros e/ou legatários) discordem quanto aos seus direitos e obrigações quanto à herança, o processo judicial pode durar vários anos (BARROS, 2021).

3.3 Doações da Pessoa Falecida em Vida e Futura Sucessão

De acordo com a legislação brasileira, a herança não pode ser objeto de contrato entre vivos. Permite, no entanto, a doação entre ascendentes e descendentes ou de um dos cônjuges ao outro, desde que o sistema de bens que o casal adotou o permita. Nesse caso, a doação será considerada na sucessão do doador, resultando no avanço do direito de herança do donatário (GONÇALVES, 2014).

Em regra, os descendentes que concorram na sucessão de um ascendente comum são obrigados a divulgar o valor das doações recebidas do falecido em vida, sob pena de ocultação. Essa divulgação consiste no instituto jurídico designado por colação. Não obstante, o doador poderá, a seu critério, renunciar à colação, quer por meio de testamento, quer no ato jurídico que motivou a doação, mediante manifestação expressa por escrito. Em relação ao herdeiro necessário, a dispensa de colação produz efeitos jurídicos apenas na medida de sua cota disponível, ou seja, a cota hereditária que deve ser preservada em favor do herdeiro necessário (NEVARES, 2021).

Ademais, tal cota não pode ser afetada por doações a terceiros não herdeiros por lei, ou herdeiros testamentários e legatários, beneficiados em testamento do falecido. Assim, a doação em relação à parte excedente àquela disponível pelo doador em seu testamento (no momento da concessão) também é especificamente anulada. Resumindo, o doador não pode dispor, por meio de doação, mais da metade de seu patrimônio se tiver herdeiros necessários. Metade de seu patrimônio, neste caso, permanece indisponível por se constituir na necessária legitimidade dos herdeiros. Assim, ninguém pode doar o que não pode legar (NUNES, 2021).

Qualquer doação que o falecido faça em vida, capaz de afetar a legitimidade dos herdeiros necessários quando foi feita, é denominada *donatio inofficiosa*, ou dádiva indevida. Há controvérsia se a ação pertinente contra o doador pode ser movida pelos herdeiros necessários enquanto ele estiver vivo. Mas, admitida essa possibilidade, o momento da concessão é considerado pertinente para efeito de cálculo do excedente. Na medida em que as disposições do último testamento constantes do testamento sejam

responsáveis por ultrapassar a parte disponível do falecido, os herdeiros necessários ficam legitimados para reclamar a redução dos mesmos apenas no processo de inventário e repartição da sucessão (HIRONAKA e PEREIRA, 2017).

A sucessão legal é feita da seguinte forma: a propriedade vai em primeira instância para os descendentes, simultaneamente com o cônjuge sobrevivente (a menos que este último fosse casado com o falecido no sistema de propriedade universal, ou no sistema de separação obrigatória de bens; ou se, na separação parcial de bens sistema, o falecido não deixou quaisquer bens pessoais). O cônjuge sobrevivo recebe parte igual aos descendentes, salvo casos especiais. Se não houver descendentes, a propriedade vai para os ascendentes, concomitantemente com o cônjuge. Se houver ascendentes de primeiro grau (ou seja, avô e avó), o cônjuge sobrevivente recebe 1/3 da herança. Se houver apenas graus mais elevados de ascendentes (ou seja, bisavô etc.) ou apenas um ascendente de primeiro grau, o cônjuge sobrevivente receberá 1/2 da herança (MADALENO, 2021).

Se não houver descendentes ou ascendentes, o cônjuge sobrevivo fica com a propriedade. Na falta de descendentes, ascendentes e cônjuge sobrevivente, herdam os parentes colaterais até o quarto grau. Na ausência de qualquer parente, ou em caso de renúncia de herança, o bem é transferido para o Município ou Distrito Federal, se localizado em sua jurisdição, ou para a União Federal, se localizado em território federal. Os proprietários estrangeiros devem, geralmente, fazer um testamento local no Brasil. Não é comum fazer um testamento formal no Brasil, mas qualquer pessoa legalmente capaz pode dispor de todos os seus bens, ou parte deles, por meio de testamento. O testamento é revogável pelo testador a qualquer momento (ARAÚJO, 2021).

Um testamento pode ser (a) por escritura pública (isto é, escrito por um Tabelião Público, lido perante duas testemunhas e assinado) ou (b) por instrumento privado (isto é, escrito, lido e assinado pelo testador perante três testemunhas, ser redigido em língua estrangeira, desde que as três testemunhas o compreendam) (PEREIRA, 2019).

O testamento redigido no exterior é reconhecido no Brasil, desde que atenda aos requisitos estabelecidos no país onde foi redigido e não seja aplicável a legislação brasileira. É aconselhável que o estrangeiro faça testamento local (de preferência por escritura pública), pois: (a) permite ao testador planejar a sucessão em vida, evitando disputas entre os sucessores após sua morte, (b) evita discussão sobre a validade de testamento feito no exterior (o testamento é válido de acordo com as leis de domicílio do falecido no momento de seu falecimento), e (c) diminui as chances de interpretação errônea do testamento por juízes brasileiros (CALEGARI, 2017).

O estrangeiro deve estar presente no Brasil para fazer testamento local. A legislação brasileira não permite a declaração de vontade final dos representantes legais ou

procuradores do falecido e proíbe que o conteúdo do testamento e sua execução sejam decididos por terceiro. Somente o testador pode formalizar pessoalmente sua vontade final. Aquela porção fora da porção reservada pode ser livremente querida, sem qualquer restrição. Na ausência de herdeiros necessários, o testador pode dispor de toda a herança (RIEZO, 2021).

3.4 Impostos

No âmbito da sucessão, deve ser considerada a taxa de transmissão causa mortis e doação de qualquer bem ou direito (ITCMD). Os Estados e o Distrito Federal arrecadam esse imposto. A taxa máxima de imposto que pode ser aplicada é de oito por cento. No Estado de São Paulo, por exemplo, a Lei nº 10.705, de 28 de dezembro de 2000, que dispõe sobre a incidência do imposto ITCMD e também o Decreto nº 45.837, de 4 de junho de 2001, que regulamenta a matéria de que trata a citada lei estadual.

É importante considerar o imposto aplicável (Imposto sobre Heranças - Imposto Transmissão Causa Mortis e Doação - ITCMD) como causador da transmissão mortis de bens e doações de qualquer tipo de bens ou direitos, que é cobrado pelos Estados brasileiros e pelo Distrito Federal. Por exemplo, a Lei 10.705 de 28 de dezembro de 2000 dispõe que a alíquota tributária aplicável no Estado de São Paulo é de quatro por cento.

Diniz (2010), ressalta que durante sua vida, o proprietário de um imóvel pode doar seus bens a qualquer pessoa, desde que:

Os impostos aplicáveis são devidamente pagos

As transmissões de bens imóveis são feitas perante um tabelião público (a legislação brasileira estabelece que a titularidade do imóvel só é transferida após o registro da escritura no cartório de registro de imóveis apropriado)

Presentes entre ascendentes e descendentes ou cônjuges são interpretados como adiantamentos de direitos de herança

Uma pessoa que faz um presente deve reservar bens ou renda suficientes para sua própria manutenção

As transferências de bens imóveis podem ser feitas por meio de doações entre vivos e por qualquer motivo, com ou sem pagamento.

3.5 Novas Disposições

Em decisão proferida no dia 10 de maio de 2017, o Supremo Tribunal Federal (STF), determinou que, para efeito de direito de herança, “uniões estáveis” e casamentos têm o mesmo valor jurídico, proporcionar aos parceiros em união estável os mesmos direitos das pessoas casadas. (STF, Recurso Extraordinário (RE) 646721, site do STF.) Em decisão relacionada, o STF determinou ainda que, para efeito do direito de herança, a equivalência de cônjuges em união estável e de casados também inclui casais homossexuais. (STF, RE 878694 (10/05/2017), site do STF; Felipe Pontes, STF: União Estável e Casamento São Iguais para Herança, Incluindo Homoafetivos, AGÊNCIA BRASIL (10 de maio de 2017).

Além disso, o STF determinou que a decisão tem repercussão geral e se aplica a todos os litígios de herança nas diferentes instâncias dos tribunais. De acordo com a decisão que coloca em pé de igualdade as uniões estáveis e os casamentos, são considerados inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, que estabelecia regras diferenciadas para a herança no caso das uniões estáveis. (Pontes, supra; Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, PLANALTO.)

O artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro reconhece como entidade familiar a união estável entre homem e mulher que se configura em relação pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família. (Código Civil, art. 1.723.)

Recurso extraordinário é o recurso interposto no Supremo Tribunal Federal contestando decisão (acórdão) de um tribunal de primeira instância que contrarie norma constitucional, declarar inconstitucional lei ou tratado federal, ou considerar válida lei ou ato de governo local contestado nos termos do Constituição. Seu principal objetivo é preservar o dispositivo constitucional violado (DINIZ, 2010).

A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, incluiu como pré-requisito para admissão de recurso extraordinário a exigência de que a questão constitucional suscitada apresentasse matéria de repercussão geral. (Emenda Constitucional nº 45, de 30 de Dezembro de 2004, PLANALTO.)

Para que o Supremo Tribunal Federal examine a admissibilidade de um recurso extraordinário, que somente poderá ser rejeitado com o acordo de dois terços de seus membros, o recorrente deve demonstrar as repercussões gerais das questões constitucionais discutidas no caso, na forma da lei. (Constituição Federal, art. 102 § 3º, PLANALTO).

Segundo o Supremo Tribunal Federal, a exigência de admissibilidade de recurso extraordinário com base em questão constitucional de repercussão geral é definir a competência do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos de recursos extraordinários que tenham caráter social, político, econômico, ou relevância jurídica que transcende os

interesses subjetivos do caso e, na prática, uniformizar a interpretação constitucional sem obrigar o Tribunal a decidir vários casos idênticos sobre a mesma questão constitucional. (Finalidades, Apresentação do Instituto, site do STF (última atualização em 5 de dezembro de 2016).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É um processo judicial ou administrativo por meio do qual o patrimônio de um falecido é legalmente repassado a seus herdeiros.

É um procedimento que pode ter algumas variações dependendo do caso específico. Por exemplo, se as partes envolvidas não concordarem sobre os termos da distribuição do patrimônio ou se houver filhos menores envolvidos, o procedimento deve ser feito por meio do sistema judicial (inventário judicial). Por outro lado, se houver acordo mútuo entre as partes e não houver envolvimento de filhos menores ou incapazes, o procedimento será encaminhado a notário público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, A. **Sucessões e o novo Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <https://www.araujopolicastro.com.br/noticias/sucessoes-e-o-novo-codigo-civil/>. Acesso em setembro de 2021.

AUAD, S.M.A.V. **O testamento à luz do novo Código Civil na atualidade**. 2006.

BARROS, R. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/biblioteca/servicos-e-produtos/revistas-juridicas/revista-nacional-de-direito-de-familia-e-sucessoes>. Acesso em setembro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. **Código de Processo Civil (1973). Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado, 1973.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Código de Processo Civil (2015). Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado, 2015.

CALEGARI, I. O regime de bens e a influência no direito sucessório. **Jus.com.br**. São Paulo, v. 4, n. 1, p.1-3, out. 2017.

CARVALHO, L.P.V. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, D. **Direito das sucessões: inventario e partilha**. 2ª Ed. São Paulo: Brasiliense. 2011.

DINIZ, M.H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. vol. 6. Direito das Sucessões - 24. ed. - São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, C. C; ROSENVALD, N. **Direitos Reais**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 193-209.

FRAZILI, N.F. Herança Digital. **Revista Jus Navigandi**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p.1-4, out. 2014.

GOMES, A. **Novo Código de Processo Civil - Lei Nº 13.105/2015**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 13 out 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/43641/novo-codigo-de-processo-civil-lei-no-13-105-2015>. Acesso em setembro de 2021.

GONÇALVES, C.R. **Direito das Sucessões**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010 (Coleção Sinopses jurídicas; vol. 4).

GONÇALVES, C.R. **Direito Civil brasileiro**. 12ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

HIRONAKA, G.M.; PEREIRA, R. **Direito das sucessões**. 10º. Ed. Minas Gerais: Del Rey Ltda, 2017.

MADALENO, R. **As novas formas de sucessão legítima e suas implicações no Direito das Sucessões**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/07/03/sucessao-legitima/>. Acesso em setembro de 2021.

MAIA JÚNIOR, M.G. **Sucessão legítima: as regras da sucessão legítimas, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 517.

NEVARES, A.L.M. **A proteção da família no Direito Sucessório: necessidade de revisão?**. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-protecao-dafamilia-no-direito-sucessorio-necessidade-de-revisao/14753> > Acesso em setembro de 2021.

NUNES, T.A.P. **Direito das sucessões e o novo código civil**. Disponível em: <http://www.notariado.org.br/blog/notarial/direito-das-sucessoes-e-o-novo-codigo-civil>. Acesso em setembro de 2021.

PEREIRA, C.M.S. **Instituições de Direito Civil** - vol. 6. Direito das Sucessões. 15ª ed. - Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

PEREIRA, C.M.S. **Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil**. Vol. 1. Forense, 24ª ed, Acesso em: 19 jan. 2019.

POLITIZE. INCISO XXX – **DIREITO DE HERANÇA**. “É garantido o direito de herança”. Disponível em: <https://www.politize.com.br/artigo-5/direito-de-heranca/>. Acesso em setembro de 2021.

RABESCHINI, A.G. **Novo Código de Processo Civil** - Lei Nº 13.105/2015. <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/43641/novo-codigo-de-processo-civil-lei-no-13-105-2015>

RIEZO, F.B. **Direito de Família e Sucessões: Doutrina e Prática**. 9ª ed. Memória Forense: 2021.

SARMENTO FILHO, E.S.C. A cessão de direitos hereditários no novo Código Civil. **Revista da EMERJ**, v. 9, nº 33, 2006.

VELOSO, Z. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. Prefácio: Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Saraiva, 2016, 224 p.

VENOSA, S.S. **Direito civil: direito de família**. Vol. 6. 18ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

VENOSA, S.S. **Direito civil: sucessões**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

TARTUCE, F. **Direito Civil. Direito das Sucessões**. Vol 6. 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014.

WEHR, L.C. **Evoluções recentes do direito das sucessões**: [recurso eletrônico]. Mafra, SC.Ed. da UnC, 2020.

O CONTEXTO HISTÓRICO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO: E A ANÁLISE DOS EFEITOS DA NOVA REALIDADE DA PANDEMIA DA COVID-19.

BRENDA ALEXSSANDRA SILVA SOARES

MATHEUS JOSÉ SILVA GOMES

RESUMO: O trabalho tem como objetivo geral dispor sobre o contexto histórico feminino, juntamente com as reivindicações, além disso expor o preconceito que as mulheres enfrentam frente o mercado de trabalho. É importante ressaltar também que temos um vasto e esboçado ordenamento jurídico que concedem a proteção trabalhista do direito das mulheres no seu local de trabalho. As mulheres sempre lutaram pelos seus direitos, o trabalho como continuamente eficaz e trabalham muito bem em equipe, sem dizer que movimentam bastante a economia do país, além de ter um papel fundamental muito importante dentro da sociedade, mas são reconhecidas, porque não é como negar o papel da mulher na sociedade, mas sempre são vistas inferior ao homem.

Palavra-Chave: Feminino; História; Preconceito; Pandemia; Empreendedorismo.

Abstract: The work has as general objective to dispose of the female historical context, along with the claims, in addition to exposing the prejudice that women face in the labor market. It is also important to note that we have a vast and drafted legal system that grants the labor protection of women's rights in their workplace. Women have always fought for their rights, work as continuously effective and work very well as a team, not to mention that they move the country's economy a lot, in addition to having a very important fundamental role within society, but they are recognized, because there is no deny the role of women in society, but are always seen as inferior to men.

Keyword: Female; History; Preconception; Pandemic; Entrepreneurship.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho tem como finalidade ressaltar sobre a história da mulher por luta de direitos para que possam ter a mesma oportunidade que o homem com ênfase no mercado de trabalho. Além das suas lutas como enfrentam preconceitos e dificuldades quando estão inseridas no mercado de trabalho. O preconceito e a dificuldades são os elementos que as mulheres mais enfrentam infelizmente.

Pretende-se também expor sobre o vasto ordenamento jurídico que se tem sobre os direitos trabalhista das mulheres no mercado de trabalho, protegendo os direitos e dando garantia sobre os direitos fundamentais que possuem, além de um ordenamento jurídico

interno, tem os direitos trabalhistas feminino protegidos também internacionalmente pela Organização Internacional do Trabalho.

O problema que temos é o preconceito, porque temos um vasto ordenamento jurídico, concedendo direitos, porém mesmo assim tem o obstáculo para a mulher ser inserida no mercado de trabalho e até mesmo está relacionado em sua promoção em seu local de serviço.

A hipótese que busca é o poder legislativo por meio de políticas públicas combater o preconceito, porque o trabalho da mulher é sempre realizado com excelência e são detalhistas, criteriosas e inovam o mercado de trabalho e em qualquer lugar que estejam.

Desde o período remoto as mulheres não tinham direitos, seus direitos e liberdade eram restritas, eram submissas aos homens. Foi com muitas lutas que as mulheres conseguiram seus espaços em determinadas áreas.

O texto tem como objetivo maior especificar as leis que protegem o trabalho da mulher, fundamentar os direitos que as mulheres têm atualmente em relação ao seu trabalho, a garantia como por exemplo se a mulher ficar gestante tem uma legislação que a ampara e não deixa a mercê.

No entanto o método utilizado é o método bibliográfico e a pesquisa é qualitativa, pois tem como pretexto utilizar dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, é utilizado também o método dedutivo, porque busca compreender dados. O trabalho dispõe de uma linguagem padrão para melhor comunicar-se e tem como desígnio informar os leitores.

2. CONTEXTO HISTÓRICO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO COM AS MULHERES

Desde os tempos remotos, as mulheres já nasciam e eram educadas com um perfil traçado para satisfazer os homens, ou seja, no século XIX era comum as mulheres terem o trabalho doméstico, não saírem de casa, apenas cuidavam dos filhos e da casa. Esse direito de liberdade para trabalhar não existia, elas tinham seus direitos privados.

Susana de castro em seu livro as mulheres das tragédias gregas : poderosas ? disponibiliza em seu texto sobre os direitos das mulheres na antiguidade:

De maneira geral, as mulheres de cidadãos atenienses deveriam permanecer a maior parte do tempo no ambiente doméstico e, com exceção das cerimônias religiosas, não eram vistas em público. Quando estavam em público, não tinham direito a defender suas posições. Silêncio e invisibilidade

caracterizavam as virtudes apropriadas às mulheres.(Susana DE CASTRO 2011,p.23).

Na Primeira (1914-1918) e segunda Guerra Mundial(1939-1945), deu-se a introdução da mulher no mercado de trabalho, com os homens indo para batalhas, as mulheres ficavam em casa com seus filhos e passaram assumir a posição que era considerado do homem no mercado de trabalho.

O marco do ingresso das mulheres no mercado de trabalho foi com a revolução industrial (desenvolvimento tecnológico, surgimento das máquinas), uma boa parte da mão de obra feminina foi transferida para dentro das fábricas. Nessa época, o trabalho da mulher foi muito utilizado, principalmente na operação das máquinas. Os empresários preferiam as mulheres nas indústrias porque elas aceitavam salários inferiores aos dos homens, porém faziam os mesmos serviços que estes.

E nesse contexto as mulheres submeteram –se a jornada de trabalho de 14 a 16 horas por dia, com salários inferiores, mesmo realizando a mesma atividade laboral que o homem. E trabalhando muitas vezes em condições prejudiciais á saúde deles e cumprindo obrigações além das que eram passadas, apenas para não perder seu emprego.

A mulher como podemos ver sempre teve uma jornada de trabalho dupla, realizando serviço no mercado de trabalho e em casa cuidando da sua família, além disso sem direitos trabalhistas nenhum. Em caso que a mulher ficasse gestante em serviço ela era despedida e ficava extremamente vulnerável.

2.1 AS LUTAS E REIVINDICAÇÕES FEMINISTAS

Várias são as lutas das mulheres por reivindicações a revolucionária Olympe de Gouges uma francesa que lutava por igualdade e liberdade, criou a Declaração dos direitos da mulher e da cidadã, em contradita com a Declaração dos direitos dos homens e do cidadão. No livro Reivindicação do direito das mulheres, autora Mary Wollstonecraft dispõe sobre o assunto:

Gouges, como Wollstonecraft, abraça a causa da abolição da escravidão, a criação de instituições de apoio a mães solteiras e de um teatro para a dramaturgia feminina. Pacifista, como continuam sendo as feministas contemporâneas , Olympe opõe-se à pena de morte. Quanto a isso, mais uma vez o pensamento das duas mulheres se aproxima, pois também Mary Wollstonecraft se chocaria com os desmandos da Revolução Francesa e escreveria um panfleto de denúncia. No ano seguinte, Olympe de Gouges seria presa e, três

meses depois, guilhotinada por fazer essas mesmas críticas, tendo seu corpo jogado na vala comum.(Mary WOLLSTONECRAFT 2016, p.11).

Olympe de Gouges e Mary Wollstonecraft lutaram pelos direitos das mulheres, Gouges infelizmente foi sentenciada a morte para ser impedida de continuar lutando pelos direitos e reivindicações das mulheres mais vulneráveis daquela época, que eram as mães solteiras.

O feminismo no Brasil contou com três vertentes por luta de direitos, no livro uma história do feminismo brasileiro a autora Céli Regina em seu texto disponibiliza sobre o assunto:

A primeira delas, a mais forte e organizada, é a liderada por Bertha Lutz, que tem como questão central a incorporação da mulher como sujeito portador de direitos políticos.

A segunda vertente é que se poderia chamar de feminismo difuso, o qual se expressa nas múltiplas manifestações da imprensa feminista alternativa. Essas mulheres tem um campo mais vasto de questões, defendem a educação da mulher e falam em dominação dos homens e no interesse deles em deixar a mulher fora do mundo público.

A terceira vertente se manifesta no movimento anarquista e, posteriormente, no Partido Comunista. Trata-se mulheres trabalhadoras e intelectuais, militantes desses movimentos de esquerda que defendem a liberação da mulher de uma forma radical. (Céli PINTO 2003, p.13-14).

Com a primeira vertente a luta por direitos políticos com o objetivo de votarem e serem votadas, no Brasil com o governo Getúlio Vargas em 1932 as mulheres conquistaram esse direito que pretendiam e lutam para ter o direito ao voto, foi também um ponto de partida principal para todas as áreas que as mulheres buscavam direitos.

O Ano Internacional da Mulher foi um marco para a história do movimento feminista e do direito do trabalho, pois foi neste momento que houve uma maior conscientização da repressão específica contra a mulher e uma maior organização e mobilização dos movimentos feministas.

No entanto com a chegada da Constituição Federal os constituintes daquela época reconheceram as lutas e reivindicações das mulheres e dispôs sobre o artigo 7º da

Constituição Federal de 1988, inciso XX, garante o direito das mulheres em relação a trabalho, a Consolidação das Leis Trabalhistas teve que ser reformulada também para garantir os direitos. A lei 5.452/43 tem um capítulo especialmente para os direitos mulheres que é o capítulo III.

2.2. OS PRECONCEITOS ENFRENTADOS PELAS MULHERES NO MERCADO DE TRABALHO.

Até hoje as mulheres enfrentam preconceito no mercado de trabalho. Ainda enfrentam situações como: a desigualdade salarial, o assédio no ambiente de trabalho, a jornada dupla que muitas precisam realizar, além da grande dificuldade de ocupar cargos de liderança.

Além de todos esses fatos, tem infelizmente a distinção de gênero que é presente no mercado de trabalho, a divisão de sexo parece ser algo natural, mas não é, o autor Pierre Bourdieu em sua obra cita sobre distinção de gênero que sempre ocorreu, como podemos analisar no trecho a seguir:

A divisão entre os sexos parece estar "na ordem das coisas", como se diz por vezes para falar do que é normal, natural, a ponto de ser inevitável: ela está presente, ao mesmo tempo, em estado objetivado nas coisas (na casa, por exemplo, cujas partes são todas "sexuadas"), em todo o mundo social e, em estado incorporado, nos corpos e nos habitus dos agentes, funcionando como sistemas de esquemas de percepção, de pensamento e de ação.(Pierre BOURDIEU 2002,p.17).

O outro preconceito que as mulheres sofrem é assédio no local de trabalho, sendo expressivo ainda, cerca de 52% conforme uma pesquisa da Organização Internacional do Trabalho, as mulheres acabam não denunciando esse assédio por medo de ser demitida. A mulher por ser mãe também sofre muito preconceito principalmente não sendo contratada ou não se promovendo no seu local de trabalho.

Os dados do IBGE a inserção da mulher no mercado de trabalho é de 54,5%, enquanto a porcentagem dos homens no mercado de trabalho é de 73,7%. As mulheres que são mãe sofrem e tem muitas dificuldades de inserir no mercado de trabalho, sem falar que quando estão inseridas tem uma jornada dupla de trabalho. Além de ser mãe, as mulheres, transexual, negras e imigrantes sofrem bastante no momento de inserir-se no mercado de trabalho.

No entanto infelizmente as mulheres sofrem muito preconceito no momento da sua inserção no mercado de trabalho, além do preconceito as dificuldades andam lado a

lado, porque quando inseridas no serviço, tem jornada dupla ou até mesmo tripla, porque muitas mulheres além de trabalhar são mães, estudantes e donas de casa.

3. O DIREITO DO TRABALHO DA MULHER EM ÂMBITO INTERNACIONAL.

A Organização Internacional do trabalho, juntamente com medidas que o Brasil adota e submete-se as convenções internacionais, e possui convenções de suma importância e protegem internacionalmente as relações trabalhista que as mulheres estão inseridas no mercado de trabalho.

Um das Convenções adotadas pelo Brasil é a convenção C003 - Convenção relativa ao Emprego das Mulheres antes e depois do parto (Proteção à Maternidade), trata-se da proteção da mulher em seu momento materno, o Artigo 2 dispõe sobre o entendimento:

ARTIGO 2

Para a aplicação da presente Convenção, o termo "mulher" designa toda a pessoa do sexo feminino, qualquer que seja a idade ou a nacionalidade, casada ou não, e o termo "filho" designa, todo o filho, legítimo ou não.

Na convenção C100 - Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor , trata-se de assunto sobre igual remuneração sem distinção de gênero conforme estipula o Art.1.

Art. 1 — Para os fins da presente convenção:

b) a expressão 'igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina por um trabalho de igual valor', se refere às taxas de remuneração fixas sem discriminação fundada no sexo.

Já na Convenção C156 - Sobre a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Homens e Mulheres Trabalhadores: Trabalhadores com Encargos de Família , trata-se sobre novamente igualdade de oportunidade e tratamento de homem e mulher, o artigo 1, conforme dispõe abaixo:

1. Esta Convenção aplica-se a homens e mulheres com responsabilidades com relação a seus filhos dependentes, quando estas responsabilidades restringem a possibilidade de se prepararem

para uma atividade econômica e nela ingressar, participar ou progredir.

Além dessas convenções, há uma de suma importância e atual que é a Convenção sobre Violência e Assédio, 2019 (Nº 190), a convenção foi adotada apenas por seis países sendo três países de latino-americanos como: Uruguai, Argentina e Equador. A convenção surgiu para evitar a violência do assédio. No entanto até mesmo em âmbito internacional os direitos e garantias das mulheres estão protegidos.

3.1. DIREITO E GARANTIAS DAS MULHERES FUNDAMENTADAS EM LEI.

A luz da nossa Constituição Federal de 1988, traz expresso em seu texto que não há distinção entre homens e mulheres, que está disposto em seu texto no artigo 5º, conforme disposto abaixo:

O Artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disciplina *in verbis*:

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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

A Consolidação das Leis Trabalhista dispõe em sua redação sobre a distinção e a discriminação, o Artigo 373 A, inciso II disponibiliza em seu texto que o empregador não poderá negar emprego por gravidez ou sexo conforme dispõe o texto a seguir:

O artigo 373-A, inciso II da Lei nº 5.452, de 01 de Maio de 1943, disciplina *in verbis*:

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

II - Recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

A mulher também não poderá receber salário inferior ao homem realizando a mesma atividade laboral como dispõe o Artigo 461 da CLT:

O artigo 461 da Lei no 5.452, de 01 de Maio de 1943, disciplina *in verbis*:

Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

A Constituição Federal de 1988 dispõe que quando a mulher se encontra empregada deve observar o preceito do artigo 7º, incisos XX e XVIII, pois são direitos e proteção das empregadas mulheres, novamente outro artigo que não faz distinção entre gênero e resguarda o direito a licença a maternidade da mulher e proteção da mulher no mercado de trabalho. Conforme ressalta abaixo:

O Artigo 7º inciso XX e XVIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disciplina *in verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XX - Proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

Além da Constituição Federal de 1988, a Consolidação da Leis Trabalhista também garante o direito a licença maternidade conforme dispõe o Art.392 da CLT e o Art.393 da CLT disponibiliza que a mulher terá o salário integral como podemos observar na redação dos artigos a seguir:

O artigo 392 da Lei no 5.452, de 01 de Maio de 1943, disciplina *in verbis*:

Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

O artigo 393 da Lei no 5.452, de 01 de Maio de 1943, disciplina *in verbis*:

Art. 393 - Durante o período a que se refere o art. 392, a mulher terá direito ao salário integral e, quando variável, calculado de acordo com a média dos 6 (seis) últimos meses de trabalho, bem como os direitos e vantagens adquiridos, sendo-lhe ainda facultado reverter à função que anteriormente ocupava

A mulher terá o direito para amamentação intervalos de 30 minutos para amamentar crianças até seis meses, quanto para mãe biológica quanto para mãe adotiva conforme estabelece o Artigo 396 conforme a redação abaixo:

O artigo 396 da Lei no 5.452, de 01 de Maio de 1943, disciplina *in verbis*:

Art. 396. Para amamentar seu filho, inclusive se advindo de adoção, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais de meia hora cada um. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)

No artigo 391 da CLT com a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto a gestante não poderá ser demitida, mesmo que esteja em período de aviso prévio, salvo em casos de justa causa, direito este que se estenderá também no caso de mães adotivas conforme artigo 391-A da CLT alínea b do inciso II.

O artigo 391-A da CLT alínea b do inciso II da Lei no 5.452, de 01 de Maio de 1943, disciplina *in verbis*:

Art. 391-A. A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (Incluído pela Lei nº 12.812, de 2013)

Em caso de aborto não criminoso a mulher terá seus direitos ressaltados, desde que comprovado por laudo médico e terá seu salário de forma integral conforme dispõe o texto a seguir:

O artigo 395 da Lei no 5.452, de 01 de Maio de 1943, disciplina *in verbis*:

Art. 395 - Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento.

O direito a consulta médica da gestante é uma das garantias resguardada em lei, pois a gestante poderá se ausentar da sua atividade laboral para os exames necessários como disciplina o Artigo 392 § 4º inciso II da CLT , conforme analisaremos a seguir:

O artigo 392 § 4º inciso II da Lei no 5.452, de 01 de Maio de 1943, disciplina *in verbis*:

Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

§ 4o É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos:

II - Dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.

No entanto, como podemos analisar temos um longo ordenamento jurídico do direito trabalhista feminino, as mulheres sempre lutaram pela sua inserção no mercado de trabalho e o poder legislativo vem inovando para encaixar-se no para se atender as demandas quando o assunto é o trabalho feminino e precisa do poder legislativo através de políticas públicas para combater o preconceito da mulher no mercado de trabalho.

3.2. ENGAJAMENTO NO MERCADO DE TRABALHO.

O crescimento da mulher no mercado de trabalho conforme o IBGE mostra que, em 1950, apenas 13,6% das mulheres eram economicamente ativas. No mesmo período, o índice dos homens chegava a 80,8%. Sessenta anos depois, os dados de 2010 mostraram que a participação feminina mais que triplicou, passando para 49,9%. Entre os homens, por outro lado, o dado caiu para 67,1%.

A mulher vem cada dia tendo mais destaque, porque sabem trabalhar em equipe, melhor comunica e ouve e também é mais dedicada para determinado empenho e trabalha bem em equipe. Além de tudo, as mulheres são qualificadas, dedicam-se aos estudos, os dados do IBGE mostram que pessoas com mais de 25 anos 19,4 % são mulheres, enquanto 15,1% são homens, que chegam a terminar uma faculdade.

A autora Ana Ramal, em sua obra mulheres líderes empreendedoras, disponibiliza em seu livro sobre a liderança quando as mulheres são líder, conforme cita no seu seguinte trecho:

A liderança das mulheres é menos apegada a status e hierarquia. Tende, portanto, a ser menos autoritária e controladora, e mais baseada em franco

debate, busca de consenso e exercício da democracia. As mulheres estão mais preparadas para evitar agressões e contornar conflitos, tendendo a adotar uma postura mais conciliadora e negociadora.(Ana RAMAL 2019,p.114).

No entanto, como podemos ver a mulher vem crescendo no mercado de trabalho e além disso, são mais qualificadas que os homens, porque tem uma porcentagem maior de terminar um ensino superior, e também no trabalho é mais comunicativa, prestativa e sabe trabalhar em equipe. Sendo assim, daqui para frente as mulheres vão conquistar o mercado de trabalho ainda mais e combater o preconceito.

4. AS DIFICULDADES FRENTE A PANDEMIA.

A pandemia foi um momento de dificuldades em várias esferas, porém a que mais foi afetada sem dúvida foi o mercado de trabalho principalmente a inserção das mulheres no mercado de trabalho, demissões e a até mesmo admissões em alguns casos. As mulheres foram prejudicadas drasticamente, principalmente as mães, pois as creches fecharam e na maioria da vezes as mulheres não tinham com quem deixar as crianças.

Conforme dados do IBGE em 2020 cerca de 8,5 milhões de mulheres tiveram que sair do mercado de trabalho, além desse dado é que 11 milhões de mulheres são mães solo e diante disso se viram tendo que sair do mercado de trabalho para ajudar os filhos com o ensino de educação a distância com as crianças que precisou cada dia mais da ajuda dos pais.

Outra realidade que a pandemia trouxe foi a desvantagem que as mulheres têm em relação aos homens. No segundo trimestre de 2019, a taxa de ocupação delas (46,2%) era inferior à do sexo masculino (64,8%). No mesmo período de 2020, houve redução para 39,7% no caso das mulheres e 58,1% para os homens.

A pandemia veio para deixar cada vez mais claro a sobrecarga que tem sobre a mulher, autora Natália Rodrigues dispõe em seu texto de revista sobre o assunto, como podemos ver a seguir:

A pandemia deixou escancarado de quem é a responsabilidade pela organização, manutenção e realização dos trabalhos domésticos, incluindo o cuidado com os filhos: é da mulher. Se a mulher tem condições de se socorrer da mão de obra doméstica, os conflitos amainecem, ficam voláteis e evaporam, com a aquiescência da própria mulher.(Natália RODRIGUES 2020,p.49).

Com a pandemia uma novidade e um meio mais utilizado foi o teletrabalho, porém deixou a mulher mais sobrecarregada também, com uma jornada de trabalho tripla

, porque quando tem um companheiro geralmente não busca ajudar como ela precisa. É importante ressaltar sobre a importância do teletrabalho para as gestantes na pandemia, porque puderam trabalhar de casa e receber trabalho integral.

O teletrabalho foi bastante positivo para as gestantes, conseguiram ficar em casa, para evitar o risco de contaminar com o vírus da COVID-19. O Artigo 75-B da Consolidação da lei Trabalhista conceitua o que é o teletrabalho como podemos analisar a seguir:

O artigo 75 -B da Lei no 5.452, de 01 de Maio de 1943, disciplina in verbis:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

No entanto, o teletrabalho para as gestantes foi algo muito positivo para empregada gestante e tanto o empregador, porque nenhum sai prejudicado. Em contrapartida um impacto social de trabalho em razão da pandemia é difícil de reerguer-se no mercado de trabalho, mas as mulheres se reinventaram nesse contexto com o surgimento do empreendedorismo.

4.1. SAÚDE MENTAL DAS MULHERES.

A saúde mental de maneira geral na maioria das vezes era um assunto que nem era comentado, apenas em 1903 que uma lei federal vem tratar sobre a assistência psiquiatria no livro Saúde Mental: paradigmas e reforma legislativa, ressalta em seu texto sobre o assunto no trecho a seguir:

O decreto n. 1.132, de 22 de dezembro de 1903, assinado por Rodrigues Alves tinha por finalidade reorganizar a Assistência a Alienados. Segundo o dispositivo normativo, o indivíduo que, por moléstia mental, congênita ou adquirida, compromettesse a ordem pública ou a segurança das pessoas seria recolhido a um estabelecimento de alienados. (Laércio MARTINS 2020, p.125).

No entanto a saúde mental da mulher após a pandemia metade das mulheres no Brasil foram afetadas segundo uma pesquisa edtech Toda Group, revelou o dados de 51% das mulheres que teve sua saúde mental fragilizada ocasionada pelo trabalho em razão de se desdobrarem em uma jornada de trabalho dupla.

Ainda assim a saúde mental é vista como um luxo, porém é uma necessidade que todos temos independentemente de gênero. O art.196 da Constituição Federal de 1988 disciplina sobre o assunto:

O Art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disciplina *in verbis*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Temos a Lei número 10.216/2001 que trata sobre a saúde mental que em sua redação dispõe sobre o que é saúde mental, disponibiliza também sobre o tratamento, a responsabilidade entre outros direitos.

No entanto não temos uma lei em específico que trata sobre a saúde mental da mulher no mercado de trabalho, sendo muito necessário uma redação sobre a temática, já que possuem uma jornada de trabalho dupla, cabe ao poder legislativo legislar e preocupar-se com a saúde mental da mulher no mercado de trabalho.

4.2. MULHERES EMPREENDEDORAS.

As mulheres sempre lutaram, e diante uma crise que é a pandemia da COVID-19, não foi diferente, reinventaram-se, mas no empreendedorismo. No Brasil o empreendedorismo feminino aumentou 40% e as áreas com mais serviço foram a de beleza, estética, moda e alimentação.

E segundo o SEBRAE(Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas) e da Pesquisa Global Entrepreneurship Monitor 2020 (GEM), o Brasil é o sétimo país com o maior número de mulheres empreendedoras no mundo. Dos 52 milhões de empreendedores no país, 30 milhões (48%) são mulheres.

As mulheres são ainda mais persistentes e resistentes que as homens no livro o empreendedorismo social feminino traz expresso em seu texto a seguir:

E olha que as mulheres têm talento para empreender. A rede feminina de empreendedorismo concluiu em novembro de 2020 uma pesquisa que mostra que 88% das mulheres querem continuar com seus negócios apesar das dificuldades trazidas pela pandemia. Entre os homens, este percentual ficou em 70%. Outro dado chama a atenção: 76% das empreendedoras afirmaram que seus negócios são muito importantes para elas contra 61% dos homens.(Anne Willians 2021,Pág.12).

Sendo assim, as mulheres sempre se reinventaram ao meio das dificuldades e além disso inovam no mercado de trabalho, participam da economia do nosso país e quando trabalham melhor em equipe, a mulher sempre teve um papel fundamental na sociedade, mas ainda vão a atingir o objetivo de ser reconhecidas ainda mais como merecem, pois é sempre necessário da perspectiva da mulher sobre todos os assuntos, pois o ponto de vista da mulher é detalhista e criterioso.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se com o presente trabalho o contexto histórico das mulheres em busca de direito com as reivindicações dos movimentos feminista para melhores condições de trabalho quando lutaram e foram trancadas em fábrica e depois carbonizadas, apesar de tantos anos de luta infelizmente as mulheres ainda lutam pela igualdade.

O preconceito com a mulher independe se a mulher é solteira ou casada, quando a mulher é casada a sociedade preocupa com quem vai deixar a criança quando for trabalhar, e quando a mulher é solteira e sem filhos a sociedade pergunta quando vai ter uma criança, o preconceito com as mulheres são as coisas mais absurdas e cruéis, pois a sociedade sempre quer impor algo a elas.

Da mesma forma que temos um esboço e vasto ordenamento jurídico, temos um preconceito de uma sociedade com raízes machistas, que é este ponto a grande problemática. A única forma de resolver é estudando história, principalmente das mulheres por tantas lutas que enfrentaram e merecem respeito em qualquer lugar que estejam.

Em tempo de pandêmico as mulheres passam por uma dificuldade suprema, pois houve aumentou da sua jornada de trabalho, com esse problema volta a ser vulneráveis e o que se preocupa também é com a saúde mental dessas grandes mulheres. Cabe ao poder legislativo criarem mais leis a proteção da mulher em seu serviço, é necessário que exista um meio para facilitar a denúncia de assédio, sendo necessário também o apoio e assistência psicológica mais ativa. E ainda se faz necessário uma legislação que as mulheres tirem mais folgas durante semana.

Mesmo diante de tantas dificuldades que podemos analisar no decorrer do texto, as mulheres não negam esforços e são muito resilientes, mesmo diante do cenário de pandemia reconstruíram-se no empreendedorismo e fizeram a economia do país alavancar. É essencial ter novos projetos de lei para uma nova possibilidade das mulheres descarem mais, terem mais assistência psicológica e além de tudo o fundamental, o respeito e a igualdade com a mulher.

6. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BAYLÃO, André Luiz da Silva. **SCHETTINO**, Elisa Mara Oliveira. **A inserção da mulher no mercado de trabalho brasileiro**. 2014.

BOURDIEU, PIERRE A dominação Masculina, trad: Maria Helena Kuhnner – 2 ed. - Rio de Janeiro : Bertrand 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do trabalho, Brasília,DF, Out. 2017.

CASTRO, Susana de. **As mulheres das tragédias gregas: poderosas?**– Barueri, SP : Manole, 2011. – (Coleção filosofia em pílulas).

GARCIA, Gabryella- Mais da metade das mulheres brasileiras têm a saúde mental afetada pelo trabalho. 2022. Disponível em: <https://revistamarieclaire.globo.com/Saude-Corpo/noticia/2022/02/mais-da-metade-das-mulheres-brasileiras-tem-saude-mental-afetada-pelo-trabalho.html> Acesso: 15 de março de 2022.

MARTINS, Laércio Melo - **Saúde Mental: paradigmas e reformas** Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

MADALOZZO, Regina. **Desafios enfrentados pelas mulheres se intensificam neste período de pandemia**.Insper,2020. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/noticias/mulheres-desafios-pandemia/> acesso em: 11 de março de 2021.

PINTO, Céli Regina Jardim. Uma história do feminismo no Brasil. São Paulo : Editora: Fundação Perseu Abrano ,2003.

RAMAL, Silvina Ana, **Mulheres líderes e empreendedoras**, ed:Alta Books, Rio de Janeiro,2019.

RODRIGUES, Natália Queiroz Cabral. **Trabalho feminino em tempos de pandemia. Tribunal Regional do trabalho**(10º região). 2020.

WILIAN, Anne . Empreendedorismo Social Femeninino. coordenado por Rachel Polito e Fabi Saad. - São Paulo : Expressa, 2021. (Coleção Mulheres fora de série).

WOLLSTONECRAFT, Mary Reivindicação do direito das mulheres , trad: Ivania Pocinho Motta. 1 ed. São Paulo : Boitempo : Iskra,2016.

REGRAS DE TRÂNSITO APLICADAS POR AUTORIDADES E AGENTES COMO FERRAMENTAS DE PROTEÇÃO DA ORDEM PÚBLICA

GABRIEL POLO ALVES:
Graduando em Direito pela
Universidade Brasil.

ELOISA DA SILVA COSTA
(orientadora)

RESUMO: Este trabalho descreve a importância da aplicabilidade das regras de trânsito como ferramenta de manutenção e manutenção da ordem pública. Ressaltou também a importância de os cidadãos respeitarem as leis de trânsito brasileiras e garantirem sua própria segurança e a segurança de terceiros, sejam pedestres ou condutores de veículos, ao dirigir veículos automotores. Ressalta-se que se os motoristas obedecerem às regras de trânsito, desde evitar acidentes de trânsito e até crimes no âmbito criminal, afetará uma série de fatores que promovem a segurança social, pois todo veículo que é movido para participar de um acidente de trânsito é na maioria dos casos porque o motorista não é observado, então o veículo é removido de um local onde uma determinada área é garantida

PALAVRAS CHAVES: Legislação, trânsito, agentes de trânsito, segurança no trânsito

ABSTRACT: This work describes the importance of the applicability of traffic rules as a tool for the maintenance and maintenance of public order. He also highlighted the importance of citizens respecting Brazilian traffic laws and ensuring their own safety and the safety of third parties, whether pedestrians or vehicle drivers, when driving motor vehicles. It is noteworthy that if drivers obey traffic rules, from avoiding traffic accidents and even crimes in the criminal scope, it will affect a series of factors that promote social security. , as every vehicle that is moved to participate in a traffic accident is in most cases because the driver is not observed, so the vehicle is removed from a location where a certain area is guaranteed.

KEYWORDS: Legislation, traffic, traffic agents, traffic safety

INTRODUÇÃO

Um trânsito mais seguro, sem dúvida é o que todo mundo quer. Andar pelas ruas tranquilas, poder chegar ao destino sem que aconteça algum importuno, algum atropelamento. Ter a liberdade para deslocar ao outro lado da via sem que venha um veículo descontrolado que possa causar um atropelamento e ocorrendo algo pior, A

liberdade de trânsito nas vias onde cada um respeita a sua mão é algo que é almejado por muitas pessoas, porém não é por todos.

A cidadania não é uma peça inserida nos motores, e sim nas mentes humanas, é socialmente organizada, por intermédio de cada cidadão, colocando limites a própria integridade física. O pedestre é uma vida que esta em movimento, todos nos somos responsáveis pela vida do próximo, saímos de casa atrasado para um compromisso, no intuito de não chegar mais que esta atrasado, ganhando alguns minutos a mais a cada acelerada, em alguns instantes pode acontecer um tragedia e morrem pela pressa, acabando com sonhos, vidas etc. Coloca-se no lugar dos outros cidadãos. Temos evoluções na segurança da cidadania e motores. Prevenindo e não remediando, construindo dias melhores, mas levando em pauta, a melhor segurança é ter empatia e se colocando no lugar do próximo.

O trânsito para o paulistano ou mesmo para qualquer outro cidadão de uma grande metrópole do mundo pode ser visto como um grande teatro, no qual os atores ora são pedestres, ora são condutores, e, o grande segredo estaria, então, na capacidade da empatia, cumpriria melhor seu papel na evolução na peça da vida real, aquele que pudesse perceber e se por no lugar do outro, recebendo e prestando respeito. Para respeitar é preciso saber quais são os deveres e os direitos de cada cidadão. Segundo passo e mais importante ainda que conhecer a cidadania é exercitá-la, praticando mantivesse os músculos fortalecidos de um corpo, em busca de humanidade, paz, harmonia e tudo mais que possa agregar valor no trânsito. Ora, valores. Quando falamos que algo nos é precioso, logicamente, está relacionado a uma grande importância para nós. Vejamos o raciocínio de uma pessoa faminta: qualquer alimento naquela situação é extremamente importante, diferente valor terá para aquele que acabou de sair satisfeito de uma churrascaria. Colocamos aqui referenciais, pois, logo vemos que para um trânsito seguro devemos nos atentar para os valores cruciais na condução de veículos, ou mesmo como pedestres. O melhor exemplo é a cortesia, bem vinda para todos os que estão sedentos por um trânsito seguro. Está faltando cortesia no trânsito. Quantas pessoas perderam as suas vidas ou se feriram tragicamente na contingência do trânsito? Existem pessoas andando armadas; não para o exercício da legitima defesa, mas para impor suas razões e falta de sua sensibilidade às necessidades do outro. Aquele que estaria somente indo embora para casa depois de um dia de trabalho pesado e por um descuido resolveu discutir e foi-lhe imposta a morte. Os valores para um trânsito seguro devem estar apontados para a paz e harmonia. A legislação existe, está no papel, mas a vontade de fazer dar certo está em cada ser humano que reconhece ser importante.

1. LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO E DOS SEUS AGENTES

1.1. Direito Constitucional

Iniciamos este trabalho citando a carta Magna, a Constituição Federal da República de 1988, que é base de todas leis e normas jurídicas que regem a nosso país. Temos o Direito Constitucional que estabelece os princípios jurídicos indispensáveis a organização do estado, à Constituição Federal que dá fundamentos as demais normas jurídicas, organizando os limites de ação do Estado, do direito da pessoa. A constituição Federal de 1988 trouxe importante avanço no tocante à dignidade da pessoa humana ao assegurar a garantia do contraditório e ampla defesa aos litigantes em sede de processo administrativo, com os meios e recursos a ela inerentes.

Essa disposição constitucional contribui significativamente para a redução da desigualdade existente na relação administrado x Administração Pública, permitindo o cidadão o direito de ser ouvido, produzir provas e de contrapor-se a sanha arrecadatória do Poder Público. Note-se, entretanto, que essa garantia constitucional foi negligenciada durante muito tempo no âmbito do Direito de Trânsito, sendo assegurada em sua plenitude somente após a edição da Resolução nº 149/2003 do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN). Insta pontuar, nesse intróito, direitos o desconhecimento da imensa maioria de nossos condutores acerca de seus direitos e das garantias que lhe são ofertadas para tal desiderato, o que lança por terra todo o arcabouço jurídico erigido para limitação da autuação estatal. Assim buscando sedimentar a doutrina acerca de tema tão contagiante, traremos a lume conhecimentos úteis à educação e conscientização de nossos condutores.

1.2 Conceito de Agentes de Trânsito públicos.

A aplicação da legislação das normas de transito pela autoridade de transito e seus agentes garantem a “paz pública”, ou seja, é uma questão de segurança da sociedade, principalmente no que tange a aplicação da respectiva legislação que inibe o cometimento de atos ilícitos, referentes a questão de condução de veículos automotores e circulação de pedestres.

Para a aplicação das normas relativas às matérias de trânsitos, deve-se seguir requisitos previstos em normas gerais e também como matéria constitucional.

A proteção prioritária a vida e a incolumidade física das pessoas: a ordem, o consentimento, a fiscalização, as medidas administrativas e coercitivas adotadas pelo agente de transito, terão por objetivo prioritário a proteção à vida e a incolumidade física das pessoas. A segurança deve prevalecer, mesmo sobre a fluidez do tráfego de veículos, cabendo especial atenção à segurança e a mobilidade dos pedestres.

É importante ressaltar a predominância do caráter educativo-preventivo, as ações do policiamento ostensivo de transito devem objetivar, com prioridade, a orientação aos

usuários da via quanto a correta utilização desta, de maneira segura e livre de interferências, constituindo as medidas de natureza repressiva providencia complementar, adotadas toda vez em que constatar o descumprimento intencional da legislação de trânsito. A aplicação do caráter repressivo deve ocorrer somente nos casos de descumprimento da legislação de trânsito, antes desta é importante ações que conscientizem o usuário da via, ou seja, o cidadão a não cometer a infração de trânsito, evitar que o descumprimento da legislação ocorra.

Outro princípio importante é o princípio da obrigatoriedade, porque uma vez constatada a inobservância de qualquer regra de legislação de trânsito, caracteriza como infração de trânsito, sendo assim é obrigatória a realização da autuação por parte do agente munido do dever de fiscalizar, não podendo o agente somente orientar o infrator. Porém deve ser observada a competência legal para a realização da autuação, que apenas por motivo de força maior, plenamente justificado, ou impossibilidade absoluta, determinada pela necessidade de adoção de medida destinada garantir a segurança do trânsito, poderá deixar de ser efetuada.

O exercício do poder de polícia é discricionário, sim, mas apenas e tão somente quando ale, fonte única desse poder, de maneira explícita ou implícita, proporcionar essa atuação discricionária, o que não ocorre com relação à atuações de infrações de trânsito, que é um ato administrativo vinculado. Portanto, se o agente de trânsito deparar com a infração ele não pode deixar de autuar, ele tem o dever de autuar, podendo esse agente ocorrer no crime de prevaricação se não agir dentro dos parâmetros legais.

1.3 DA RELAÇÃO DA LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL

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:

II. ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

O texto constitucional acima descrito refere a lei em sentido estrito “estrito sensu”, podendo destacar as leis complementares, as leis delegadas, as medidas provisórias e as leis ordinárias. Com relação a qualquer obrigação, só terá efeito se vier sobre Lei Complementar, Leis Ordinária, Lei Delegada ou Medida provisória. Com relação as Resoluções, estas são atos administrativos de caráter normativo. Porém os atos normativos não são considerados leis em sentido restrito, ou seja, “estrito sensu”.

O artigo 5º, inciso II da CF/88, refere-se, a lei complementar, lei delegada, medida provisória e lei ordinária. Porém, a lei imporá obrigações a usuários das vias [condutores de veículos] se esta vier em forma de lei complementar, lei ordinária, lei delegada ou medida provisória. Com relação as resoluções, estas embora tenham caráter normativo, não se enquadra no contexto de lei em sentido estrito.

Baseado no artigo 25 das Disposições Constitucionais transitórias, podemos dizer que as Resoluções do CONTRAN, são inconstitucionais, porque não criam direito novo, com algumas exceções. O Código de Trânsito Brasileiro já nos traz uma forma geral de especificações para o cumprimento da lei, a maneira que as leis e normas devem ser cumpridas, já estão expressas no texto legal [CTB], o que falta é um detalhamento da lei, ou seja, que a norma seja especificada de uma maneira mais ampla, por exemplo o artigo 105, do CTB, referente a utilização de equipamento obrigatórios.

Art. 105º. São equipamentos obrigatórios dos veículos, entre outros a serem estabelecidos pelo CONTRAN:

- cinto de segurança, conforme regulamentação específica do CONTRAN, com exceção dos veículos destinados ao transporte de passageiros em percursos em

que seja permitido viajar em pé;

- para os veículos de transporte e de condução escolar, os de transporte de passageiros com mais de dez lugares e os de carga com peso bruto total superior a quatro mil, quinhentos e trinta e seis quilogramas, equipamento registrador instantâneo inalterável de velocidade e tempo;

- encosto de cabeça, para todos os tipos de veículos automotores, segundo normas estabelecidas pelo CONTRAN;

• - (VETADO)

- dispositivo destinado ao controle de emissão de gases poluentes e de ruído, segundo normas estabelecidas pelo CONTRAN.

- para as bicicletas, a campainha, sinalização noturna dianteira, traseira, lateral e nos pedais, e espelho retrovisor do lado esquerdo.

- equipamento suplementar de retenção - air bag frontal para o condutor e o passageiro do banco dianteiro. (Incluído pela Lei nº 11.910, de 2009)

§ 1º O CONTRAN disciplinará o uso dos equipamentos obrigatórios dos veículos e determinará suas especificações técnicas.

§ 2º Nenhum veículo poderá transitar com equipamento ou acessório proibido, sendo o infrator sujeito às penalidades e medidas administrativas previstas neste Código.

§ 3º Os fabricantes, os importadores, os montadores, os encarregadores de veículos e os revendedores devem comercializar os seus veículos com os equipamentos obrigatórios definidos neste artigo, e com os demais estabelecidos pelo CONTRAN.

§ 4º O CONTRAN estabelecerá o prazo para o atendimento do disposto neste artigo.

§ 5º A exigência estabelecida no inciso VII do caput deste artigo será progressivamente incorporada aos novos projetos de automóveis e dos veículos deles derivados, fabricados, importados, montados ou encarregados, a partir do 1º (primeiro) ano após a definição pelo Contran das especificações técnicas pertinentes e do respectivo cronograma de implantação e a partir do 5º (quinto) ano, após esta definição, para os demais automóveis zero quilômetro de modelos ou projetos já existentes e veículos deles derivados.

(Incluído pela Lei nº 11.910, de 2009)

§ 6º A exigência estabelecida no inciso VII do caput deste artigo não se aplica aos veículos destinados à exportação. (Incluído pela Lei nº 11.910, de 2009)."

O dispositivo acima mencionado é uma norma geral, porém, podemos exemplificar uma norma específica citando o artigo 12 do CTB que diz:

Art. 12. Compete ao CONTRAN:

Estabelecer as normas regulamentares referidas neste Código e as diretrizes da Política Nacional de Trânsito;

Coordenar os órgãos do Sistema Nacional de Trânsito, objetivando a integração de suas atividades;

(VETADO)

Criar Câmaras Temáticas;

Estabelecer seu regimento interno e as diretrizes para o funcionamento dos CETRAN e CONTRANDIFE;

Estabelecer as diretrizes do regimento das JARI;

Zelar pela uniformidade e cumprimento das normas contidas neste Código e nas resoluções complementares;

estabelecer e normalizar os procedimentos para a imposição, a arrecadação e a compensação das multas por infrações cometidas em unidade da Federação diferente da do licenciamento do veículo;

Responder às consultas que lhe forem formuladas, relativas à aplicação da legislação de trânsito;

Normatizar os procedimentos sobre a aprendizagem, habilitação, expedição de documentos de condutores, e registro e licenciamento de veículos;

Aprovar, complementar ou alterar os dispositivos de sinalização e os dispositivos e equipamentos de trânsito;

Apreciar os recursos interpostos contra as decisões das instâncias inferiores, na forma deste Código;

Avocar, para análise e soluções, processos sobre conflitos de competência ou circunscrição, ou, quando necessário, unificar as decisões administrativas; e

Dirimir conflitos sobre circunscrição e competência de trânsito no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal.”

Portanto, com base no artigo 12 do CTB e seus incisos o CONTRAN é competente para criar normas e fazer cumpri-las.

1.4 DOS AGENTES DE TRÂNSITO

São aqueles que integram rol de funções que constituem a competência constitucional, podendo ser agentes civis ou militares, de acordo com a área de atuação e respectivos convênios entre estados e municípios, executando em vias terrestres abertas à livre circulação, com o objetivo de prevenir e reprimir atos relacionados com a segurança

pública e de garantir obediência às normas relativas a segurança de trânsito, assegurando a livre circulação e evitando acidentes

A aplicação da legislação das normas de trânsito pela autoridade de trânsito e seus agentes garantem a “paz pública”, ou seja, é uma questão de segurança da sociedade, principalmente no que tange a aplicação da respectiva legislação que inibe o cometimento de atos ilícitos, referentes a questão de condução de veículos automotores e circulação de pedestres.

Para a aplicação das normas relativas às matérias de trânsito, deve-se seguir requisitos previstos em normas gerais e também como matéria constitucional.

A proteção prioritária a vida e a incolumidade física das pessoas: a ordem, o consentimento, a fiscalização, as medidas administrativas e coercitivas adotadas pelo agente de trânsito, terão por objetivo prioritário a proteção à vida e a incolumidade física das pessoas. A segurança deve prevalecer, mesmo sobre a fluidez do tráfego de veículos, cabendo especial atenção à segurança e a mobilidade dos pedestres.

É importante ressaltar a predominância do caráter educativo-preventivo, as ações do policiamento ostensivo de trânsito devem objetivar, com prioridade, a orientação aos usuários da via quanto a correta utilização desta, de maneira segura e livre de interferências, constituindo as medidas de natureza repressiva providência complementar, adotadas toda vez em que constatar o descumprimento intencional da legislação de trânsito. A aplicação do caráter repressivo deve ocorrer somente nos casos de descumprimento da legislação de trânsito, antes desta é importante ações que conscientizem o usuário da via, ou seja, o cidadão a não cometer a infração de trânsito, evitar que o descumprimento da legislação ocorra.

Outro princípio importante é o princípio da obrigatoriedade, porque uma vez constatada a inobservância de qualquer regra de legislação de trânsito, caracteriza como infração de trânsito, sendo assim é obrigatória a realização da autuação por parte do agente munido do dever de fiscalizar, não podendo o agente somente orientar o infrator. Porém deve ser observada a competência legal para a realização da autuação, que apenas por motivo de força maior, plenamente justificado, ou impossibilidade absoluta, determinada pela necessidade de adoção de medida destinada garantir a segurança do trânsito, poderá deixar de ser efetuada.

O exercício do poder de polícia é discricionário, sim, mas apenas e tão somente quando a fonte única desse poder, de maneira explícita ou implícita, proporcionar essa atuação discricionária, o que não ocorre com relação às autuações de infrações de trânsito, que é um ato administrativo vinculado. Portanto, se o agente de trânsito deparar com a

infração ele não pode deixar de atuar, ele tem o dever de atuar, podendo esse agente ocorrer no crime de prevaricação se não agir dentro dos parâmetros legais.

1.4.2 REGRAS DE ATUAÇÃO E EXECUÇÃO DO AGENTE DE TRÂNSITO

Os atos administrativos feito pelo agente de trânsito, em obediência ao seu respectivo poder de polícia deve ser dotado sob obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, da eficiência e razoabilidade, da motivação e do interesse público. Fazer cumprir a lei tem como antecedente lógico, ético e moral, a obediência das leis, logo todo o agente de trânsito deve agir com restrito cumprimento da legislação, portanto o agente de trânsito deve conhecer todas as normas e legislações para que não haja controvérsias ou desconhecimento das referidas normas de trânsito. Já os órgãos e entidades de trânsito devem estar em perfeita harmonia para que as ações possam estar plenamente planejadas garantindo total eficiência na aplicação das normas garantindo o bem estar da sociedade, pois o agente de trânsito, no seu exercício garante a segurança pública, a salubridade pública e a saúde pública.

A atividade de trânsito gera restrição ao gozo de direitos e liberdades individuais e uso de bens, o agentes de trânsito deve conhecer as normas necessárias para correta aplicação da lei, sem que essa cause prejuízo a direito de terceiros, e também causar prejuízos aos seus próprios direitos.

1.4.2.1 DA FINALIDADE DA APLICAÇÃO DAS NORMAS TRÂNSITO

É importante esclarecer os conceitos básicos que envolvem a aplicação das normas de trânsito, bem assim as ações e medidas para aplicação destas normas pelos seus agentes, sendo que a aplicação das normas pelos seus agentes garantem a preservação da ordem, pública através da atividade de trânsito, legislação de trânsito e a aplicação desta última por seus agentes, sejam eles militares ou agentes civis, que munidos da autoridade de trânsito a eles conferidas investem na preservação da ordem pública, garantindo a segurança pública, sendo o trânsito também uma questão de saúde pública.

1.4.2.2 FUNDAMENTOS DE ATUAÇÃO DOS AGENTES DE TRÂNSITO

O agente exerce, deve exercer suas atividades nos exatos limites da lei. Assim, a atividade de trânsito possui fundamentos os gerais e particulares, constituindo os primeiros àqueles que são comuns a todo e qualquer tipo de policiamento, e os seguintes, aqueles tipos de policiamento de trânsito.

1.4.3 LIMITES GERAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil, a Constituição do estado de São Paulo, o decreto lei nº. 2.848, de 02 de dezembro de 1940 (código penal), que é base para o estabelecimento dos limites dentro do qual uma atividade não pode ser ofensiva a Ordem pública.

O decreto lei nº 3.689, de 02 de 03 de outubro de 1941, (código de processos penal), que especifica às providencias decorrentes da prática das infrações penais , em especial o seu registro, o decreto lei 667, de 02 de julho de 1969, que estabelece competências dos agentes de transito e também dentro desta atividade as Policias Militares, o decreto federal 88.777, de 30 de setembro de 1983, que aprovou o regulamento para as policias militares e corpo de bombeiros militares, destinando as primeiras também , a atividade de policiamento ostensivo de transito.

A lei Estadual 616, de 17 de dezembro de 1974, em cujo texto também consta que o policiamento ostensivo de transito fardado é atividade exclusiva das policias militares.

É importante frisarmos a Lei Federal nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, (Código de transito Brasileiro), e demais leis que alteram e complementam esta legislação. Este dispositivo legal estabelece regras, a serem seguidas pelos usuários das vias terrestres, quando de sua utilização, e também pelos órgãos do sistema nacional de transito, na gestão de todas as atividades relacionadas com o fenômeno de transito.

A Convenção de trânsito

Viário de Viena (CTVV), celebrada em 08 de novembro de 1969, aprovada pelo Decreto legislativo 33/80 e promulgada pelo decreto federal 86.714, de 10 de dezembro de 1981. A regulamentação básica unificada de trânsito (RBUT), promovida entre Brasil, argentina, a Bolívia, o Chile, o Paraguai, o Peru e o Uruguai, em 29 de setembro de 1992, com base em autorização legislativa outorgada por meio do Decreto Legislativo 66/81, e promulgada pelo Decreto sem número, de 03 de agosto de 1993.

As Resoluções, Portarias, Deliberações, Decisões e outros atos administrativos e normativos do conselho Nacional de Transito (CONTRAN). As Deliberações, Portarias e decisões do Conselho Estadual de Transito (CETAN).

1.5 OBJETIVO DA APLICAÇÃO DAS NORMAS DE TRÂNSITO POR SEUS

AGENTES

As normas de trânsito aplicadas pelos seus agentes garantem a segurança das vias terrestres, de seus pedestres, a proteção ao patrimônio público e privado e a livre circulação pelas vias terrestres. Também garantem o cumprimento da lei, de maneira

geral, de modo a evitar, impedir ou eliminar a prática de atos que perturbem a ordem pública.

1.6 ATUAÇÃO DOS AGENTES DE TRÂNSITO

Os agentes de trânsito atuam observando o espaço geográfico em que se desenvolve, impõe que os processos e as medidas empregadas sejam adequadas de forma a satisfazer adequadamente este tipo de atuação dos agentes de trânsito, sejam eles civis ou militares, garantindo eficiência e eficácia no emprego e no desenvolvimento desta prática de fiscalização exercida por agentes civis ou militares.

As formas de atuação na atividade de trânsito por seus agentes são esquematizadas conforme as medidas que seguem. As medidas preventivas, que constituem as ações rotineiras e constantes, seja mediante planejamento específico prévio, garantindo a observância e obediência às normas de trânsito com o objetivo de garantir a segurança no trânsito, preservando a vida e a integridade física das pessoas, desta maneira para que haja o cumprimento destes objetivos é necessário manter a segurança, prevenindo acidentes e garantindo a segurança de pedestres.

As medidas preventivas são garantidas através da ação de presença de agentes de trânsito, da fiscalização e operações de trânsito, feitas por seus agentes. Portanto, as ações preventivas se dão antes do cometimento da infração de trânsito visando garantir que essas infrações, não ocorram, um exemplo, o motociclista que sobe em sua moto, e o agente de trânsito percebe que ele vai sair da moto sem o capacete, equipamento de segurança obrigatório segundo o CTB, o agente de trânsito tem por obrigação advertir o motoqueiro para que ele não cometa a infração de trânsito, porém, esta [infração de trânsito], ainda não ocorreu.

Porém, se o agente de trânsito presenciar o cometimento de uma infração de trânsito, ele não pode simplesmente orientar o infrator, porém, ele tem a obrigação de fazer o auto de infração, isto porque a realização da atuação de trânsito não depende do livre convencimento do agente porque é um ato administrativo vinculado, ou seja, se agente deparar com a infração de trânsito, ele tem por obrigação de fazê-la, não somente orientar o infrator, e a realização do auto de infração por parte do agente pode resultar no crime de prevaricação conforme artigo 319 do Código Penal.

“Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

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

O simples fato do agente munido do dever de fiscalizar deixar de fazer a autuação de trânsito por exemplo quando ele em relação ao infrator um sentimento de pena pelo fato do condutor do veículo ser por exemplo “uma pessoa mais simples” poderá ele responder pelo crime acima descrito.

Uma forma da aplicação de medidas preventivas é a presença do agente posicionado ostensivamente, reconhecido de longe pelo cidadão pelo veículo caracterizado, e pelo uniforme que o agente está vestido, exemplo a presença de policiais militares e agentes da companhia de engenharia de tráfego estacionados em vias e cruzamentos ou mesmo, estes, [agentes de trânsito], em patrulhamento ostensivo a pé ou com veículos.

As medidas repressivas, essas medidas ocorrem por exemplo quando há o cometimento da infração de trânsito, e como elencado no parágrafo anterior, a partir do momento em que o agente de trânsito presencia o cometimento de uma infração de trânsito ele não pode se omitir, incorrendo em crime, previsto na lei penal. Quando constata a infração de trânsito, deverão ser adotadas medidas administrativas cabíveis, bem se houver o concomitantemente a prática de infrações penais, essas deverão ser adotadas.

Um exemplo é o condutor que ao perceber a presença de uma viatura da Polícia Militar se evade dos policiais não permitindo a sua abordagem por parte dos policiais militares. Digamos que ocorra um acompanhamento por parte dos Policiais Militares na tentativa de averiguar o suspeito que corre para não ser fiscalizado pelos agentes do Estado, se durante este acompanhamento o suspeito com seu veículo colocar em risco pedestres, ciclistas ou motociclista, com manobras perigosas não respeitando sinalizações ou placas, poderá ocorrer aí no acompanhamento infrações distintas. Neste caso específico, o condutor do veículo que evadiu da viatura da Polícia Militar incorre na prática dos artigos.

Na infração de trânsito prevista no CTB:

Art. 195 (CTB). Desobedecer às ordens emanadas da autoridade competente de trânsito ou de seus agentes:

Infração – grave;

Penalidade – multa.

Do crime de trânsito previsto no CTB

Art. 311 (CTB). Trafegar em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e

desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano:

Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

A aplicação da infração de trânsito não constitui penalidade nem medida administrativa, é um ato administrativo que tem por objetivo comunicar uma infração à legislação de trânsito à autoridade de trânsito, cabendo a autoridade após a análise deste documento [autuação] verificar se vai aplicar a sanção correspondente. A autuação deve ser aplicada, com serenidade e urbanidade, buscando atingir o caráter educativo de fiscalização, de autuação e de aplicação das medidas coercitivas, a orientação deve ser no sentido de conduzir o infrator a uma postura correta e adequada, de maneira que o condutor autuado possa respeitar o uso das vias terrestres abertas à circulação pública. Portanto, a aplicação da autuação, conseqüentemente das respectivas medidas administrativas não tem por objetivo punir o infrator, que desrespeita as normas vigentes no CTB, pelo contrário, estas [autuação e medidas administrativas] são aplicadas com o caráter educativo e preventivo, de forma que o condutor que for surpreendido na prática de qualquer irregularidade, desrespeito as normas de trânsito, não venha cometê-las novamente.

As normas de trânsito, ou mais especificadamente o Código de Trânsito Brasileiro, é uma legislação moderna, considerada uma das mais completas do mundo, e a aplicação do CTB, juntamente com as resoluções, deliberações, portarias do CONTRAN, DETRAN garantem, quando cumpridos fielmente a segurança pública, a salubridade pública e a saúde pública, não somente aos pedestres e usuários das vias de circulação terrestres, abertas à circulação, mas para a sociedade como um todo.

Por exemplo, quando um Policial Militar aborda um veículo e após a vistoria e consulta de documentos constata que o veículo está com seu licenciamento anual atrasado, o Policial Militar fará comunicar à infração em um auto de infração de trânsito e o CTB prevê neste caso, como medida administrativa, a remoção do veículo ao pátio permissionário. A autuação será encaminhada à autoridade de trânsito, o chefe do DETRAN (no caso de São Paulo capital) e CIRETRANS (interior do Estado de São Paulo), e este por sua aplicara ou não a multa e a recolha do veículo após análise da autuação.

As medidas administrativas são atos administrativos, de natureza restritiva, vinculados, cuja finalidade precípua são, na maior parte dos casos, servir de instrumento para tornar viável a aplicação de uma penalidade de trânsito (caracteres instrumental e acessórios), para promover o saneamento de uma irregularidade constatada pela fiscalização, bem como eliminar fato que possa constituir interferência à livre circulação

ou fator de diminuição da segurança viária; não se confundem com as penalidades de trânsito, até porque têm, com estas, como já visto, uma relação de meio-e-fim (servem, muitas vezes, como meio para garantir um fim, que é a aplicação da penalidade). Tais medidas, diversamente do que ocorre em relação às penalidades de trânsito só podem ser aplicadas por autoridade de trânsito podem ser aplicadas não só pelas autoridades de trânsito, como podem ser aplicadas pelos agentes da autoridades de trânsito.

São as medidas administrativas previstas no código de trânsito brasileiro, retenção do veículo, remoção do veículo; recolha do Certificado de Licenciamento Anual (CLA); recolha do Certificado de Registro do Veículo (CRV); recolha da Carteira Nacional de Habilitação (CNH); recolha da Permissão para Dirigir; transbordo do excesso de carga; realização de teste de dosagem alcoolemia, perícia de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica; recolhimento de animais soltos; realização de exames de aptidão física, mental, de legislação, de prática de primeiros socorros e de direção veicular.

As medidas administrativas devem obedecer aos princípios que regem a Administração Pública e, portanto, só podem ser aplicadas quando, para a infração cometida, haja previsão no CTB. Para que seja aplicada as infrações de trânsito devem ser observados os procedimentos operacionais em cada caso específico, por exemplo, conduzir veículo sob influência de álcool, ou seja, com dosagem acima da permitida pelo dispositivo legal, conforme o artigo 165 do CTB.

"Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:(Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

Infração - gravíssima;(Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12

(doze) meses;(Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação. (Redação dada pela

Lei nº 11.705, de 2008)

Parágrafo único. A embriaguez também poderá ser apurada na forma do art. 277 ".

O dispositivo legal [CTB] prevê como medida administrativa, a retenção do veículo até que seja apresentado um condutor habilitado que esteja em condições de dirigir, não estando este condutor, principalmente, sob influência de álcool, caso o infrator não apresente um condutor habilitado que esteja em condições, o agente de trânsito, responsável pela abordagem e aplicação da autuação deverá realizar a remoção do veículo até o pátio permissionário, lavrando o auto de recolha do respectivo veículo.

Com relação as medidas administrativas, são obrigatórias a aplicação destas, quando previstas no texto legal [CTB], para a infração constatada, somente não será aplicada a medida administrativa, se não houver previsão, ou se, quando houver a previsão desta, ocorrer absoluta impossibilidade de execução, devendo estar tudo devidamente fundamentada. Porém, a lavratura do auto de infração deverá ser feito pela agente, mesmo quando observado o item acima exposto, em caso que por um caso fortuito, devidamente e legalmente justificado pelo agente, não for aplicada a medida administrativa, havendo o cometimento da infração de trânsito pelo condutor, este agente deverá realizar a lavratura do auto de infração, comunicando à autoridade de trânsito a desobediência as normas de trânsito.

Portanto, só para concluirmos, há casos em que o Código de Trânsito prevê penalidade e medida administrativas, há outros casos que não, o código prevê somente a penalidade. Um exemplo é o artigo 166 do Código de trânsito Brasileiro este por sua vez prevê somente a penalidade, como podemos observar abaixo, que é a aplicação da multa pela autoridade de trânsito, se o agente de trânsito, realizar uma abordagem a um condutor que esteja nas condições referidas no dispositivo legal abaixo citado, ele lavrará o auto de infração comunicando à autoridade de transito a irregularidade, e este por sua vez analisará aquele auto de infração e verificará se aplicara ou não a multa no condutor [infrator].

“Art. 166. Confiar ou entregar a direção de veículo a pessoa que, mesmo habilitada, por seu estado físico ou psíquico, não estiver em condições de dirigi-lo com segurança: Infração - gravíssima;

Penalidade – multa”. Porém, existem artigos no Código de Trânsito Brasileiro que colocam, além da penalidade, também a medida administrativa, por exemplo o artigo 168 do Código de Trânsito Brasileiro:

“Art. 168. Transportar crianças em veículo automotor sem observância das normas de segurança especiais estabelecidas neste Código: Infração - gravíssima;

Penalidade - multa; Medida administrativa - retenção do veículo até que a irregularidade seja sanada.

Um exemplo são as “famosas cadeirinhas”, digamos que um agente de trânsito na realização da fiscalização de veículos depare com um veículo e o condutor esteja transportando uma criança de 3 anos de idade, que deveria estar sendo transportada em uma cadeira para criança no banco traseiro, no banco da frente do veículo desrespeitando a normas vigentes no Código de trânsito Brasileiro, o agente além da lavratura do auto de infração de trânsito, deverá neste caso se o condutor do veículo não sanar a irregularidade no local, ou seja, providenciar a cadeirinha, o agente deverá recolher o CLA (certificado de licenciamento anual) ou o CRLV (certificado de registro e licenciamento do veículo), encaminhando posteriormente a autuação e o certificado de recolha com o respectivo documento ao DETRAN se for na capital paulista) ou CIRETRAN (no interior do Estado).

2. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO E AS RESOLUÇÕES DO CONTRAN

O atual Código de Trânsito Brasileiro revogou o antigo Código Nacional de Trânsito, porém várias foram as leis que alteraram o Código de Trânsito Brasileiro. O Código de Trânsito Brasileiro costuma ser modificado por diversas resoluções, porém não deveria ser assim, as resoluções somente deveriam completar a legislação e não alterá-la.

Porém, há muitos casos em que as Resoluções do CONTRAN modificam, literalmente o CTB. O Código de trânsito Brasileiro, é regido por diversos princípios, entre eles citamos o principal que é o princípio de proteção prioritária a vida, conforme especifica os artigos 1º, §5º e artigo 269, § 1º do Código de Trânsito Brasileiro.

“Art. 1º O trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação, rege-se por este Código. § 5º Os órgãos e entidades de trânsito pertencentes ao Sistema Nacional de Trânsito darão prioridade em suas ações à defesa da vida, nela incluída a preservação da saúde e do meio-ambiente.”

“Art. 269. A autoridade de trânsito ou seus agentes, na esfera das competências estabelecidas neste Código e dentro de sua circunscrição, deverá adotar as seguintes medidas administrativas: § 1º A ordem, o consentimento, a fiscalização, as medidas administrativas e coercitivas adotadas pelas autoridades de trânsito e seus agentes terão por objetivo prioritário a proteção à vida e à incolumidade física da pessoa.” Portanto, o Código de Trânsito Brasileiro, não visa arrecadação de fundos para o estado ou nem punição de condutores que cometem infrações de trânsito, visa sim

garantir a integridade física do cidadão. O artigo 1º, § 1º do CTB, conceitua o que é trânsito portanto, trânsito, segundo o Código de Trânsito Brasileiro é: Art 1º, § 1º do CTB: “Considera-se trânsito a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga”.

Ou seja a simples utilização das vias de circulação sejam elas rurais, ou urbanas já é considerado trânsito. Por exemplo, um carroceiro que transporta objetos para um sítio, na zona rural, de acordo com o CTB, conceitua como trânsito, estando ele sujeito a aplicação do Código de Trânsito Brasileiro. Só lembrando que o CTB, não tem por finalidade punir um condutor que comete uma infração de trânsito, e sim tem por objetivo educá-lo de forma que este[condutor, infrator], não venha a cometer novamente a mesma infração, protegendo assim o bem maior tutelado que é a vida, pois evitando o cometimento de infrações o Código de Trânsito Brasileiro evita a ocorrência de acidentes por usuários das vias de circulação terrestres. O artigo 2º do CTB no seu parágrafo único, dá outras classificações para os locais de aplicação do CTB:

“Art. 2º. São vias terrestres urbanas e rurais as ruas, as avenidas, os logradouros, os caminhos, as passagens, as estradas e as rodovias, que terão seu uso regulamentado pelo órgão ou entidade com circunscrição sobre elas, de acordo com as peculiaridades locais e as circunstâncias especiais. Parágrafo único. Para os efeitos deste Código, são consideradas vias terrestres as praias abertas à circulação pública e as vias internas pertencentes aos condomínios constituídos por unidades autônomas.”

De acordo com o código qualquer lugar onde tenha via terrestre, aplica-se o CTB, um exemplo, os condomínios fechados, aqueles condomínios autônomos, também estão sujeitos ao CTB, complementando, condomínios autônomos são aqueles formados por casas, os condomínios verticais, pois há vias abertas nestes condomínios. Para efeitos do Código de trânsito Brasileiro, não são considerados vias terrestres, pátios internos de quartéis (pois estes estão sujeitos a legislações próprias), os estabelecimentos comerciais, como estacionamento de shopping centers, supermercados e outros, postos de gasolinas. O outros estabelecimentos que não são considerados “de livre acesso”, aqueles que por qualquer motivo podem ser fechados não permitindo a entrada de pessoas.

2.1.1. COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS O art. 61 da Lei nº. 9099/95

A Lei 9.099/95 diz que os Juizados Especiais Criminais são competentes para os delitos de menor potencial ofensivo, assim considerados aqueles cuja pena máxima não seja superior a um ano. Assim, o homicídio de trânsito continua excluído da competência dos Juizados Especiais, pois sua pena máxima é de 4 anos (pelo CP, eram 3 anos). Quanto ao crime de lesão corporal culposa no trânsito, a pena máxima passou de 1 para 2 anos, logo também ficou excluído da competência dos Juizados. Contudo, o Art. 291, parágrafo único, do CTB admitiu, em enumeração exaustiva, que se lhe aplicassem alguns institutos típicos dos Juizados Especiais, previstos em três artigos da Lei nº. 9.099/95. São eles: arts. 74 (composição dos danos civis), 76 (transação penal) e 88 (ação penal pública condicionada a representação do ofendido)

3. ALGUNS CRIMES DE TRÂNSITO EM ESPÉCIE

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:

Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de um terço à metade, se o agente:

- não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação;
- praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada;
- deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente;
- no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros.

O Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº. 9.503, de 23 de setembro de 1997) inovou no sistema penal brasileiro, ao trazer uma seção que enumera os crimes de trânsito em espécie (Arts. 302 a 312). Destes novos tipos penais, destacam-se dois, por se tratarem de importantes crimes já capitulados no Código Penal, mas agora qualificados pela nota específica de serem cometidos "na direção de veículo automotor". São eles o homicídio culposo (Art. 302) e a lesão corporal culposa (Art. 303).

Com isso, o legislador dividiu o homicídio culposo em dois tipos distintos, um primitivo e outro dele derivado, cada qual com pena própria: o homicídio culposo "normal" (CP, art. 121, §§3º a 5º) e uma nova espécie de homicídio culposo, qualificado por ser praticado "na direção de veículo automotor" (CTB, art. 302). O mesmo ocorreu com o delito de lesão corporal culposa, que passou a ter um tipo "normal" (CP, art. 129, §6º) e um novo tipo qualificado (CTB, art. 303).

O conceito de veículo automotor é dado pelo Anexo I do CTB: "Todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículos utilizados para o transporte de pessoas e coisas". Não se incluem neste conceito os veículos de propulsão humana (bicicletas, patinetes) e animal (carroças, animais), bem como os que não utilizam vias terrestres (embarcações em geral, aeronaves).

As novas regras não são aplicáveis a qualquer delito ocorrido no trânsito, mas tão somente para os cometidos "na direção de veículo automotor". Assim, se um pedestre ou ciclista provoque um acidente de trânsito, no qual um motociclista saia gravemente ferido, o agente responde pelas penas do CP, e não do CTB (1).

Ambos os casos de homicídio culposo têm o mesmo objeto jurídico (a vida humana), o mesmo tipo objetivo (matar alguém) e o mesmo tipo subjetivo (culpa). A diferença reside somente no fato de que o homicídio culposo do CBT possui um elemento normativo, especializante de modo ("na direção de veículo automotor") que, por força do princípio da especialidade, prevalece caso o fato típico ocorra nestas circunstâncias. Enquanto isso, o homicídio do CP permanece como tipo penal de forma livre. Algo semelhante ocorre com o delito de lesão corporal, em que ambos os casos o objeto jurídico é a incolumidade física.

3.2 LESÃO CORPORAL CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR

Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor:

Penas - detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena de um terço à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do parágrafo único do artigo anterior.

Aspecto criticado e polêmico da incriminação da lesão corporal culposa de trânsito é acerca da dosimetria de sua pena *in abstracto* porque ela acaba ultrapassando a pena da lesão corporal simples praticada com dolo prevista no Código Penal. Logo, poderíamos ter a incongruência de que o condutor afirme ter praticado a lesão "dolosamente" apenas para submeter a uma pena mais branda. A redação do tipo também deixa a desejar, valendo os comentários que fizemos a respeito do crime de homicídio. De acordo com o Art. 88 da Lei n.º 9.099/95, esse crime depende de representação do ofendido, independentemente da gravidade das lesões causadas na vítimas. Por fim, a Lei n.º 10.259/01 modificou o conceito de infração de menor potencial ofensivo, hipótese que abarcou o crime do Art. 303 que passa a ser de competência do Juizado Especial Criminal.

3.3. DA EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

"Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008) Regulamento.

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008).

A Lei 11.705/08 conferiu nova redação ao artigo 306, CTB, que prevê o crime de embriaguez ao volante. Doravante a lei considera como crime a simples conduta de conduzir veículo automotor, na via pública, em duas situações:

- a) Estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas;
- b) Estando sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

A antiga redação do dispositivo também falava em condução de "veículo automotor, na via pública". Nesse aspecto não houve mudança. A definição de "veículo automotor" segue sendo localizada no Anexo I, intitulado "Dos conceitos e das definições". Também o ambiente da conduta deve ser as "vias públicas", de forma que se a direção

embriagada acontece em local particular, sem nem mesmo acesso ao público, não se configura a infração. Uma primeira alteração relevante se passa na situação de embriaguez por álcool. Antes a lei incriminava a direção "sob influência de álcool", sem determinar um grau específico de concentração de álcool no sangue. Agora, quando da ebriedade por álcool, exige a lei, para que o crime se perfeça, a comprovação de ao menos 6 decigramas de álcool por litro de sangue, ocasionando perigo na condução de veículos automotores.

Não obstante, o quadro se modifica drasticamente após a Lei 11.705/08, pois que, no caso do álcool, não faz mais menção à simples "influência" como outrora. Exige agora a lei, para a comprovação da ebriedade, a constatação de uma determinada concentração de álcool por litro de sangue (0,6 g/l).

Hoje não resta dúvida de que somente a comprovação da referida concentração por meio de exames periciais e testes legalmente previstos ensejará a responsabilização criminal.

É importante perceber que a questão do motorista sob efeito de álcool tem distinto tratamento no âmbito administrativo e no penal. Na seara administrativa o legislador é mais rigoroso, impondo uma tolerância menor na concentração de álcool por litro de sangue, ensejando assim a infração ao artigo 165, CTB pelo motorista (vide art. 276, CTB e art. 1º do Decreto 6488/08). Eventuais margens de tolerância e os casos especiais em que sejam admitidas estão por ser definidas pelo Contran e pelo Ministério da Saúde, sendo que, provisoriamente, acata-se uma margem de tolerância para todos os casos da ordem de 0,2g/l (vide art. 1º, §§ 1º a 3º, do Decreto 6488/08).

Já no campo penal somente configura crime a conduta daquele que dirige sob efeito de álcool, mas com a concentração de 0,6 g/l de sangue ou mais.

Para a comprovação de infração ao artigo 306 do CTB, devido ao álcool, mister se faz atualmente o exame químico – toxicológico de sangue e/ou o teste por aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), ou seja, exames e testes que determinam com segurança a taxa de alcoolemia, cujas respectivas equivalências estão definidas no artigo 206, 2º, I e II, do Decreto 6488/08, nos termos do artigo 306, Parágrafo Único, CTB.

CONCLUSÃO

A maioria das infrações estão relacionadas, basicamente, ao desrespeito à sinalização e ao estacionamento inadequado, com grande prejuízo para a fluidez e para a segurança do trânsito. Além destes, outros comportamentos inadequados são também muito comuns e geram problemas de trânsito. Pesquisando e estudando os problemas a serem eliminados, existem muitos trabalhos desenvolvidos por diversos órgãos, entre eles

Denatran, Contran, Detran, Polícia Militar, Polícia Civil, CETs e outros no sentido de conscientizar a população da necessidade de adquirir e aperfeiçoar comportamentos adequados.

O objetivo principal de todo trabalho desenvolvido é melhorar as condições de segurança e conforto para o elemento principal do trânsito, ou seja o homem. Tanto o pedestre como o motorista, amador ou profissional, necessita conduzir-se em segurança. Entretanto, nenhum trabalho desenvolvido encontra resultado positivo, se não existir um esforço de cada um de nós, no sentido de compreender os objetivos e mudar de atitudes incorretas e imprudentes, para outras, mais conscientes e adequadas.

O resultado do esforço de cada indivíduo será, sem dúvida, a melhoria do trânsito como um todo, bem como uma maior segurança para motoristas e fluidez. Somente com um elevado espírito de respeito à própria vida e à dos semelhantes, expressado através de atitudes conscientes de respeito à sinalização, prudência ao se conduzir, tanto na condição de pedestre, como na de motorista, chegar-se-á a um benefício maior, para todos, e à solução dos grandes problemas do trânsito. Para haver uma preparação de comportamentos e atitudes adequadas ao trânsito é preciso conhecê-lo integralmente; conhecer a legislação. Conhecer seus elementos e a interdependência entre eles. É preciso, antes de mais nada, entender o trânsito.

O trânsito da cidade grande, o trânsito de qualquer cidade, seus elementos: a via, o veículo e o homem, a via criada para o veículo que o homem utiliza e do qual necessita. A via varia de características: estreita ou larga, para maior ou menor velocidade. Cada via é sinalizada de acordo com suas características e utilização, a fim de garantir a segurança de seus usuários. A sinalização deve, portanto, ser entendida e respeitada, de modo a oferecer segurança e tranquilidade para todos. Entretanto, a sinalização não garante, por si só, a segurança necessária ao trânsito, pois outros aspectos influem para que esta seja maior ou menor, como por exemplo as condições do tempo.

A chuva, que torna as pistas escorregadias, propiciando derrapagens e dificultando frenagens. A neblina, que prejudica a visibilidade de pedestres, de veículos e da sinalização, facilitando a ocorrência de acidentes de tipos variados. Considerando estes fatores, o comportamento de cada um deve ser adequado às situações diversas e imprevistas da via. Cuidado, atenção, comportamento responsável, coerente com cada situação, são necessários. A via, em princípio, é estática. Quem a movimenta são os veículos e pedestres. O Veículo Grande, pequeno, de passeio ou transporte, mais ou menos veloz, de maior ou menor potência, o veículo, sem nenhuma dúvida, é de grande utilidade.

Encurta distâncias, traz conforto, conduz a todos, facilita a vida. Em princípio traz consigo recursos de segurança determinados por normas internacionais. Todavia, esses

recursos devem ser mantidos, periodicamente, por seus responsáveis. Falhas mecânicas podem ocorrer e causar acidentes, às vezes inesperados e, por vezes, graves ou trágicos. Freios em mau estado, amortecedores gastos, pneus carecas, luzes queimadas são responsáveis por muitos acidentes.

A possibilidade de acidentes aumenta se, aliadas ao mau estado do veículo, adquirem condições menos seguras da via, tais como pistas derrapantes, má visibilidade, ou, ainda, a irresponsabilidade do desrespeito à sinalização. Aqui, deve-se lembrar também que, com relação ao veículo, cada um tem responsabilidade de mantê-lo e utilizá-lo adequadamente. Assim é que, todo condutor deve estar educado para tanto. Em princípio, a via e o veículo formam algo estático, não se movimentam por si só, não trazem perigo e não causam acidentes. Consideradas as características de ambos, respeitados os cuidados e a obediência às suas normas de segurança, são necessários e úteis. Por outro lado, dependendo da forma como são utilizados pelo homem, podem tornar-se perigosos.

O Homem O principal elemento do trânsito, motorista ou pedestre, o homem é o elemento básico do trânsito, o agente do sistema. Responsável pelo seu bom ou mau funcionamento, é o único elemento que raciocina, pensa, decide e age. É o elemento determinante, na maioria das situações. O homem é um ser social e deve estar integrado a adaptado ao funcionamento da sociedade, com seus hábitos, costumes, valores, normas, e regras a obedecer. A sociedade do trânsito.

O trânsito, parte integrante da vida social. Milhares ou milhões de pessoas que vão e vem, porque têm necessidade de locomoção. Pessoas desconhecidas que se cruzam, características por várias diferenças individuais, mas que se igualam pela obrigatoriedade de obedecer às normas, regras e leis determinadas para o bem de todos. Nesse sentido, todos têm seus direitos, mas cada um por si tem o seu dever a cumprir. Sendo o trânsito parte integrante da vida social e considerando que; no nível social o homem deve estar adaptado através de comportamentos adequados; o homem é o agente do sistema trânsito; e a cada dia o índice de acidentes aumenta e se agrava, trazendo consequências mais sérias.

Torna-se necessária uma revisão individual de comportamentos, para uma consciência coletiva do que deve ser incorporado, em termos de postura, na convivência social no trânsito. Assim, como a via e o veículo impõem condições para o seu uso adequado, o homem, como elemento agente, deve possuir requisitos imprescindíveis para conduzir-se no trânsito. Se o pedestre utilizar recursos e respeitar normas de segurança. Se o motorista compreender que vários são os requisitos para uma adequada postura, tais como; habilitação para conduzir veículos; respeito à sinalização de regulamentação e advertência; considerar condições físicas e emocionais próprias, entendendo que a fadiga,

a ingestão de álcool ou remédios e a tensão nervosa prejudicam a habilidade e os reflexos do condutor; agir sempre com prudência e responsabilidade e, mais ainda, em situações adversas e Respeitar os limites de velocidade.

Agir socialmente em relação aos demais veículos e pedestres deve ser uma constante no comportamento de cada um, pois o homem, ainda que considerada sua individualidade, é um ser social. Vivendo em sociedade, é influenciado pelo ambiente em que vive e seu comportamento individual deve se basear não só nos usos, hábitos e costumes pessoais ou grupais, mas, principalmente, nas normas e regras determinadas pela sociedade. O grau de adaptação do indivíduo à sociedade é proporcional à incorporação de comportamentos aceitos e à obediência a normas e regras estabelecidas, de forma a ser preparado para um convívio social adequado.

A medida que cada indivíduo tornase mais socializado, conscientizando-se da importância e necessidade de obedecer a normas e regras determinadas, integra-se melhor à sociedade e esta fica beneficiada por maior equilíbrio. O processo de preparar o indivíduo para o convívio social coerente é a educação, a qual é desencadeada em vários níveis: a família, a escola, os grupos sociais e as autoridades. Consideradas as características de cada um dos níveis em que se processa, a educação visa o bem comum a partir do comportamento individual. Este é o ponto de partida para a determinação de regras e normas sociais e para o estabelecimento de direitos e deveres comuns a todos. Trânsito: decorrência da necessidade de locomoção de todos e, portanto, integrante da vida social. Trânsito: normas e regras a serem obedecidas. Infração de Trânsito: desrespeito às leis estabelecidas. Acidentes: prejuízos morais e materiais, invalidez, mortes, Danos à sociedade. Educação de Trânsito: uma necessidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BASTOS, Athena. Direito Constitucional: o que é, conceitos e noções fundamentais. SAJ ADV, (S.I.) 2019. Disponível em < blog.sajadv.com.br/direito-constitucional/#:~:text=O%20conceito%20de%20Direito%20Constitucional,%2DRevolu%C3%A7%C3%A3o%20Francesa%2C%20em%201791 >. Acesso em: 17 fev. 2022.

GOV.BR. Resoluções – Contran. (S.I.) 2015: Disponível em: < www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/transito/conteudo-denatran/resolucoes-contran3161 > Acesso em 23 nov.2021.

PLANALTO. **Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. (S.I.). (2015?). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503compilado.htm. Acesso em 15 mar. 2022.

DETRAN. Sãopaulo.sp.gov.br. SISTEMA NACIONAL DE TRÂNSITO. (S.I.). (2014?). Disponível em: <www.detran.sp.gov.br/wps/portal/portaldetran/detran/conhecadetran/ef9fc0cd-5b58-48ad-8600-c00bbf11bc5e/!ut/p/z1/jZJbT4NAEIV_DY-ws9w6>. Acesso em 24 abr. 2022.

SARRAFF. Omar Heni. A aplicação de sanções administrativas no Direito de Trânsito.

A multa de trânsito e sua eficácia. (S.I.). 2010, Disponível em: jus.com.br/artigos/18163/a-aplicacao-de-sancoes-administrativas-no-direito-de-transito>. Acesso em 12 jan. 2022

Silva Junior. Edson Miguel. Crimes de trânsito de competência dos Juizados Especiais Criminais. (S.I.). 1998. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/1738/crimes-de-transito-de-competencia-dos-juizados-especiais-criminais> >. Acesso em 15 out.2021.

SISTEMAS POSSESSÓRIOS: UMA ANÁLISE DAS TEORIAS SOBRE A POSSE FORMULADAS POR FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY E RUDOLF VON IHERING

MARIANA AKEL ABRAHÃO:

Acadêmica de Direito na
Universidade Federal do Amazonas.

Resumo: Com o objetivo de se obter melhor compreensão acerca dos sistemas possessórios, o presente trabalho busca fazer uma análise comparativa acerca das teorias possessórias, sendo a base do estudo a diferença entre os sistemas possessórios Subjetivo, formulado por Friedrich Carl von Savigny, e Objetivo, formulado por Rudolf von Ihering. Será feita uma pequena análise histórica do desenvolvimento da posse, então, se passará então a um exame específico de cada teoria, com um estudo acerca de como a posse é enquadrada em ambas as teorias, sua conceituação, a forma como surgiu de acordo com cada autor, bem como a sua natureza jurídica e a diferença em relação a detenção. Por fim, se analisará algumas outras conceituações modernas da posse, que possuem menos destaque em relação a de Savigny e a de Ihering, como a Teoria Social da Posse, defendida por Raymond Saleilles e Antonio Hernandez Gil. A partir desses passos buscar-se-á compreender um pouco melhor acerca do instituto da posse, as principais diferenças entre as teorias que a conceituam, bem como a forma que foi adotada pelos ordenamentos jurídicos.

Palavras-chave: Posse; Sistemas Possessórios; Teoria Subjetiva; Teoria Objetiva; Savigny; Ihering

Abstract: In order to obtain a better understanding of possessory systems, the present work seeks a comparative analysis of possessory theories, being a basis for the study of the difference between the Subjective possessory system, formulated by Friedrich Carl von Savigny, and Objective system, formulated by Rudolf von Ihering. A small historical analysis of the development of possession will be made, then, a specific examination of each theory will be carried out, with a study of how possession is framed in both theories, conceptualization, the way it emerged according to each author, as well as its legal nature and the difference in relation to detention. Finally, some other modern concepts of possession will be analyzed, which are less prominent in relation to Savigny's and Ihering's, such as the Social Theory of Possession, defended by Raymond Saleilles and Antonio Hernandez Gil. From those steps, we will seek to understand a little better about what is

known, such as the main differences between the theories that conceptualize it, as well as the way in which the institute was adopted by legal systems.

Keywords: Possession; Possessory Systems; Subjective Theory; Objective Theory; Savigny; Ihering

3. Introdução:

A posse é a exteriorização da propriedade, fazendo com que o possuidor seja aquele que age como se proprietário fosse exercendo sobre a coisa poderes ostensivos, conservando-a ou defendendo-a. Ao longo da história, diversas foram as formas de se explicar como ocorre a posse, sua caracterização e seu enquadramento nos mais diversos ordenamentos jurídicos existentes. Dentre as explicações acerca de tal fenômeno, existem duas principais conceituações: a noção de Sistema Possessório Subjetivo e a de Sistema Possessório Objetivo, formulado por Friedrich Carl von Savigny e Rudolf von Ihering, respectivamente.

Para Savigny, a posse é entendida como "o poder direto ou imediato que tem a pessoa de dispor fisicamente de um bem com a intenção de tê-lo para si e de defendê-lo contra a intervenção ou agressão de quem quer que seja"⁵⁴. Em sua concepção, dois elementos são essenciais: a noção de *animus domini* e *corpus*. O *animus*, de acordo com Maria Helena Diniz, consistiria na intenção de exercer sobre a coisa o direito de propriedade, enquanto o *corpus* é o elemento material que se traduz no poder físico sobre a coisa ou na mera possibilidade de exercer esse contato, ou melhor, na detenção do bem ou no fato de tê-lo à sua disposição⁵⁵.

Portanto, se verifica que no conceito trazido por Savigny soma-se o elemento da vontade, o *animus*, mais o elemento material, o poder físico sobre a coisa, o *corpus*. Nota-se que ao conceituar posse civil ocorre a conjugação do *animus* e do *corpus*, porém, por trazer o foco ao elemento intencional na caracterização da posse, tal teoria ficou conhecida por "subjetiva".

54 SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Traité de la possession*, § XIV, p. 209 e s.: "Toutes admettent qu'on est en possession d'une chose lorsqu'on a la possibilité, non seulement d'en disposer même physiquement, mais encore de la défendre contre toute action étrangère".

55 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 28o. ed. Saraiva, 2013. v. 4, p. 48.

Com base em tal teoria, figuras como a do Locatário, Comodatário, Depositário, Mandatário ou qualquer outros que por título análogo tiverem poder físico sobre certos bens não são possuidores e sim meros detentores, não gozando de uma proteção direta, assim, se forem turbados no uso e gozo da coisa que está em seu poder, deverão dirigir-se à pessoa que lhes conferiu a detenção, a fim de que esta, como possuidora que é, invoque a proteção possessória⁵⁶.

Já Ihering, entende que para a constituição da posse “basta que a pessoa disponha fisicamente da coisa, ou que tenha a mera possibilidade de exercer esse contato”⁵⁷, ou seja, é dispensado o elemento da vontade, tendo-se, portanto, a acentuação do *corpus*. O *animus* já estaria incluído no *corpus*, indicando o modo como o proprietário age em face do bem de que é possuidor⁵⁸.

Outra característica de tal teoria é que a posse deve ser utilizada economicamente pelo proprietário, ou seja, é essencial o uso econômico ou a destinação socioeconômica do bem, pois qualquer um é capaz de reconhecer a sua posse pela forma econômica em que ela é utilizada. Tendo em vista que só pode se utilizar economicamente de algo que lhe pertence se tiver a posse, para Ihering, a utilização prática pelo proprietário é fundamental para a confirmação da sua posse.

No Brasil, no Código Civil de 2002 o legislador acabou por optar a noção objetiva de Ihering em seu art. 1.196, não conceituando a posse em si, mas o possuidor:

Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Pela redação do artigo, fica claro o posicionamento do legislador, bastando o exercício de um dos atributos do domínio para que a pessoa seja considerada possuidora⁵⁹. Pela conceituação, as figuras do Locatário, Depositário, Usufrutuário e o Comodatário seriam possuidores, e não meros detentores como na Teoria Subjetiva.

⁵⁶ GOMES, Orlando. Direitos reais, 6. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 29 e 37.

⁵⁷ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 10o. ed. São Paulo: Editora Método, v. único, 2020, p. 838.

⁵⁸ DINIZ, Maria Helena, op. cit, p. 52.

⁵⁹ TARTUCE, Flávio, op. cit. p. 838.

Por outro lado, países como Portugal o legislador foi claro ao escolher a noção Subjetiva apresentada por Savigny, no art. 1.251 do Código Civil português:

Art. 1251. Posse é o poder que se manifesta quando alguém atua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real.

Em tal conceituação é notável a caracterização da posse através do *corpus* ("quando alguém atua") e através do *animus* ("por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real"). Logo, quando uma pessoa atua, se há um poder de atuação, um *corpus* correspondente ao direito real, e tem uma intencionalidade específica de que esse poder, correspondente ao exercício do direito real/propriedade.

Para o sistema português, portanto, a posse é a conjugação do *animus* e do *corpus*, em regra. Entretanto, o Código Civil do país prevê algumas exceções a tal regra, é o caso da Parceria Pecuária (art. 1.125º), Comodato (1.133º, nº2), Locação (art. 1.037º) e Depósito (art. 1.188º, nº1).

Por meio do estudo de obras e artigos publicados, o presente trabalho buscará explicitar a noção de posse e as conceituações sobre Sistema Subjeto e Objetivo trazidas por Savigny e Ihering, respectivamente. O objetivo é compreender melhor acerca dos institutos, acentuando suas diferenças e peculiaridades.

É essencial que possamos compreender melhor as noções acerca da posse e suas implicações nos ordenamentos jurídicos, a fim de estabelecer o melhor sistema que se adapte a realidade de cada país, garantindo a efetuação da posse bem como os melhores meios para a sua defesa.

4. O surgimento da posse como instituto jurídico:

A discussão acerca do surgimento da posse ainda é tema controverso na doutrina, pois é difícil definir o momento a partir do qual o ser humano passou a ter a noção do poder de fato sobre determinada coisa. Para Clóvis Bevilacqua, a posse, inclusive, seria um dos institutos mais antigos da humanidade, antecedendo até mesmo a propriedade:

"Como estado de fato, detenção ou utilização das coisas do mundo externo, (a posse) antecedeu, historicamente, à propriedade. [...] Essa posse primitiva teve a sua fase coletivista como a propriedade.

“os tempos primitivos não conheceram nem um sujeito individual do direito, nem uma coisa no sentido moderno da expressão” diz HERMANN POST, *Grubdlagen des Rechts*, p. 332. “Conheceram, apenas, a posse econômica de um bem utilizável, posse coletiva de uma tribo, cuja proteção está no fato de que o seu perturbador provocaria a cessação da paz e a vingança de sangue, se não se dessa a justa compensação”. Depois, com o desenvolvimento intelectual e econômico dos povos, a posse se distinguiu da propriedade, criando-se a relação de direito ao lado da relação de fato, que continuou a subsistir”⁶⁰.

Para muitos autores, a base da ideia moderna de posse teria origem no Direito Romano, momento no qual a posse passou a ser objeto jurídico. Conforme declara Caio Mário da Silva Pereira, o Direito Romano “foi particularmente minucioso ao disciplinar este instituto. Tão cuidadoso que todos os sistemas jurídicos vigentes adotam-no por modelo”⁶¹. A origem da posse em Roma teria se dado em razão do desenvolvimento do império, tendo em vista que foi necessário a concessão à particulares da fruição de áreas destinadas às cidades, a fim de evitar que ficassem improdutivas, conforme ensina Savigny:

“Como as constantes vitórias deram a Roma grandes extensões de terras, resolveu-se conceder aos particulares a fruição das áreas destinadas às cidades, para que não ficassem improdutivas, repartindo-as em pequenas propriedades denominadas possessiones. Essas concessões eram feitas a título precário e tinham natureza diferente da propriedade quiritária. Não podiam, por isso, ser defendidas pela reivindicatio, restrita ao titular da propriedade. Para que não permanecessem indefesas, criou-se um processo especial, inspirado nas formas de defesa da propriedade,

⁶⁰BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil* dos Estados Unidos do Brasil. Vol I. Ed histórica. 1975. In: NETO, Sebastião de Assis et al. *Manual de Direito Civil*.2. Ed. Salvador: Juspodium, 2014, p. 1184.

⁶¹PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, vol. IV, p. 15.

denominado interdito possessório. (Savigny, 1870, p.178 *apud* GONÇALVES, 2014, p. 21)⁶²

Em contrapartida, diferentemente de Savigny, que defende que o conhecimento da posse é anterior aos interditos possessórios, Ihering defende que a posse seria apenas uma decorrência do processo de reivindicação⁶³:

“[...] os interditos possessórios, na sua origem, constituíam incidentes preliminares do processo reivindicatório. Antes que este assumisse forma contenciosa regular em juízo, o pretor podia entregar a posse da coisa litigiosa a qualquer das partes. A contemplada não se eximia, todavia, do ônus de produzir prova de seus direitos. Depois de passar por diversas fases, esse processo preparatório adquiriu independência, desvinculando-se do petitório. (1891, p. 107 *apud* GONÇALVES, 2014, p. 21)⁶⁴

Pode-se notar, portanto, que não há um exato consenso acerca da origem da posse. O direito romano é o que mais próximos temos de informações acerca da formação da posse enquanto um instituto jurídico. Para Manuel Iglesias Cubría⁶⁵, a posse, em Roma, é dividida em três épocas: a pré-clássica, a clássica e a justinianéia, mas, sendo importante ressaltar que o conceito de posse não era imutável. Ao explicar a noção trazida por Cubría, Fachin (1988) explicita que “a partir do momento em que uma regra de conduta passou a se ocupar do fenômeno possessório, já apanhou a relação possessória como uma relação de poder, de senhorio. Essa tradução do fato para o universo jurídico foi incorporada pelo direito romano, e, de certo modo, remanesce até os dias que correm”⁶⁶.

⁶²GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: direito das coisas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 5v, p. 21.

⁶³HILARIO. A Posse como direito fundamental. Monografias. Disponível em <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-posse-como-direito-fundamental.htm#indice> 17.>. Acesso em: 15 de ago. de 2021.

⁶⁴ Ibid., p. 21.

⁶⁵CUBRIA, Manuel Iglesias. Evolución histórica del concepto de posesión, Universidade de Oviedo, Faculdade de Direito, 1955, p. 6 e 7 *apud* FACHIN, Luiz Edson. **A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea**: (Uma Perspectiva da Usucapião Imobiliária Rural). Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 23.

⁶⁶FACHIN, Luiz Edson. **A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea**: (Uma Perspectiva da Usucapião Imobiliária Rural). Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 23.

Cubria ainda explica que o nascimento da posse estaria ligado a determinação de um conteúdo econômico privado, pois era dotado de caráter de exclusividade e de pessoalidade, contrapondo-se aos caracteres de socialidade ou comunidade do uso⁶⁷.

Após os romanos, na Idade Média, foi consagrado a superposição de propriedades diversas incidindo sobre um único bem, e na Revolução Francesa foi instaurado o individualismo e o liberalismo⁶⁸, mas foi o Código Civil napoleônico que a propriedade assumiu forma parecida com a que hoje conhecemos, em seu art. 544, primeira parte: “propriedade é o direito de desfrutar e dispor das coisas da maneira mais absoluta”⁶⁹.

Em relação ao instituto da posse, alguns autores afirmam que a posse teria um “caráter social, assentada num costume anterior ao estado, numa ética de abdicação não impositiva do Estado, com consequências de uma definição moral a respeito desse instituto. Entretanto, apesar dessa ética, poderá ela não ter qualquer efeito de sociabilidade, porém tem seu valor devido ao destacamento do aspecto social”⁷⁰. Por outro lado, alguns autores destacam o seu caráter econômico, onde a posse, por ser anterior a propriedade, teria autonomia.

Portanto, se nota a posse é um dos institutos jurídicos mais antigos da humanidade, em razão disso, é impossível definir o exato momento no qual o ser humano passou a ter sua consciência, no entanto, muitos usam o Direito Romano como ponto de partida para a sua análise, como Savigny e Ihering, conforme será analisado a seguir.

5. A Posse:

A conceituação de posse de igual forma não é fácil, sendo inclusive, “das matérias possessórias, a mais complexa, apresentando algumas dificuldades”⁷¹. Buscando-se conceituar a posse, duas teorias ganharam destaque: a Teoria Subjetiva, formulada por Friedrich Karl von Savigny, e a Teoria Objetiva, de Rudolph von Ihering.

67CUBRIA, Manuel Iglesias, idem.

68FACHIN, Luiz Edson, op. cit, p. 15.

69Ibid., p. 16.

70HILARIO, Idem.

71 AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de direito civil: direito das coisas – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 39.

Para a teoria formulada por Savigny, a posse constituiria a união entre o *animus domini* e o *corpus*, sendo este o “poder físico que uma pessoa tem sobre uma coisa”⁷², excluindo terceiros, e aquele “a intenção de tê-la para si”⁷³. Nesta teoria, tem-se o destaque a intenção do possuidor, por tal razão, de acordo com os autores Marco Aurélio Bezerra de Melo e José Roberto Mello Porto, a exigência desse elemento anímico impede que a posse seja exercida por incapazes e todos aqueles que recebem a posse derivada de uma relação jurídica, como o comodatário, o locatário e o depositário⁷⁴.

Segundo a teoria subjetiva, a posse se distinguiria da detenção pois enquanto a posse somente é exercida mediante a presença do *corpus* e do *animus*, para a detenção bastaria somente a presença do *corpus*, inexistindo por parte do detentor a “vontade” de ter a coisa para si, para isso seria a posse natural, uma das manifestações da detenção. Por outro lado, tem-se a posse propriamente dita, a qual confere ao titular o direito aos interditos possessórios e há também a posse civil, que conduziria ao direito de propriedade por meio da usucapião⁷⁵.

Logo, a figura do *animus* é essencial não só para separar o instituto da posse da detenção, mas também para caracterizar a própria posse, pois esta somente existe quando, além de ter a coisa, se tenha a intenção de ter a coisa para si. De acordo com Edson Fachin, analisando a obra de Matos Peixoto, o *animus* pode também admitir variações:

“1) *animus domini*, vontade concreta ou individual, que é a intenção de ser proprietário; 2) *animus sibi habendi* ou *possidendi*, intenção de deter a coisa no seu próprio interesse; 3) *animus dominantis*, intenção de exercer dominação sobre a coisa; 4) a causal; aqui o *animus* é fixado pela causa da posse, isto é, pelo ato de que se origina; é a vontade abstrata ou típica. E o *animus domini* que caracteriza a posse e a distingue da detenção e corresponde à vontade de possuir a coisa como própria. Não se confunde com a *opinio seu cogitatio domini*, que é a convicção de ser proprietário. O *animus sibi habendi* caracteriza a *possessio naturalis*, embora também exista na posse civil e consiste na vontade de reter a coisa para dela

72 MELO, Marco Aurélio Bezerra de; PORTO, José Roberto Mello. Posse e Usucapião - Direito Material e Direito Processual - 2. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Editora JusPodivm, 2021.p. 19.

73 Idem.

74 Ibid., p. 20

75 Idem.

tirar algum proveito. O *animus dominantes* designa o elemento moral da posse, a vontade de exercer dominação sobre a coisa.”⁷⁶

É igualmente importante destacar que o *corpus* não obriga a necessidade de absoluto contato físico, devendo a coisa estar sob o poder do possuidor, e com isto, este pode exercitar o poder físico exclusivo sobre a coisa. Como assinala o doutrinador Manuel Rodrigues:

“Para Savigny o *corpus* é um elemento físico, material, mas nem rígida nem rigorosamente materialista. A possibilidade física não exige a detenção material.”⁷⁷

Portanto, para a Teoria Subjetiva a aquisição da posse prescinde a existência desses dois elementos, o *corpus* e o *animus*, deixando de haver um deles, a posse deixa de existir⁷⁸. Estes elementos, conforme explicita Manuel Rodrigues, “são autônomos, subsistentes por si próprios; mas que a sua junção é absolutamente necessária para que a posse exista”⁷⁹. Sem o *corpus*, o *animus* é um fenômeno puramente interno, sem o *animus* o *corpus* é mera exterioridade, simples fato material sem significado jurídico⁸⁰.

Em relação ao surgimento do instituto, Savigny adotava a teoria de Niebuhr, pela qual a posse teria surgido em Roma, por meio da repartição das terras conquistadas, sendo anterior aos interditos possessórios, os quais posteriormente passaram a serem tidos como estados de fato protegidos pelo interdito possessório. Para esta teoria, conforme explica Marian Helena Diniz:

76 FACHIN, Luiz Edson, op. cit, p. 29-30.

77 RODRIGUES, Manuel, A posse: estudo de Direito Civil Portugues, Coimbra, Almedina, 1981, p. LX-LXI.

78 RESENDE PINTO, Helena Maria Mouta de. POSSE E USUCAPIÃO: Noções fundamentais e algumas questões controversas. Orientador: Doutora Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim. 2019. Dissertação (Mestrado na área de especialização em Ciências Jurídico-Forenses) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, p. 17.

79 RODRIGUES, Manuel, A posse: estudo de Direito Civil Portugues, Coimbra, Almedina, 1981, p. LVIII, *apud*, RESENDE PINTO, Helena Maria Mouta de. POSSE E USUCAPIÃO: Noções fundamentais e algumas questões controversas. Orientador: Doutora Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim. 2019. Dissertação (Mestrado na área de especialização em Ciências Jurídico-Forenses) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, p.16.

80 TRP, 03-Março-2010 (Filipe Carço), 610/06.2TBPRG.P1.

“Terras essas que eram loteadas, sendo uma parte dos lotes - denominados possessiones - cedida a título precário aos cidadãos e a outra destinada à construção de novas cidades. Como os beneficiários não eram proprietários dessas terras, não podiam lançar mão da ação reivindicatória para defendê-las das invasões. Daí o aparecimento de um processo especial, ou seja, do interdito possessório, destinado a proteger juridicamente aquele estado de fato.”⁸¹

Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro afirmam que, para a teoria desenvolvida por Savigny, a usucapião e a tutela da posse seriam as categorias básicas que serviram à compreensão possessória subjetivista⁸², “culminando na ideia diferenciadora da detenção da posse, a saber, a intenção do possuidor em conservar a coisa para si como se sua fosse”⁸³.

Quanto a natureza jurídica, afirmava que a posse “é um fato quando diz que sua aquisição se funda no fato da apropriação de um bem e é direito quando existem situações ou relações jurídicas que dela emanam”⁸⁴. Para o autor, a posse seria tanto de direito como de fato.

Apesar da posição do autor, a natureza da posse é outra matéria no qual não há consenso para a doutrina, visto que alguns autores afirmam que a posse é mero fato, e não direito, enquanto outros doutrinadores reconhecem a posse como um direito real. Tal questão será melhor abordada posteriormente.

81 DINIZ, Maria Helena, op. cit. p. 46.

82 CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. A posse: perspectivas dogmáticas actuais. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 23 *apud* Bizinoto Soares de Pádua, F., & Macedo de Freitas, A. (2020). ASPECTOS DISTINTIVOS DA POSSE: ORIGENS, CONCEITO E CONTRASTE. Revista Da Faculdade De Direito De São Bernardo Do Campo, 26(2), 20. Recuperado de <https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/1026> - Acesso em 07 de julho de 2022.

83 LÔBO, Paulo. Direito civil: coisas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 35; PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das coisas, pp. 586-591; BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas: vol. I. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 18.

84 SAVIGNY, Friedrich Carl von. Tratado de la Poesión. Granada: Comares, 2005, p. 163-163 *apud* MELO, Marco Aurélio Bezerra de; PORTO, José Roberto Mello, op. cit, p.32-33.

Já a Teoria Objetiva de Ihering diferencia-se pois considera a posse como a exteriorização de um ou alguns dos poderes ínsitos à propriedade⁸⁵, sendo marcada somente pelo elemento do *corpus*, visto que a noção de *animus* estaria contida pelo *corpus*. Como ensina Sílvio de Salvo Venosa:

“Para ele (Ihering), o conceito de *animus* não é nem a apreensão física, nem a possibilidade material de apreensão. O importante é fixar o destino econômico da coisa. O possuidor comporta-se como faria o proprietário. O *animus* está integrado no conceito de *corpus*.”⁸⁶

Logo, para a teoria desenvolvida por Ihering o *corpus* é um elemento fundamental, consistindo no fato de o possuidor se comportar como se fosse proprietário, atribuindo um caráter econômico a posse⁸⁷. Por outro lado, o *animus* não constitui elemento essencial para a existência da relação possessória, mas não deixa de existir, estando ligado ao conceito de *corpus*.

Para esta teoria, não haveria, portanto, diferença entre a vontade do possuidor e do detentor, pois o *animus* não seria o elemento principal que diferenciaria ambos os institutos, o que os diferencia é um elemento normativo objetivo⁸⁸. Neste sentido, ensina Manuel Rodrigues:

“ao contrário de Savigny, para Ihering a posse não é uma detenção qualificada. A detenção é, como exceção, uma posse normativamente desqualificada”⁸⁹

85 MELO, Marco Aurélio Bezerra de; PORTO, José Roberto Mello, op. cit., p. 22.

86 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direitos reais - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. - (Coleção direito civil; v. 5), p. 40.

87 FACHIN, Luiz Edson, op. cit, p. 29.

88 FACHIN, Luiz Edson, op. cit, p. 27.

89 RODRIGUES, Manuel, A posse: estudo de Direito Civil Português, Coimbra, Almedina, 1981, p. LXXVII, *apud*, RESENDE PINTO, Helena Maria Mouta de. POSSE E USUCAPIÃO: Noções fundamentais e algumas questões controversas. Orientador: Doutora Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim. 2019. Dissertação (Mestrado na área de especialização em Ciências Jurídico-Forenses) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, p.19.

A detenção, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves, para Ihering se traduz “no dispositivo legal com referencia a certas relações que preenchem os requisitos da posse e tem a aparência de posse, suprime delas os efeitos possessórios”⁹⁰. A detenção, portanto, é assim pois uma lei impede a existência da posse em determinadas situações, é a causa de aquisição que as diferenciam. Figuras como a do locatário, depositário e comodatário seriam possuidores de acordo com essa teoria podendo, inclusive, utilizar-se dos meios de defesa da posse. Para o Ihering, “alguém seria detentor porque não podia possuir implicava admitir-se que a recusa da posse não decorria da vontade, mas, sim, da norma jurídica que, na hipótese, lhe negava”⁹¹.

Quanto a origem da posse, Ihering se baseou nos textos de Gaius e entendia que a origem do instituto estaria dividida em três fases: “seu começo na casa romana, depois o seu transporte às relações fora da *domus*, relativas ao solo, e, finalmente, às coisas móveis. Na primeira fase ela foi o produto da constituição da família romana; na segunda, do interesse público; e, na terceira, da lógica do pensamento jurídico”⁹². Ihering afirmava que o surgimento da posse era decorrente dos interditos possessórios, que vieram antes.

A propriedade e a posse estariam diretamente ligadas, pois para que a propriedade possa se configurar faz-se necessário que se tenha a posse. Como bem coloca Orlando Gomes, o proprietário que não tem posse fica paralisado quanto à realização econômica de sua propriedade⁹³, logo, a posse é indispensável para poder se explorar economicamente a propriedade. Consequentemente, a propriedade implica no direito à posse do proprietário.

Gomes ainda afirma ser a posse, portanto, um ponto de transição momentânea para a propriedade⁹⁴, pois será a partir dela que ocorrerá o nascimento do direito de propriedade. Não havendo posse, não há como o indivíduo tornar-se proprietário.

O uso econômico da coisa o qual se tem a posse é essencial para a teoria objetivista. Deve-se ter a destinação socioeconômica do bem, pois qualquer pode um reconhecer a sua posse pela forma econômica o qual ela é utilizada, tanto é, que o próprio autor

90 GONCALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 61

91 ALVES, José Carlos Moreira. Posse, vol. 1: evolução histórica. 1997. p. 225.

92 AZEVEDO, Álvaro Villaça, op. cit., p. 38.

93 GOMES, Orlando, 1909-1988. Direitos Reais - 21a ed. rev. e atual. / por Luiz Edson Fachin. - Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 34

94 Idem.

exemplifica afirmando que “se encontrarmos num bosque um feixe de lenha devidamente amarrado, está evidente, devido à situação da própria coisa, que ele está sob a posse de alguém e que não podemos nos apossar dele sem cometermos um furto; diferentemente ocorre, se nos depararmos com um maco de cigarros tombado, que denuncia abandono ou perda porque não é ali o seu lugar adequado, onde cumpre sua destinação econômica”⁹⁵.

A importante ligação entre posse e propriedade implica em outra característica marcante de tal teoria: o fato de o possuidor ter direito aos meios de defesa da posse justamente por essa ser uma manifestação da propriedade. Ihering resume seu pensamento afirmando que “a proteção da posse, como exterioridade da propriedade, é um complemento necessário da proteção da propriedade, uma facilidade de prova em favor do proprietário, que necessariamente aproveita também ao não proprietário”⁹⁶.

A defesa da posse se fundamenta não na posse em si, mas no fato de, ao se proteger a posse, se facilita a proteção da propriedade, por isso, para esta teoria, é essencial que o ordenamento jurídico garanta meios de defesa a aquele que se utiliza da coisa, explorando-a economicamente, como se dela tivesse propriedade. Essa proteção da posse, inclusive, também facilita a defesa da propriedade pois o usuário não precisará apresentar prova do domínio e poderá garantir a proteção da coisa.

Quanto a natureza jurídica, para Ihering a posse é um direito pois os direitos são os interesses juridicamente protegidos e, por o autor reconhecer que se deve proteger a posse, necessariamente se reconhece o caráter de direito à posse. No entanto, conforme mencionado, a natureza da posse não é matéria a qual se tem um consenso na doutrina, sendo necessário uma análise mais aprofundada.

5.1 A Natureza Jurídica da Posse:

Como mencionado, para Savigny a posse seria tanto de direito, em relação aos seus efeitos, como de fato, em relação a sua essência. Sobre esta concepção, destaca-se o entendimento de Marco Aurélio Bezerra de Melo e de José Roberto Mello Porto, os quais afirmam “no nosso modo de ver continuam atuais as lições de Savigny ao dizer que a posse

⁹⁵ DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 51

⁹⁶ MELO, Marco Aurélio Bezerra de; PORTO, José Roberto Mello, op. cit, p. 23

é um fato quando diz que a sua aquisição se funda no fato da apropriação de um bem e é direito quando existem situações ou relações jurídicas que dela emanam (...)"⁹⁷.

Sobre essa corrente, ainda explica Maria Helena Diniz:

"Para essa concepção, considerada em si mesma (em sua essência) ela seria um fato e quanto aos efeitos por ela produzidos - a usucapião e os interditos um direito, incluindo-se, devido a sua dupla natureza, no rol dos direitos pessoais, porque para essa escola subjetivista os interditos possessórios pertencem à teoria das obrigações, com ações *ex delicto*, que têm por fundamento a posse que é, por sua vez, condição necessária para a existência das mencionadas ações."⁹⁸

A autora também fala menciona a existência da corrente que afirma a posse ser apenas um fato, defendida por nomes como Pandette Windscheid, Van Wetter, Bonfante e outros, e da corrente defendida por Ihering, o qual entende a posse ser um direito.

Contrariando a noção defendida por Savigny, a noção de Ihering sobre a natureza jurídica da posse é ser somente um direito. Nas palavras do autor da teoria objetiva, a posse faz jus a atribuição de direito por ter sido um "interesse que reclama proteção e é digno de obtê-la; e todo o interesse que a lei protege deve receber do jurista o nome de direito, considerando-se como instituição jurídica o conjunto dos princípios que a ele se referem. A posse, como relação da pessoa com a coisa, é um direito; como parte do sistema jurídico, é uma instituição de direito"⁹⁹.

Em razão da proteção conferida por lei é que se atribui a possibilidade de se ingressar com ações perante do Poder Judiciário para proteger o seu direito, por esta razão, Ihering ponderava a posse ser um direito. Tal fato está diretamente ligado a concepção do autor de considerar a posse como manifestação da propriedade.

Na doutrina brasileira, Clóvis Beviláqua entende que a posse é estado de fato protegido pela lei em atenção à propriedade, de que constitui manifestação exterior; isto porque, na sua opinião, não se pode considerar a posse como um direito real, uma vez que

⁹⁷ MELO, Marco Aurélio Bezerra de; PORTO, José Roberto Mello, op. cit p. 32-33.

⁹⁸ DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 65.

⁹⁹ Jhering, Rudolf von. Teoria Simplificada da Posse. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. 1ª ed. Campinas: Russell Editores, 2005. p. 46.

ela não figura na enumeração do art. 1.225 do Código Civil, que é taxativa em virtude do *numerus clausus*¹⁰⁰. Da mesma forma entende Sílvio Rodrigues, que nega a característica da posse como um direito, também argumentando a ausência da posse na enumeração do art. 1.225, não se tratando, portanto, de um direito e muito menos de um direito real.

Maria Helena Diniz entende a posse ser um direito real, visto que é um desmembramento da propriedade. A autora faz uma análise utilizando-se o princípio de que o acessório segue o principal, sendo a propriedade o principal e a posse o acessório, imputando ser correta a adoção do legislador brasileiro da teoria objetiva posto que se não haver propriedade sem posse, dar-se proteção a posse é, indiretamente, proteger a propriedade, e se esta é um direito real, a posse, conseqüentemente, também acaba por ser¹⁰¹.

A natureza jurídica da posse também é tema controvertido em outros ordenamentos jurídicos. Para a doutrina portuguesa, a autora Vanessa Filipa Barata Gonçalves, em sua dissertação de mestrado, destaca que a natureza da posse também é matéria controvertida entre os doutrinadores. Segundo a autora:

É ainda importante de referir que a posse é qualificada como um direito para uns e como uma situação de facto juridicamente relevante para outros. A maior parte da doutrina, como Oliveira Ascensão, Carvalho Fernandes, Menezes Cordeiro, entre outros, entendem que a posse é um direito subjectivo, contudo, apesar de esta ser a tese defendida pela maior parte da doutrina, a jurisprudencia tem-se verificado mais no sentido oposto, segundo o qual a posse é uma situação de facto juridicamente relevante.”¹⁰²

O doutrinador Orlando de Carvalho afirma que a posse é “meramente uma situação de facto juridicamente relevante, mas não é um direito (...) [não obstante,] ao mesmo

100 DINIZ, Maria Helena, op. cit, p. 66

101 DINIZ, Maria Helena, op. cit, p. 67.

102 GONÇALVES, Vanessa Filipa Barata. COEXISTÊNCIA ENTRE O REGISTO PREDIAL E A USUCAPIÃO NO ARTIGO 5o DO CÓDIGO DE REGISTO PREDIAL. 2018. Dissertação (Bolonha em Ciências Jurídico-Forenses) - Universidade de Lisboa, [S. I.], 2018. p. 29.

tempo que é um antídireito [representa] como que a sombra do direito e uma espécie de gérmen fecundante do mesmo direito”¹⁰³.

Por outro lado, Henrique Mesquita diz que a natureza jurídica da posse é de um fato que “é recebido pelo direito que lhe atribui diversos efeitos, independentemente de qualquer indagação sobre a existência, na titularidade do possuidor, do direito real correspondente aos poderes por este exercidos sobre certa coisa”. O autor complementa ainda afirmando que a posse “(...) pode ser defendida contra actos de turbação ou esbulho mesmo que provenham do titular do direito real possuído (...)”, e que por isso traduz-se num direito subjetivo de natureza real¹⁰⁴.

Murillo Magalhães Carrera destaca que, para o doutrinador Oliveira de Ascensão, após uma análise histórica sobre a posse, a posse “perdeu a natureza de direito real, pois ‘(...) a defesa da posse funda-se em razões relativas: o possuidor só se pode dirigir contra sujeitos em relação aos quais se verifique um vínculo particular’.”¹⁰⁵

Como pode se verificar, a natureza jurídica da posse não é pacífica entre os doutrinadores, não sendo tal discordância exclusiva da doutrina brasileira, se alastrando, também, por outros ordenamentos jurídicos.

6. Noções contemporâneas:

Existem ainda outras teorias sobre a posse, que vão além do trazido por Savigny e Ihering. São as teorias sociológicas da posse, defendida por autores como Silvio Perozzi, Raymond Saleilles, e Hernández Gil.

Perozzi formulou a teoria social da posse, segundo a qual a posse é “caracterizada pelo comportamento passivo dos sujeitos integrantes da coletividade com relação ao fato,

¹⁰³ CARVALHO, Orlando de Direito das coisas (do direito das coisas em geral), Coimbra Editora, 1977, pág. 160.

¹⁰⁴ MESQUITA, M. Henrique, Direitos reais, Coimbra Editora, 1967, pág. 76 *apud* Carrera, M. M. . (2020). A distinção entre a formulação subjetivista e objetivista da posse e qual é a solução adotada pelo código civil português. Revista Jurídica Portucalense, (28), 59–82. Obtido de <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/20861>, p. 67.

¹⁰⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira, Direito Civil - Reais, reimpressão, Coimbra Editora, 2000, pág. 132-133 *apud* Carrera, M. M. op. cit., p. 68.

ou seja, a abstenção de terceiros com referência à posse”¹⁰⁶. Para o autor a posse se configura diante da abstenção de terceiros sobre a coisa, portanto, uma pessoa é possuidora porque, ao tornar aparente que dispõe sobre determinada coisa, terceiros se abstêm de intervir na coisa, por acreditar que aquela pessoa a possui.

Desta forma, verifica-se que, para Perozzi, a posse configura esta “plena disposição de fato sobre a coisa”¹⁰⁷, perante a qual os demais não intervêm.

Saleilles, por outro lado, afirma que o conceito de posse não parte de uma situação jurídica permanente e homogênea¹⁰⁸. Para o autor, a posse passa a existir a partir do momento em que a sociedade atribuiu a determinado sujeito o exercício daquela posse. Inspirado em Ihering, Saleilles ressaltava a importância da apropriação econômica da coisa para o exercício da posse, sendo possuidor aquele que desse a destinação social da coisa. Conforme elucida Marco Aurélio e José Roberto:

“Tal constatação não passou despercebida pela doutrina de Saleilles que, inspirado em Ihering e fazendo críticas à teoria subjetiva de Savigny, defendeu que o *corpus* do direito romano não era propriamente o contato físico com a coisa, mas sim a possibilidade de o possuidor explorar e se apropriar economicamente da coisa colocada à sua disposição, sendo essa a sua legítima pretensão.”¹⁰⁹

Saleilles também segue Ihering no sentido de não considerar necessário a existência do *animus* para a configuração da posse, bastando os elementos objetivos, diferentemente de Savigny. O autor, no entanto, complementa afirmando que para se pleitear a proteção jurídica da posse quando estiver acompanhado da realização de algum objetivo socioeconômico¹¹⁰.

106 GONCALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro volume 5 – 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 55.

107 MOREIRA ALVES, José Carlos. Posse. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. I, p. 240-241 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro volume 5 – 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

108 MELO, Marco Aurélio Bezerra de; PORTO, José Roberto Mello, op. cit, p. 26.

109 Idem.

110 BEVILÁCQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Vol I. Ed histórica. 1975. In: NETO, Sebastião de Assis et al. Manual de Direito Civil. 2. Ed. Salvador: Juspodium, 2014, p. 1187.

Nota-se que o uso econômico da coisa é fato essencial para a teoria defendida por Saleilles, o que demonstra a clara influencia de Ihering nesta teoria, visto que este também destacava o uso econômico da coisa para a configuração da posse.

Já para Hernández Gil também ressaltava o caráter econômico da posse, assim como Saleilles. Conforme ensina Carlos Roberto Gonçalves¹¹¹, para Gil a posse “tem sempre fundidas as suas razões nas mais elementares manifestações da convivência social e, contudo, não se retiraram disso as indispensáveis consequências”. O autor coloca a posse como um fim social, visto que por meio dela pode a sociedade se organizar.

Estas são algumas de outras concepções trazidas sobre a posse, que vão além do que fora ensinado por Savigny e Ihering, no entanto, sem estes últimos, não poderia o debate jurídico da posse ter se desenvolvido, visto que as teorias formuladas pelos autores serviram de base para todo o estudo moderno acerca da posse.

7. Conclusão:

Conforme se verificou no estudo, a posse é um instituto jurídico altamente complexo, estando longe de estar pacífico os debates sobre a matéria. Os autores apresentam os mais diversos entendimentos sobre o instituto, debatendo desde a sua origem, a sua caracterização e natureza jurídica.

Savigny ganhou o primeiro destaque com a Teoria Subjetiva, em que defendia a posse ser a união de dois elementos: o *corpus*, o domínio sobre a coisa em si, e o *animus*, a vontade de possuir a coisa. Para o autor, ausente o elemento anímico não haveria que se falar em posse e sim em detenção, portanto, é notório a relevância da vontade para não só a configuração da posse, mas também para a distinção desta com a detenção.

Ihering, por outro lado, foi crítico da teoria formulada para Savigny. O autor da Teoria Objetiva o *animus* não constituiria um elemento essencial para a existência da posse, bastando o *corpus*, porém, o *animus* não deixa de existir nessa teoria, apenas está ligado ao conceito de *corpus*.

Desta forma, a diferença entre a detenção e a posse, para Ihering, reside na lei, pois é esta quem irá especificar quem seria possuidor e quem seria detentor. O próprio Código

111 GONCALVES, Carlos Roberto, op. cit, p. 56.

Civil pátrio, adepto a teoria objetiva, traz esta distinção, caracterizando o possuir no art. 1.196 e o detentor no art. 1.198.

Além disso, outra característica da Teoria Objetiva, que não está presente na Subjetiva, é a importância dada ao uso econômico da coisa. Ihering destacava que a posse deveria ser caracterizada pela destinação socioeconômica do bem, visto que qualquer um poderia reconhecer a sua posse pela forma econômica a qual ela é utilizada, assim, não seria a vontade de possuir que configuraria a posse, mas sim o domínio da coisa com o seu uso econômico.

Inspirado nesta última concepção da Teoria Objetiva, quanto ao uso econômico da coisa, desenvolveram-se outras teorias acerca da posse, como as teorias sociológicas. Autores como Silvio Perozzi, Raymond Saleilles e Hernández Gil são os principais nomes das teorias sociológicas. Perozzi destacava que a posse passa a se configurar diante da ocorrência da abstenção de terceiros sobre a coisa, de modo que estes, reconhecendo que outra pessoa é possuidora, deixam de intervir na coisa, enquanto Saleilles e Gil ressaltavam a destinação econômica do bem para a configuração da posse.

Se observa, portanto, que os debates sobre a posse estão em constante evolução, ainda atraindo diversos doutrinadores para a discussão. Diante da complexidade desse instituto, a existência desses debates é fundamental para se buscar o melhor conhecimento sobre a posse, de forma que, ao criar as legislações sobre se possa buscar o melhor para a sociedade.

8. Referencias bibliográficas:

ALVIM, Arruda — “A Função Social da Propriedade, os Diversos Tipos de Direito da Propriedade e a Função Social da Posse” in 10 Anos do Código Civil, coord. por Sílvia Venosa, São Paulo, 2012, pp. 568-598.

ALVES, José Carlos Moreira. Posse, vol. 1: evolução histórica. 1997.

ANTUNES, Henrique Sousa — Direitos Reais, Lisboa, 2017.

ARAÚJO, Lima e Roboredo Seara — Direitos Reais, Lisboa, 1980.

ASCENSÃO. José de Oliveira. A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre Propriedade Privada” in XXV Anos da Jurisprudência Constitucional Portuguesa, Coimbra, 2009, pp. 399-417. __. Direito Civil: Reais, 5a ed., Coimbra, 1993.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de direito civil: direito das coisas – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Vol I. Ed histórica. 1975. In: NETO, Sebastião de Assis et al. *Manual de Direito Civil*. 2. Ed. Salvador: Juspodium, 2014.

BONITO, Jorge. O Instituto da Ação Direta na Defesa da Posse no Código Civil Português: algumas notas. **Revista de la Facultad de Derecho**, [s. /], p. 1-32, 2020.

Carrera, M. M. . (2020). A distinção entre a formulação subjetivista e objetivista da posse e qual é a solução adotada pelo código civil português. *Revista Jurídica Portucalense*, (28), 59–82. Obtido de <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/20861>

CARVALHO, Orlando de Direito das coisas (do direito das coisas em geral), Coimbra Editora, 1977

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. Volume 4. Direito das Coisas e Direito Autoral. 6a Edicao. Sao Paulo: Saraiva, 2015.

CORDEIRO, António Menezes. Direitos Reais, Vols. I e II, Lisboa, 1979.

CORDEIRO, António Menezes. Evolução juscientífica e direitos reais, [s. a.].

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. A posse: perspectivas dogmáticas actuais. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 23 *apud* Bizinoto Soares de Pádua, F., & Macedo de Freitas, A. (2020). ASPECTOS DISTINTIVOS DA POSSE: ORIGENS, CONCEITO E CONTRASTE. *Revista Da Faculdade De Direito De São Bernardo Do Campo*, 26(2), 20. Recuperado de <https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/1026> - Acesso em 07 de julho de 2022.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas. 28o. ed. Saraiva, 2013. v. 4.

FACHIN, Luiz Edson. **A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea**: (Uma Perspectiva da Usucapião Imobiliária Rural). Porto Alegre: Fabris, 1988.

GOMES, Orlando. Direitos reais, 6. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1978.

GOMES, Orlando, 1909-1988. Direitos Reais - 21a ed. rev. e atual. / por Luiz Edson Fachin. - Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONCALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquemático. Vol. II. Contratos em Espécie e Direito das coisas. 3a Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONCALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro volume 5 – 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: direito das coisas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 5v.

GONÇALVES, Vanessa Filipa Barata. COEXISTÊNCIA ENTRE O REGISTO PREDIAL E A USUCAPIÃO NO ARTIGO 5o DO CÓDIGO DE REGISTO PREDIAL. 2018. Dissertação (Bolonha em Ciências Jurídico-Forenses) - Universidade de Lisboa, [S. l.], 2018.

HILARIO. A Posse como direito fundamental. Monografias. Disponível em <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-posse-como-direito-fundamental.htm#indice_17>. Acesso em: 15 de ago. de 2021.

LÔBO, Paulo. Direito civil: coisas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 35; PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das coisas, pp. 586-591; BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas: vol. I. Brasília: Senado Federal, 2003

MATIAS, João Luis Nogueira. TUTELA DA PROPRIEDADE E DA POSSE NOS PRIMÓRDIOS DO DIREITO PORTUGUÊS E NAS ORDENAÇÕES. **RIDB**, Ano 2, n 10, p. 8033-8062, 2014.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de; PORTO, José Roberto Mello. Posse e Usucapião - Direito Material e Direito Processual - 2. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. Curso de Direito Civil: Direito das coisas, v. 3. 42a Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Natalia Altieri Santos de; FISCHER, Luly Rodrigues da Cunha. DIREITO FUNDAMENTAL A POSSE. **Revista de Direito Agrário e Agroambiental**, [s. l.], v. 3, ed. 2, p. 62-81, jul/dez. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, vol. IV.

PORTUGAL. Decreto-lei no 47.344, de 25 de novembro de 1966. Código Civil. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/Código+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>. Acesso em: 10 mar. 2021.

RESENDE PINTO, Helena Maria Mouta de. **POSSE E USUCAPIÃO: Noções fundamentais e algumas questões controversas**. Orientador: Doutora Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim. 2019. Dissertação (Mestrado na área de especialização em Ciências Jurídico-Forenses) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019.

RODRIGUES, Manuel, A posse: estudo de Direito Civil Portugues, Coimbra, Almedina, 1981

SAVIGNY, Friedrich Carl von. Traite ´ de la possession, § XIV, p. 209 e s.: "Toutes admettent qu'on est en posses- tion d'une chose lorsqu'on a la possibilite ´, non seulement d'en disposer sai me^me physique- ment, mais encare de la de ´fendre contre toute action e ´trangere".

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 10o. ed. São Paulo: Editora Método, v. único, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direitos reais - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. - (Coleção direito civil; v. 5) .

O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO ÀS ISENÇÕES HETERÔNOMAS COM FOCO EM CONCURSOS PÚBLICOS

JORGE HENRIQUE SOUSA FROTA:
Especialista em Direito Tributário.
Especialista em Direito Constitucional.

RESUMO: O presente artigo trata do princípio da vedação às isenções heterônomas, especificamente como o mesmo vem caindo nas provas de concurso público.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Parâmetros da pesquisa. 3. Fundamentação legal e ilações conceituais do princípio da vedação às isenções heterônomas. 3.1. Competência tributária. 3.2. Pacto federativo. 3.3. Isenção tributária. 4. Desenvolvimento. 5. Conclusão. 6. Anexo do artigo (enunciados corretos). 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Objetivo do artigo em questão é desvendar como esse importante princípio de direito tributário vem sendo cobrado pelas bancas que elaboram os concursos públicos.

Para alcançar o desígnio acima, foram respondidas 10 (dez) questões (número aproximado) dos mais variados concursos (municipais, estaduais e federais) e bancas de concursos (número total de questões achadas sobre o tema).

2. PARÂMETROS DA PESQUISA

Seguem os parâmetros utilizados para a pesquisa, ou seja, o procedimento adotado para o desenvolvimento e conclusão do artigo:

01. As questões foram retiradas do banco de questões portal qconcursos.
02. Data limite para análise das questões foi o mês de maio de 2022.
03. Todas as questões vieram do banco de questões intitulado “questões de concursos públicos”. No total foram 10 questões avaliadas (retirando as anuladas e desatualizadas).
04. No filtro de questões foi marcado apenas o subtópico “4.12. Princípio da vedação às isenções heterônomas”.
05. Foram vistas questões de concursos federais, estaduais e municipais.

06. Questões desatualizadas e anuladas não foram consideradas para fins de enunciados corretos.

07. A questão mais nova data de 2021, a mais antiga de 2008.

3. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL E ILAÇÕES CONCEITUAIS ACERCA DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO ÀS ISENÇÕES HETERÔNOMAS

Antes de adentrar no assunto do artigo, vamos tentar entender o conceito de heteronomia. Para o portal online "significados.com.br"⁰¹ heteronomia:

Significa **dependência, submissão, obediência**. É um sistema de ética segundo o qual as normas de conduta provêm de fora.

A palavra heteronomia é formada do radical grego "*hetero*" que significa "diferente", e "*nomos*" que significa "lei", portanto, é a aceitação de normas que não são nossas, mas que reconhecemos como válidas para orientar a nossa consciência que vai discernir o valor moral de nossos atos.

Para o dicionário "Michaelis"⁰² heteronomia pode ter os seguintes significados:

1 Subordinação ou sujeição à vontade de outrem ou a uma lei exterior imposta.

2 FILOS Sujeição da vontade às leis impostas e determinadas, em vez da sujeição às leis ditadas pela consciência moral, de forma livre e autônoma, segundo o kantismo.

3 BIOL Condição ou qualidade de ser heterônimo.

Para o site "educalingo"⁰³ heteronomia pode ser entendido como:

um conceito criado por Kant para denominar a sujeição do indivíduo à vontade de terceiros ou de uma coletividade. Se opõe assim ao conceito de autonomia onde o ente possui arbítrio e pode expressar sua vontade livremente. É um conceito básico relacionado ao *Estado de Direito*, em que todos devem se submeter à vontade da lei. Se opõe também a anomia que é a ausência de regras.

Para fins didáticos, vamos propor que o conceito de heteronomia é aquilo que vem de fora, que é imposto por outrem ou por outros. Vamos agora

especificamente tratar do assunto do presente trabalho que é conceituar o princípio da vedação às isenções heterônomas para fins de concursos públicos.

O princípio da vedação às isenções heterônomas possui menção expressa na Constituição Federal, especificamente no art. 151, III, vejamos:

Art. 151. É vedado à União:

(...)

III - instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Sobre o tema, dispõe Mauro Lopes⁰⁴ (vedação a isenção heterônomas) de maneira muito didática nos ensina:

Isenção heterônoma – ou heterotópica, como querem alguns – é aquela relacionada a tributo que não seja da competência da entidade federativa que a tenha concedido.

A Carta de 1967, com a redação da EC nº 01/1969, estipulava, em seu art. 19, § 2º, em caráter excepcional, que a União podia conceder isenção de impostos estaduais e municipais, “mediante lei complementar e atendendo ao relevante interesse social ou econômico nacional”.

Como se vê, na vigência da Constituição passada, a União tinha autorização excepcional para conceder isenções de impostos de competência de outros entes (verdadeiras isenções heterônomas, portanto). Com a promulgação da Carta de 1988, essa autorização desapareceu.

Deveras, no art. 151, inciso III, a Constituição atualmente em vigor veda que a União conceda isenção de tributos da competência de Estados, do Distrito Federal ou de Municípios. Ou seja, a Lei Maior definiu, como limitação do poder de tributar, o impedimento à concessão de isenções heterônomas.

A referida vedação possui relação íntima com o pacto federativo proposto no art. 1º da Constituição Federal de 1988 (“a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”), constituindo-se em verdadeira cláusula pétrea. Outra coisa a ser

observada que apesar do art. 151, III da CF dispor que “é vedado à União: instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios”, os Estados membros da mesma forma não podem isentar tributos de competências de seus municípios e vice-versa. Acerca dos temas discriminados, mais uma vez recorreremos aos ensinamentos de Mauro Lopes⁰⁴, *verbis*:

Tributar, isentar, revogar a isenção e voltar a tributar são atividades que só podem ser desempenhadas pela entidade que tenha recebido do Constituinte competência para tanto.

Na verdade, a proibição à concessão de isenção heterônoma está relacionada à estrutura fundamental do pacto federativo, tutelando a autonomia das entidades que compõem a Federação brasileira.

De fato, conceder isenção de tributo alheio seria o mesmo que fazer caridade com o dinheiro do outro, afrontando a autonomia do prejudicado. Isenção constitui **renúncia de receita**. Ora, só quem pode renunciar à receita é o próprio titular dela.

Como se vê, **a Constituição nega à União posição de superioridade hierárquica, no plano tributário, em relação a Estados, Distrito Federal e Municípios.**

Válidas, assim, são apenas as isenções autônomas (ou autonômicas), ou seja, aquelas que **decorram de lei específica da própria da entidade que detêm competência relativamente ao tributo objeto do benefício.**

A vedação à concessão de isenção heterônoma, embora expressamente prevista no art. 151, III da Constituição apenas em relação à União Federal, alcança, à evidência, as demais entidades federativas (Estados, DF e Municípios).

O texto constitucional fez referência expressa apenas à União porque era ela quem, no passado (como visto), concedia benefícios fiscais relacionados a tributos alheios. Trata-se, assim, de norma profilática, a evitar que a União busque resgatar permissão anacrônica, veiculada em texto constitucional superado.

Pode-se afirmar, com isso, não ter sido recepcionada pela Constituição de 1988 a norma do art. 13, parágrafo único, do CTN, que permitia à União conceder isenção de tributos federais, estaduais e municipais para os serviços públicos que conceder.

Sendo verdadeira **expressão da forma federativa de Estado**, a norma do art. 151, inciso III, da CF, que veda a concessão de isenção heterônoma, não poderá ter o seu alcance reduzido por emenda constitucional, que, nesse caso, sequer poderá ser deliberada, diante da previsão contida no art. 60, § 4º, inciso I, da Lei Maior. Trata-se, portanto, de **cláusula pétrea ou imodificável**.

Para que tenhamos uma noção ideal do que foi dito até agora no presente texto, temos que tecer comentários acerca de três institutos que foram mencionados acima, a saber: a) competência tributária; b) pacto federativo; c) isenção tributária;

3.1. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

A competência tributária é a atribuição dada pela Constituição Federal aos entes federativos para instituírem os seus tributos.

Nesse sentido leciona Eduardo Sabbag⁰⁵: “A competência tributária é a habilidade privativa e constitucionalmente atribuída ao ente político para que este, com base na lei – e imprescritivelmente –, proceda à instituição da exação tributária”.

Matéria de concurso: “Segundo a doutrina, é correto afirmar sobre a competência tributária: 01. É a aptidão para criar tributos em abstrato, por meio de lei, com todos os elementos essenciais (hipótese de incidência, sujeito ativo, sujeito passivo, base de cálculo, alíquota). Referida aptidão abrange também, a possibilidade de aumentar, parcelar, diminuir, isentar, modificar e perdoar tributos” **(CAIP-IMES - 2016 - Câmara Municipal de Atibaia - SP - Advogado)**

A competência tributária possui como características 1. facultatividade; 2. indelegabilidade; 3. irrenunciabilidade; 4. incaducabilidade; 5. Inalterabilidade.

Facultatividade dispõe que o exercício do poder de criar tributos da competência dos entes federativos é uma faculdade, e não uma imposição feita pela Constituição Federal. O ente competente por meio de conveniência política, econômica e social, deverá decidir quando da criação de tributo de sua competência (por isso se fala de facultatividade e não obrigatoriedade).

Matéria de concurso: “Um Município poderá optar em não instituir um determinado imposto de sua competência tributária. Dentro dessa situação é correto afirmar que estamos diante do princípio da facultatividade” **(IPAD - 2014 - PGE-PE – Calculista)**

Acerca da indelegabilidade nos informa o art. 7º do Código Tributário Nacional que a “competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra”, o que equivale a dizer que a competência para instituir tributos é privativa do ente político ao qual a Carta Magna outorgou tal atribuição.

Matéria de concurso: “Com relação aos princípios constitucionais, é correto afirmar que pelo princípio da indelegabilidade da competência tributária, o poder de instituir tributos permanece no corpo das prerrogativas constitucionais da pessoa política expressamente indicadas pela Constituição Federal, não podendo essa prerrogativa ser transferida aos outros entes políticos. Todavia, a atribuição para arrecadar ou fiscalizar tributos podem ser repassadas sem que configure ofensa ao princípio da indelegabilidade”. **(PGE-MS - 2014 - PGE-MS - Procurador do Estado)**

A competência tributária é irrenunciável, ou seja, os entes federativos detentores da (respectiva) competência tributária não podem delas abrir mão, não podem renunciá-las. Irrenunciável é aquilo que se não pode renunciar; que não pode ser renunciado; que não se pode abdicar; que não se pode ceder

Por meio da incidência se permite que os entes federativos que sejam detentores da (respectiva) competência tributária venham a criar o tributo a qualquer tempo. Não há prazo para que seja instituída a exação fiscal.

A competência tributária é inalterável. Somente as emendas constitucionais podem alterar a Constituição Federal no intuito de modificar a competência tributária (desde que não atinja as cláusulas pétreas previstas no art. 60, IV da Constituição Federal de 1988).

Importante acerca do tema é distinguir a competência tributária da capacidade tributária ativa.

A capacidade tributária ativa é a capacidade para arrecadar e fiscalizar tributos ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra (art. 7º do CTN).

Diferente da competência tributária, ela pode ser delegada. Essa delegação de atribuição compreenderá as garantias e os privilégios processuais que competem à pessoa jurídica de direito público que a conferir (§1º do art. 7º do CTN).

A atribuição pode ser revogada, a qualquer tempo, por ato unilateral da pessoa jurídica de direito público que a tenha conferido (§2º do art. 7º do CTN)

Exemplo: Concebamos que a União institua o IGF (Imposto sobre Grandes Fortunas) por intermédio de sua competência tributária. Ela, se lhe aprovar, poderá delegar a capacidade tributária ativa para outra pessoa jurídica de Direito Público, que nada mais é do que delegar a arrecadação e fiscalização daquele tributo. Quem possui competência tributária, possui capacidade tributária ativa, mas o contrário não é verdadeiro.

Como informado, a competência tributária é aptidão constitucional que cada ente federativo possui para instituir os seus tributos. Como vimos, a isenção heterônoma versa exatamente acerca da proibição da União e demais entes federativos em isentar tributos que não são de sua competência. Superado o tema da competência tributária, passamos a tratar acerca do pacto federativo.

3.2. PACTO FEDERATIVO OU FEDERALISMO

Dispõe o art. 1º da Constituição Federal que “à República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”.

O Estado federado, federação ou federalismo tem como característica marcante a distribuição de competência entre entes políticos, geralmente nominados de entes federados ou entes da federação.

No Brasil são entes políticos, dotados de competência, inclusive tributária, A União, os Estados Membros, o Distrito Federal e os Municípios, que juntos formam à República Federativa do Brasil.

Antônio Teixeira Leite⁰⁶, ao tratar sobre o federalismo (ou federação, como queira) nos informa que: “A palavra federação vem do latim *foedus*, significando pacto, aliança. Isto porque foi concebido, inicialmente, como um acordo entre estados que cediam a sua soberania, para integrarem um novo estado.”

De forma concisa, podemos conceituar o Federalismo como a união de pessoas políticas que juntos formam um Estado soberano. Vejamos que Sergio Ricardo de Brito Gadelha⁰⁷ dispõe acerca do tema:

Federalismo: é a forma de organização do Estado em que os entes federados são dotados de autonomia administrativa, política, tributária e financeira e se aliam na criação de um governo central por meio de um pacto federativo. "O Federalismo surgiu da necessidade, principalmente, de países com grandes extensões territoriais descentralizar o seu poder. Nesses países, há diversidades culturais, climáticas, sociais e econômicas, de modo que as necessidades e prioridades diferem muito de uma região para a outra".

Mas, afinal o que o pacto federativo tem a ver com o objeto do artigo, isenções heterônomas?

Foi dito acima que o Federalismo é a união de pessoas políticas que juntos formam um Estado soberano e que esse sistema é notadamente marcado pela descentralização do poder, onde há uma distribuição de competências, inclusive tributárias, foi informado do mesmo modo que no Brasil são entes políticos a União, os Estados Membros, o Distrito Federal e os Municípios, que juntos formam à República Federativa do Brasil.

E é aí que se torna importante conhecer acerca do federalismo, pois a divisão de competências tributárias aos entes federados (atribuição dada pela Constituição Federal aos entes federativos para instituírem os seus tributos) é feita de forma detalhada pelo texto constitucional e um (ente político ou federado) não pode se imiscuir na competência do outro, seja para instituir os seus tributos ou para conceder isenções, que nesse último caso é o que a doutrina chama de heterônoma.

3.3. ISENÇÃO TRIBUTÁRIA

Para o portal significados.com.br⁰⁸ "Isenção é o ato ou efeito de isentar, ou seja, de livrar, dispensar, desobrigar ou eximir. É um privilégio que torna o indivíduo isento de determinadas obrigações".

A isenção tributária é uma das formas de exclusão do crédito tributário. (art. 175, I do CTN), juntamente com a anistia (art. 175, II do CTN)

Matéria de concurso: "É correto afirmar que pelo Código Tributário Nacional- CTN, excluem o crédito tributário: a isenção e a anistia". **(CPCON - 2020 - Prefeitura de Gurinhém - PB - Fiscal de Tributos)**

Gustavo Pires Maia da Silva de forma breve e acertada conceitua isenção como: "como um ato de dispensa do crédito tributário que tem natureza infraconstitucional e

que impede o nascimento de origem do tributo, conforme dispõe o artigo 175 do Código Tributário Nacional. De acordo com a Constituição da República de 1988 (CR/88) e o Código Tributário Nacional (CTN) a isenção sempre vai derivar da lei”.

Dispõe ainda o referido autor que “A isenção é a dispensa legal do pagamento do tributo devido, verificando-se em uma situação na qual há legítima incidência, porquanto se deu um fato gerador, e o legislador, por expressa disposição legal, optou por dispensar o recolhimento do tributo”.

A isenção não se confunde com a anistia. Vejamos o que Cláudio Carneiro⁰⁹ nos informa acerca do tema:

Anistia × Isenção

Inicialmente, cabe destacar que isenção e anistia não se confundem, embora ambas sejam consideradas modalidades de exclusão do crédito e nas duas hipóteses ocorra o fato gerador, mas a lei exclui o lançamento. A distinção se dá em relação a outros aspectos, pois a lei de isenção é editada por motivos sociais, econômicos ou políticos que levam à dispensa do pagamento do tributo e, por isso, salvo disposição de lei em contrário, abrange fatos geradores posteriores à lei que a concede, prevalecendo o princípio da irretroatividade. Já na anistia (também concedida por lei), dispensa-se apenas a multa, ou seja, perdoa-se a infração cometida, mas o tributo deve ser pago, por isso a lei somente abrange os fatos geradores pretéritos à sua vigência. Por essa razão se afirma que o motivo de a concessão da anistia afastar a impontualidade do inadimplemento da obrigação é recuperar o crédito considerado perdido.

Não confundir isenção com a não incidência, visto que a não-incidência de um tributo corresponde aos fatos ou atos que não estão constantes na lei para dar nascimento à obrigação tributária, na isenção os elementos estão lá, o que não irá ocorrer, são os efeitos da realização do fato gerador, que em regra é o pagamento do tributo.

Como ora afirmado, a União não pode isentar tributos de competência de outros entes federados (isenção denominada heterônoma).

Matéria de concurso: É correto afirmar que é chamado(a) de “isenção heterônoma” a instituição pela União de isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios **(VUNESP - 2019 - Prefeitura de São José dos Campos - SP - Analista em Gestão Municipal – Direito)**

Sobre as “exceções as isenções heterônomas”, eu¹⁰ já falei acerca, vejamos:

Atentar para dois casos onde haverá isenção de tributos, mas não será considerado isenção heterônoma:

1. Quando a União estiver representando a República Federativa do Brasil ela poderá mediante tratados internacionais isentar tributos de competências de outros entes federados. No presente caso o Chefe de Estado ao firmar tratados internacionais em nome da soberana República Federativa do Brasil (Estado Brasileiro) atua em nome do país (que deve ser visto como unidade dos Entes que compõem a Federação), e não em nome exclusivo e único da União.

Como dispõe Ariane Fucci Wady¹¹ “Há de se compreender que a União não se confunde com a República Federativa do Brasil (Estado Federal), uma vez que a integra”. Segue o festejado autor dizendo:

Nessa linha de raciocínio, a República Federativa é o todo, o Estado Federal brasileiro, pessoa jurídica de direito público internacional, integrada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Note-se que, é por meio da União que a República Federativa do Brasil se apresenta nas suas relações internacionais, vale dizer, é a União que representa o nosso Estado Federal perante os outros Estados soberanos.

Acrescente-se que a União somente representa o Estado Federal nos atos de Direito Internacional, pois quem pratica efetivamente os atos de Direito Internacional é a República Federativa do Brasil, juridicamente representada por um órgão da União, que é o Presidente da República.

Matéria de concurso: É correto afirmar a norma constitucional que veda a concessão de isenções tributárias heterônomas é inoponível ao Estado federal brasileiro (vale dizer, à República Federativa do Brasil), incidindo, unicamente, no plano das relações institucionais domésticas que se estabelecem entre as pessoas políticas de direito público interno. Nada impede, portanto, que o Estado Federal brasileiro celebre tratados internacionais que veiculem cláusulas de exoneração tributária em matéria de tributos locais, pois a República Federativa do Brasil estará praticando ato legítimo que se inclui na esfera de suas prerrogativas como pessoa jurídica de direito internacional público, que detém — em face das unidades meramente federadas — o monopólio da soberania e da personalidade

internacional. **(CESPE - 2014 - Câmara dos Deputados - Analista Legislativo - Consultor Legislativo Área III)**. Eu¹⁰, novamente dispus "2. Na forma do art. 146, d, parágrafo único e incisos da Constituição Federal poderá lei complementar unificar a arrecadação dos tributos dos entes federados, o que pode resultar na isenção de algum tributo de algum ente federado, e isso não irá configurar uma isenção heterônoma".

4. DESENVOLVIMENTO

O desenvolvimento do trabalho em comento se deu dentro de ilações legais (art. 1º e art. 151, III ambos da Constituição Federal e art. 175, I e II do CTN), doutrinárias (doutrinadores: Jorge Henrique Sousa Frota, Mauro Lopes, Antônio Teixeira Leite, Eduardo Sabbag, Sergio Ricardo de Brito Gadelha, Gustavo Pires Maia da Silva e Cláudio Carneiro) e de conceitos retirados de dicionários online (portal online "significados.com.br", dicionário "Michaelis" e "educalingo.com.br") bem como no acompanhamento das questões que mencionam expressamente o princípio da isenção heterônoma em seus enunciados.

Todas as questões vieram do banco de questões intitulado "questões de concursos públicos". No total foram 10 questões avaliadas (retirando as anuladas e desatualizadas).

Foram avaliadas questões de concursos federais, estaduais e municipais, tanto da Administração Direta como Indireta, bem como conselhos profissionais.

5. CONCLUSÃO

Em relação ao que foi estudado (anexo do presente artigo) e com base nos parâmetros acima postos, podemos informar que o concurseiro deve saber essencialmente as seguintes informações para acertar as questões que tratam do o princípio da isenção heterônoma em seus enunciados:

01. Proibição expressa no texto constitucional, *vide* art. 151, III que dispõe "é vedado à União: instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios",

02. O conceito do princípio da isenção heterônoma.

03. O reconhecimento do princípio da isenção heterônoma como princípio constitucional do Direito Tributário.

04. E que a União, representando a República Federativa do Brasil, poderá, mediante tratado internacional devidamente internalizado conceder isenções de tributos de outros entes federativos, e isso não irá se configurar como isenção heterônoma.

6. ANEXO DO ARTIGO (ENUNCIADOS CORRETOS)

01. É correto afirmar que é chamado(a) de “isenção heterônoma” a instituição pela União de isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios (VUNESP - 2019 - Prefeitura de São José dos Campos - SP - Analista em Gestão Municipal – Direito)

02. A União, desejando implementar política pública de fomento ao povoamento do interior do país, concedeu isenção de IPTU no território de alguns Municípios pouco populosos situados no Estado X. Diante desse cenário, é correto afirmar a União não pode conceder tal isenção, por violar a autonomia municipal (FGV - 2018 - AL-RO – Advogado)

03. Acerca das limitações constitucionais ao poder de tributar estabelecidas pela Constituição Federal, é incorreto dispor a União pode instituir isenções de tributos da competência dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios. (IADES - 2017 - CREMEB – Advogado)

04. Na hipótese da União, mediante tratado internacional, abrir mão de tributos de competência de Estados e Municípios, nos termos do decidido pelo Supremo Tribunal Federal (RE 229096), é correto afirmar que se insere a medida na competência privativa do Presidente da República, sujeita a referendo do Congresso Nacional, com prevalência dos tratados em relação à legislação tributária interna. (VUNESP - 2015 - TJ-SP - Juiz Substituto)

05. É correto afirmar a norma constitucional que veda a concessão de isenções tributárias heterônomas é inoponível ao Estado federal brasileiro (vale dizer, à República Federativa do Brasil), incidindo, unicamente, no plano das relações institucionais domésticas que se estabelecem entre as pessoas políticas de direito público interno. Nada impede, portanto, que o Estado Federal brasileiro celebre tratados internacionais que veiculem cláusulas de exoneração tributária em matéria de tributos locais, pois a República Federativa do Brasil estará praticando ato legítimo que se inclui na esfera de suas prerrogativas como pessoa jurídica de direito internacional público, que detém — em face das unidades meramente federadas — o monopólio da soberania e da personalidade internacional. (CESPE - 2014 - Câmara dos Deputados - Analista Legislativo - Consultor Legislativo Área III)

06. É correto afirmar que a UNIÃO NÃO pode instituir tributos que deem isenções a tributos da competência dos Estados. (FCC - 2013 - TRT - 15ª Região - Analista Judiciário – Contabilidade)

07. Suponha que a República Federativa do Brasil, ao celebrar acordo bilateral com o país K, com ratificação do respectivo acordo internacional pelo Congresso Nacional e observância de todos os trâmites legislativos impostos pela ordem jurídica interna e internacional, tenha como escopo realizar projeto de comercialização de gás mediante dutos instalados nos territórios das respectivas partes envolvidas, sendo concedida, por meio do referido acordo, isenção de todos os impostos incidentes nessa operação. Ocorre que, no decorrer das obras de construção civil vinculadas à implementação do respectivo projeto, certo Município, localizado no Brasil, no qual eram realizadas parte das obras, promoveu o lançamento do ISS incidente sobre tais atividades de prestação de serviço realizadas em seu território, por entender que cabe exclusivamente à Municipalidade legislar sobre isenção de tributos de sua competência. À vista disso, é correto afirmar que o Município não tem razão, tendo em vista que a isenção prevalece, nada impedindo que a República Federativa do Brasil, na qualidade de pessoa jurídica de direito público externo, exerça as prerrogativas que possui em face das unidades federadas e celebre tratados e acordos internacionais de Direito Tributário. **(CESGRANRIO - 2012 - Innova - Advogado Júnior)**

08. É incorreto dispor que de acordo com o princípio da vedação de isenções heterônomas, os Estados e Municípios não podem determinar isenções nos tributos de competência dos demais entes federados; / contudo, somente a União poderá instituir isenções de tributos de competência de Estados e Municípios, como prevê a Constituição. **(FGV - 2011 - SEFAZ-RJ - Auditor Fiscal da Receita Estadual - Prova 2)**

09. É correto afirmar que segundo a Constituição de 1988, é vedado à União conceder isenção heterônoma. **(FGV - 2008 - TCM-RJ – Procurador)**

10. É incorreto afirmar que a vedação às isenções heterônomas impede a concessão de isenções em tratados internacionais. **(FGV - 2008 - Senado Federal – Advogado)**

7. REFERÊNCIAS

Significados.com.br. Heteronomia: O que é Heteronomia. 2022. Disponível em [link](#). Acesso em 17 de maio de 2022.

Michaelis. Heteronomia. 2022. Disponível em [link](#). Acesso em 17 de maio de 2022.

Educalingo. Heteronomia. 2022. Disponível em [link](#). Acesso em 17 de maio de 2022.

LOPES, Mauro. A Isenção Heterônoma na Constituição. 2019. Disponível em [link](#). Acesso em 17 de maio de 2022.

SABBAG, Eduardo. **Direito Tributário Essencial**. 5º. ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p.43.

LEITE, Antônio Teixeira. As formas de Estado. 2018. Disponível em [link](#). Acesso em: 02 junho de 2020.

GADELHA, Sergio Ricardo de Brito. Introdução ao Federalismo e ao Federalismo Fiscal no Brasil. 2017. Disponível em [link](#). Acesso em 17 de maio de 2022.

Significados.com.br. Significado de Isenção: Isenção. 2022. Disponível em [link](#). Acesso em 17 de maio de 2022.

DA SILVA, Gustavo Pires Maia. A isenção tributária do imposto sobre a renda no caso de moléstias graves. 2020. Disponível em [link](#). Acesso em 21 de setembro de 2021.

CARNEIRO, Cláudio. **Curso de Direito Tributário e Financeiro**. 9º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, pp. 728-729.

FROTA, Jorge Henrique Sousa. **Manual de Direito Tributário para o Exame da Ordem. Parte 01: conceitos**. 2021. Ed. Independente. Fortaleza – Ceará, p. 185.

WADY, Ariane Fucci. Existe diferença entre União e República Federativa do Brasil? - Ariane Fucci Wady. 2008. Disponível em [link](#). Acesso em 17 de maio de 2022.

A INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS SOB A LUZ DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

VALDECIR NOSSE CHAVES:

bacharelado em Direito pela Universidade Brasil.

MARCO ANTÔNIO COLMATI LALO

(orientador)

RESUMO: O trabalho a seguir apresentará um breve panorama acerca do Princípio da Instrumentalidade das formas. Para isso, em primeiro plano buscar-se-á a compreensão dos conceitos que regem sua nomenclatura, bem como sucinto entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema. Em seguida, adentrar-se-á na perspectiva de sua aplicabilidade no que diz respeito ao ordenamento jurídico nacional em sentido amplo, em que serão apresentados os aspectos princípios lógicos, sua relação com outros princípios de ordem semelhante. Por fim, demonstrar-se-á de que forma o princípio da Instrumentalidade das formas foi aduzido no sistema processual brasileiro, tanto no Código de Processo Civil Antigo quanto no Novo, que entrou em vigor no mês de março de 2016.

Palavras-chave: Código De Processo Civil. Princípio Da Instrumentalidade Das Formas. Sistema Processual Brasileiro.

ABSTRACT: The following work will present a brief overview of the Principle of Instrumentality of Forms. For this, in the foreground, an understanding of the concepts that govern its nomenclature will be sought, as well as a succinct doctrinal and jurisprudential understanding on the subject. Then, we will enter into the perspective of its applicability with regard to the national legal system in a broad sense, in which the principle aspects and their relationship with other principles of a similar order will be presented. Finally, it will be demonstrated how the principle of Instrumentality of forms was introduced in the Brazilian procedural system, both in the Old and New Code of Civil Procedure, which came into force in March 2016.

Keywords: Code of Civil Procedure. Shapes Instrumentallity Principle. Brazilian Procedural System.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho nos apresenta um cenário acerca do Princípio da Instrumentalidade das formas, principio elencado ao Direito Processual Civil Brasileiro. De antemão, é necessário nos atentar ao significado de princípio dentro do entendimento

doutrinário e jurisprudencial sobre o tema. O presente trabalho tratará de um desses princípios processuais: o Princípio da Instrumentalidade das formas.

A fim de sintetizar, é necessário evidenciar, que tal tema pode-se dizer que é recente, nestes moldes, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, visto que o princípio da Instrumentalidade das formas foi composto no sistema processual brasileiro, tanto no Código de Processo Civil Antigo quanto no Novo, que entrou em vigor no mês de março de 2016, bem como suas consequências em relação à nova forma em que o direito está se sustentando, definida por alguns autores como o pós constitucionalismo ou pós positivismo.

Deste modo, parte-se do pressuposto de que os princípios decorrem de uma confluência institucional, no qual a sociedade reflete aos aplicadores das normas seus anseios e buscam a satisfação de seus problemas individuais e da coletividade. Desse cerne pode ser retirada a constatação de que um princípio é um produto social e que por sua vez irradia sua influência ao sistema jurídico como um todo. Contudo, não indica necessariamente de que um princípio possui flexibilidade e, assim, mutabilidade constante. Ao contrário, os princípios são um legado de um longo processo social, envolvendo elementos históricos e filosóficos para que se pudesse alcançar um princípio sólido e que por sua vez irradie seus efeitos para o complexo sistema jurídico.

As normas (regras) processuais são o corpo do rito, contudo, de que existam no direito processual em geral princípios que complementem a regular atuação do processo em qualquer face que possa apresentar.

Sob essa perspectiva é que o presente trabalho tratará de um desses princípios processuais: o Princípio da Instrumentalidade das formas.

1. CONCEITO DE PRINCÍPIO

Partindo do conceito de “princípio”, tal elemento consiste, em primeira análise, a algo que começa, ou no qual se inicia. No que concerne ao aspecto jurídico, “princípio”, nos ensinamentos de Miguel Reale, pode ser entendido como “verdades ou juízos fundamentais, que servem de pilares ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade”.

Ainda para se compreender o conceito de princípio, destaca-se:

As regras a longo prazo, porque embora pareçam precedê-las — como enganosamente sugere o seu nome — em verdade é delas que eles vão sendo extraídos e generalizados, pelos juízes e tribunais, ao

construírem as regras de decisão, que lhes permitem realizar a justiça em sentido material, dando a cada um o que é seu.

Portanto, parte-se do pressuposto de que os princípios decorrem de uma confluência institucional, no qual a sociedade reflete aos aplicadores das normas

Coletividade. Desse cerne pode ser retirada a constatação de que um princípio é um produto social e que por sua vez irradia sua influência ao sistema jurídico como um todo. Contudo, não indica necessariamente de que um princípio possui flexibilidade e, assim, mutabilidade constante. Ao contrário, os princípios são um legado de um longo processo social, envolvendo elementos históricos e filosóficos para que se pudesse alcançar um princípio sólido e que por sua vez irradie seus efeitos para o complexo sistema jurídico. Nesse ínterim, mister abstrair as diferenças entre princípios e *regras*. Senão vejamos.

Em primeiro plano, entender que o sistema jurídico, por mais complexo que possa parecer, trata-se de um sistema uno. O Direito Internacional que passar a frequentar o ordenamento jurídico brasileiro passa a ser parte deste e a estar umbilicalmente ligado. Dissociar o fato de que o sistema jurídico em si é único poderá causar uma instabilidade e a tão incômoda insegurança jurídica. Fazem parte do sistema jurídico sem, contudo, guardar hierarquia entre si, os institutos denominados “princípios” e as “regras”.

Pedro Lenza, citando Humberto Ávila, explica:

Um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras. Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só e regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos.

Desse entendimento torna-se claro que o sistema jurídico-normativo se constitui de algo uno, em que se busca uma sintonia entre o próprio contexto normativo com o caso concreto, com o objetivo de se alcançar as particularidades em que cada caso se estabelece sem que haja uma necessidade de que exista uma lei específica esgotando o assunto, mesmo pelo fato de que isso se tornaria uma utopia.

Corroborando com esse entendimento, ainda na lição de Humberto Ávila citada por Lenza:

Com isso se quer dizer que, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios. Cada **espécie normativa** desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra, e a outra sem a uma. (Grifo do autor)

As normas (regras) processuais geralmente inferem características próprias nas quais o rito deve transcorrer, elegendo critérios próprios e que geram interpretações não muito distintas do que aduz seu programa. Isso não obsta, contudo, de que existam no direito processual em geral princípios que complementem a regular atuação do processual em qualquer face que possa apresentar.

Sob essa perspectiva é que o presente trabalho tratará de um desses princípios processuais: o Princípio da Instrumentalidade das formas.

2.0 PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS

Conforme anteriormente exposto, os princípios podem ser rasamente compreendidos como normas pertencentes ao sistema jurídico imbuídas de caráter norteador e caracterizados como complementares às normas positivadas e aplicáveis ao caso concreto dadas as suas particularidades sem deixar de respeitar os preceitos previamente institucionalizados. Nesse sentido, compreender-se-á no presente capítulo do que se trata o princípio da Instrumentalidade das formas e sua aplicabilidade.

Imperioso ressaltar que, apesar desse Trabalho estar direcionado com maior afinco o princípio da instrumentalidade das formas em seu cerne processual civil, tal princípio encontra-se também presente no sistema jurídico do Processo, aduzido no artigo 566 de seu código.

2.1 CONCEITO

O princípio da instrumentalidade das formas pode ser compreendido como aquele que visa a eficiência dos atos processuais que, mesmo não tendo sido executados de acordo com a norma positiva em seu sentido estrito, tiveram seus objetivos atingidos sem prejuízo das partes.

Isso posto, depreende-se que o processo está vinculado mais ao resultado do que a sua forma, ainda que essa deva ser respeitada para que não abra precedentes para uma quebra ao próprio sistema. Isso significa que o rigor da lei não pode sobrepujar-se ao

objetivo principal do processo que é dirimir o conflito e dar às partes um resultado satisfatório e, dada as devidas proporções, atenda às necessidades que o conteúdo exige.

Corroborando com esse entendimento, Dinamarco expõe:

"Não basta afirmar o caráter instrumental do processo sem praticá-lo, ou seja, sem extrair desse princípio fundamental e da sua afirmação os desdobramentos teóricos e práticos convenientes. Pretende-se que em torno do princípio da instrumentalidade do processo se estabeleça um novo método do pensamento do processualista e do profissional do foro. O que importa acima de tudo é colocar o processo no seu devido lugar, evitando os males do exagerado processualíssimo e ao mesmo tempo cuidar de predispor o processo e o seu uso de modo tal que os objetivos sejam convenientemente conciliados e realizados tanto quanto possível. O processo há de ser, nesse contexto, instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa".

Imperioso ressaltar, contudo, conforme a lição do autor supra, que a Instrumentalidade das formas difere-se da Instrumentalidade do processo. "Quando penso em instrumentalidade do processo, penso na produção de certos resultados, em fazer justiça etc. Já a instrumentalidade das formas se volta para arredondar os defeitos dos atos do processo e dizer: "só vou anular se for preciso"".

A jurisprudência também elevou esse entendimento, como pode ser observado:

Por regra geral do CPC não se dá valor a nulidade, se dela não resultou prejuízo para as partes, pois aceito, sem restrições, o velho princípio: pas de nulité sans grief. Por isso, para que se declare a nulidade, é necessário que a parte demonstre o prejuízo que ela lhe causa.

Assim, depreende-se que, não havendo prejuízo para as partes e ao processo, a forma poderá ter sua estrita aplicabilidade suspensa como forma de atender mais eficientemente ao deslinde do processo.

Ressalta-se que, sob essa égide, o princípio da Instrumentalidade das normas está intrinsecamente ligado a outro princípio: o do Devido Processo Legal.

Na verdade, por visar à finalidade do ato, independentemente da forma, o princípio da instrumentalidade das formas está em sintonia com o devido processo legal, pois a sua aplicação está atrelada a presença ou não de prejuízo. Em havendo prejuízo pela violação da ampla defesa e do contraditório, também não deverá ser invocada a instrumentalidade das formas, já que o devido processo legal também não foi observado.

Assim, não há o que se falar em princípio da instrumentalidade das formas no caso em que por detrimento deste, outros princípios sejam deixados de lado, implicando em ilegalidade em sua elevação. O disposto no artigo 5º, XXVIII da Constituição está igualmente atrelado.

Ainda em relação aos princípios ligados à instrumentalidade em tela,

O princípio da instrumentalidade das formas vem sendo invocado, muitas vezes em conjunto com o princípio da economia processual, para admitir, no âmbito do processo civil, atos processuais que, embora não sigam o procedimento formalmente previsto, não trazem prejuízos às partes

Um exemplo que pode ser trazido à baila nesse momento é o caso da citação ou intimação, no qual o citado, mesmo sendo encontrado em local distinto do que preconiza a letra da lei, não haverá motivos para que essa citação seja objeto de nulidade, visto que o ato cumpriu sua finalidade e não gerou em hipótese alguma qualquer tipo de prejuízo às partes.

Ante o exposto, mister compreender alguns aspectos desse princípio, presente nos códigos antigo e atual, e quais suas singularidades aplicadas a cada realidade.

2.2 O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS ANTE AO ANTIGO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI 5.869 DE 1973).

O antigo código de Processo Civil elevou o referido princípio da Instrumentalidade das Formas em seus artigos 154, 244 e 249, § 2º.

Em análise a jurisprudência pátria, pode se compreender parte da aplicabilidade que o presente princípio obteve desde a validade do antigo Código Processual.

Ementa: Agravo Regimental em Agravo (art. 544 do cpc) - Ação de Indenização - Reexame de provas - Óbice da Súmula 7 do STJ - Princípio da instrumentalidade das formas - Ausência de prejuízo. 1.

Negativa de prestação jurisdicional. É clara e suficiente a fundamentação adotada pelo Tribunal de origem para o deslinde da controvérsia, revelando-se desnecessário ao magistrado rebater cada um dos argumentos declinados pela parte. 2. Prazo para indicação de provas. A observância do princípio da instrumentalidade das formas adicionada à ausência de demonstração de prejuízo às partes impede o reconhecimento da nulidade processual. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

Ementa: Processual Civil. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Inobservância do Princípio da Dialeticidade Recursal. Agravo de instrumento não conhecido na origem. Princípio da instrumentalidade das formas. Inaplicabilidade. Decisão mantida. 1. O princípio da instrumentalidade das formas não abrandava o dever legal imposto ao recorrente de expor as razões pelas quais não se conforma com a decisão impugnada (arts. 514, II, e 524, I, do CPC), permitindo ao Tribunal de origem examinar a pertinência do recurso apresentado. 2. Não há como acolher a pretensão recursal para determinar que o Tribunal de origem conheça do agravo de instrumento interposto pela recorrente, a despeito da ausência de impugnação específica aos termos da decisão agravada, pois tal medida privilegiaria indevidamente uma parte em prejuízo da outra. 3. Agravo regimental não provido.

Insta salientar que, a altura da elaboração do novo código de processo civil, o antigo já tivera sido reformado inúmeras vezes e, pouco a pouco, fora atraindo muitos dos ideais pós positivistas que atualmente encontram respaldo no novo documento processual. Contudo, as emendas que ocorreram no decorrer do tempo não demonstraram ser suficientes para acompanhar o novo sentido da ordem processual que paulatinamente se instalava.

Em relação às reformas que o Código de Processo civil anterior sofreu, esclarece Almeida:

Apresenta-se aí a visão humanística da justiça em nova perspectiva. Audácia, mas com prudência. Como se exige, as mudanças propostas vêm de encontro a essa disfunção, sem obviamente chamuscar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. A segurança jurídica é preservada. As inovações, ao reverso, não são abruptas ao

ponto de se quebrar todo um sistema já sedimentado, mas de aprimorá-lo dentro da necessidade e sensatez.

Ante o exposto, é possível compreender que já no antigo código de processo civil o princípio da instrumentalidade das formas era oponível às circunstâncias que até mesmo hoje o caracterizam. Contudo, fora com a inovação trazida pela nova carta processual que o princípio pudesse obter uma maior amplitude e assim, parafraseando seu próprio nome, instrumentalizando-o.

2.3 O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS ANTE AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI 13.105 DE 2015)

Em aspectos gerais, o novo código de processo civil, como era de se esperar, trouxe novos ares ao sistema processual moderno.

Em uma leitura perfunctória do artigo 1º do Novo CPC, percebe-se que o legislador, de certa forma, deixou de lado o instrumentalismo presente no CPC/73, e trouxe o que alguns doutrinadores chamam de neoprocessualismo, que seria a atuação do direito processual com vistas ao direito constitucional (neoconstitucionalismo). Tal fato decorre em função do movimento que se instalou no Poder Judiciário no início dos anos 2000, o qual prioriza os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

Assim, existe uma tendência inovadora que abarca todo o sistema jurídico, que é conhecida como o “neo positivismo” ou “neo constitucionalismo”. No que concerne ao neoconstitucionalismo, ensina Lenza:

Visa-se, dentro dessa nova realidade, não mais apenas atrelar o constitucionalismo à idéia de limitação ao poder político, mas, acima de tudo, busca-se a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, sobretudo diante da expectativa de concretização dos Direitos Fundamentais.

Impossível de ser negado o fato de que o direito contemporâneo busca tornar-se mais efetivo. Evidentemente que nunca se esperou que o direito tivesse uma efetivação moderada. Contudo, com as inovações tecnológicas e a enorme facilidade em que a

informação chega as pessoas, o anseio dessas por um sistema mais justo e célere pode ser “ouvido” a cada vez maiores distâncias.

O Direito, ciência humana por natureza, não deixaria de sofrer influência pela globalização, que afeta desde os meios tecnológicos até os culturais. No decorrer da história da humanidade, inúmeros fatos ocorreram com intuito de se revolucionar o sistema, quer seja com tal objetivo exposto desde o início ou como um produto de uma insatisfação geral. Sob a égide da legalidade, muitas atrocidades ocorreram, ceifando milhões de vidas e obrigando os estados a repensarem as formas legais que possuíam.

Essas “quebras” de paradigmas foram responsáveis pelos maiores impulsos no sistema jurídico e, sendo a história um movimento latente e corrente, não seria diferente do que está ocorrendo neste momento. Incorporar às normas sistemas mais eficazes de resolução das lides deixou de ser apenas um critério de eficiência no que tange ao exercício da jurisdição. Agora se trata também de meio de se alcançar a própria finalidade, que a busca pela justiça.

Desta feita, o reflexo do movimento pós constitucionalista ou pós positivista igualmente exerceu influência para o novo código de processo civil. Assim, medidas de efetivação do sistema processual foram trazidas para que o sistema não se tornasse inócuo ou com uma eficiência consideravelmente reduzida.

A letra do Novo CPC traz em seus artigos 277: “Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato, se realizado de outro modo lhe alcançar a finalidade” e art. 283 “O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais”.

3.A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Brasileira de 1988, surgiu em um momento pós ditatorial, o que tornou seu conteúdo normativo mais voltado a questão das liberdades individuais e criou uma responsabilidade do Estado Perante a sociedade.

O advento da Constituição [...] não foi somente aplaudido pela regulamentação do seu cunho de direito material, mas, de idêntica forma, em razão de trazer previsões constitucionais para matérias que irradiaram seus efeitos a várias disciplinas ligadas ao Direito, o que se comprova com a febre da chamada constitucionalização do Direito.

Assim, pode se dizer que a Constituição de 1988 inovou tanto na perspectiva processual (formal), quando na material, ou seja, desde a organização do Estado e suas instituições, até a consolidação dos Direitos Garantias Individuais.

Em meio a essas inovações, surgiu a questão simples de que, talvez, fossem “inovadoras” demais. Como dito, nada mais natural que uma constituição de um Estado que acabara de sair de um sistema de governo ditatorial trouxesse os anseios de uma sociedade livre e ferida pelos anos de intolerância. Em decorrência disso, impossível deixar de notar que nem tudo do que se esperava da constituição fora imbuído de efetividade

Sob a proteção do conceito de norma programática, governos deixaram de aplicar muito do que a Constituição dispunha alegando que os resultados buscados ali seriam objeto de uma prospecção futura, de longo prazo. Com isso, medidas para que as políticas públicas elencadas na Constituição fossem aplicadas foram renegadas a assuntos de segunda categoria.

Denominando por “Estado Constitucional de Direito”, Lenza mais uma vez ensina que:

Supera-se a ideia de Estado Legislativo de Direito, passando a Constituição a ser o centro do sistema, marcada por uma intensa carga valorativa. A lei e, de modo geral, os Poderes Públicos, então, devem não só observar a forma prescrita na Constituição mas, acima de tudo, estar em consonância com o seu espírito, o seu caráter axiológico e seus valores destacados.

Contudo, os discursos transformaram a Constituição em uma Carta programática, o que não pertencia ao ideal constitucional original. Diante do fato já narrado de que o sistema jurídico é uno, o sistema processual e constitucional deve estar de acordo, tanto para se adequar internamento quanto para corresponder aos tratados internacionais no qual faz parte e que atribuíram ao ordenamento jurídico elementos concretizados, tal como a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto nº 6949 de 2009).

No que tange especificamente ao princípio da instrumentalidade das formas, a constituição não o eleva nominalmente. Contudo, ante ao exposto e tendo em vista os demais princípios constitucionalizados em sua letra corroboram com a ideia de que o princípio central deste trabalho consiste em um meio de tornar todo o devido processo legal justo e em acordo com os principais pontos do Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÕES

Conforme anteriormente exposto, os princípios podem ser rasamente compreendidos como normas pertencentes ao sistema jurídico imbuídas de caráter norteador e caracterizados como complementares às normas positivadas e aplicáveis ao caso concreto dadas as suas particularidades sem deixar de respeitar os preceitos previamente institucionalizados. Nesse sentido, compreender-se-á a real aplicabilidade do princípio da Instrumentalidade das formas.

Pelo princípio da instrumentalidade das formas, nota-se que existência do ato processual é um instrumento utilizado para se atingir determinada finalidade. Conforme, ainda que com vício, se o ato atinge sua finalidade sem causar prejuízo às partes, não se declara sua nulidade, e este ato é válido.

Os princípios regem todo o Ordenamento Jurídico, quando não aplicados são comumente derivados do Direito Costumeyro, assim se faz necessária uma ampla visão acerca de sua importância significativa, dentro dos termos processuais.

É possível compreender que já no antigo código de processo civil o princípio da instrumentalidade das formas era oponível às circunstâncias que até mesmo hoje o caracterizam. Contudo, fora com a inovação trazida pela nova carta processual que o princípio pudesse obter uma maior amplitude e assim, parafraseando seu próprio nome, instrumentalizando-o, dando um ritmo ao processo o tornando célere e até mesmo mais dinâmico, com o objetivo voltado a sua forma, ou seja em seu resultado e interesses das partes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Jansen Fialho de. **O Juiz e o Princípio da Efetividade no Novo CPC**. 2011. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242897/000923120.pdf?sequence=1>> Acesso em 08 nov. 2021.

ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto. **Novo CPC contribui muito para a razoável duração do processo**. Conjur. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-14/gilberto-andreassa-cpc-contribui-celeridade-processo>> Acesso em 09 nov. 2021.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 09 nov. 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. Malheiros. 2001.

FERNANDES, Felipe Machado; FERREIRA, Cláudio Neves; RANGEL, Tauã Lima Verdan. **O Princípio da Instrumentalidade das formas no processo brasileiro: uma perspectiva cível e penal sobre o tema.** Jus Navigandi. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29087/o-principio-da-instrumentalidade-das-formas-no-processo-brasileiro-uma-perspectiva-civel-e-penal-sobre-o-tema>> Acesso em 09 nov. 2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 19. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODIGUEZ, José Rodrigo. **Cândido José Dinamarco e a instrumentalidade do processo [uma entrevista].** Cadernos Direito GV. 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7850/Caderno%20Direito%20GV%20-%2036%20-%20site.pdf?sequence=5>> Acesso em 10 nov. 2021.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA NORMATIVA ENTRE ENTES FEDERADOS NO PERÍODO DE PANDEMIA (COVID-19)

LUCAS MATHEUS DE SOUZA BETETI:
graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário Santa Fé

EDUARDO CURY ¹¹²

(orientador)

RESUMO: A falta de hierarquia entre as competências, mas, tão somente, uma alocação destas, e diante do cenário pandêmico vivenciado a partir do ano de 2019, questionamentos quanto aos conflitos normativos necessitam ser dirimidos para efetivação das medidas de enfrentamento ao contágio por COVID-19. O presente trabalho buscou analisar e interpretar as decisões do Supremo Tribunal Federal para soluções de conflitos normativos entre os entes federados, com base na Constituição Federal de 1988, frente às ações praticadas pelo Presidente da República, Governadores e Prefeitos, no tocante ao enfrentamento à pandemia (COVID-19). Em relação à metodologia empregada, utilizou-se o método dedutivo, a partir dos procedimentos bibliográfico e documental, com o escopo de desenvolver uma revisão sistemática do tema. O estudo concluiu que o Supremo Tribunal Federal aplicou, em suas decisões, o princípio da predominância de interesses, reconhecendo o importante papel que cabe aos Estados Membros e Municípios, se decidindo com base no texto constitucional.

Palavras-chave: Competência Normativa. COVID- 19. Pandemia. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The lack of hierarchy among the powers, but only an allocation of these, and, in view of the pandemic scenario experienced from the year 2019, questions about the normative conflicts need to be resolved for the effectiveness of measures to confront the contagion by COVID-19. The present work sought to analyze and interpret the decisions of the Federal Supreme Court for solutions to normative conflicts between the federated entities, based on the Federal Constitution of 1988, facing the actions practiced by the President of the Republic, Governors and Mayors, regarding the confrontation of the pandemic (COVID-19). In relation to the methodology employed, the deductive method was used, based on bibliographic and documental procedures, with the scope of developing a systematic review of the theme. The study concluded that the Federal Supreme

112 Especialista Professora do curso de direito

Court has applied, in its decisions, the principle of the predominance of interests, recognizing the important role that falls to the Member States and Municipalities, deciding on the basis of the constitutional text.

Keywords: Normative Competence. COVID-19. Pandemic. Supreme Court.

INTRODUÇÃO

As medidas sanitárias praticadas pelos entes federados para enfrentamento da maior crise de saúde pública da história do Brasil, proveniente do coronavírus, provocou, no âmbito jurídico, diversos questionamentos quanto aos limites constitucionais das competências legislativas outorgadas pela constituição a estes entes.

A forma federativa de organização do Estado brasileiro traz repartições de competências legislativas e administrativas que ora são privativas, ora são comuns. Assim, por não haver hierarquia entre as competências, mas, tão somente, uma alocação destas, e, diante do cenário pandêmico vivenciado a partir do ano de 2019, questionamentos quanto aos conflitos normativos necessitam ser dirimidos para efetivação das medidas de enfrentamento ao contágio por COVID-19.

Este estudo tem por intuito responder o seguinte problema de pesquisa: Qual a interpretação constitucional que deve ser adotada para a solução de conflitos normativos, no âmbito do federalismo brasileiro, diante das ações praticadas, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no enfrentamento à maior crise sanitária do país (COVID-19)?

O objetivo geral deste trabalho é portanto, analisar e interpretar as decisões do Supremo Tribunal Federal para soluções de conflitos normativos entre os entes federados, com base na Constituição Federal de 1988, frente às ações praticadas pelo Presidente da República, Governadores e Prefeitos, no tocante ao enfrentamento à pandemia (COVID-19).

Como objetivos específicos estão: Compreender os fundamentos da forma federativa do governo brasileiro, com foco na divisão de competências legislativa e administrativa comum entre os entes federados para assuntos relacionados a saúde; Analisar as ações praticadas pelos gestores públicos no controle da pandemia (Covid-19) e os limites constitucionais dos atos normativos praticados por estes; Apurar as a atuação do Supremo Tribunal Federal na soluções dos conflitos jurídicos normativos entre os entes federados no período de pandemia submetidos a ele; Compreender o funcionamento do sistema de repartição de competências no sistema federativo do governo brasileiro.

Aplicado, nesta pesquisa, o método de abordagem dedutivo, face a argumentação

central se encontrar lastreada na interpretação, conforme a constituição, e esta encontrar guarida nos argumentos apresentados nas mais recentes decisões da Suprema Corte do país, para chegar a conclusão do trabalho de pesquisa.

Nesse contexto, entende-se a relevância do tema diante da necessidade de se compreender o sistema de repartição de competências e a autonomia dos entes para praticar atos normativos durante a crise sanitária vivenciada, desde o início da pandemia. Os atos normativos, nem sempre convergentes, praticados muitas vezes sem atenção às peculiaridades locais e regionais, e que, quando conflitantes, resultam em querelas judiciais, exigindo, portanto, um processo interpretativo, basilado em princípios e diretrizes constitucionais do federalismo para solucioná-los.

1 FORMA FEDERATIVA DO ESTADO BRASILEIRO

O Estado tem por função precípua manter a ordem social e promover o bem-estar das pessoas. Apesar de ser um ente abstrato tem o poder/dever de exigir o cumprimento de regras normativas, as chamadas leis, ainda que seja necessário o uso de força.

Para Arthur Machado Paupério, o Estado é a maior e a mais importante das sociedades de ordem temporal, abarcando todos os outros grupos naturais, cujos interesses, subordinados ao bem comum, procura defender e promover.

O modelo brasileiro de organização político administrativo do Estado, tem como referência o modelo americano, nascido dos estados confederados, que originou os Estados Unidos da América, no período compreendido de 1775 a 1783.

A Federação, forma de Estado, surgiu nos Estados Unidos da América se expandindo por vários países pelo mundo, incluindo o Brasil, que estabeleceu o federalismo com a proclamação da República no ano de 1889.

Apesar do federalismo ser preceito constitucional desde a Constituição de 1891, o fato é que, somente, na CRF/88 é que se efetivou na atual formatação, especificamente, pelo compartilhamento do poder com os Estados nacionais, municípios e o Distrito Federal.

Nesta premissa, a Constituição Federal de 1988 dispôs, especificamente, no primeiro capítulo, do título III, a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil sendo, portanto, composta pela União, pelos Estados-membros, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, onde todos são autônomos (artigo 18).

1.1 ORIGEM E CARACTERÍSTICAS

Em se tratando de República Federativa, o Brasil somente adotou esta Forma de

Estado (Federação) na Constituição de 1891, após a monarquia. Assim, do Estado unitário, em que o poder político centralizava as decisões tomadas em toda a extensão territorial nacional em uma única pessoa, passa-se à forma descentralizada, regionalizada, destes poderes políticos a outros entes, característica principal do Estado federado.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino ensinam que:

O Estado federado é caracterizado por ser um modelo de descentralização política, a partir da repartição constitucional de competências entre as entidades federadas autônomas que o integram. O poder político, em vez de permanecer concentrado na entidade central, é dividido entre as diferentes entidades federadas dotadas de autonomia.¹¹³

Desse modo, concretiza-se a forma Federativa brasileira, em que não há mais a concentração exclusiva do poder em um único ente/pessoa, mas sim, há a repartição desses poderes, de forma a descentralizá-la.

Assim surge o federalismo brasileiro que se efetivou em quatro centros de poder político, com autonomia, constantes na União e Estados, entes federados típicos, conforme a forma de federação clássica surgida nos Estados Unidos da América, e o Distrito Federal e os Municípios, também autônomos, em distinção ao modelo clássico de federalismo onde temos a descentralização estabelecida entre dois centros políticos.

No Federalismo, apenas a República Federativa do Brasilé dotada de soberania, enquanto que Entes Federados (União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal) gozam somente de autonomia.

Nesse sentido, afirma Alexandre de Moraes:

A União é entidade federativa autônoma em relação aos Estados-membros e municípios, constituindo pessoa jurídica de Direito Público Interno, cabendo-lhe exercer as atribuições da soberania do Estado brasileiro. Não se confundindo com o Estado Federal, este sim pessoa jurídica de Direito Internacional e formado pelo conjunto de União, Estados-membros, Distrito Federal e municípios.¹¹⁴

113PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 292.

114MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Ed. Atlas, São Paulo, 2020, 36º ed., paginação irregular, ebook.

Desta feita, resta-se claro que a União, na condição única de representante da pessoa jurídica de Direito Internacional, Estado Brasileiro (país), representará todos os demais Entes Federados que, nesta situação, terá sua autonomia mitigada em face da soberania exercida pelo Estado maior (União) nesta condição.

No entanto, a forma de constituição do Estado Federal emerge do contexto histórico, cultural e político, desde o Poder Constituinte Originário, perpetuando no tempo com a sua estabilização/equilíbrio.

Nesse sentido, ressalta Michel Temer¹¹⁵:

Somente subsiste o Estado Federado onde o processo de modificação da norma constitucional é mais complexo do que o previsto para alteração ou revogação da norma ordinária. Se o processo é o mesmo a Constituição é flexível. Em face da flexibilidade, é legislador (não constituinte) alteraria livremente os comandos constitucionais, inclusive os referentes à Federação para retirar-lhes a eficácia, transmudando o Estado para a forma unitária.

A capacidade legislativa outorgada aos entes federados, fruto da descentralização política no modelo federativo, implica na repartição de competências, que em conjunto formam a unidade central dotada de soberania. A descentralização, nesse modelo, mantém a soberania do Estado, ao mesmo tempo que permite às unidades descentralizadas estabelecerem ordenamentos jurídicos subsidiários, com características próprias quanto a auto-organização, auto-legislação, autoadministração e autogoverno.

1.2 REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS DO ESTADO FEDERADO BRASILEIRO

A essência do Estado Federativo encontra-se na repartição de competências, sendo, pois, um dos caracterizadores e asseguradoras do convívio o Estado Federal.

José Afonso da Silva define competência como a "faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções"¹¹⁶ (*apud* MORAES).

115 TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**, RT, São Paulo, 1983, p. 52.

116 116 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª edição atualizada com a EC n.39/02. Editora Atlas S.A. 2003, paginação irregular, *ebook*.

Nas palavras do mestre Alexandre de Moraes, *in verbis*¹¹⁷:

O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do estado Federal é o da predominância do interesse que se divide em geral para a União, regional para os Estados-membros, local para os municípios e no caso do Distrito Federal se acumulará, por expressa disposição constitucional (art. 32, §1º da CF), no interesse regional e local.

No mesmo sentido, para estruturação da repartição destas competências, legislativas e materiais, Mendes e Branco (2021)¹¹⁸ as classificam em seis planos, quais sejam: competência geral da União, competência de legislação privativa da União, competência relativa aos poderes reservados dos Estados, competência comum material da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, competência legislativa concorrente e competências dos municípios.

Na definição destes mestres, a competência geral da União, tratada no art. 21 da Constituição Federal, abrange temas amplos, relacionados ao poder soberano, exercido exclusivamente pela União, já a Competência de legislação privativa da União, disposta no art. 22 da Carta Magna, assim como em outros dispositivos da CF, prevê a possibilidade de Estados-membros legislarem sobre matérias privativas da União listadas no art. 22 da CF:¹¹⁹

É formalmente inconstitucional a lei estadual que dispõe sobre as matérias enumeradas no art. 22, se não houver autorização adequada a tanto, na forma do parágrafo único do mesmo artigo.

No art. 23 da Constituição Federal o legislador trouxe a competência comum material que visa assegurar e guardar a Constituição, leis, instituições democráticas e o patrimônio público, também, classificadas como concorrentes em razão de poderem ser executadas por vários entes federados face o objetivo comum destas.

Extrai-se dos ensinamentos destes doutrinadores que a cooperação entre os entes federados para o exercício da competência comum material é necessária para a eficácia das políticas públicas, no entanto, havendo conflito entre os entes federados o critério da

117 MORAES, Alexandre de. Op. Cit. Paginação irregular, E-book, ano 2003 (pág.223).

118 BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

119 BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book

preponderância de interesse deve prevalecer, segundo Branco e Mendes¹²⁰

Em se tratando da competência concorrente legislativa, listada no art. 24 da CF, o legislador deixou para União a incubência de editar normas gerais e aos Estados-membros normas específicas. Assim nas palavras destes doutrinadores:¹²¹

(...) cabe à União editar normas gerais- i. é, normas não exaustivas, leis-quadro, princípios amplos, que traçam um plano, sem descer a pormenores. Os Estados-membros e o Distrito Federal podem exercer, com relação às normas gerais, competência suplementar (art. 24, § 2º), o que significa preencher claros, suprir lacunas.

Quanto as competências dos municípios, o art. 30, inciso I, da Constituição Federal expande a competência legislativa a este ente para legislar sobre assuntos de interesse local. Nesse sentido escreveu Alexandre de Moraes¹²²:

O município auto-organiza-se através de sua Lei Orgânica Municipal e, posteriormente, por meio da edição de leis municipais; autogoverna-se mediante a eleição direta de seu prefeito, Vice-prefeito e vereadores, sem qualquer ingerência dos Governos Federal e Estadual; e, finalmente, autoadministra-se, no exercício de suas competências administrativas, tributárias e legislativas, diretamente conferidas pela Constituição Federal.

O modo de repartição de competências legislativas concorrentes na Constituição Federal de 1988, reduziu a competência legislativa da União, uma vez que, delegou a este ente a edição de normas gerais e atribui a legislação suplementar. Esse tipo de competência atribuída a mais de um ente com capacidade política semelhante para normatizar assuntos de mesma natureza, garante autonomia aos entes federados para os interesses locais, assegurando suas competências legislativas específicas.

2 ASPECTOS GERAIS SOBRE AS COMPETÊNCIAS LEGISLATIVA E ADMINISTRATIVA NA GESTÃO DA SAÚDE.

A autonomia dos entes federados é assegurada pela Constituição Federal que instituiu competências administrativas, competências legislativas e competências tributárias para organização política-administrativa do Estado Federado Brasileiro. Essas

120 BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. Op. Cit. paginação irregular, E-book.

121 BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. Op. Cit. paginação irregular, E-book.

122MORAES, Alexandre de. Op. Cit. paginação irregular, E-book.

competências se relacionam com a forma federativa de governo com maior grau de centralização e/ou maior descentralização do poder, como explica Raul Machado Horta:¹²³

A repartição de competências poderá acentuar a centralização, concentrando na União a maior soma dos poderes e competências, como se fez na Constituição Federal de 1967, ou consagrar a descentralização, reduzindo poderes centrais e ampliando os poderes estaduais, ou ainda, afastando-se de soluções extremas, operar a dosagem das competências federais, estaduais e municipais, de modo a instaurar o equilíbrio entre o ordenamento central da Federação e os ordenamentos parciais, como me parece ser a tendência dominante na Constituição Federal de 1988. No primeiro caso, a centralização de poderes gera o federalismo centrípeto; no segundo, a descentralização conduz ao federalismo centrífugo e, no terceiro, implanta-se o federalismo de equilíbrio, que identifica modelo contemporâneo da forma federal de Estado.

A decisão do Supremo Tribunal Federal vetou o governo federal de concentrar a gestão da crise de saúde em suas próprias decisões de regular uma medida em todo o país (como encerrar a quarentena ou liberar múltiplas ações como se fossem necessárias) ou mesmo submeter decisões de outras esferas governamentais a serem autorizadas por esfera federal (Art.3 § 7 da Lei Federal nº 13.979 / 2020).

2.1 A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA E COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA

A fim de combater a pandemia Covid-19, o governo federal não conseguiu concentrar a gestão de crises de saúde em suas próprias decisões e definir uma medida única para todo o território do país ou apresentar decisões em outras esferas de poder a serem autorizadas pela esfera, de acordo com a decisão do Supremo Tribunal Federal:

Não compete, portanto, ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente

123 HORTA, R. M. Tendências Atuais da Federação Brasileira. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, p. 16-33, jul./set., 1996.

eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação damos (Organização Mundial de Saúde) e vários estudos técnicos científicos, como por exemplo, os estudos realizados pelo Imperial College of London, a partir de modelos matemáticos (The Global Impact of COVID-19 and Strategies for Mitigation and Suppression, vários autores; Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand, vários autores) (ADI nº 6343/2020).

Assim. Num primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a competência para regulamentação das medidas de enfrentamento da Pandemia, ou seja, decidiu sobre uma competência normativa, uma competência constitucional legislativa:

Na verdade, a decisão do Supremo tomou como base o artigo 24, XII, §1º a §4º e art. 30, I e II, da Constituição Federal, tem a seguinte redação:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; (...) § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

Assim, a decisão do Supremo Tribunal Federal tem relação com a competência administrativa comum. No que se refere a gestão da saúde pública, a competência administrativa é comum, sendo atribuída ao mesmo tempo a todos os elementos federados, nos termos dos artigos 23, II, 196 e 198, I, da Constituição Federal:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; (...) Art. 196. A saúde é direito de

todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (...) Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

Também é importante enfatizar que o Sistema Único de Saúde previsto no art. 198 da Constituição Federal é responsável, entre outras medidas, por realizar ações de vigilância sanitária e epidemiológica (artigo 200, II, da Constituição); então, o mesmo sistema, aplica-se à prestação de serviços de saúde, mas também se concentra em medidas de resposta a pandemia do Covid-19.

A Constituição Federal enuncia, em seu art. 23, II, ser “competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [...] cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”. É claro que se trata de um caso de competência administrativa concorrente de todos os entes federativos, o que também é reforçado pelos artigos 196 a 200 da CF.

Ou seja, no que diz respeito ao objeto da própria ADI (declaração de inconstitucionalidade das regras acima mencionadas), não houve homologação monocrática da liminar, sendo o julgamento da matéria encaminhado ao Plenário do STF, que agendou o referido julgamento para 15 de abril de 2020¹²⁴.

2.2 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE E COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA COMUM E SUA APLICABILIDADE NO SISTEMA DE GESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA DO BRASIL

Resumindo, quando se trata de saúde pública, temos:

Competência legislativa concorrente: competência normativa para regular as medidas de controle da pandemia; é concorrente e o critério do interesse nacional e regional deve, na prática, predominar no estabelecimento das competências federais ou estaduais, cabendo aos municípios as competências complementares.

Competência administrativa comum: atribuição de exercer materialmente determinada

124 Informação obtida em <http://stf.jus.br/portal/pauta/listarCalendario.asp?data=15/04/2020>. Contra a MP 926/2020, tramita também a ADI 6.343.

atividade ou serviço público de saúde em benefício da população; é comum e deve ser exercido por meio do Sistema Único de Saúde, em rede regionalizada e hierarquizada, organizada por meio da descentralização por todas as esferas de governo.

Embora não sejam confundidas, tanto a competência legislativa concorrente quanto a competência administrativa comum podem ser identificadas como técnicas de gestão que aumentam a eficiência mediante a expansão territorial do Brasil, bem como das diferentes realidades sociais e econômicas de nosso país.

O Supremo Tribunal Federal concluiu que:

Os condicionamentos impostos pelo art. 3º, VI, "b", §§ 6º, 6º-A e 7º, II, da Lei 13.979/2020, aos Estados e Municípios para a adoção de determinadas medidas sanitárias de enfrentamento à pandemia do COVID-19, restringem indevidamente o exercício das competências constitucionais desses entes, em detrimento do pacto federativo (...) Medida Cautelar parcialmente concedida para: (a) suspender, sem redução de texto, o art. 3º, VI, "b", e §§ 6º, 6º-A e 7º, II, excluídos Estados e Municípios da exigência de autorização da União, ou obediência a determinação de órgãos federais, para adoção de medidas de restrição à circulação de pessoas. (ADI nº 6343/2020)¹²⁵.

Como se pode verificar, em decorrência do princípio da federação, é necessário garantir a autonomia dos entes federativos para que possam exercer com êxito suas atribuições constitucionais. E a autonomia aqui redigida se refere ao poder de gestão por meio de suas próprias decisões, sem interferência desnecessária de outro ente federal, desde que a decisão esteja dentro dos limites da Constituição.

Como resultado, o Supremo Tribunal Federal acertadamente vetou o governo federal para fixar uma medida única em todo o país ou para colocar as decisões dos governos locais sob o controle do Ministério da Saúde (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6343/2020). Assim, a competência para o fazer é convergente com a legislação, havendo competência administrativa partilhada para a implementação das medidas. Em ambos os casos, deve prevalecer o critério do interesse nacional e regional.

125 BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6343**. Brasília: STF, 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>>. Acesso em: 08.10.2021.

3 SOLUÇÕES DE CONFLITOS NORMATIVOS NO PERÍODO PANDÊMICO (COVID-19) – ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A autonomia dos entes federativos é essencial para a caracterização de um Estado composto. Esta autonomia é assegurada fundamentalmente pela divisão dos poderes legislativo, administrativo e tributário devidamente estabelecido no texto constitucional.

A divisão de competências entre os membros do Estado Federal é pautada pelo princípio geral conhecido como predomínio de interesse, segundo o qual a União será responsável pelos assuntos e de interesse geral predominante, os Estados serão responsáveis pelos assuntos de interesse regional e os municípios serão responsáveis pelos assuntos de interesse local. Quanto ao Distrito Federal, este acumula, por expressa disposição constitucional (art. 32, § 1º, CF), poderes estaduais e municipais¹²⁶.

O constituinte de 1988 parecia querer, ao registrar no texto constitucional os poderes legislativos concorrentes e os poderes administrativos comuns, uma grande interação entre os entes federativos e, ao mesmo tempo, estimular a ação predominante daquele (s) com maior capacidade de apresentar a solução mais rápida e eficiente para o problema a ser enfrentado.

Existem quatro pontos básicos nas disposições constitucionais para a divisão das competências administrativas e legislativas segundo Moraes (2010): a) reserva de esferas específicas das competências administrativas e legislativas (União: competências enumeradas nos artigos 21.º e 22.º do CF / 88; Estados-Membros: restantes competências, nos termos do artigo 25.º, n.º 1 do CF / 88; Município: atribuições constantes do art. 30 da CF / 88 e Distrito Federal: atribuições de Estados e Municípios, nos termos do art. 32, § 1º da CF / 88); b) possibilidade de delegação, nos termos do art.22, parágrafo único, da CF / 88; c) áreas comuns de ação administrativa paralela (art. 23, CF / 88) e d) áreas de ação legislativa concorrente (art. 24, CF / 88).

O Supremo Tribunal Federal se pronunciou sobre a ADI nº 6341, ADPF 45 e Reclamação nº 40.342, todos protocolados perante o Tribunal¹²⁷.

Nesse ponto, as advertências dos autores de Lima merecem destaque. VENTURA,

126 MORAES, Alexandre de. Federação brasileira: necessidade de fortalecimento das competências dos Estados-membros. In: Tavares, André Ramos et al (Org). **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010

127 Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 6.341**, Brasília, DF, 15 de abril de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 16 out 2021.

ABUJAMRA AITH E RACHED¹²⁸, pesquisadores da Universidade de São Paulo e da Fundação Getúlio Vargas, analisando a Lei Federal 13.979 / 2020 no artigo "O surgimento do novo coronavírus e a 'lei da quarentena' no Brasil":

A lei de quarentena mantém os traços essenciais da legislação precedente, quais sejam a elaboração reativa e casuística de instrumentos normativos; a fragmentação do ordenamento jurídico numa diversidade de instrumentos cuja consistência hierárquica pode ser questionada; a ausência do imprescindível debate democrático; e a pendência de normatização de numerosos detalhes decisivos para a correta implementação da lei, constatado um ainda insuficiente exercício do poder regulamentar. (2021, p. 131)

Dentre as medidas adotadas pelos governos estaduais, destacam o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, estão suspensão das aulas, recomendação para adoção de trabalho remoto, fechamento de shoppings, lojas e parques, interrupção das atividades culturais e recreativas, entre outras, todas baseadas na Lei N.13.979 / 2020 e na prestação de competência atribuída pela Constituição Federal de 1988 em seus artigos 23, II e 24, XII¹²⁹.

3.1 MULTIPLICIDADE DE ATOS NORMATIVOS

As diferentes normas emitidas pelos governos federal e estadual e os municípios sobre as medidas que a população deve tomar no combate à epidemia do coronavírus, os desentendimentos entre Presidente da República e os Governadores dos Estados sobre essas medidas têm levantado grandes dúvidas. Em relação a qual decisão deve ser seguida, considerando normas atuais. Algumas normas valem a pena mencionar.

É válido mencionar, a suspensão de aulas na rede pública do ensino, eventos, em São Paulo, através do Decreto nº 64.862 de 13 de março de 2020¹³⁰. Além do mais, foi suspenso no Estado de São Paulo as atividades de shopping centers e de academias de

128 LIMA VENTURA, D.F.; ABUJAMRA AITH, F.M.; RACHED, D. H. **A emergência do novo coronavírus e a "lei de quarentena" no Brasil**. Revista Direito e Praxis. Rio de Janeiro, p. 102-138, v. 12, n. 1, 2021. Disponível em: < <https://www.ePublicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49180> >. Acesso em: 18 out 2021.

129 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. 5 de outubro de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 out 2021.

130 SÃO PAULO (Estado). Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. **Decreto nº 64.862, de 13 de março de 2020**. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/193314>. Acesso em: 15 out. 2021.

ginástica. Já no Decreto nº 64.881 de 22 de março de 2020¹³¹, em São Paulo foi decretada a quarentena, sendo suspenso o atendimento presencial a o público no comércio, assim como prestadores de serviços.

Alguns dias depois, foi publicado no Estado do Rio de Janeiro o Decreto nº 46.973 de 16 de março de 2020¹³² (revogado pelo Decreto nº 47.006/2020) suspendendo o funcionamento normal de algumas atividades comerciais, com restrições:

Art. 5º. De forma excepcional, com o único objetivo de resguardar o interesse da coletividade na prevenção do contágio e no combate da propagação do coronavírus, (COVID-19), determino a suspensão, pelo prazo de 15 (quinze) dias, das seguintes atividades: (...) I - Funcionamento de bares, restaurantes, lanchonetes e estabelecimentos congêneres com capacidade de lotação restringida a 30% (trinta por cento) da sua lotação, com normalidade de entrega e retirada de alimentos no próprio estabelecimento.

O Presidente Jair Bolsonaro, na terceira declaração dada em rede nacional, 24 de março de 2020, defendia acabar com o confinamento e reabrir escolas (posicionamento oposto ao que foi assumido pelos governos estaduais) e criticou a atitude de alguns governadores pela implementação desta medida restritiva. Questionou o Presidente da República:

O vírus chegou. Está sendo enfrentado por nós e brevemente passará. Nossa vida tem que continuar. Empregos devem ser mantidos, o sustento da família deve ser preservado. Devemos, sim, voltar à normalidade. Algumas poucas autoridades estaduais e municipais devem abandonar o conceito de terra arrasada, a proibição de transportes, o fechamento de comércio e o confinamento em massa. O que se passa no mundo têm

131 SÃO PAULO (Estado). Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. **Decreto nº 64.881, de 22 de março de 2020**. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2020/decreto-64881-22.03.2020.html>. Acesso em: 15 out. 2021.

132 LEGISWEB. Legislações. Legislação Estadual – Rio de Janeiro. **Decreto nº 46.970, de 13 de março de 2020**. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=390689>. Acesso em: 15 out. 2021.

mostrado que um grupo de risco é o das pessoas acima dos 60 anos. Então, por que fechar escolas?¹³³

A situação piorou quando foi notado na mídia, que os pronunciamentos emitidos pelo Presidente da República e por parte dos Governadores dos Estados eram divergentes. Além do mais, ficou evidente a divergência de pensamentos e orientações técnicas passadas pelo Ministro da Saúde, Luiz Henrique Mandetta, e o Presidente da República.

3.2 AUSÊNCIA DE MEDIDAS COORDENADAS E HARMÔNICAS ENTRE ENTES FEDERADOS – CAOS NORMATIVO

A Ação direta de inconstitucionalidade do nº 6.341 do DF, que visa declarar o descumprimento parcial declarado da Constituição Federal da Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020, quanto às alterações feitas ao art. 3, caput, pt. I, II e VI e sec., 9, 10 e 11 da Lei Federal nº 13 979 de 6 de fevereiro de 2020¹³⁴, é discutida atualmente no STF.

Embora a ação direta de inconstitucionalidade ainda esteja pendente de uma decisão sobre o pedido do despacho, o desembargador Marco Aurélio concedeu parcialmente a medida cautelar, rejeitando a tese sobre a lei complementar bem como a invasão da jurisdição estadual pelo governo federal, mas reconhecendo a medida provisória nº 926/2020, que alterou a redação do art. 3 da medida não priva as outras filiadas da competência para desenvolver ações normativas e administrativas a esse respeito¹³⁵.

3.3 LIMITE DE COMPETÊNCIA E EQUILÍBRIO NAS AÇÕES DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DOS ENTES FEDERADOS

A Constituição Federal é responsável por estabelecer os poderes legislativos dos entes federativos, em seu artigo 23 e 24, impõem poderes conjuntos e simultâneos à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Vale ressaltar que os incisos I, V e XII do art. 24 estipulam que competência paralela dos entes da federação é legislar em matéria tributária, financeira, penitenciária, econômica

133 SOARES, Ingrid. **Bolsonaro pede reabertura de escolas e critica governadores**. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/03/24/interna_politica,836430/bolsonar-opedre-reabertura-de-escolas-e-critica-governadores.shtml. Acesso em: 16 ago. 2021.

134 BRASIL. **Lei Federal nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020**. Brasília: Congresso Nacional, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm>. Acesso em: 15 out. 2021.

135 Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.341 DF.

e municipal; produção e consumo; segurança social, saúde e defesa. Do ponto de vista federal, a CF concedeu à União, estados e municípios competência simultânea para legislar na área de proteção e defesa da saúde (artigos 24, XII e 30, II, CRFB / 1988). Compete à União estabelecer normas gerais (Art. 24 § 1º); os estados são responsáveis por complementar a legislação federal (art. 24 § 2º); e os municípios são regidos por lei em matérias de importância local, podendo também complementar a legislação federal e estadual conforme o caso (artigos 30, I e II).

No que se refere à possibilidade de formulação e implementação de políticas públicas de saúde, a Constituição concedeu competência conjunta à União, aos Estados e aos Municípios (artigos 23, II). Luis Roberto Barroso¹³⁶ (2009, p. 15) explica que não se trata da sobreposição de entes federados, mas sim do equilíbrio entre desenvolvimento e bem-estar a nível nacional, que será alcançado graças à cooperação entre as esferas de poder.

Apesar das boas intenções e esforços de todos os atores federais para conter a pandemia, é inevitável refletir sobre as questões de competência que surgem neste cenário. Como enfatizou Paulo Gustavo Gonet Branco¹³⁷ (2020, p. 843):

[..] uma vez que não há o direito de secessão na fórmula federativa, os conflitos que venham a existir entre os Estados-membros ou entre qualquer deles com a União necessitam ser resolvidos para a manutenção da paz e da integridade do Estado como um todo. Assumindo feição jurídica, o conflito será levado ao deslinde de uma corte nacional, prevista na Constituição, com competência para isso.

Ainda de acordo com o autor "falhando a solução judiciária ou não sendo o conflito de ordem jurídica meramente, o Estado Federal dispõe do instituto da intervenção federal, para se autopreservar da desagregação, bem como para proteger a autoridade da Constituição Federal", e que tal intervenção, é importante para a "suspensão temporária das normas constitucionais asseguradoras da autonomia da unidade atingida pela medida".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou esclarecer, com base na Constituição Federal de 1988, as

136 BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>>. Acesso em 16 out. 2021

137 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gutavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

competências conferidas aos entes federativos para atuar no combate à nova pandemia do coronavírus no Brasil, discutindo os dispositivos constitucionais que tratam da divisão de competências, tendo em vista o Cenário brasileiro a pandemia Covid-19 e, por fim, a posição do Supremo Tribunal Federal diante das reivindicações relativas à competência constitucional atribuída aos entes da federação para atuar no combate à pandemia.

Após analisar a autoridade constitucional concedida às autoridades federais, estaduais, distritais e municipais para tratar da saúde pública, foi necessário apontar o início e o desenvolvimento da pandemia Covid-19 e tomar medidas para combater a propagação do vírus, principalmente para dar a cada ente federal sobre o assunto o poder de legislar. A Constituição Federal de 1988 estipula em seu art. 24. XII, o órgão legislativo de proteção e defesa da saúde, e de acordo com o disposto no parágrafo 1º deste artigo, a União formulará normas gerais, e os demais entes da União formularão normas complementares.

O que recentemente foi percebido demonstra a fragilidade e incapacidade de nosso sistema federal para lidar com a dinâmica da crise. Por ideologias políticas, o Executivo Federal, ao expedir medidas provisórias, entes federados que sentiam que sua autonomia havia sido prejudicada. Por outro lado, o Executivo Federal sentiu-se fragilizado pelas ações legislativas e administrativas dos entes federados, que se sentiram no direito de eventual enfrentamento diante de atitudes negativas.

Respondendo ao problema desta pesquisa, é possível afirmar, que o Supremo Tribunal Federal aplicou, em suas decisões, o princípio da predominância de interesses, reconhecendo o importante papel que cabe aos Estados Membros e Municípios, se decidindo com base no texto constitucional. O entendimento consolidado é que a União tem competência para adotar medidas de combate à pandemia Covid-19, porém, respeitando a autonomia que é conferida aos demais entes da federação.

Portanto, concluiu-se que a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n.o. 6.341 foi muito importante para diminuir a polêmica decorrente da competência para gerir a política de saúde em conexão com o momento da pandemia de COVID-19, embora essa decisão não afaste o debate ideológico que foi realizado principalmente pelo Presidente da República, que repetidamente insistiu publicamente em renunciar à responsabilidade pelas consequências da pandemia.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>>. Acesso em 16 out. 2021

BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03/05/2021; 07/05/2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. 5 de outubro de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 out 2021.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020**. Brasília: Congresso Nacional, 2020. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm>. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6343**. Brasília: STF, 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>>. Acesso em: 08.10.2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 6.341, Brasília, DF, 15 de abril de 2020**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 16 out 2021.

HORTA, R. M. Tendências Atuais da Federação Brasileira. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, p. 16-33, jul./set., 1996.

LEGISWEB. Legislações. Legislação Estadual – Rio de Janeiro. **Decreto nº 46.970, de 13 de março de 2020**. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=390689>. Acesso em: 15 out. 2021.

LIMA VENTURA, D.F.; ABUJAMRA AITH, F.M.; RACHED, D. H. A emergência do novo coronavírus e a “lei de quarentena” no Brasil. **Revista Direito e Praxis**. Rio de Janeiro, p. 102-138, v. 12, n. 1, 2021. Disponível em: <<https://www.ePublicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49180>>. Acesso em: 18 out 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª edição atualizada com a EC n.39/02. Editora Atlas S.A., 2003, eBook.

MORAES, Alexandre de. **Federação brasileira: necessidade de fortalecimento das competências dos Estados-membros.** In: Tavares, André Ramos et al (Org). Estado constitucional e organização do poder. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 36 Ed., São Paulo, Atlas, 2020, eBook.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado.** 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SÃO PAULO (Estado). Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. **Decreto nº 64.862, de 13 de março de 2020.** Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/norma/193314>>. Acesso em: 15 out. 2021.

SÃO PAULO (Estado). Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. **Decreto nº 64.881, de 22 de março de 2020.** Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2020/decreto-64881-22.03.2020.html>>. Acesso em: 15 out. 2021.

SOARES, Ingrid. **Bolsonaro pede reabertura de escolas e critica governadores.** Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/03/24/interna_politica,836430/bolsonaro-pede-reabertura-de-escolas-e-critica-governadores.shtml>. Acesso em: 16 ago. 2021.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional,** RT, São Paulo, 1983.

A NECESSIDADE DA APROVAÇÃO DA POLÍTICA NACIONAL DE INFORMAÇÕES ESTATÍSTICAS RELACIONADAS À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER (PNAINFO) COMO FORMA DE APRIMORAR AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES

MEYRELUCY GOMES DE SOUZA:

Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

LUCIANA VENTURA¹³⁸

(orientadora)

RESUMO: Neste artigo o tema a ser trabalhado é a necessidade da aprovação da política nacional de informações estatísticas relacionadas à violência contra a mulher (PNAINFO), para que se possa aprimorar a aplicação das políticas públicas de enfrentamento à violência contra mulheres. O objetivo é o de verificar se a aprovação da política nacional de informações estatísticas relacionadas à violência contra a mulher (PNAINFO) será capaz de aprimorar a aplicação das políticas públicas de enfrentamento à violência contra mulheres. Como metodologia se utilizou o método dedutivo, buscando compreender o texto do projeto de lei que deu origem a criação da PNAINFO, se utilizando de pesquisa exploratória. O resultado obtido foi da hipótese positiva, chegando-se à conclusão de que a aprovação da política nacional de informações estatísticas relacionadas à violência contra a mulher (PNAINFO) será capaz sim de aprimorar a aplicação das políticas públicas de enfrentamento à violência contra mulheres.

Palavras-chaves: Mulher; Violência; Políticas públicas; PANAINFO.

ABSTRACT: In this article, the theme to be worked on is the need to approve the national policy on statistical information related to violence against women (PNAINFO), so that the application of public policies to combat violence against women can be improved. The objective is to verify whether the approval of the national policy on statistical information related to violence against women (PNAINFO) will be able to improve the application of public policies to combat violence against women. As a methodology, the deductive method was used, seeking to understand the text of the bill that gave rise to the creation of PNAINFO, using exploratory research. The result obtained was the positive hypothesis, reaching the conclusion that the approval of the national policy on statistical information

¹³⁸ Mestre em Direito e Políticas Públicas. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail:luciana.ventura@unest.edu.br

related to violence against women (PNAINFO) will indeed be able to improve the application of public policies to combat violence against women

Keywords: Woman; Violence; Public policy; PNAINFO.

1 INTRODUÇÃO

O assunto trabalhado é sobre a forma de aprimorar políticas públicas, o que originou o tema “a necessidade da aprovação da política nacional de informações estatísticas relacionadas à violência contra a mulher (PNAINFO) como forma de aprimorar as políticas públicas de enfrentamento à violência contra mulheres”. A delimitação do tema se deu quanto à violência contra mulheres ocorrida no Brasil. Para tanto, utilizou-se o “Processo de Monitoramento e Avaliação das Políticas de Enfrentamento à Violência contra Mulheres – Ciclo de Avaliação 2019/2020”, disponível no site do Senado Federal, como também o projeto de lei 8, de 2016 de autoria da Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal. Projeto de lei este que já foi aprovado tanto na Câmara Legislativa, quanto no Senado Federal. Fez-se uso também da doutrina e da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Da decorrente leitura prévia do tema surgiu o seguinte problema a ser trabalhado com a pesquisa do presente artigo: a aprovação da política nacional de informações estatísticas relacionadas à violência contra a mulher (PNAINFO) será capaz de aprimorar a aplicação das políticas públicas de enfrentamento à violência contra mulheres?

Para elaboração do trabalho e obtenção da resposta ao problema é necessário compreender que a violência contra a mulher é qualquer ato que se acomete contra a mulher, sendo que este venha afrontar a saúde física ou mental. Ligada por uma história de luta e conquistas sendo inúmeras vezes ameaçadas por terem conquistado sua liberdade civil, política e social a mulher continua a sofrer diversas violências.

Justifica-se o desenvolver do tema devido as inúmeras violências sofridas por milhares de mulheres, o que leva a procurar dados sobre os índices de violência registrados e a aplicabilidade de políticas públicas com base nesses dados, tendo em vista o teor do Projeto de Lei nº 8, de 2016, criado pela Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal, que visa instituir a Política Nacional de Informações Estatísticas relacionadas à violência contra a mulher.

O objetivo geral é o de verificar se a aprovação da política nacional de informações estatísticas relacionadas à violência contra a mulher (PNAINFO) será capaz de aprimorar a aplicação das políticas públicas de enfrentamento à violência contra mulheres, e os objetivos específicos são pautados em: definir violência contra mulheres; vincular o

monitoramento da violência contra mulheres com a possibilidade de melhoria da aplicação de políticas públicas através da obtenção de dados; demonstrar o Processo de Monitoramento e Avaliação das Políticas de Enfrentamento à Violência contra Mulheres, 2021, ciclo de avaliação 2019/2020 do panorama da violência contra mulheres no Brasil; apresentar a evolução das políticas públicas no combate à violência contra mulher; apresentar os desafios para a melhoria das políticas públicas de combate à violência contra mulher; vincular a necessidade da aprovação da política nacional de informações estatísticas relacionadas à violência contra a mulher (PNAINFO) para a melhoria da aplicação das políticas públicas de enfrentamento à violência contra mulheres.

O que se busca é definir Violência contra Mulheres, vinculando o monitoramento da violência contra mulheres com a possibilidade de melhoria na aplicação de políticas públicas através da obtenção de dados, demonstrando o que traz o Processo de Monitoramento e Avaliação das Políticas de Enfrentamento à Violência contra Mulheres, 2021, ciclo de avaliação 2019/2020 do panorama da violência contra mulheres no Brasil, como também apresentar o projeto de lei nº 8, de 2016, criado pela Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal, como sendo de fundamental importância para a melhoria do bem estar da mulher, pois tal projeto foi criado para garantir os direitos humanos da mulher, visando assim, o combate da violência.

Procurou-se uma forma clara e objetiva para explanar todo o entendimento em relação ao conteúdo exposto, visando, à necessidade da aprovação da política nacional de informações estatísticas relacionadas à violência contra a mulher (PNAINFO) para a melhoria da aplicação das políticas públicas de enfrentamento à violência contra mulheres, buscando assim entender a respeito da violência que antes não era se quer rejeitada por aqueles que não as praticavam, e hoje ganha respaldo na lei.

2 A VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES: A VISÃO LEGAL E DOUTRINÁRIA

Segundo a Convenção de Belém do Pará, a violência contra a mulher é qualquer conduta de ação ou omissão que se baseie no gênero, causando a mulher morte, dano, ou sofrimento, tanto físico, psicológico ou sexual, independentemente do local onde ela ocorra.

Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica: a) ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras turmas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual;

b) ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e c) perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra. (BRASIL, 1996, não paginado).

Segundo a doutrina:

A violência contra as mulheres é um dos fenômenos sociais mais denunciados e que mais ganharam visibilidade nas últimas décadas em todo o mundo. [...] A violência é, cada vez mais, um fenômeno social que atinge governos e populações, tanto global quanto localmente, no público e no privado, estando seu conceito em constante mutação, uma vez que várias atitudes e comportamentos passaram a ser considerados como formas de violência. (JESUS, 2015, p. 3-5).

Para Gonçalves (2013, p. 152):

No campo social, político e jurídico, portanto, as mulheres não foram consideradas seres humanos como os homens por muito tempo – nem mesmo no bojo de movimentos revolucionários. Durante dois milênios, vigorou a posição de que a mulher era um ser inferior ao homem, ideia propagada especialmente pela Igreja Católica.

De acordo com Gonçalves (2013), a violência contra a mulher está ligada a fragilidade e inferioridade da mulher em relação ao homem, é um problema que atravessa gerações. Sempre menosprezada pelo árduo fardo de ser mulher (sexo frágil) sofre com a violência, seja física, psicológica ou sexual.

A dignidade da pessoa humana, ora garantida pela constituição federal de 1988 é um dos princípios fundamentais, arrolado no artigo 1º, inciso III, garantindo que a pessoa viva com dignidade e respeito, visando amparar, sendo punido aquele que afrontar a dignidade do outro (BRASIL, [2021a], não paginado).

De acordo com Leite (2013, p. 53):

Para que os direitos das mulheres deixem de ser princípios anunciados, para que se possa diminuir a violência contra a mulher,

equiparar os salários com os homens, o anúncio dos princípios não é suficiente. E não é suficiente tampouco a legislação ordinária. É preciso mais, é preciso vontade do Estado, que se revela por campanhas sérias e persistentes, educando, evidenciando os valores democráticos e punindo (e, nesse caso, a lei colabora) aqueles que descumprirem os valores constitucionais.

Leite (2013) explica que o problema da violência sofrida pela mulher vem de uma cultura de desigualdade entre homens e mulheres dentro da sociedade e, é através da desigualdade de gênero que começa a surgir as violências empregada contra as mulheres, uma vez que o papel da mulher por muito tempo foi limitado ao ambiente doméstico.

Segundo Gonçalves (2013, p. 74):

A forma jurídica, de maneira geral, ainda é feita como se o direito e sua interpretação fossem neutras no que se refere ao gênero – seja de quem as interpreta ou de quem as interpela. É dizer, os debates que forcem o olhar do jurista para os ‘pontos cegos’ ou para a ‘invisibilidade’ das mulheres perante a lei são impulsionados pelos movimentos feministas, mas são pouco reconhecidos pelos operadores do direito. Persevera, entre muitos, a idéia de que a simples enunciação da ‘igualdade’ é capaz de assegurar sua efetivação entre homens e mulheres.

O Brasil respeitando a resolução nº 52/86 da Assembléia Geral das Nações Unidas na data de 12 de dezembro de 1997 que trata sobre a “Prevenção ao Crime e medidas da Justiça Criminal para Eliminar a Violência contra as Mulheres”, criou a lei nº 10.886, de 17 de junho de 2004, a qual acrescentou o parágrafo 9º ao artigo 129 do código penal que trata do delito de lesão corporal pretendendo coibir a Violência contra a mulher (JESUS, 2015).

Bianchini (2014, p. 213), relata que:

Em 1994, a então Comissão de Direitos Humanos da ONU (hoje Conselho de Direitos Humanos) decidiu estabelecer uma relatoria especial sobre a violência contra a mulher. De acordo com a relatoria, a violência contra a mulher enfraquece ou nulifica seus direitos humanos.

Com o advento da lei 11.340/2006 mostrou-se avanço em relação a proteção da mulher, a lei mencionada, assegura a mulher atendimento em questão de violência, sendo

criada para a mulher, visa proteger e defender a mulher da violência sofrida (BIANCHINI, 2014).

Conforme o Art. 1º da lei 11.340/2006:

Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir 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 Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. (BRASIL, [2021b], não paginado).

A lei 11.340/2006 denominada Lei Maria da Penha, também prevê em seu artigo 7º e incisos, 5 (cinco) modalidades de violência contra a mulher, sendo a Violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral (BIANCHINI, 2014).

3 COMO MONITORAR E AVALIAR AS POLÍTICAS DE COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES.

Para o Processo de Monitoramento e Avaliação das Políticas de Enfrentamento à Violência contra Mulheres, Ciclo de Avaliação 2019/2020 desenvolvido no Senado Federal, não importa qual seja o fenômeno social, a análise de dados relacionados a ele, tem importância fundamental para seu melhor entendimento. E que, para a Organização Mundial da Saúde o problema das violências, incluindo a violência contra as mulheres, é enfrentado por uma abordagem desenvolvida pela área de Saúde Pública (BRASIL, 2021c).

Tal abordagem desenvolvida é baseada em evidências de caráter interdisciplinar, pois envolve o uso do conhecimento de diversas áreas, como medicina, epidemiologia, sociologia, psicologia, criminologia, educação e economia. Sua característica é vinculada a ação coletiva de diferentes órgãos das esferas do Poder e setores (BRASIL, 2021c).

Enxergar o problema da violência contra as mulheres como um problema de saúde pública, pode parecer um caminho promissor para enfrentar os inúmeros desafios encontrados e assegurar às mulheres o direito a uma vida livre de violência. Porém é preciso destacar que em vez de simplesmente aceitar ou reagir à violência, as políticas públicas devem ser construídas sobre a forte convicção de que o comportamento violento do agressor e suas consequências podem ser evitados pela prevenção, visando assim um

método científico que busque o melhor caminho entre o problema e sua solução (BRASIL, 2021c).

Consta no documento que para a avaliação do aprimoramento das políticas públicas voltadas ao enfrentamento da violência contra as mulheres, deve se buscar o máximo de conhecimento possível sobre todos os aspectos e causa de tais violências, seja por meio da coleta sistemática de dados sobre as características e consequências da violência, em nível e local. Será necessário investigar por que a violência ocorre, suas causas, fatores que aumentam ou diminuem o risco de sua ocorrência, além de descobrir fatores que possam barrar, ou prevenir a violência por meio de intervenções (BRASIL, 2021c).

O Processo de Monitoramento e Avaliação das Políticas de Enfrentamento à Violência contra Mulheres, Ciclo de Avaliação 2019/2020 menciona que nos últimos anos no Brasil houve o surgimento de uma série de publicações e iniciativas de análise e de disponibilização de dados relacionados à violência contra mulheres e políticas voltadas para combater tais violências, com o intuito de acabar, ou seja, coibir a violência sofrida pela a mulher. Informa ainda que existem milhares de barreiras relacionadas à falta de informações, como também subnotificação, que é a falta de integração entre essas informações colhidas, que são provenientes de diferentes bases de dados, sendo estas, muitas vezes, advinda de diferentes setores de políticas públicas, como da saúde, da assistência social, da segurança pública, dentre outros. Para a construção de um sistema de monitoramento e avaliação de uma política tão complexa quanto a de enfrentamento à violência contra as mulheres segundo o relatório, deve se buscar extrair e sistematizar conhecimentos construídos pelas fontes mais diversas, como trabalhos acadêmicos, organizações sociais, mídia, órgãos públicos, que atuem nas searas nacional, estadual e/ou municipal que sejam vinculados a diferentes áreas de conhecimento (BRASIL, 2021c).

Porém, é necessário em primeira mão que se faça um mapeamento de dados e análises atualmente disponíveis, em seguida, analisar se as informações colhidas permitem ter um diagnóstico confiável do problema que ocasionou a violência e das ações voltadas ao seu enfrentamento. A implantação do Processo de Monitoramento e Avaliação das Políticas de Enfrentamento à Violência contra Mulheres visa esforços para aprimorar o conhecimento disponível da tomada de decisão no âmbito dessas políticas. E tem como objetivo, monitorar e avaliar as políticas de enfrentamento à Violência contra Mulheres, sendo conduzido pela Comissão Mista de Combate à Violência contra a Mulher, com o intuito de subsidiar a atuação parlamentar, tanto para aprimoramento do marco legislativo quanto para avaliação das ações dos poderes Executivo e Judiciário (BRASIL, 2021c).

A constituição do quadro de Monitoramento da violência contra a mulher permitirá a melhor sistematização do conhecimento produzido em torno da violência gerada, permitindo, a identificação de lacunas de informações relevantes para a tomada de decisão. Esse esforço promoverá a possibilidade de diferentes organizações trabalharem em conjunto, mediante estabelecimento de objetivos comuns e troca de conhecimentos e informações para o enfrentamento da violência (BRASIL, 2021c).

4 DOS DADOS LEVANTADOS DE VIOLENCIA CONTRA MULHER NO BRASIL NOS ANOS DE 2019-2020

“A violência contra a mulher alcança toda a família, inclusive aqueles que não sofrem suas consequências, mas que tão somente a testemunham. A ameaça e o temor, fortes fatores de desestruturação psíquica, em muitos casos, frequentam o cotidiano da família.” (BIANCHINI, 2014, p. 258).

Segundo o Processo de Monitoramento e Avaliação das Políticas de Enfrentamento à Violência contra Mulheres, Ciclo de Avaliação 2019/2020, o monitoramento e avaliação das ações de enfrentamento à violência contra as mulheres, envolvem a produção, coleta e análises de dados provenientes de diferentes fontes (BRASIL, 2021c).

Diferentes instituições, públicas ou não, publicam pesquisas acerca do tema da violência contra mulheres no Brasil a partir da coleta de dados primários, que se baseiam por análises de dados coletados pela própria instituição ou instituição parceira, com o fim de gerar as análises, objeto da publicação. Entre as várias pesquisas existentes, estão a Pesquisa Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que é realizada bianualmente, pelo Instituto de Pesquisa DataSenado, que na edição de 2017, passou a contar com a parceria do Observatório da Mulher contra Violência, a Pesquisa de Condições Socioeconômicas e de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (PCSVDF Mulher) realizada pela Universidade Federal do Ceará, em parceria com o Instituto Maria da Penha, a partir de entrevistas face a face, em dois momentos ou ondas, de 10 mil mulheres nas nove capitais nordestinas, e Pesquisa Nacional de Saúde que é realizada pelo IBGE, por encomenda do Ministério da Saúde, a partir de entrevista pessoal de uma amostra probabilística de domicílios brasileiros, como também a pesquisa de Informações Básicas Municipais realizada pelo IBGE (BRASIL, 2021c).

Em contrapartida, muitas das publicações que tratam da análise do problema da violência contra as mulheres e das políticas voltadas ao enfrentamento de tais violências, baseiam-se na análise de registros administrativos constantes de grandes bases de dados nacionais, como os registros de homicídios de mulheres constantes do Sistema de

Informações sobre Mortalidade do Ministério da Saúde, os registros de agravos de violência interpessoal contra mulheres, informados por centros de saúde (BRASIL, 2021c).

O Processo de Monitoramento e Avaliação das Políticas de Enfrentamento à Violência contra Mulheres, Ciclo de Avaliação 2019/2020 menciona que anualmente disponibiliza os dados referentes a dois anos antes, no ano de 2020 por exemplo, foram disponibilizados os dados referentes aos registros realizados no ano de 2018. Além das análises de registros administrativos constantes de grandes bases de dados nacionais acima citados, há consolidação dos registros de ocorrências policiais relativos a atos violentos perpetrados contra mulheres, como feminicídios, homicídios, estupros, lesões corporais, ameaças, entre outros, que são informados pelas secretarias de segurança pública dos estados por intermédio do Sinesp (Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública), atualizado a partir do envio de informações pelos estados, que disponibiliza os dados consolidados referente aos registros de ocorrências policiais do ano anterior (BRASIL, 2021c).

Há Indicadores também relativos aos processos criminais sobre a violência doméstica e familiar consolidados pelo Conselho Nacional de Justiça, são referentes ao ano anterior, disponibilizados após processo de coleta e tratamento de informações referentes à tramitação dos processos criminais de violência doméstica, prestadas por cada Tribunal de Justiça. São utilizadas nas análises, as violências relatadas e registradas por intermédio do Ligue 180, do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Os dados referentes aos atendimentos que são realizados pelo Ligue 180 voltaram a ser disponibilizados todo ano com dados do ano anterior (BRASIL, 2021c).

O Observatório da Mulher contra a Violência do Senado Federal desenvolveu e mantém o Painel online de Violência contra as Mulheres, que trata das informações relativas a diferentes fontes de informação relacionadas à violência contra as mulheres permitindo uma análise visual nacional por estado. E que com relação às publicações que tratam da análise desses indicadores, estas restringem apenas ao Poder Judiciário. A respeito da violência contra mulheres, em sua edição 2019, o observatório trouxe a análise da evolução dos homicídios de mulheres a partir dos registros de homicídios constantes do Sistema de Informações sobre Mortalidade do Ministério da Saúde (BRASIL, 2021c).

Publicou ainda o Observatório da Mulher contra a Violência um Panorama da Violência contra as Mulheres no Brasil, em duas edições, nos anos de 2016 e 2018. Com o objetivo de analisar as políticas de enfrentamento, trouxe como diferencial a análise conjunta de diversos indicadores referentes à violência contra mulheres (BRASIL, 2021c).

A análise empreendida regularmente pelo Observatório foi incorporado ao Processo de Monitoramento e Avaliação das Políticas de Enfrentamento à Violência contra

Mulheres. O Ciclo de Avaliação 2019/2020, no âmbito do Processo de Monitoramento, buscou trazer, em primeira mão, uma análise da trajetória das políticas de enfrentamento à violência contra as mulheres nas últimas décadas. Através das análises das estatísticas de violência contra mulheres, de relatórios com análises desses dados publicados por diferentes atores, como também, da literatura produzida em torno do tema, se depara com um desafio para aprimorar as políticas de enfrentamento à violência contra mulheres no momento. (BRASIL, 2021c)

5 CONHECENDO O HISTÓRICO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES

As mulheres vêm lutando durante muito tempo pelos seus direitos em busca de serem reconhecidas e valorizadas.

Embora as mulheres nem sempre tenham ficado completamente à margem dos processos políticos, a demanda e o reconhecimento de direitos humanos das mulheres vem à tona notadamente a partir da articulação do movimento feminista, especialmente no período pós-Segunda Guerra Mundial. Essa nova forma de se pensar as identidades de gênero – e consequentemente a mulher – abriu caminhos para que seus direitos pudessem desenvolver-se, ampliando significativamente a esfera de tutela jurídica a direitos específicos deste grupo, que em geral corresponde a 50% da população. (GONÇALVES, 2013, p. 158).

A autora Bianchini (2014, p. 208), relata que:

O Estado brasileiro, ao ratificar documentos internacionais de proteção à mulher, assumiu, no plano internacional, o compromisso de adotar medidas internas para garantir os direitos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares. A fim de cumprir com tal obrigação, planos, metas e estratégias foram estabelecidos, bem como, e principalmente, foram implementadas ações (políticas públicas) – v. item 12.

A questão da violência de gênero vem a muito tempo, a violência contra a mulher, como outras formas de violência, é resultado de uma cultura, empregada ao contexto social. Nesta cultura, a mulher era submissa aos homens, viviam como propriedade destes, os quais tinham poder sobre elas. Apesar do reconhecimento da violência contra a mulher, antes era uma busca constante das mulheres feministas por justiça, lutando para que seus direitos fossem reconhecidos (ALMEIDA, 2020).

O Artigo 226, parágrafo 8º da Constituição Federal, prevê que “o Estado deve assegurar assistência a família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.” (BRASIL, [2021a, não paginado).

Para Almeida (2015, p. 65), em seu livro “Direitos Humanos e Não Violência:

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), contando atualmente com 188 ratificações, dá início à normativa de proteção internacional dos direitos da mulher. Ao equiparar a discriminação a uma forma de violência contra a mulher, a Convenção de Belém do Pará reforça a indivisibilidade desses direitos e deixa claro, mais uma vez, que a não violência é condição fundamental para a fruição dos direitos humanos das mulheres.

No ano de 1995 com a criação da Lei 9.099/95, os casos de violências domésticas passaram a ser encaminhados ao Juizado Especial criminal, sendo a violência contra a mulher classificada como crime de menor potencial ofensivo, penalizando seus agressores apenas com o pagamento de multas e cestas básicas, tornando um avanço pouco efetivo para combater a violência (JESUS, 2015).

Para Fonte (2015, p. 798) “O implemento de políticas públicas submete-se aos princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais, estando sempre aberta a possibilidade de o Poder Judiciário fazer juízos de legalidade sobre elas.”

Segundo Bianchini (2014, p. 201),

A Lei Maria da Penha é fruto de importante conquista galgada em nível internacional, já que na condenação sofrida pelo Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, dentre outras obrigações, coube ao país elaborar normas de proteção integral à mulher vítima de violência doméstica e familiar. A condenação ocorreu em 2002, e somente quatro anos depois a Lei Maria da Penha entrou em vigor. Trata-se de uma legislação ocupada e preocupada com a não violência contra as mulheres, que decorre de compromissos assumidos pelo Brasil na medida em que ratificou os dois mais importantes documentos internacionais de proteção das mulheres (ambos citados já em seu preâmbulo): Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher

(CEDAW) e Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – Belém do Pará.

De acordo com Pasinato (2015, p. 3), “A lei em questão é reconhecida como um marco para o processo histórico de construção e reconhecimento dos direitos das mulheres como direitos humanos no Brasil.”

No ano de 2001 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos elaborou o relatório n. 54/2001, Caso n. 12.051, de Maria da Penha Maia Fernandes (*apud* BIANCHINI, 2014, p. 210):

A Comissão da OEA condenou o Estado brasileiro pela excessiva tolerância em promover a perseguição do crime praticado com violência à mulher e recomendou reforma no sistema legislativo com o desígnio de simplificar os procedimentos existentes bem como inserir novas formas para a resolução de conflitos.

O Artigo 8º da Lei 11.340/2006 menciona que: “A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais.” (BRASIL, [2021b], não paginado).

Segundo o Ciclo de Avaliação 2019/2020 a Secretária de Políticas para as Mulheres em 2007, instituiu o Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, que consiste em um acordo federativo, entre os entes federados para implementação de políticas públicas integrada em todo o território brasileiro, visando o funcionamento dos diversos serviços especializados, sendo que a União repassava através de convênios recursos para os Estados Municípios e entidades não governamentais, para serem aplicados em políticas de atendimento as mulheres vítimas de violência (BRASIL, 2021c).

Em 2010 houve mudanças na política de enfrentamento à violência contra mulheres no âmbito nacional, foi um projeto denominado como ciclo da política pública, sendo composto pelos seguintes estágios: definição de agenda; identificação de alternativas; avaliação das opções; seleção das opções; implementação e avaliação. Após decidir as ações a serem tomadas, se passa a implantação dessas, em seguida será avaliada se realmente estão sendo executadas e se estão promovendo alteração na demanda desejada (BRASIL, 2021c).

No ano de 2013, como resultado desse projeto, foi publicado o Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI), retratou, por um lado, avanços no enfrentamento à violência contra as mulheres no Brasil, já por outro, vários desafios para

que se possa promover às mulheres o direito a uma vida sem violência, pois se percebeu que a lei Maria da Penha não estava sendo aplicadas no âmbito do Poder Judiciário como um todo. Entre esta falta de aplicabilidade (BRASIL, 2021c).

O Relatório apresentou diversas recomendações para o aprimoramento das políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres. Sendo essas recomendações dirigidas a diversas instituições, vinculadas aos poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário. A partir das recomendações destinadas ao Poder Legislativo federal, no ano de 2014, deu-se início a criação de uma Comissão Permanente Mista de Combate a Violência contra as mulheres, em 2016 a criação do Observatório da Mulher contra a Violência (BRASIL, 2021c).

6 PROBLEMAS A SEREM VENCIDOS PARA MELHORAR AS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS AO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO TOCANTE A QUALIFICAÇÃO DE DADOS

Segundo Gonçalves (2013, p.103), para reversão de desigualdade em relação a mulher que termina por lhe oprimir sugere a realização de uma política mais voltada as mulheres.

As estratégias para que haja o pleno reconhecimento das mulheres enquanto pares da vida social podem incidir em diversos campos, desde a militância até o litígio estratégico em direitos humanos das mulheres, as quais podem ser entendidas como ferramentas para assegurar a reversão de injustiças perpetradas contra as mulheres. O litígio estratégico é interessante na medida em que atua para reparar a violação especificamente denunciada e também para figurar como marco jurídico do que deve significar o pleno respeito aos direitos humanos das mulheres. (GONÇALVES, 2013, p. 103).

Para Jesus (2015, p. 17), "A situação brasileira se perpetua em grande parte graças à omissão e ao pacto de silêncio que cercam a questão. Especialistas no atendimento às vítimas estimam que, para 20 casos de violência no País, apenas um é denunciado."

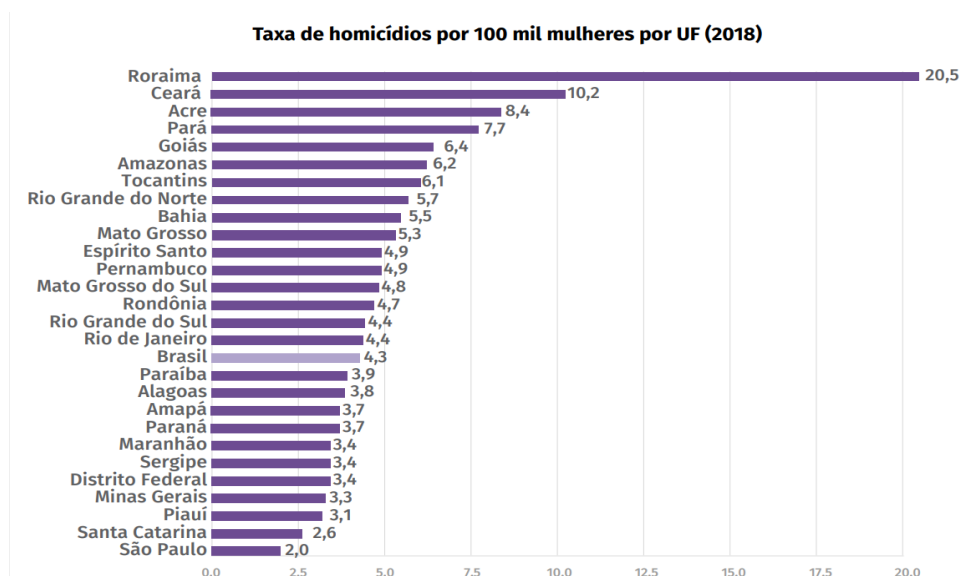
Segundo consta no Processo de Monitoramento e Avaliação das Políticas de Enfrentamento à Violência contra Mulheres, a pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa DataSenado em parceria com o Observatório da Mulher contra a Violência na edição 2019, sobre Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, constataram que a maior parte das mulheres acreditam na proteção da lei Maria da Penha (BRASIL, 2021c).

A questão da manifestação do problema da violência contra as mulheres depende de particularidades locais e regionais. Uma análise constante do Atlas da Violência 2020, publicado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, trazido pelo relatório do Ciclo de Avaliação 2019/2020 demonstra que:

Embora 2018 tenha apresentado uma tendência de redução da violência letal contra as mulheres na comparação com os anos mais recentes, ao se observar um período mais longo no tempo, é possível verificar um incremento nas taxas de homicídios de mulheres no Brasil e em diversas UFs. Entre 2008 e 2018, o Brasil teve um aumento de 4,2% nos assassinatos de mulheres. Em alguns estados, a taxa de homicídios em 2018 mais do que dobrou em relação a 2008: é o caso do Ceará, cujos homicídios de mulheres aumentaram 278,6%; de Roraima, que teve um crescimento de 186,8%; e do Acre, onde o aumento foi de 126,6%. Por seu turno, as maiores reduções no decênio ocorreram no Espírito Santo (52,2%), em São Paulo (36,3%) e no Paraná (35,1%). (FBSP, 2020, p. 35 *apud* BRASIL, 2021c, p. 70).

Para tanto, o processo de Monitoramento (gráfico 1) trouxe o seguinte gráfico:

Gráfico 1 – Taxa de homicídios por 100 mil mulheres por UF



Fonte: Gerência de Estudos e Análises da Dinâmica Demográfica/IBGE e SIM/MS
Elaboração: Diest/Ipea e FBSP (ATLAS DA VIOLÊNCIA, 2020 *apud* BRASIL, 2021c, p. 70).

Obs: O Número de homicídios de mulheres na UF de residência foi obtido pela soma dos CIDs 10 X85-Y09 e Y35-Y36.

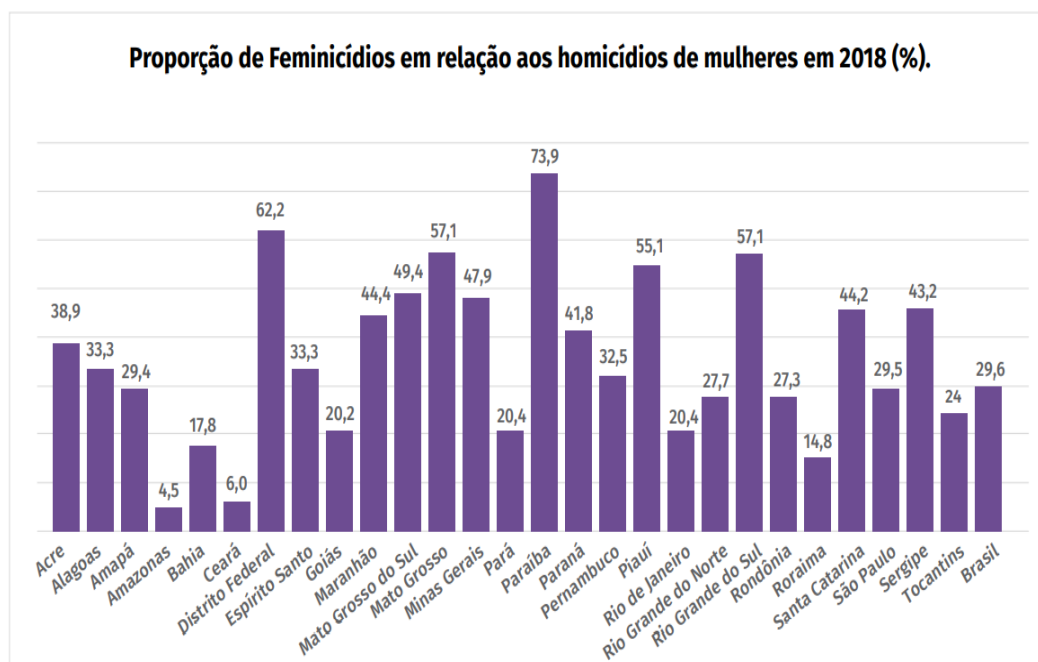
A análise da evolução das taxas de homicídios de mulheres em residência trazida pelo Observatório da Violência contra a Mulher 2019 parece indicar o aumento também da própria violência contra mulheres e não apenas o aumento de sua notificação. Porém, a taxa dos registros de homicídios de mulheres em residência é considerada uma boa variável de aproximação aos números de feminicídios, os quais têm aumentado nos últimos anos, segundo a avaliação (BRASIL, 2021c, p. 70).

No documento ainda constam os seguintes dados:

A partir da análise dos dados constantes da edição 2019, 72 desse documento, depreende-se que há uma grande variação entre os percentuais dos números de feminicídios frente aos números de homicídios de mulheres apresentados por cada um dos estados. Em estados como Amazonas (4,5%), Bahia (17,8%), Ceará (6,0%) e Roraima (14,8%), menos de um quinto dos casos de homicídios de mulheres são registrados como feminicídios. Por outro lado, nas unidades federativas do Distrito Federal (62,2%), Mato Grosso do Sul (57,1%), Paraíba (73,9%), Piauí (55,1%) e Rio Grande do Sul (57,1%), mais da metade dos homicídios de mulheres são tipificados como feminicídios. (BRASIL, 2021, p. 71).

Veamos o (Gráfico 2) a seguir do relatório de Monitoramento.

Gráfico 2 – Proporção de feminicídios em relação aos homicídios de mulheres



Fonte: Elaboração própria a partir dos dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019, do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (*apud* BRASIL, 2021c, p. 72).

Todavia, se verificar a edição 2019 da Pesquisa Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, realizada pelo Instituto de Pesquisa DataSenado, verifica - se que foram incluídas duas formas de mensurar a prevalência da violência doméstica e familiar contra as mulheres em um mesmo instrumento de coleta de dados (BRASIL, 2021c).

Para tanto, a Lei 11.340/2006 em seu artigo 8º menciona que:

Art. 8º A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes:

I - a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;

II - a promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, concernentes às causas, às consequências e à frequência da violência doméstica e familiar contra a mulher, para a sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente, e a avaliação periódica

dos resultados das medidas adotadas. (BRASIL, [2021b], não paginado).

A partir da integralidade adquirida através da busca de solução, tendo como foco, as relações e objetivos entre o Estado e as organizações não governamentais para a constituição de um plano nacional de enfrentamento a violência, se terá a responsabilização dentro do próprio conjunto de organização que executam as políticas públicas. Para tanto, é interessante observar a necessidade da qualificação das análises relacionada à violência contra a mulher, tendo em vista as diferentes culturas, como também os desenvolvimentos regionais de cada local, os quais poderão influenciar de forma negativa ou não na violência sofrida, estabelecendo um vínculo entre o funcionamento dos serviços prestados e seu alcance (BRASIL, 2021c).

Segundo uma análise do Atlas da violência 2020, publicado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, citado pelo Processo de Monitoramento e Avaliação das Políticas de Enfrentamento à Violência contra Mulheres “Ciclo de Avaliação 2019/2020”, mostra que:

Embora 2018 tenha apresentado uma tendência de redução da violência letal contra as mulheres na comparação com os anos mais recentes, ao se observar um período mais longo no tempo, é possível verificar um incremento nas taxas de homicídios de mulheres no Brasil e em diversas UFs. Entre 2008 e 2018, o Brasil teve um aumento de 4,2% nos assassinatos de mulheres. Em alguns estados, a taxa de homicídios em 2018 mais do que dobrou em relação a 2008: é o caso do Ceará, cujos homicídios de mulheres aumentaram 278,6%; de Roraima, que teve um crescimento de 186,8%; e do Acre, onde o aumento foi de 126,6%. Por seu turno, as maiores reduções no decênio ocorreram no Espírito Santo (52,2%), em São Paulo (36,3%) e no Paraná (35,1%). (FBSP, 2020, p. 35 *apud* BRASIL, 2021c, p. 72).

Em dados também apresentados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública em outra publicação, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, a partir das análises dos dados constantes da edição 2019 do documento, deduz-se que há uma grande variação entre os percentuais dos números de feminicídios frente aos números de homicídios de mulheres apresentados por cada um dos estados. Citando, assim os estados como Amazonas (4,5%), Bahia (17,8%), Ceará (6,0%) e Roraima (14,8%), menos de um quinto dos casos de homicídios de mulheres são registrados como feminicídios e, nas unidades federativas do Distrito Federal (62,2%), Mato Grosso do Sul (57,1%), Paraíba (73,9%), Piauí (55,1%) e Rio Grande do Sul (57,1%), mais da metade dos homicídios de mulheres são tipificados como feminicídios (BRASIL, 2021c).

Devido ao cenário de obstáculos, ao uso de informações para aprimoramento das políticas de enfrentamento à violência contra as mulheres, o Processo de Monitoramento e Avaliação das Políticas de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres tem o objetivo de buscar a produção e sistematização das análises e informações colhidas para o aprimoramento das políticas públicas, tendo como foco principal responder os questionamentos a respeito do percentual de mulheres em situações de violência doméstica, ou que viveu essa violência em algum momento da vida, nos últimos 12 meses. Que tipo de violência sofreu, quem foi o agressor de tal violência, com qual frequência sofreu a violência, dentre outros questionamentos (BRASIL, 2021c).

O relatório do Processo de Monitoramento e Avaliação das Políticas de Enfrentamento à Violência contra Mulheres (2021), questiona com relação ao desempenho da intervenção pública para o enfrentamento da violência sofrida pelas mulheres, o questionamento é em relação a quantidade de unidades de atendimento adequado às mulheres em situação de violência, e quais serviços são prestados, a questão da distribuição dos serviços, como também, quantos profissionais estão trabalhando em determinado setor, qual a capacidade de atendimento, dentre outros questionamentos (BRASIL, 2021c).

Para obter esses indicadores devem ser levantados dados a partir de registros administrativos de municípios e estados, mediante pesquisas de Informações desta violência, nos órgãos que colhem informações acerca da violência contra a mulher, obtendo informações a respeito dos processos criminais abertos pelas as vítimas, das penalidades aplicadas aos agressores, envolvendo todos os órgãos que produzam informações de violências contra a mulher, para que se tenha conhecimento para a tomada de decisão para a aplicabilidade das políticas de enfrentamento a violência contra a mulher (BRASIL, 2021c).

7 O PL SENADO (PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 8, DE 2016) QUE INSTITUI A POLÍTICA NACIONAL DE INFORMAÇÕES ESTATÍSTICAS RELACIONADAS À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER (PNAINFO)

O Projeto de Lei de autoria do Senado Federal, das Comissões de Direitos Humanos e Legislação Participativa, busca instituir a “Política Nacional de Informações Estatísticas Relacionadas à Violência contra a Mulher (PNAINFO)”. Tramitou como Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) nº 8, de 2016, apresentada no seio da Casa Legislativa como PL 5.000/2016. Esta lei tem como objetivo, reunir, organizar e analisar dados atinentes à violência contra a mulher, visando assim, amparar a mulher vítima de violência. O parágrafo único do artigo 1º da mencionada lei, entende por violência contra a mulher, qualquer ato

ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano, ou sofrimento físico, sexual, ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública, quanto na esfera privada (BRASIL, 2016).

A lei mencionada pretende alcançar a produção ágil e transparente das informações sobre a situação de violência contra a mulher no País, tendo como objetivo, subsidiar a elaboração e avaliação das políticas de enfrentamento à violência contra a mulher, produzindo informações amplas sobre, o tipo de violência praticada, o perfil das mulheres agredidas, o local das ocorrências, como também as características do agressor para o combate da violência contra a mulher. Esta lei visa também atender ao disposto no inciso II do art. 8º e do art. 38 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). Segundo este projeto, a existência de um banco de dados unificado que reflita as situações de violência enfrentadas pelas mulheres no Brasil, é crucial para a avaliação crítica das políticas públicas de combate à violência de gênero (BRASIL, 2016).

Este projeto teve o parecer da Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher, a qual aprovou por unanimidade, tendo como Relatora a Deputada Laura Carneiro, e pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, tendo como Relator o Deputado Lincoln Portela. Após ajustes significativos da Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado. Aprovada a redação final e assinada pela Relatora Deputada Leandre do PV-PR. Remessa ao Senado Federal por meio do Of. nº 248/18/SGM-P. A mesma foi apresentada em 21/03/2018 a Secretaria Legislativa do Senado Federal. Votado e aprovado o Substitutivo da Câmara, nos termos do parecer da CCJ, que foi favorável à matéria, esta vai à sanção. Remetido o Ofício SF nº 574, de 07/10/2021, ao Ministro de Estado Chefe da Secretaria – Geral da Presidência, encaminhando a mensagem ao Excelentíssimo senhor Presidente da República, submetendo à sanção presidencial (BRASIL, 2021c).

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da realização dos estudos para elaboração do artigo, acabou por se constatar que a aprovação da política nacional de informações estatísticas relacionadas à violência contra a mulher (PNAINFO), será capaz de aprimorar a aplicação das políticas públicas de enfrentamento à violência contra mulheres, respondendo assim, o problema mestre desse artigo: a aprovação da política nacional de informações estatísticas relacionadas à violência contra a mulher (PNAINFO) será capaz de aprimorar a aplicação das políticas públicas de enfrentamento à violência contra mulheres?

A resposta é afirmativa ao problema, pois, com a coleta de dados, dados esses mais consistentes e fidedignos, passa a ser possível um melhor estudo sobre a violência doméstica no Brasil, e conseqüentemente a aplicação de políticas públicas realizadas, atacando os maiores focos do motivo da violência, ou ainda, onde é necessário inserir mais

trabalhos de amparo às mulheres agredidas, onde é necessário maior aparato por parte do Estado para acolhimento e tratamento dessas mulheres.

Ocorre que, a busca por uma análise dos dados em relação à violência sofrida pela a mulher no Brasil, muitas vezes é negligenciada pelos os órgãos de informação, o que gera uma falta de conexão entre os casos de violências e as políticas de combate a essas violências. O problema da violência, incluindo todo e qualquer tipo de violência destinada às mulheres tem natureza repugnante pela maioria da população, sendo caracterizada, pela ênfase na violência de gênero, uma vez que a mulher sofre pelos simples e único fato da sua condição de mulher. Diante dos esforços coletivos para a aprovação da lei que institui a “Política Nacional de Informações Estatísticas Relacionadas à Violência contra a Mulher (PNAINFO)” ver-se a necessidade da mesma para que se possa tentar resolver os problemas da violência contra a mulher, gerando assim, um cronograma que seja a base para a diminuição dos casos de violência no Brasil.

Diariamente milhares de mulheres são vítimas de violência e este cenário precisa ser mudado, o projeto de Lei n. 8, de 2016 do Senado Federal vem para aprimorar e ajudar na execução da lei Maria da Penha.

As ações direcionadas ao enfrentamento da violência doméstica e familiar contra as mulheres, passa pela necessidade de compreender o cenário vivido como um fator agravante e não como sendo uma causa explicativa do fenômeno de violência contra as mulheres, uma vez que a violência possui caráter cultural e estrutural, que se arrasta à vários séculos, tendo sua motivação por tanto fundamentada nas desigualdades históricas entre homens e mulheres. Dito isto, percebe-se que a lei 8, de 2016 veio trazer mais seguridade as mulheres, pois é de fundamental importância para conseguir acabar com a violência de gênero e o feminicídio. Para tanto, basta tão somente que seja sancionada esta lei pelo o Presidente da República, lei esta que busca instituir a Política Nacional de Informações Estatísticas Relacionadas à Violência contra a Mulher (PNAINFO).

Todavia, se percebe um longo caminho para que os resultados dessas análises possam subsidiar decisões mais efetivas, favoráveis ao enfrentamento da violência contra as mulheres.

Mas, caso haja a efetivação dos sistemas nacionais de monitoramento, torna se possível a capacidade de articulação das ações de enfrentamento à violência, que favoreça o funcionamento da organização pública encarregada formalmente da aplicação das políticas públicas. Porém, para que ocorra tudo de forma a coibir a violência, para que faça cessar essa violência, é necessário que o Estado e os demais grupos, busquem trocar experiências e informações a respeito de suas organizações, como também de seus projetos de enfrentamento a tal violência.

Até o atual momento em que foi se pesquisado em relação a mencionada lei, não tinha a mesma sido sancionada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Direitos humanos e não violência**. São Paulo: Atlas, 2015.

ALMEIDA, Dulcielly Nóbrega de. **Violência contra a mulher**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. não paginado. Disponível em: <https://livraria.camara.leg.br/violencia-contra-a-mulher>. Acesso em: 20 set. 2021

AZEVEDO, Auta Jeane da Silva *et al.* **Histórias de amor tóxico**: a violência contra as mulheres. Disponível em: <https://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/578068>. Acesso em: 8 set. 2021

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**: lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, preventivos e criminais da violência de gênero. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República Casa Civil, [2021a]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Lei que 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. Brasília, DF: Presidência da República Casa Civil, [2021b]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 03 set. 2021.

BRASIL. **Processo de monitoramento e avaliação das políticas de enfrentamento à violência contra mulheres**: ciclo de avaliação 2019/2020. Brasília, DF: Senado Federal, 2021c. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv>. Acesso em: 27 ago. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 8, de 2016**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4484693&ts=1635509876743&disposition=inline>. Acesso em: 27 ago. 2021.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Tamara Amoroso. **Direitos humanos das mulheres e a comissão interamericana de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

JESUS, Damásio de. **Violência contra a mulher**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEITE, Glauco Salomão et al. **Direito, diversidade e cidadania**: manual dos direitos da mulher. São Paulo: Saraiva, 2013.

PASINATO, Wânia. Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da Lei Maria da Penha. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 407-428, 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v11n2/1808-2432-rdgv-11-2-0407.pdf>. Acesso em: 8 set. 2021.

ONLINE DISPUTE RESOLUTION, PROCESSO E TECNOLOGIA

EDSON FRANCISCO ROCHA NETO:

Advogado. ACIArb. Mestrando em Direito Processual Civil na UERJ. Bacharel em Direito pela UFPR. Membro da Dispute Resolution Board Foundation.

1.Introdução

Os meios alternativos de resolução de disputa têm expandido nas últimas duas décadas. Tanto é assim que a doutrina preferiu corrigir a inadequação do termo “alternativos” – dado o caráter subsidiário que poderia ser equivocadamente sugerido – e passou a os denominar “meios adequados”.¹³⁹

As alternativas ao poder judiciário (jugador tradicional) não são mais meras sugestões doutrinárias, mas uma realidade que não pode ser ignorada. É nesse contexto que tais meios passam a ser considerados adequados. Isto é, para cada tipo de conflito surge uma melhor forma de buscar solucioná-lo.

Atualmente, a rede mundial de computadores (*internet*), através do comércio *online*, movimenta bilhões de dólares anualmente e a expectativa é que atinja o montante de US\$ 3,4 trilhões em 2025.¹⁴⁰ Inevitavelmente, surgem conflitos decorrentes dessas novas relações comerciais – principalmente consumeristas – e as modalidades de resolução de disputas *online* podem se apresentar como a forma mais adequada para a solução de eventuais litígios nesse ambiente.¹⁴¹

Diante disso, ganham notoriedade as plataformas de resolução de disputas das próprias empresas e as câmaras de mediação ou arbitragem online. No entanto, verificamos que, além desses importantes avanços, as ferramentas tecnológicas e os meios

139 DAVIS, Albie M.; GADLIN, Howard. Mediators Gain Trust Old-Fashioned Way--We Earn It!. *Negotiation Journal*, pp. 55-62, Jan. 1988, p. 62. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1571-9979.1988.tb00446.x>. Acesso em 18.07.22.

140 FORBES. *E-commerce global pode movimentar US\$ 3,4 tri em 2025, retailtechs & Muito Mais*. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2021/01/e-commerce-global-pode-movimentar-us-34-tri-em-2025-retailtechs-americanas-brf-muito-mais/>. Acesso em 20.01.22.

141 KATSH, Ethan; RIFKIN, Janet. *Online Dispute Resolution: Resolving conflicts in cyberspace*. São Francisco: Jossey-Bass, 2001, p. 19.

adequados de resolução de disputas devem ser pensados para além dessa relação envolvendo conflitos virtuais.

2. Resolução *online* para conflitos *online*

Constata-se que a doutrina costuma estudar a resolução *online* de disputas, principalmente, naqueles casos envolvendo o direito do consumidor que adquiriu algum produto ou serviço *online*.

As contratações são muito simplificadas no mundo virtual, de modo que o consumidor pode adquirir um produto ou serviço apenas clicando em “aceitar” os termos do fornecedor virtual (*one click contracts*).¹⁴²

Surgem também os chamados *smart contracts*¹⁴³, nos quais não apenas a aceitação dos seus termos é muito prática, mas a sua execução é feita através de *softwares* que projetam o comportamento dos contratantes e executam determinadas etapas do contrato de acordo com o cumprimento de condições pré-estabelecidas. Isso envolve, inevitavelmente, a inteligência artificial.¹⁴⁴

Entre as modalidades de resolução dessas disputas, pode-se citar a arbitragem *online*, a conciliação *online*, a liquidação *online*, as plataformas de resolução de conflitos das próprias empresas e as plataformas governamentais que facilitam as tratativas extrajudiciais.

A preocupação mais comum é com o acesso à justiça¹⁴⁵ e percebe-se que algumas ferramentas têm cumprido o papel de – ao contrário do que os críticos poderiam sugerir –

¹⁴² MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 125, pp. 17-52, set-out 2019, p. 18.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Os contratos eletrônicos, os smart contracts e a inteligência artificial*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/347246/contratos-eletronicos-os-smart-contracts-e-a-inteligencia-artificial>. Acesso em 18.07.22.

¹⁴⁵ RODRIGUES, Marco Antonio. Acesso à justiça, resolução on-line de conflitos e interesse de agir. *Revista de processo*, v. 46, p. 39-53, abr. 2021, p. 40.

facilitado o acesso à melhor solução possível. Cumprem, portanto, a ideia sugerida por Mauro Cappeletti no século passado.¹⁴⁶

Resta, agora, brevemente analisar as modalidades de resolução de disputas para os conflitos que surgem no ambiente *online*, principalmente envolvendo direitos do consumidor.

2.1 Arbitragem *online*

Verifica-se a possibilidade de previsão de cláusula arbitral em contratos realizados no ambiente virtual. No entanto – e, principalmente, quando envolve direito do consumidor – tal previsão deve estar explícita (isto é, destacada).

O art. 4, V, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) estipula que um dos princípios do diploma é o “incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de *mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo*” (grifou-se).

No entanto, o art. 51, VII, do CDC, dispõe que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que obriguem a utilização da arbitragem.

Considerando a facilidade de aceite dos termos de adesão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem entendido que “só terá eficácia a cláusula compromissória já prevista em contrato de adesão se o consumidor vier a tomar a iniciativa do procedimento arbitral, ou se vier a ratificar posteriormente a sua instituição, no momento do litígio em concreto”.¹⁴⁷

Portanto, só caberá arbitragem se o consumidor expressamente aceitar essa via. Tratando-se de conflitos originários de contratos virtuais, a arbitragem *online* pode ser uma via adequada para aqueles que quiserem uma solução célere. Os preços tendem a ser mais acessíveis em câmaras especializadas em arbitragens *online* (v. tópico 4).

2.2 Conciliação *online*

¹⁴⁶ CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988, p. 131.

¹⁴⁷ STJ, 4ª Turma, REsp 1.189.050, Rel. Min. LUÍS FELIPE SALOMÃO, j. 01.03.16.

A conciliação também poderá ser realizada na modalidade *online*. Como, na maioria das vezes, as partes que contratam algo virtualmente estão fisicamente muito distantes, as tentativas de conciliação podem ocorrer também virtualmente.

Existem vantagens consideráveis para aqueles que optam pela modalidade. Uma delas é a decorrente da Resolução n.º 358, do CNJ, que recomenda a “negociação com troca de mensagens síncronas e/ou assíncronas”.¹⁴⁸ Apesar da previsão ser voltada para as conciliações dentro do próprio Poder Judiciário, a lógica vale para as plataformas privadas.

Com maior flexibilidade para a comunicação, a conciliação *online* facilita as barreiras físicas e temporais. Desta forma, se apresenta como uma interessante alternativa aos litigantes.

2.3 Liquidação *online*

Outra modalidade de resolução de disputas muito adequada para consumidores e fornecedores é a chamada “liquidação *online*”.

Basicamente, através de um sistema virtual, as partes indicam às cegas quanto estão dispostas a pagar ou receber pelo objeto do litígio. Uma parte não tem acesso à oferta da outra (*blind biddings*). Havendo identidade entre as ofertas, o sistema, automaticamente, liquida a operação e resolve a disputa.¹⁴⁹

A liquidação *online* chama a atenção pela simplicidade e celeridade do procedimento, sem a necessidade de intermediação humana. Trata-se, portanto, de uma ótima alternativa tecnológica para a solução de conflitos sem o desgaste emocional das interações humanas que naturalmente ocorre num litígio tradicional.

2.4 Plataformas de resolução de litígios das próprias empresas (“empresas como Tribunais”)

¹⁴⁸ TAUK, Caroline Somesom; TAUK, Clarissa Somesom. *A eficiência da mediação online no Judiciário*. Disponível em: jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/eficiencia-mediacao-online-judiciario-23032021. Acesso em 18.07.22.

¹⁴⁹ MIRAGAM, *op. cit.*, p. 35.

Ganhou destaque na última década a postura de grandes empresas desenvolverem sistemas internos de resolução de litígios, principalmente nas situações em que a empresa é um *marketplace* que faz a conexão entre fornecedores e consumidores.

É o caso do *eBay*, que resolve, anualmente, cerca de 60 milhões de casos entre fornecedores e consumidores.¹⁵⁰ No Brasil, o exemplo mais próximo disso é o do Mercado Livre.¹⁵¹ A plataforma criou o projeto “Empodera”, que incentiva e facilita a resolução de conflitos de maneira extrajudicial.¹⁵² A experiência, até o momento, é satisfatória. De acordo com representantes da plataforma, menos de 1% dos casos submetidos foram posteriormente levados ao Poder Judiciário.¹⁵³

O segredo para o sucesso desses mecanismos é a facilidade de utilização, a transparência nas informações e o espírito cooperativo que as partes que se submetem a ele tendem a ter. Vislumbra-se uma boa alternativa para aqueles que querem se aproveitar da facilidade da comunicação virtual para resolução de disputas que surgem nesse meio.

2.5 Plataformas governamentais que facilitam as tratativas extrajudiciais

As vantagens que os mecanismos virtuais de resolução de disputas propiciam não passaram despercebidas pelo Poder Público. No caso brasileiro, foi criada a plataforma *consumidor.gov*, desenvolvida pelo Ministério da Justiça.

A plataforma, muito elogiada pela doutrina, possibilita uma via mais célere, ágil e informal de resolução de disputas em comparação ao judiciário.¹⁵⁴ O serviço é público,

150 VAN LOO, Rory. *The Corporation as Courthouse*. In: Yale Journal on Regulation. n.33. New Haven: Yale University Press, 2016, p. 3. Disponível em: https://scholarship.law.bu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1029&context=faculty_scholarship. Acesso em 18.07.22.

151 OSNA, Gustavo. Os “meios alternativos” não são tão “alternativos” – garantias processuais, “companhia como Tribunal” e o caso do Mercado Livre. *Revista Direito Empresarial*, v. 1, p. 137-156, 2020, p. 141.

152 CONJUR. *Mercado Livre lança plataforma online para resolução de disputas*. Disponível em: conjur.com.br/2018-set-19/mercado-livre-lanca-plataforma-online-resolucao-disputas. Acesso em 23.01.22.

153 MIGALHAS. *MercadoLivre cria canal para facilitar acordos e promover a desjudicialização*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/286497/mercadolivre-cria-canal-para-facilitar-acordos-e-promover-a-desjudicializacao>. Acesso em 18.07.22.

154 OSNA, Gustavo. Os “meios alternativos” não são tão “alternativos” – garantias processuais, “companhia como Tribunal” e o caso do Mercado Livre. *Revista Direito Empresarial*, v. 1, p. 137-156, 2020, p. 154.

gratuito e permite a comunicação entre consumidores e empresas visando a autocomposição de conflitos, não havendo nenhum caráter decisório.¹⁵⁵

Apesar disso – e corretamente –, a doutrina tem se mostrado preocupada com o enfrentamento dado pelos Tribunais. Mesmo com as vantagens indicadas, o registro de reclamação na plataforma não pode se tornar uma condição para o futuro exercício de prestação jurisdicional.¹⁵⁶

Afinal, a tentativa de conciliação prévia (principalmente nesses casos envolvendo direito do consumidor) não pode ser requisito para o preenchimento do interesse de agir, uma das condições da ação.¹⁵⁷

Obrigar a uma das partes a tentar a resolução da disputa, nessas circunstâncias, fugiria completamente do propósito das resoluções consensuais. Existem possíveis exceções, que não cabem maiores discussões no presente artigo. No entanto, é importante registrar que, para o caso específico do consumidor.gov, qualquer tentativa de imposição de sua utilização frustraria o espírito que deveria ser privilegiado ao disponibilizar a ferramenta.

3.A pandemia da Covid-19 e a aceleração da inevitável virtualização da resolução de disputas

As restrições causadas pela pandemia da Covid-19 aceleraram a utilização dos recursos virtuais nas resoluções de disputas como nenhum outro fenômeno anterior.¹⁵⁸ A

155TIMM, Luciano Benetti. *Por um plano nacional de defesa dos direitos do consumidor*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-22/luciano-timm-plano-defesa-direitos-consumidor>. Acesso em 18.07.22.

156 MIRAGEM, *op. cit.*, p. 36.

157 TARTUCE, Fernanda. *Desnecessidade de tentativas consensuais prévias para configuração do interesse de agir*. Disponível em: migalhas.com.br/coluna/elas-no-processo/356299/tentativas-consensuais-previas-para-configuracao-do-interesse-de-agir. Acesso em 18.07.22.

158 KADIOGLU, C. HABIB, S. **Virtual Hearings to the Rescue: Let's Pause for the Seat?**. Disponível em: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/07/13/virtual-hearings-to-the-rescue-lets-pause-for-the-seat/?doing_wp_cron=1596091140.9944798946380615234375. Acesso em 18.07.22.

mudança mais radical que foi acelerada pelos efeitos da pandemia da Covid-19, certamente, foi a implementação das audiências virtuais.¹⁵⁹

Em pouco tempo, além das audiências que passaram a ser *online*, o mesmo valeu para os seminários, as reuniões e até mesmo as competições de *moot* – que eram impensáveis fora da modalidade presencial. Mesmo os mais céticos em relação à resolução *online* de disputas passaram a, rapidamente, defender a sua utilidade e as suas vantagens.¹⁶⁰

Percebe-se que, apesar de os estudos que se tem até o momento sobre a resolução *online* de disputas terem focado no tratamento de conflitos que surgem no meio eletrônico, a utilização da tecnologia para litígios cuja origem é física em muito facilita e agiliza o processo de resolução das disputas – trocas de e-mails, ligações telefônicas ou por vídeo, bem como outros mecanismos tecnológicos, passam a ser utilizados em razão da economia que proporcionam (seja de tempo ou de recursos propriamente).¹⁶¹

Considerando isto, aliado ao fato de a maioria dos autores aceitar um conceito aberto de ODR (*online dispute resolution*), a expressão deve incluir todo e qualquer uso de tecnologia ao longo do processo – desde a troca de e-mails até a utilização de sistemas tecnológicos sofisticados.¹⁶²

Dado esse pressuposto, compreende-se que a resolução *online* de disputas não pode se restringir aos conflitos surgidos no ambiente virtual. Pelo contrário, deve ser estudada e estimulada para todas as situações em que, de alguma maneira, as ferramentas tecnológicas possam auxiliar na melhor resolução.

159 GAVER, Craig D. *International Arbitration and the COVID-19 Revolution - edited by Maxi Scherer, Niuscha Bassiri, and Mohamed S. Abdel Wahab*. Disponível em: <https://itainreview.org/articles/2021/vol3/issue1/international-arbitration-and-the-covid-19-revolution-book-review.html>. Acesso em 18.07.22.

160 KADIOGLU, C. HABIB, S, *ibidem*.

161 MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; SARAIVA, Marina de Souza. Arbitragem Eletrônica. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 26-41, jul. 2019, p. 32. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/download/34365/25798>. Acesso em 18.07.22.

162 TARTUCE, Fernanda. Reflexões sobre resolução on-line de disputas (“ODR”) em tempos de Covid-19. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 43, p. 442-453, jan./abr. 2021, p. 445. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-26.pdf>. Acesso em 18.07.22.

4. Sistema multiportas e a adequação dos métodos para resolução de disputas

Quando se fala em meios adequados de resolução de disputas, deve-se compreender que cada conflito merece um tratamento adequado e nem sempre o Poder Judiciário é o primeiro “degrau” da “escalada conflituosa”, apesar de funcionar como uma rede de proteção para o caso de as partes não alcançarem uma solução consensual ou optarem para a heterocomposição via arbitragem, por exemplo.¹⁶³

Para conflitos envolvendo grande volume financeiro, câmaras arbitrais mais tradicionais e árbitros de mais expertise tendem a ser uma boa alternativa.¹⁶⁴ Os altos custos, entretanto e na prática, acabam por limitar a utilização da arbitragem nesses moldes para contratos de alto valor.¹⁶⁵

Entretanto, novas câmaras arbitrais surgiram no Brasil nos últimos anos apresentando propostas mais econômicas para a resolução de litígios de menor complexidade. É o caso das câmaras *online*, em que, via de regra, utilizam apenas um árbitro – diversamente daquelas tradicionais em que se recomenda a nomeação de três árbitros e, conseqüentemente, os custos são mais elevados.

A título exemplificativo, constata-se que uma arbitragem cujo valor da causa seja de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e cujo tribunal arbitral seja composto por três julgadores teria custas e honorários variando entre R\$ 140.480,00 (cento e quarenta mil, quatrocentos e oitenta reais) e R\$ 345.250,00 (trezentos e quarenta e cinco mil, duzentos e cinquenta reais) nas principais câmaras arbitrais brasileiras.¹⁶⁶

163 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem*. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 141.

164 BENVENUTI, Ronaldo. Utilização da arbitragem como forma de solução de disputas por empresas construtoras. 2010, Dissertação (mestrado), Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, Departamento de Engenharia de Construção Civil, 2010, p. 84

165 *Ibidem*.

166 Conforme levantamento feito por Maria Eduarda Moog em apresentação ao Grupo de Pesquisa “Processo e Tecnologia”, coordenado pelo Professor Marco Antonio Rodrigues, no PPGD da UERJ, através de informações constantes nos sítios eletrônicos da ICC, CCBC, FGV, CAMARB e CIESP FIESP. Disponíveis em: <https://iccwbo.org/publication/2021-arbitration-rules-and-2014-mediation-rules-portuguese-version/>; <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/tabela-despesas-calculadora-2019/>; <https://camara.fgv.br/>; <http://camarb.com.br/wpp/wp-content/uploads/2019/06/20190617-tabela-de-custas-camarb-2019.pdf>; <https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/tabela-custas.html>. Acesso em 18.07.22.

Nas novas câmaras arbitrais que viabilizam unicamente a resolução de disputas *online*, para uma mesma causa de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e com apenas um julgador, as custas e honorários variam entre R\$ 7.000,00 (sete mil reais) e R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).¹⁶⁷

Isso não significa dizer que os mecanismos tecnológicos não podem ser utilizados nas câmaras tradicionais – até porque foi o que se viu desde o início de 2020. O fato é que cada conflito deve ter um tratamento específico e cabe à assessoria jurídica dos interessados verificar qual a melhor modalidade.

A mesma lógica vale para as tentativas de soluções consensuais. Apesar da definição da conciliação e da mediação ser doutrinariamente controvertida, prevalece a distinção trazida pelo art. 165, § 2º e 3º, do Código de Processo Civil (CPC) – o conciliador atua preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, podendo sugerir soluções razoáveis para o litígio, e o mediador atua preferencialmente quando há vínculo anterior e interesse na manutenção da relação, facilitando o diálogo para que as partes identifiquem sozinhas uma solução satisfatória.¹⁶⁸

Na modalidade *online*, aqueles mecanismos apresentados no tópico 2 (supra) são mais adequados para situações pontuais em que há baixo grau de vínculo entre as partes. Por isso, muito recomendadas para as situações consumeristas. Em situações que haja maior vínculo entre as partes, a tendência é de que a mediação – inclusive *online* – seja mais apropriada.

Felizmente, o Brasil está cada vez mais familiarizado com as adequações da resolução das disputas. Igual e finalmente, as ferramentas online ganharam espaço.

5. Novas ferramentas tecnológicas que potencialmente podem ser exploradas

5.1 Inteligência artificial

¹⁶⁷ Conforme levantamento feito por Maria Eduarda Moog em apresentação ao Grupo de Pesquisa “Processo e Tecnologia”, coordenado pelo Professor Marco Antonio Rodrigues, no PPGD da UERJ, através de informações constantes nos sítios eletrônicos da Arbitranet, Arbi-on e Arbitrare. Disponíveis em: <https://www.arbitranet.com.br>; <https://arbi-on.com.br/precos/>; e <https://camarbitrare.com.br/>. Acesso em 18.07.22.

¹⁶⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 1. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 117.

A inteligência artificial ganhou destaque nos últimos anos e muito se tem especulado sobre a “invasão das máquinas” – a título exemplificativo, causou alarde a notícia de que um programa de revisão de contratos substituiu em pouquíssimo tempo o trabalho de 20 (vinte) advogados.¹⁶⁹

De outro lado, especula-se a possibilidade de a inteligência artificial assumir o papel do juiz. A principal crítica vem de uma constatação de que mesmo os algoritmos podem estar “viciados” a partir da base de informações em que foi programado e agir de forma preconceituosa.¹⁷⁰

Ao examinar as implicações iniciais do tema, a Resolução do Parlamento Europeu, de 2017, definiu o que seriam *características de um “robô inteligente”*¹⁷¹, identificando:

- a) sua autonomia através de sensores e/ou da troca de dados com o ambiente (interconectividade), e da troca e análise desses dados;
- b) capacidade de autoaprendizagem com a experiência e a interação (critério opcional);
- c) um suporte físico mínimo;
- d) adaptação de seu comportamento e de suas ações no ambiente;
- e) *inexistência de vida no sentido biológico do termo.*

Destaca-se a previsão do item “e” (“inexistência de vida no sentido biológico do termo”), pré-requisito para a configuração de inteligência artificial. Essa característica, claramente, esbarra na previsão do art. 13, da Lei de Arbitragem, que indica que “pode ser árbitro *qualquer pessoa* capaz e que tenha a confiança das partes” (grifou-se). Se não há vida no sentido biológico, a inteligência artificial não pode ser árbitro pela ausência de capacidade.

169 MELO, João Osório de. *Inteligência artificial bate 20 advogados em testes de revisão de contratos*. Conjur, 2018. Disponível em: www.conjur.com.br/2018-nov-21/inteligencia-artificial-bate-20-advogados-revisao-contratos. Acesso em 18.07.22.

170 UOL. *Preconceito das máquinas: como algoritmos podem ser racistas e machistas*. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2018/04/24/preconceito-das-maquinas-como-algoritmos-tomam-decisoes-discriminatorias.htm>. Acesso em 18.07.22.

171 MIRAGEM, *op. cit.*, p. 28.

O mesmo vale para juízes de carreira. Além do mais, permitir um julgador-robô significaria conceder o poder de julgar sem qualquer responsabilidade ao julgador, não havendo exatamente um direito real ao contraditório (conforme garante o art. 5º, LV, da Constituição Federal) diante de uma máquina.¹⁷²

Isso não significa que a inteligência artificial não possa *ajudar* advogados e julgadores. De acordo com matéria publicada na Folha de São Paulo, no Judiciário de Pernambuco, um sistema, desenvolvido pelos próprios servidores do Tribunal, atualmente realiza o “exame de novas ações de execução fiscal e decide quais delas estão de acordo com as regras processuais e quais estão prescritas”.¹⁷³ O juiz responsável faz uma análise posterior e assina a decisão, destacando a utilização da ferramenta para garantir a transparência do processo.

Na advocacia, *softwares* podem ser úteis para traçar um perfil decisório de determinado juízo, por exemplo, através de um estudo dos precedentes daquele determinado órgão jurisdicional. Ou, ainda, tais programas podem auxiliar no contencioso de massa verificando qual a postura de testemunhas rotineiras e até mesmo – após a coleta de dados – sugerir o melhor caminho a seguir no curso do processo (como fazer um acordo ou não).¹⁷⁴

Com base nisso, conclui-se que a inteligência artificial já está ajudando os profissionais do direito sem necessariamente substituí-los. Cabe aos operadores do direito se adaptarem às novas tecnologias.

5.2 Criptomoedas

As criptomoedas são moedas digitais descentralizadas, sem vinculação com nenhum governo, que ganharam destaque nos últimos anos.¹⁷⁵ Podem ser utilizadas com

¹⁷² GRECO, Luís. *Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 59.

¹⁷³ FERREIRA, Flávio. *Inteligência artificial atua como juiz, muda estratégia de advogado e 'promove' estagiário*. Folha de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/03/inteligencia-artificial-atua-como-juiz-muda-estrategia-de-advogado-e-promove-estagiario.shtml>. Acesso em 18.07.22.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ Infomoney. *Criptomoedas: Um guia para dar os primeiros passos com as moedas digitais*. Disponível em: infomoney.com.br/guias/criptomoedas/. Acesso em 04.02.22.

as mesmas finalidades do dinheiro em si, mas possuem como marca a facilidade de transações ao redor do mundo e esbarram na volatilidade ainda característica desses ativos.

O *bitcoin*, a criptomoeda mais popular do mercado, ganhou tanto espaço que se tornou a moeda oficial de El Salvador.¹⁷⁶ Apesar das diversas críticas (possivelmente apropriadas), o fato não pode ser ignorado.

Em se tratando de meios alternativos de resolução de disputas que envolvam partes de diferentes países, nada impede que esses ativos – em especial o *bitcoin* – sejam utilizados no futuro para o pagamento de custas ou até mesmo de dívidas vinculados ao litígio.

Para quem acreditava que tais ativos não seriam rastreáveis e alcançáveis pela Justiça, decisões recentes têm determinado o bloqueio de carteiras digitais de criptomoedas.¹⁷⁷ Apesar de não estar presente no rol do art. 835, do CPC, o entendimento

176 EXAME. *Como foram os primeiros dias do bitcoin como moeda oficial de El Salvador*. Disponível em: <https://exame.com/future-of-money/veja-como-os-primeiros-5-dias-do-bitcoin-como-moeda-oficial-de-el-salvador/>. Acesso em 18.07.22.

177 A título exemplificativo: "Execução de título extrajudicial — Pleito de expedição de ofícios para a realização de pesquisas de valores que o executado detenha perante as operadoras de moedas criptografadas — Possibilidade — Necessidade de informações para o prosseguimento processual — Recurso provido — Decisão reformada" (TJSP, 21ª Câmara de Direito Privado, rel. ADEMIR BENEDITO, AI nº 2039628-30.2021.8.26.0000, p. 29.07.21); "AÇÃO MONITÓRIA — CUMPRIMENTO DE SENTENÇA — Expedição de ofício às corretoras de criptomoeda — Possibilidade — Frustração das demais tentativas de localização de bens da executada — Necessidade de intervenção do Poder Judiciário — Informação não acessível pelo sistema BacenJud — Recurso provido" (TJSP, 25ª Câmara de Direito Privado, AI nº 2055546-74.2021.8.26.0000, rel. Des. HUGO CREPALDI, p. 07.07.21); e "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA COM RESTITUIÇÃO DE VALORES. — TUTELA DE URGÊNCIA CAUTELAR. BLOQUEIO DE BITCOINS (CRIPTOMOEDA). ATIVO FINANCEIRO NÃO REGULAMENTADO POR LEI. NATUREZA JURÍDICA CONTROVERSA. CONCEITO PREVISTO NA Instrução Normativa nº 1.888/2019 DA Receita Federal. OBJETO PENHORÁVEL ANÁLOGO A títulos e valores mobiliários com cotação no mercado (ARTIGO 835, III, CPC). NECESSIDADE DE LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA EM de sua volatilidade (ARTIGO 852, I, CPC). — Recurso conhecido e provido.- Presentes os requisitos da probabilidade do direito e de risco ao resultado útil do processo, é admissível o bloqueio de frações de bitcoins através da exchanges para assegurar a efetividade de eventual e futura sentença condenatória, mediante sua imediata liquidação em moeda corrente para evitar os riscos de sua volatilidade" (TJPR, 9ª Câmara Cível, AI nº 0026506-94.2020.8.16.0000, rel. JUIZ RAFAEL VIEIRA DE VASCONCELLOS PEDROSO, j. 14.11.20).

pela viabilidade do bloqueio de valores em criptomoedas parece acertado, evitando a ocultação de patrimônio.¹⁷⁸

De acordo com especialistas, pode ser mais fácil rastrear ativos criptográficos porque as transações são imutáveis, públicas e podem ser visualizadas em tempo real.¹⁷⁹

Trata-se de uma novidade muito recente e, sem adentrar ao mérito da questão, o profissional do direito deve prestar atenção desde já nas possibilidades para o futuro.

5.3 Blockchain e Non-fungible token (NFT)

A *blockchain* é definida como “um sistema de armazenamento de registros de transações em moedas digitais que pode ser acessado por computadores”.¹⁸⁰ Entretanto, tal sistema não armazena apenas as criptomoedas mencionadas no tópico acima.

Os *non-fungible tokens (NFTs)* – no português, “tokens não fungíveis” são outra tecnologia inserida na rede *blockchain*. O artigo 85, do Código Civil (CC), traz a definição de bens fungíveis como aqueles que podem “substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade”. A *contrariu sensu*, bens não fungíveis são aqueles insubstituíveis.

As criptomoedas, assim como as moedas tradicionais, são bens fungíveis. Uma obra de arte, por outro lado, é infungível. É exatamente o que esses tokens são: infungíveis e, portanto, insubstituíveis. O NFT é único e atua efetivamente como um *smart contract* em que uma conta pode possuir uma informação digital, equivalendo à propriedade legal de um artefato.¹⁸¹

A tecnologia se destacou pelo registro bilionário de artes digitais, memes e itens de jogos. Mas não é esse o foco que se tem aqui. Apesar da empolgação no uso da tecnologia

178 GORGES, Luciana Freitas. *O uso de criptomoeda na execução de dívidas judiciais*. Conjur, 2021. Disponível em: www.conjur.com.br/2021-nov-09/gorges-uso-criptomoeda-execucao-dividas-judiciais. Acesso em 18.07.22.

179 NG, Felícia. *YSIAC Conference Recap: Cryptocurrency, Blockchain and NFTs*. Kluwer, 2021. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/11/12/ysiac-conference-recap-cryptocurrency-blockchain-and-nfts/>. Acesso em 18.07.22.

180 COLLINS DICTIONARY. Disponível em: <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/blockchain>. Acesso em 18.07.22.

181 DOUNAS, Teo. *How blockchain technology could revolutionise the construction industry*. Futurescot, 2021. Disponível em: <https://futurescot.com/how-blockchain-technology-could-revolutionise-the-construction-industry/>. Acesso em 18.07.22.

para vender arte digital, uma pesquisa mostrou que os NFTs podem ser usados para registrar com precisão o projeto e a construção de um edifício, por exemplo. Isso é significativo porque os NFTs podem ser usados para fornecer documentação de projeto de alta qualidade para auxiliar em todo o ciclo do projeto de um edifício, desde o processo de planejamento até o contrato de construção e a construção final geral.¹⁸²

As disputas em torno de NFTs não serão muito diferentes de outras disputas tradicionais, como contratos de investimento e propriedade intelectual – mas como a tecnologia também é muito recente, o futuro é imprevisível.¹⁸³ Cabe aos julgadores, como em qualquer outra situação nova, estarem atentos para quando surgirem disputas relacionadas a este objeto.

Por fim, as *blockchains* e os NFTs podem ajudar no caminho da virtualização da realidade. Documentos como certificados, diplomas de cursos, comprovantes e contratos podem ser digitalizados, armazenados de forma segura e de fácil recuperação sempre que necessário, substituindo a função tradicionalmente exercida por cartórios.¹⁸⁴ A autenticidade de uma sentença arbitral proferida de forma *online*, por exemplo, pode vir a ser certificada através dessas novas tecnologias.

6. Considerações finais

Buscou-se, neste breve artigo, demonstrar como as novas tecnologias afetam a todos: desde a um pequeno consumidor até às grandes empresas. A tecnologia está à disposição de todos e inevitavelmente mudanças ocorrem constantemente.

Algumas ferramentas podem demorar para serem utilizadas – ou sequer ganharem notoriedade prática no direito. Entretanto, a pandemia da Covid-19 demonstrou que mudanças radicais podem ser provocadas por, literalmente, razões de força maior (e devemos estar preparados).

Ao operador do direito, cabe a busca pela noção mínima das novas ferramentas para oferecer o melhor serviço possível aos clientes ou aos jurisdicionados. Afinal, ninguém quer

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ NG, *op. cit.*

¹⁸⁴ FERRACINI, Igor. *Entendendo os NFTs: O que é isso e quais são suas aplicações?*. Disponível em: <https://brasil.uxdesign.cc/entendendo-os-nfts-o-que-%C3%A9-isso-e-para-que-servem-8762b06b56c5>. Acesso em 18.07.22.

FERRACINI, Igor. *Entendendo os NFTs: O que é isso e quais são suas aplicações?*. Disponível em: <https://brasil.uxdesign.cc/entendendo-os-nfts-o-que-%C3%A9-isso-e-para-que-servem-8762b06b56c5>. Acesso em 18.07.22.

FERREIRA, Flávio. *Inteligência artificial atua como juiz, muda estratégia de advogado e 'promove' estagiário*. Folha de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/03/inteligencia-artificial-atua-como-juiz-muda-estrategia-de-advogado-e-promove-estagiario.shtml>. Acesso em 18.07.22.

FORBES. *E-commerce global pode movimentar US\$ 3,4 tri em 2025, retailtechs & Muito Mais*. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2021/01/e-commerce-global-pode-movimentar-us-34-tri-em-2025-retailtechs-americanas-brf-muito-mais/>. Acesso em 18.07.22.

G1. *Sem querer, advogado ativa filtro de gato em audiência virtual nos EUA*. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/02/09/sem-querer-advogado-ativa-filtro-de-gato-em-audiencia-virtual-nos-eua.ghtml>. Acesso em 18.07.22.

GAVER, Craig D. *International Arbitration and the COVID-19 Revolution - edited by Maxi Scherer, Niuscha Bassiri, and Mohamed S. Abdel Wahab*. Disponível em: <https://itainreview.org/articles/2021/vol3/issue1/international-arbitration-and-the-covid-19-revolution-book-review.html>. Acesso em 18.07.22.

GORGES, Luciana Freitas. *O uso de criptomoeda na execução de dívidas judiciais*. Conjur, 2021. Disponível em: www.conjur.com.br/2021-nov-09/gorges-uso-criptomoeda-execucao-dividas-judiciais. Acesso em 18.07.22.

GRECO, Luís. *Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

INFOMONEY. *Criptomoedas: Um guia para dar os primeiros passos com as moedas digitais*. Disponível em: infomoney.com.br/guias/criptomoedas/. Acesso em 18.07.22.

KADIOGLU, C. HABIB, S. *Virtual Hearings to the Rescue: Let's Pause for the Seat?*. Disponível em: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/07/13/virtual-hearings-to-the-rescue-lets-pause-for-the-seat/?doing_wp_cron=1596091140.9944798946380615234375. Acesso em 18.07.22.

KATSH, Ethan; RIFKIN, Janet. *Online Dispute Resolution: Resolving conflicts in cyberspace*. São Francisco: Jossey-Bass, 2001.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; SARAIVA, Marina de Souza. Arbitragem Eletrônica. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 26-41, jul. 2019, p. 32. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/download/34365/25798>. Acesso em 18.07.22.

MARINONI, Luiz Guilherme; LEITÃO, Cristina Bichels (coord). *Arbitragem e Direito Processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.

MELO, João Osório de. *Inteligência artificial bate 20 advogados em testes de revisão de contratos*. *Conjur*, 2018. Disponível em: www.conjur.com.br/2018-nov-21/inteligencia-artificial-bate-20-advogados-revisao-contratos. Acesso em 18.07.22.

MIGALHAS. *MercadoLivre cria canal para facilitar acordos e promover a desjudicialização*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/286497/mercadolivre-cria-canal-para-facilitar-acordos-e-promover-a-desjudicializacao>. Acesso em 18.07.22.

MIRAGEM, Bruno. *Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor*. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 125, pp. 17-52, set-out 2019.

NG, Felícia. *YSIAC Conference Recap: Cryptocurrency, Blockchain and NFTs*. Kluwer, 2021. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/11/12/ysiac-conference-recap-cryptocurrency-blockchain-and-nfts/>. Acesso em 18.07.22.

OSNA, Gustavo. Os "meios alternativos" não são tão "alternativos" – garantias processuais, "companhia como Tribunal" e o caso do Mercado Livre. *Revista Direito Empresarial*, v. 1, p. 137-156, 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem*. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

RODRIGUES, Marco Antonio. Acesso à justiça, resolução on-line de conflitos e interesse de agir. *Revista de processo*, v. 46, p. 39-53, abr. 2021.

TARTUCE, Fernanda. *Desnecessidade de tentativas consensuais prévias para configuração do interesse de agir*. Disponível em: migalhas.com.br/coluna/elas-no

processo/356299/tentativas-consensuais-previas-para-configuracao-do-interesse-de-agir. Acesso em 18.07.22.

TARTUCE, Fernanda. Reflexões sobre resolução on-line de disputas (“ODR”) em tempos de Covid-19. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 43, p. 442-453, jan./abr. 2021, p. 445. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-26.pdf>. Acesso em 18.07.22.

TAUK, Caroline Somesom; TAUK, Clarissa Somesom. *A eficiência da mediação online no Judiciário*. Disponível em: jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/eficiencia-mediacao-online-judiciario-23032021. Acesso em 18.07.22.

UOL. *Preconceito das máquinas: como algoritmos podem ser racistas e machistas*. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2018/04/24/preconceito-das-maquinas-como-algoritmos-tomam-decisoes-discriminatorias.htm>. Acesso em 18.07.22.

VAN LOO, Rory. The Corporation as Courthouse. In: *Yale Journal on Regulation*. n.33. New Haven: *Yale University Press*, 2016, p. 3. Disponível em: https://scholarship.law.bu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1029&context=faculty_scholarship. Acesso em 18.07.22.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Os contratos eletrônicos, os smart contracts e a inteligência artificial*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/347246/contratos-eletronicos-os-smart-contracts-e-a-inteligencia-artificial>. Acesso em 18.07.22.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 1. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

TIMM, Luciano Benetti. *Por um plano nacional de defesa dos direitos do consumidor*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-22/luciano-timm-plano-defesa-direitos-consumidor>. Acesso em 18.07.22.

CONTRIBUIÇÃO DA PERÍCIA CONTÁBIL NOS PROCESSOS JUDICIAIS

CLAUDIA RODRIGUES DE SOUZA:

Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus –
CEULM/ULBRA/Manaus, AM.

JOÃO CHAVES BOAVENTURA¹⁸⁶

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como principal objetivo apresentar a contribuição da perícia contábil, e de que forma é realizada pelo profissional de contabilidade. É, na realidade, uma das atividades exercidas pelo contador da mais alta relevância e que exige uma imensa gama de conhecimentos, não só da própria contabilidade, como também de outras ciências afins, além de uma ética irrepreensível. E como perícia contábil é realizada, sua atividade juntamente com o Poder Judiciário, auxiliando o magistrado na tomada de decisão. A pesquisa realizada tem como finalidade verificar os conceitos existentes da perícia contábil, sua importância e o objetivo necessários para a realização das atividades desenvolvidas na perícia, segundo as Normas Brasileiras de Contabilidade e a Legislação. Para alcançar estes objetivos foi realizada uma pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa e exploratória. No decorrer da pesquisa foi coletado informações bibliográficas a respeito do trabalho pericial contábil, visto que, a perícia pode se tornar uma área atrativa aos que optam por uma atividade profissional paralela, ou mesmo para aqueles que queiram inserir-se na perícia como atividade exclusiva e ainda, aos acadêmicos, que poderão atuar na perícia após a formação. Conclui-se que a contribuição da perícia contábil é uma especialidade da Ciência Contábil utilizada para esclarecer questões que exigem competência técnica e científica.

Palavras-chave: Perícia Contábil. Perito Contábil. Norma Brasileira de Contabilidade. Processo Judicial.

1 INTRODUÇÃO

Contribuição da Perícia Contábil é um instrumento de fonte de informação para a apresentação técnica da veracidade dos fatos. Através da Ciências Contábeis, mais especificamente do contabilista é que se pode intermediar, juntamente com o instrumento pericia, as comprovações de fatos a serem analisados mediante as partes.

¹⁸⁶ Professor especialista, orientador do Trabalho de Conclusão de Curso, do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA/Manaus, AM. Email: joao.chaves@ulbra.br

A presente pesquisa tem como objetivo verificar as concepções sobre a perícia contábil, surgimento, instrumentos norteadores, aplicação e a importância deste profissional perito contador para a sociedade.

Pode-se destacar a Perícia Contábil como uma especialidade da Contabilidade que desperta interesse não só de profissionais da área, mas de diversas outras áreas.

Neste sentido, tem-se que a perícia contábil é auxiliadora na resolução de conflitos judiciais e extrajudiciais, que tem como pontos controvertidos matérias técnicas especializadas.

Embora existam diferentes tipos de perícias, e, dentre elas a perícia contábil (Judicial, Extrajudicial, Semijudicial ou Pública e Arbitral), destaca-se neste trabalho a Perícia Judicial, com o intuito de melhor abordar o tema proposto e demonstrar a relevância social prestada pela classe contadora à Justiça, buscando elucidar os casos omissos através de investigações, exames, diligências, avaliações e indagações.

2 METODOLOGIA

Trata-se de estudo de natureza bibliográfica, pois desenvolveram conceitos, ideias e entendimentos a partir dos dados pesquisados com intenção de buscar mais conhecimentos e enriquecimento sobre o tema a ser abordado.

Quanto aos meios, utilizou-se a pesquisa bibliográfica com objetivo de demonstrar a importância da Contribuição da Perícia Contábil. Segundo LAKATOS E MARCONI (2010, p.142) "a pesquisa bibliográfica" é um apanho geral sobre os principais trabalhos já realizados, revestidos de importância, por serem capazes de fornecer dados atuais e relevantes relacionados com o tema. Trata-se de levantamento de toda a bibliografia já publicada, em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita.

No que se refere aos fins, a pesquisa é exploratória bibliográfica acerca do tema abordado. Portanto apresentando uma metodologia da elaboração e da contribuição da Perícia Contábil, bem como o entendimento e formas para salvaguardá-los em relações aos objetivos propostos, além de propor algumas sugestões de melhor utilização das perícias contábeis, incluindo recomendações para novos estudos que tenham o mesmo objetivo. Portanto o estudo foi iniciado com um levantamento bibliográfico referente à Perícia Contábil, seguido de uma pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa e explicativa.

Quanto aos meios, utilizou-se o bibliográfico com objetivo de demonstrar a importância da Contribuição do Perito Contábil. Segundo Cerro e Bervian (1996, p. 48)

dizem que “a pesquisa bibliográfica procura explicar um problema a partir de referências teóricas publicadas”. Ou seja é a partir de obras publicadas que as informações serão coletadas, servindo como meio de esclarecimento e conhecimento sobre um assunto.

É através do levantamento bibliográfico, que abrange todo o referencial que já foi tornado a público, como livros, revistas e jornais que se torna possível elaborar um histórico sobre a questão estudada, servindo para elucidar os aspectos abordados na pesquisa de campo, se constituindo assim em uma etapa importante do trabalho.

Para o desenvolvimento da pesquisa foram utilizados, livros, artigos e revistas buscando-se estudar o conceito e normas aplicáveis ao trabalho pericial contábil, principalmente do Laudo Pericial Contábil.

3 REFERENCIAL TEÓRICO

3.1 Conceito de Perícia Contábil

Inter-relacionados estes diversos aspectos do instituto pericial e definidos seus objetivos, podemos, com razoável grau de segurança, conceituas o que é a perícia, conceito este aplicável, em nosso entendimento, a qualquer circunstância da manifestação na realidade do trabalho pericial, concluindo, de acordo com Alberto (2102, p. 3) “perícia é um instrumento técnico-científico de constatação, prova ou demonstração, quanto à veracidade de situações, coisas ou fatos oriundos das relações, efeitos e haveres que fluem do patrimônio científica ou técnica, da veracidade de situações, coisas ou fatos”.

Ainda segundo Alberto (2012) conceituada a perícia contábil, comparemos e estudemos as manifestação periciais na realidade concreta e veremos que a perícia será de natureza contábil sempre que se referir a situações, coisas ou fatos, ou seja, tenha, como seu objetivo, relações e efeitos relativos aos haveres ou o patrimônio de qualquer entidades, sejam elas pessoas físicas, pessoas jurídicas ou públicas, ou sejam coletividades organizadas politicamente ou em nível governamental. O mesmo autor continua sobre o mesmo tema para aclararmos a inclusão dos haveres nesta conceituação, temos de esclarecer que, embora as expressões patrimônio e haveres possam parecer equivalentes integralmente, tal, na verdade não se dá, já que os haveres são aquela parte do patrimônio de alguém que está, transitória e provisoriamente, incorporada ao patrimônio de outrem. Os haveres somente equivalerão ao patrimônio quando, em dado momento, se incorporarem definitivamente àquele e forem, ao mesmo tempo sua totalidade.

A esse respeito ainda Alberto (2012) salienta que a conceituação de perícia contábil exposta se ajusta à condições passível de ocorrer que se caracterizam como campo próprio da Ciência Contábil, e como tal quase tautologicamente, se incorporam ao campo de

atuação de perícia, dita contábil por ser de natureza contábil, em função do objetivo sobre o qual recairá.

Acerca do objeto da perícia, Alberto (2012, p. 36) diz que:

Esse objeto, que caracteriza a natureza contábil da perícia, e que a faz ser intitulada de perícia contábil, é sempre aquele conjunto de situações, coisas ou fatos que se refiram ao patrimônio total (o patrimônio propriamente dito) ou aos haveres (o patrimônio parcial, que pode ou não equivaler ao patrimônio total) de quaisquer entidades (o ente físico ou jurídico detentor da propriedade ou do direito a ela).

É importante não confundir a abrangência da perícia contábil, pois, de acordo com Alberto (2012) não poderemos confundir essa abrangência da perícia contábil, dada a amplitude do objetivo da Ciência Contábil, com aquelas compartilhadas com outras profissões, ou que, por natureza intrínseca, se refiram às atividades privativas de outras profissões, como, por exemplo, as de economista e administrador. Embora próximas, essas ciências (ou técnicas) têm objetos diversos da Ciências Contábil, a primeira, a Economia, se referindo e estudando os fenômenos relativos à produção, distribuição e consumo da riqueza (sendo esta gerada pelo patrimônio), deduzindo, seu objeto, políticas monetárias, fiscais e econômicas mesmo, e a segunda, a administração, desenvolvendo e estudando leis que permitam melhor gerir (administrar, em suma) a própria produção da riqueza em si, o que inclui patrimônios psíquicos e culturais das pessoas (indivíduos), de modo a gerir com eficácia.

3.2 A importância da perícia contábil

A perícia contábil é uma ferramenta fundamental da Ciência Contábil, desempenhando um papel relevante perante a sociedade, pois se constitui em fornecer um parecer pericial a fim de tornar claro e compreensível, questões apresentadas que se adentre esta função.

Em vários setores, departamentos, a perícia contábil pode contribuir em apresentar provas verídicas sobre uma determinada situação, que requer o controle e/ou respostas para as tomadas de decisões de Lopes de Sá (2003, p. 03) diz sobre a importância da perícia contábil que:

É a verificação de fatos ligados ao patrimônio individualizado visando oferecer opinião, mediante questão proposta. Para tal opinião realizam-se exames, vistorias, indagações, investigações, avaliações,

arbitramentos, em suma todo e qualquer procedimento necessário à opinião.

Deste modo, a importância da perícia contábil se faz de grande relevância, por proporcionar condições com a natureza da verdade, sob procedimentos legais cabíveis ao fato que requer um parecer.

3.3 Objetivo da Perícia Contábil

A conceituação também indica os objetivos, à medida que podemos logicamente deduzir daquele conceito que o objetivo maior da perícia contábil é a verdade sobre o objeto examinado, melhor dizendo, o objetivo maior é a transferência da verdade contábil para o andamento – o processo ou outra forma – da instância decisória. Ainda geneticamente, mas num segundo plano mental, também podemos, da conceituação, concluir quanto ao objetivo a que visa a perícia contábil, verificando que, conforme aquele conceito, esta tem por objetivo a “constatação, prova ou demonstração, segundo os princípios e instrumentos da Ciências Contábil, do ou sobre o objeto. Complementarmente, podemos dizer, portanto, que a perícia contábil tem por objetivo geral a constatação, prova ou demonstração contábil da verdade real sobre seu objeto, transferindo-o, através de sua materialização- o laudo, para o ordenamento da instancia decisória, judicial ou extrajudicialmente.

Para situarmos os objetivos específicos da perícia contábil, temos que partir, a nosso ver, da motivação que lhe deu origem, já que, em síntese, o objetivo desta será atender àquela motivação segundo suas técnicas próprias agregadas à qualidade moral de seu gente ativo.

4 ESPÉCIE DE PERÍCIA CONTÁBIL

Este instrumento especial – a perícia – tem espécies distintas, identificáveis e definíveis segundo os ambientes em que é instada a atuar. São estes mesmos ambientes que delinearão suas características intrínsecas e as determinantes tecnológicos (o *modus faciendi*) para o perfeito atendimento do objetivo e dos objetivos para os quais deve-se voltar. É muito comum os menos afeitos confundirem as espécies de perícia por sua manifestação na realidade concreta: as espécies de laudo. Tratando-se, como se verificar por dedução, de coisas completamente distintas do plano doutrinados, é que – para evitar esta armadilha mental - -estamos definindo as espécies segundo os ambientes de atuação.

Os ambientes de atuação que que lhe definirão as características, podem ser, do ponto de vista mais geral, o ambiente judicial, o ambiente semijudicial, o ambiente extrajudicial e o ambiente arbitral. Decorre, então, serem quatro as espécies de pericias

detectáveis segundo raciocínio esposado: a perícia judicial, a perícia semijudicial, a perícia extrajudicial e a perícia arbitral.

4.1 Perícia judicial

A perícia judicial é aquela realizada dentro dos procedimentos processuais do Poder Judiciário, por determinação, requerimento ou necessidade de seus agentes ativos, e se processa segundo regras legais específicas. Estas espécie de perícia subdivide-se, segundo suas finalidades precípua no processo judicial, em meio de prova ou de arbitramento. Ou seja, a perícia judicial será prova quando – no processo de conhecimento ou de liquidação por artigos – tiver por escopo trazer a verdade real, demonstrável científica ou tecnicamente, para subsidiar a formação da convicção do julgador, e será arbitramento, quando, determinada no processo de liquidação da sentença, tiver por objeto quantificar mediante critério técnico a obrigação de dar em que aquela se constituir. De acordo com Moura (2002, p. 21) que define a perícia contábil judicial como:

O conjunto de procedimentos técnicos e científicos destinados a levar à instância decisória, elementos de prova necessários a subsidiar a justa solução do litígio, por meio do laudo pericial ou parecer técnico, respeitadas as normas jurídicas, profissionais e a legislação específica.

Em suma, a prova pericial judicial é aquela pela qual a elucidação do fato se dá com o auxílio de um perito, especialista em determinado campo do saber, devidamente nomeado pelo juiz, que deve registrar sua opinião técnica e científica em um documento chamado laudo pericial, que, uma vez produzido, pode ser objeto de discussão e questionamentos pelas partes e seus assistentes técnicos.

A Perícia Judicial é amparada pela legislação das NBCs e pelo CPC. A Resolução CFC nº. 124/09 diz que:

A perícia contábil constitui o conjunto de procedimentos técnicos e científicos destinados a levar à instância decisória elementos de prova necessários a subsidiar à justa solução do litígio, mediante laudo pericial contábil, e ou parecer pericial contábil, em conformidade com as normas jurídicas e profissionais, e a legislação específica no que for pertinente. (NBC TP 01,).

4.2 Perícia semijudicial

A perícia semijudicial é aquela realizada dentro do aparato institucional do Estado, porém fora do Poder Judiciário, tendo como finalidade principal ser meio de prova nos ordenamentos institucionais usuários. Essa espécie de perícia subdivide-se, segundo o aparato estatal atuante, em policial (nos inquéritos), parlamentar (nas comissões parlamentares de inquérito ou especiais) e administrativo-tributária (na esfera da administração pública tributária ou conselhos de contribuintes). Classificamo-las em semijudiciais porque as autoridades policiais, parlamentos ou administrativas têm algum poder jurisdicional, ainda que relativo e não com a expressão e extensão do poder jurisdicional classicamente enquadrável como pertence ao Poder Judiciário, e ainda por estarem sujeitas às regras legais e regimentais que se assemelham às judiciais.

4.3 Perícia extrajudicial

A perícia extrajudicial é aquela realizada fora do Estado, por necessidade e escolha de entes físicos e jurídico particulares – privados, vale dizer – no sentido estrito, ou seja, não submetíveis a uma outra pessoa encarregada de arbitrar a matéria conflituosa (fora do juízo arbitral, também). Essa espécie de perícia subdivide-se, segundo as finalidades intrínsecas para quais foram designadas, em demonstrativas, discriminativas e comprobatórias. Assim o dizemos porque, no primeiro caso, das demonstrativas, a finalidade para a qual se busca a via pericial é demonstrar a veracidade ou não do fato ou coisa previamente especificados na consulta; já no segundo caso, esta via é instada a colocar nos justos termos os interesses da cada um dos envolvidos na matéria potencialmente duvidosa ou conflituosa; no terceiro caso, quando visa à comprovação das manifestações patológicas da matéria periciada (fraudes, desvios, simulações etc.).

Moura (2010) ressalta que a Perícia Contábil Extrajudicial é de competência dos contadores, devidamente registrados no Conselho Regional de Contabilidade, e que, da mesma forma como ocorre na Perícia Judicial, o Perito Contábil ou Perito Contábil Assistente Técnico deve buscar provas e elementos comprobatórios, a fim de esclarecer e solucionar o litígio, sempre respeitando os procedimentos técnicos e a Legislação específica pertinente.

4.4 Perícia arbitral

Por final, temos a perícia arbitral, que é aquela perícia realizada no juízo arbitral – instância decisória criada pela vontade das partes -, não sendo enquadrável em nenhuma das anteriores por suas características especialíssimas de atuar parcialmente como se judicial e extrajudicial fosse. Subdivide-se em probante e decisória, segundo se destina a funcionar como meio de prova do juízo arbitral, como subsidiadora da convicção do

árbitro, ou é ela própria a arbitragem, ou seja, funciona seu agente ativo como o próprio árbitro da controvérsia.

Em linhas geris, estas são as espécies de perícias. As espécies de laudos, por outro lado, como veremos mais adiante, não dependem diretamente das espécies de perícias, estando mais ligados aos objetivos e procedimentos diretamente periciais empregados.

De acordo com Alberto (2010), menciona que os fatos comprobatórios estarão à disposição da arbitragem, ao qual tomará as decisões pertinentes, considerando os aspectos legais.

5 NORMAS VIGENTES DA PERÍCIA CONTÁBIL

As principais normas que abrangem a perícia contábil, segundo o CPC (Lei nº 13.105/15) são: NBC PP 01; NBC TP 01; e o artigo 158. Estes, regem as regras, e procedimentos da conduta do perito contábil.

A NBC PP 01 – estabelece procedimentos inerentes à atuação do contador na condição de perito.

A NBC TP 01 – estabelece os aspectos gerais que envolvem os objetivos, a execução, os procedimentos e o planejamento da perícia contábil.

Segundo Moura (2017, p. 11) ressalta que o perito é o responsável e/ou nomeado em juízo para os trabalhos fins, de acordo com as normas legais, indicado pelas partes, ao que, deve realizar o trabalho na obtenção de um parecer.

Ainda, o mesmo autor (2017, p. 11) sinala que, para que se realize essa prática, devem seguir as normas e procedimentos legais estipuladas no Código de Processo Civil, em seus respectivos artigos 464 a 480, que versam sobre os meios legais ao qual o perito contábil deve labutar até chegar a um parecer pericial.

5.1 Perícia contábil antes e após o novo código de processo civil

Em seu auge, a Perícia Contábil no Brasil surge em 1939, com a Lei nº 5.869/73, com algumas regras a serem estabelecidas. Já em 1946, com o Decreto – Lei nº 9.295/46, estabelecia a função do contador na perícia contábil. Em 1973, com a Lei de nº 5.869/73, houve algumas alterações que levaram a ser mais utilizada, com uma linguagem ampla e voltada ao âmbito judicial (CFC, 2015).

Atualmente, a Lei nº Lei 13.105, de 16 de março de 2015, vigorada em 17 de março de 2016, expõe várias alterações, mas, enfatizando sempre o eixo central dos textos

anteriores, de fundamental as informações solicitadas, mostrando a veracidade através de uma parecer pericial.

Portanto, o novo CPC apresenta grande relevância ao perito, pois este profissional deve pautar com maior transparência para o seu parecer e reforça a necessidade do conhecimento técnico especializado, tudo em consonância com os princípios constitucionais da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência, inserido no caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, lembrando que o processo judicial, e não mais o juiz, passa a ser o verdadeiro destinatário das provas.

6 PERITO

O perito é profissional que se pressupõe que tenha elevados conhecimentos científicos e tecnológicos, sobre as contas, para iluminar o magistrado e esclarecer as partes sobre a inspeção que realizou nos documentos que compõem a demanda.

Apesar da relevância do fato, os perito assistentes técnicos indicados pelos litigante são de confiança das partes e não, do juiz; esse fato não priva os assistentes da condição de profissional com independência de juízo de realidade científica em relação ao seu cliente, nem os desobriga de exporem os fatos conforme a verdade real, contribuindo para uma perfeita demonstração da verdade. Não estão os assistentes peritos imunes à responsabilidade civil e criminal, resultante de uma má conduta.

O perito, seja indicado pelo juiz ou pelas partes, tem compromisso com a ciência e com a verdade. Um perito em contabilidade diz como não são os atos e fatos inspecionados. É lógico que um perito em contabilidade não faz as defesas ou acusações, isto é papel do advogados.

6.1 Exigências para se tornar um perito contábil

Para Moura (2017) ressalta em seus registros sobre a exigência para se tornar um perito contador, compreende-se que, de acordo com os princípios constitucionais, o perito deve seguir às normas, regras ao qual irá cumprir um papel perante a sociedade de informar, através de um parecer pericial, provas com qualidade, profissionalismo, moral, com veracidade.

Em consonância com as Normas Brasileiras de Contabilidade (2015) o bacharel em Ciências Contábeis deve ter registro no Conselho Regional de Contabilidade, para poder exercer a função de perito contador. O mesmo deve ter conhecimento em relação à atividade pericial para sua atuação.

De acordo com Moura (2017, p. 08-09) pontua sobre o exercício profissional, a partir de sua qualificação, de que o perito:

Sua função será a de, conhecidos os fatos, compreendê-los, distingui-los, caracterizá-los, fornecendo ao juiz máximas ou regras técnicas, científicas, ou mesmo de experiência não ordinária, capazes de servir para a interpretação dos mesmos fatos.

Podemos compreender através da citação de Moura que, a função do perito hoje requer qualificação profissional, conforme legalidade constitucional e da área específica, corroborando com o trabalho na obtenção dos fatos de forma ágil, ética, com veracidade e apresentação de parecer pericial.

6.2 A ética nos trabalhos periciais

Sabemos que a palavra Ética é definida como a ciência o comportamento moral dos indivíduos perante a sociedade.

A ética, como princípio contábil, envolve aspectos objetivos em que sua aplicação não depende de opção ou escolha do profissional, mas é consequência da própria natureza da Contabilidade, contida no princípio contábil, a qual precisa ser respeitada.

Assim, como não se pode alegar ignorância da lei, para não cumpri-la, também não se podem ignorar exigências técnicas e culturais para o exercício da profissão.

De acordo com a CFC (2016) determina a conduta do profissional, com diligência, honestidade e capacidade técnica, no exercício de suas funções.

O Código de Ética Profissional do Contador, Resolução nº. 893, dispõe sobre o cumprimento dos princípios éticos do profissional perito. O seu cumprimento na realização de suas atividades tem o amparo legal.

É de fundamental relevância destacar a função de perito contábil requer responsabilidade, compromisso, veracidade e ética na execução de suas atividades, pois a perícia é compreendida como um exercício pleno de cidadania, e o perito tem o dever de cumprir mais do que qualquer cidadão, um comprometimento com a verdade dos fatos apresentados.

Assim como qualquer indivíduo, o perito também tem direito e deveres a serem cumpridos.

De acordo com as observações feitas por Alberto (2007, p. 56) descreve sobre os deveres legais e profissionais do perito:

- 1) dever de aceitar o encargo, do qual não se pode escusar-se “salvo alugando motivo legítimo”;
- 2) dever de cumprir o ofício (CPC, art. 146);
- 3) dever de comprovar sua habilitação (CPC, art. 145);
- 4) dever de respeitar os prazos (CPC, art. 146);
- 5) dever de lealdade (CPC, art. 147);
- 6) dever de cumprir escrupulo somente o encargo (CPC, art. 422);
- 7) dever de prestar os esclarecimentos (CPC, art. 435);
- 8) dever profissional de recusar a indicação, quando não se achar capacitado para desempenhar o encargo (Código de Ética Profissional do Contabilista, art. 5º, item I);
- 9) dever profissional de evitar interpretações tendenciosas, mantendo absoluta independência moral e técnica (idem, item II);
- 10) dever profissional de abster-se de dar sua convicção no âmbito técnico e comprovar sua habilitação (idem, item III);
- 11) dever profissional de apreciar com imparcialidade o pensamento exposto em laudo pericial que lhe for submetido (idem, item IV);
- 12) dever profissional de abster-se de dar parecer, de emitir opinião sem estar suficientemente informado e documentado (idem, item VI);
- 13) dever de cumprir as normas profissionais da Perícia Judicial (APEJESP) e as Normas Técnicas Profissionais de Perícia Contábil (Conselho Federal de Contabilidade).

Podemos observar que, o perito tem um papel ao qual lhe cabe seguir e cumprir normas legais, com seus direitos e deveres garantidos e assegurados pelo Conselho Federal de Contabilidade.

7 CONTRIBUIÇÃO DA PERÍCIA CONTÁBIL EM PROCESSOS

A Contribuição da perícia contábil em processos é uma atividade executada por um profissional e constituída por um conjunto de procedimentos técnico-científicos destinados a atingir elementos de provas reais sobre um caso a ser verificado, mediante um parecer pericial em concordância com os preceitos jurídicos e profissionais. Começou a ser praticada com maior intensidade no final do século XX, com a publicação de alguns registros.

Para Moura (2017, p. 05) ressalta que a perícia contábil é uma evidência para “verificar e examinar fatos da causa”. Podemos compreender que, para uma análise mais detalhada de uma situação ocorrida, o papel do perito é de cunho relevante, pois se trata de uma apuração de fatos e requer veracidade.

De acordo com o CPC (Lei nº 13.105/15) é ponderado a importância dos procedimentos da perícia contábil nas empresas na constatação de respostas às questões que norteiam as empresas, em busca de soluções para a empresa.

Ressaltando sobre o objetivo da perícia contábil, Moura (2017, p. 08) em suas entrelinhas destaca que é o “exercício no sentido de satisfazer à finalidade da perícia”.

Desta forma, o perito deve ser capaz de realizar um estudo sobre o fato ocorrido, trabalhando com técnicas, análises, examinar, até chegar a um parecer pericial contábil. É fundamental a atuação do profissional especializado.

Com relação ao objeto da perícia contábil, Zanna (2016) destaca que esta é uma prática de apuração técnica de atitudes e ocorrências, e que seus objetivos visam levar à instância decisória elementos de prova necessários a subsidiar à justa solução de litígios, desse modo, são fatos ou questões contábeis utilizados para que se possa provar determinada situação.

Na busca de motivos da vinculação de perícia com contabilidade, identifica-se que isto ocorrerá sempre quando a perícia em questão envolver questões patrimoniais.

A perícia ocorre por instrumento de forma técnica e profissional, mediante o auxílio na resolução de situações contraditórias. Os elementos que são utilizados para gerar a prova pericial com relação ao fato periciado.

7.1 Sua contribuição no trabalho pericial

O planejamento e organização do trabalho pericial é uma etapa que inicia antes das diligências, no que, o perito precisa de uma organização para a realização dos procedimentos cabíveis diante dos fatos.

De acordo com as Normas Técnicas da Perícia Contábil, Resolução 858/99 do Conselho Federal de Contabilidade, em seu item 13.2.1.2 determina sobre o planejamento que:

O planejamento da perícia é a etapa do trabalho pericial na qual o Perito-Contábil ou o Perito Contábil Assistente estabelecem os procedimentos gerais dos exames a serem executados no Processo Judicial, Extrajudicial ou Arbitral para o qual foi nomeado, indicado ou contratado pelas Partes, elaborando-a a partir do exame do objeto da Perícia.

Podemos compreender nesta citação que, o planejamento se faz, importante e necessário, pois está ligado ao objeto da perícia, no que, possibilitará ao perito de exercer sua atividade com discernimento e responsabilidade, na obtenção de respostas aos fatos.

7.2 Registro do tempo gasto com os trabalhos periciais

De acordo com a descrição de Magalhães (2017, p. 55) em consonância com a orientação normativa do CFC, NBC PP 01, é necessário, pois ela está pautada em um conjunto de condições e orientações, que são:

“33. Na elaboração da proposta de honorários, o perito deve considerar os seguintes fatores: a relevância, o vulto, o risco, a complexidade, a quantidade de horas, o pessoal técnico, o prazo estabelecido e a forma de recebimento, entre outros fatores.”

“35. O perito deve ressaltar, em sua proposta de honorários, que esta não contempla os honorários relativos a quesitos suplementares e, se estes forem formulados pelo juiz e/ou pelas partes, pode haver incidência de honorários complementares a serem requeridos, observando os mesmos critérios adotados para elaboração da proposta inicial.”

“36. O perito deve apresentar sua proposta de honorários devidamente fundamentada.”

“37. O perito deve explicitar a sua proposta no contrato que, obrigatoriamente, celebrará com o seu cliente, observando as normas estabelecidas pelo Conselho Federal de Contabilidade. No final desta Norma, há um modelo de contrato que pode ser utilizado (Modelo nº 10)”.

7.3 Honorários Periciais

Segundo Magalhães (2017, p. 55) descreve sobre os honorários que, de acordo com o CPC artigo 82, de que cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento, ressalvadas as disposições concernentes à justiça gratuita e à trabalhista.

Podemos compreender que, este procedimento deve ser feito por ocasião de cada ato, conforme as despesas relativas e ao requerimento judicial do Ministério Público.

Ainda, segundo o autor (2017, p. 55), corroborando com a NBC PP 01, Item 33, orienta que:

Na elaboração da proposta de honorários, o perito deve considerar os seguintes fatores: a relevância, o vulto, o risco, a complexidade, a quantidade de horas, o pessoal técnico, o prazo estabelecido e a forma de recebimento, entre outros fatores.

A pauta sobre os honorários se faz fundamental, no que diz respeito ao trabalho a ser executado pelo profissional perito, pois todo ato deve ser legitimado e informado os honorários, conforme o fato.

CONCLUSÃO

Durante a realização deste trabalho observou-se que a contribuição da perícia contábil é uma especialidade da Ciência Contábil utilizada para esclarecer questões que exigem competência técnica e científica.

Pode-se destacar a Perícia Contábil como uma especialidade da Contabilidade que desperta interesse não só de profissionais da área, mas de diversas outras, como por exemplo, o Direito.

Contudo, a perícia contábil é um instrumento auxiliador na resolução de conflitos judiciais e extrajudiciais, que tem como pontos controvertidos matérias técnicas especializadas. Embora existam diferentes tipos de perícias, e, dentre elas a perícia contábil (Judicial, Extrajudicial, Semijudicial ou Pública e Arbitral).

Destacou-se neste trabalho a Contribuição do Perícia Contábil, com o intuito de melhor abordar o tema proposto e demonstrar a relevância social prestada pela classe contadora à Justiça, buscando elucidar os casos omissos através de investigações, exames, diligências, avaliações e indagações.

A presente pesquisa teve como objetivo verificar as concepções sobre a contribuição da perícia contábil, surgimento, instrumentos norteadores, aplicação e a importância desta para perícia e sua inserção como profissão na sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALBERTO, Valder Luiz Palombo. **PERÍCIA CONTÁBIL**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

SÁ, Antonio Lopes. **Perícia contábil**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOURA, Ril. **Perícia Contábil Judicial e Extra Judicial**. 1. Ed. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 2002.

HOOG, Wilson Alberto Zappa. **Perícia contábil em ações de prestação de contas: com ênfase nos padrões de contabilidade e destaque para as particularidades jurídicas**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. **Normas brasileiras de contabilidade: perícia contábil**. Brasília: Conselho Federal de Contabilidade. 2015. Art. 6º do Decreto-Lei n.º 9.295/46, alterado pela Lei n.º 12.249/10 – Conselho Federal de Contabilidade– NBC TP 01, DE 27 DE FEVEREIRO DE 2015. Disponível em: http://portalcfc.org.br/wordpress/wp-content/uploads/2012/12/NBC_TP_01.pdf. Acesso em: 10 dez. 2018.

TRIBUTAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS: A TRIBUTAÇÃO DO CONSUMO NA ECONOMIA DIGITAL

DOUGLAS FERREIRA DA COSTA:
Graduando do Curso de Direito da
Universidade Federal do Amazonas
(UFAM);

RESUMO: Este trabalho tem o objetivo de investigar e delinear parâmetros para definição da competência para a tributação do consumo no ambiente virtual – dando-se especial atenção aos *softwares* -, a partir das premissas estabelecidas pelo direito pátrio, dando-se especial enfoque à evolução jurisprudencial dos Tribunais Superiores e do entendimento doutrinário acerca do conceito de “mercadoria” e “serviços” para fins de configuração da materialidade do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e Comunicação (ICMS) e do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS). A partir de um levantamento bibliográfico acerca do tema, atendo-se ainda à legislação pertinente e aos julgados correlatos, chegou-se à conclusão de que: (i) o atual figurino constitucional não permite a tributação da licença ou cessão de uso de *softwares*, que não atendem ao critério material de ambos os impostos estadual ou municipal sobre consumo; (ii) o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal, extraído do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nº 5659 e 1945, apesar de ter pacificado a discussão para os fins desta demanda, indica o surgimento de novas controvérsias, na medida que se mostra incompatível com julgamentos pretéritos que tratam do conceito constitucional de “serviços de qualquer natureza” para fins de tributação do ISS, sobretudo em relação àqueles que guiaram a edição da súmula vinculante nº 31.

Palavras-chave: Tributo. Digital. Programa de computador. Competência. ICMS. ISS

1 INTRODUÇÃO

É fato notório que a utilização das tecnologias digitais tem crescido de forma exponencial no passar dos últimos 20 anos (UNITED NATIONS, 2019), transformando de forma profunda as sociedades ao redor do globo e seus cotidianos. O uso de programas de computador tem trazido novas discussões nas mais variadas áreas do conhecimento humano, na medida em que as populações buscam se adaptar ao rápido desenvolvimento dessa tecnologia sob a ótica de diversos aspectos: segurança, convívio urbano, trabalho, saúde mental, educação e, principalmente, comércio. Juntamente com políticas que incentivam a proliferação dessas tecnologias, é de se afirmar que o desenvolvimento do comércio no ambiente virtual poderá fazer com que tais tecnologias dominem cada aspecto de nossas vidas sociais (ROBINS, 1999). Naturalmente, a crescente utilização dessas

ferramentas na sociedade contemporânea atrai as preocupações das lentes jurídicas e, nesse âmbito de estudo, não são poucas as controvérsias e os desafios que cercam o fenômeno.

Esse cenário não poderia ser diferente em se tratando de direito tributário: levando-se em consideração que a repercussão das tecnologias digitais se dá em grande parte nas interações econômicas, é natural esperar que o Fisco – pautado na busca por expressões de capacidade contributiva de onde se possa extrair receita derivada – e o contribuinte – por sua parte, buscando formas de compreender como o direito pátrio interpreta suas operações, com finalidade de se precaver ou reagir face a uma cobrança ilegal – travem discussões acerca do âmbito de aplicação do direito sobre determinada operação realizada no ambiente virtual.

É nesse contexto que surge a controvérsia acerca da tributação do consumo das tecnologias digitais, especialmente quando se fala em *software*. A problemática surge a partir da repartição de competências tributárias no direito brasileiro, a qual, calcada exclusivamente em rígidos preceitos da Constituição Federal, atribui a cada ente da federação a *competência* para atingir por meio da tributação determinada materialidade, com exclusão dos demais.

O art. 155, II, do texto constitucional, atribuiu aos Estados e ao Distrito Federal, a competência para a instituição de imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação; por sua vez, no art. 156, III, a Constituição Federal de 1988 atribuiu aos Municípios e ao Distrito Federal a competência para a instituição de imposto sobre serviços de qualquer natureza, *definidos em lei complementar*, excluindo-se aqueles não compreendidos na competência estadual.

A partir disso, verifica-se relevante controvérsia jurídica acerca do conceito de “circulação de mercadoria” e “serviços de qualquer natureza”, para fins de tributação dos *softwares*, visto que esses bens jurídicos agregam aspectos comuns às mercadorias e aos serviços, ao mesmo tempo que não se enquadram adequadamente ao critério material tradicionalmente utilizado para descrever esses impostos.

A discussão desagua no judiciário, já tendo o Supremo Tribunal Federal (STF) tido a oportunidade de julgar acerca da matéria em controle de constitucionalidade, difuso e concentrado. O estudo desses julgados demonstra que tais conceitos, quando analisados com enfoque na economia digital, são maleáveis e se desenvolvem juntamente com a sociedade, na medida em que se podem defender distintas frentes argumentativas, tanto a favor da tributação pelo ICMS, quanto pela tributação do ISS.

O presente trabalho se propõe a investigar a bibliografia doutrinária acerca da matéria, bem como a evolução da compreensão do STF sobre a temática – sobretudo à luz de seus recentes julgados – Recurso Extraordinário (RE) 688223, ADI 5576, ADI 5659 e ADI 1945 - com a finalidade traçar uma explicação teórica dos parâmetros e critérios utilizados, buscando averiguar se existe um parâmetro seguro, a partir do ordenamento Constitucional, para definir a competência para a tributação dos *softwares* e como esses resultados se comunicam outras controvérsias tributárias, principalmente com relação à tributação das locações e operações como leasing financeiro. Afinal, parte-se da premissa de que um conceito de serviço ou mercadoria deve ser uniforme, e não casuístico para cada tipo de operação.

Sem pretensão de findar a discussão – o que dificilmente seria possível, em razão das distintas facetas que a temática apresenta – o trabalho busca, acima de tudo, realizar uma análise crítica da hipótese-problema, evidenciando-se as críticas elaboradas pela doutrina, bem como demonstrar a persistência de controvérsias sobre o tema, em que pese o STF ter tomado partido certa interpretação do Texto.

A partir dos resultados levantados, pôde-se concluir que: a sistemática constitucional atual, calcada na tributação do consumo bipartida entre mercadorias e serviços, oferece insuficiente direcionamento para que o legislador possa traçar seguramente a hipótese de incidência dos referidos impostos sobre os *softwares*. Além disso, a partir do novo posicionamento da Corte, no sentido que o conflito de competência ora descrito foi dirimido pelo legislador complementar com o subitem 1.05 da lista anexa à lei complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, pode-se visualizar um possível conflito com orientações jurisprudenciais pretéritas da Corte, *não explicitamente superadas*, a exemplo da vigência da súmula vinculante nº 31.

2 A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO DE 1988

O sistema tributário traçado pela Constituição Federal de 1988 adotou a repartição de competências tributárias, atribuindo a cada ente uma parcela da aptidão soberana para instituir tributos. Assim, conforme leciona Schoueri (2019, p. 250), o “estudo do sistema tributário brasileiro revela que o constituinte optou por conferir a cada uma das pessoas jurídicas de direito público um campo próprio para instituir seus tributos”.

Extrai-se da redação dos artigos 153, 155 e 156 que, como regra geral, a Constituição Federal de 1988 repartiu as competências tributárias de maneira privativa: ou seja, a cada ente é atribuído um campo de competência, que exclui os demais (podendo-se falar em *exclusividade*), ressalvados os casos excepcionais de iminência ou ocorrência de guerra externa, previstos no art. 154, II, que autorizam à União criar impostos

extraordinários *não compreendidos em sua competência tributária*. Salvo essa exceção, que decorre do próprio texto constitucional, qualquer outra “sobreposição implicará invasão de competência” (Schoueri, 2019).

Conforme evidencia Ataliba (1987, p. 7), esse sistema de atribuição de competência se peculiariza pela “a) minúcia e exaustividade no delineamento do âmbito dessa outorga, b) privatividade e c) rigidez das competências tributárias outorgadas a cada qual”.

Com isso, afirma-se que: o texto constitucional esgota a descrição do âmbito das competências tributárias, de forma que é defeso ao ente delinear seu o próprio campo de competência, atingindo fatos ali não previstos, sob pena de, inclusive, ameaçar o pacto federativo (BALEEIRO e DERZI, 2018, p. 193); a repartição das competências se dá de maneira a excluir outros entes – com ressalva à exceção prevista no próprio texto constitucional -, logo, tem-se a competência tributária de cada ente tributante inserida em conjuntos incomunicáveis entre si, que não admitem sobreposição; e, entende-se a rigidez do sistema de repartições no sentido de que não há competência tributária fora do seio da Constituição Federal e, assim, qualquer exação deve regredir a um fundamento constitucionalmente previsto (BORGES, 1975).

A justificação para tal rigidez parece estar relacionada com o pacto federativo: para que os entes federados, em suas respectivas instâncias, possam exercer de forma efetiva a autonomia que lhes é outorgada, exigem-se cláusulas que lhes garantam privatividade para explorar fontes de receita, através de uma nítida segregação de competências, sem a qual restariam subjugados financeiramente uns aos outros. De forma didática, Derzi (1988, p.103) explica que:

No Brasil, a questão da discriminação da competência tributária é manifestação do próprio federalismo, por configurar partilha, descentralização do poder de instituir e regular tributos.

Em contraponto à ideia de uma rigidez absoluta, na qual a Constituição estipula conceitos inarredáveis e fixos, surge a noção de tipologia na sistematização das competências tributárias. Segundo essa corrente, o constituinte estipulou a repartição de competências, estabelecendo tipos, ao invés de conceitos, sendo aqueles menos rigorosos, e estes últimos, estanques e taxativos. Tal compreensão – para aqueles que adotam essa corrente doutrinária – pode ser evidenciada a partir do inciso I do art. 146 da Constituição Federal, que traz a possibilidade de existirem conflitos de competência, sugerindo assim que cabe à lei complementar delinear os tipos descritos pelo constituinte. Sustentando esse posicionamento, explica Schoueri (2019, p. 270) que:

Noutras palavras, enquanto o constituinte contemplou a realidade econômica do ponto de vista tipológico, com a fluidez a ele inerente, impôs ao legislador complementar a tarefa de expressar a mesma realidade através de conceitos, seja por meio de definições de hipóteses tributárias, bases de cálculo e contribuintes, seja através da imposição de limites em casos de conflitos.

Tal noção é de suma importância para a discussão trazida no presente trabalho: significa afirmar que o conflito de competência entre Estados e Municípios com referência à tributação de *software* pode ser solucionado a partir da compreensão de que a Constituição não traz uma roupagem fixa de conceitos, mas sim tipos, que trariam então uma descrição maleável das materialidades do seu texto. Contudo, ainda sim, deve-se ter em mente que esta visão mais flexível das repartições tributárias não pode ser vista com um *cheque em branco* para que o legislador, ou o próprio intérprete, empregue significados estranhos àquelas definições comuns já traçadas pela linguagem jurídica. Exemplo ilustrativo disso pode ser extraído do julgamento do RE nº 116.121-3/SP, no qual o STF entendeu ser inconstitucional a incidência do ISS sobre locação de bens móveis, justamente por estar ausente, no caso, o núcleo dessa incidência: prestar serviços.

Ou seja: para interpretar o conceito (ou *tipo*) empregado pelo constituinte, é fato que o aplicador da norma estará diante da vagueza dos conceitos, de uma ou mais interpretações válidas dentro da moldura estabelecida pela Constituição Federal. Até aí, nenhuma novidade. Contudo, tal mister não pode extrapolar os núcleos semânticos tais como utilizados e desenvolvidos pelo direito privado, levando-se em conta ainda o previsto no art. 110 do CTN, sob pena de romper a cerca de seu próprio campo de competência, fazendo ruir a própria rigidez proposta pelo constituinte (CARVALHO, 2018).

3 O CRITÉRIO MATERIAL DO ISS E O CONCEITO (OU TIPO) CONSTITUCIONAL DE SERVIÇO

A Constituição Federal dispõe em seu art. 156, III, competir aos Municípios instituir impostos sobre “serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar”. Em muito se discute acerca do que viriam a ser “serviços de qualquer natureza”.

É possível encarar o significado semântico de *serviços* com referência a um “fazer”, ou seja, um *esforço humano*, físico ou intelectual, em benefício de um terceiro, podendo ser traduzido como uma espécie de trabalho. Nesse sentido, Humberto Ávila (2005, p. 122-120) dispõe que:

... a CF/88 ao utilizar o termo 'serviços' na regra de competência tributária municipal, incorporou o conceito infraconstitucional pré-constitucional de obrigação de fazer, cujo núcleo semântico é o esforço humano empreendido em benefício de outrem

A doutrina majoritária parece seguir a mesma orientação, conforme se vê em Barreto (2009), Carvalho (2007), Ataliba (1987), Machado (2004), e Silva (2014). O fundamento por trás desse entendimento baseia-se na ideia de que, quando a Constituição Federal faz referência a determinado instituto de direito privado, não pode o legislador complementar (e muito menos, o intérprete) empregar conceito diverso, exclusivo para fins de tributação, sob pena de alargar indevidamente seu âmbito de competência. Assim, ainda que a Constituição tenha atribuído ao legislador complementar o mister de definir os serviços para os fins do art. 156, III, não pode ele mesmo listar aquilo que, segundo a semântica utilizada pelo direito privado, serviço não é, sob pena de violação das regras de competência.

É nesse diapasão que Cláudio Carneiro (2019, p. 137-138) afirma categoricamente que:

De outro lado verifica-se a necessidade da "prestação", isto é, trata-se de uma obrigação de fazer algo em proveito alheio, com esforço humano, em função de intelecto, ou apenas fisicamente. (...) Enfim, "prestação" é um negócio jurídico. Essa concepção é importante, pois conforme já exposto em respeito ao art. 110 do CTN, a definição do que vem a ser serviço para o Direito Tributário deve concordar com a do Direito Civil.

Não se quer com isso dizer que a Constituição deva ser interpretada sob as lentes do direito civil, mas sim que, ao se utilizar o constituinte de um conceito (ou uma tipologia) pertencente a esse ramo jurídico, não pode o legislador, interpretando o texto, veicular um significado que não é próprio deste ramo do conhecimento jurídico.

Aliás, bem esclarece Machado (2004, p. 11) que:

Não é necessário que o conceito de serviço esteja no Direito privado. Muito menos que ele esteja definido em norma do Direito privado. Para que ele não possa ser alterado pelo legislador tributário basta que esteja, como está, na Constituição Federal, pois sua alteração pelo legislador implica evidente alteração da norma da Constituição na qual está albergado (MACHADO, 2004)

Foi com base nessa compreensão que o STF sustentou o entendimento de que foge da competência municipal a tributação sobre locação de bens móveis, visto não se verificar a existência de um fazer, mas sim a entrega de um bem. No julgamento do *leading*

case RE 116121, de relatoria do Ministro Octavio Gallotti, julgado em outubro de 2000, o STF esposou que:

A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável - artigo 110 do Código Tributário Nacional.

O referido entendimento, inclusive, restou cristalizado na edição do enunciado de nº 31 da súmula vinculante do STF, cuja redação estabelece que: é inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS sobre operações de locação de bens móveis. Machado (2004, p. 6) esclarece em síntese o entendimento adotado pela Corte naquela ocasião:

"...a) a qualificação da locação de bens móveis como serviço configura inadmissível e arbitrária manipulação, por lei complementar, da repartição constitucional das competências impositivas, eis que o ISS somente pode incidir sobre obrigações de fazer; (Ministro Celso de Mello, voto no citado julgamento, em Revista Tributária e de Finanças Públicas, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, julho/agosto de 2001, pág. 268)

b) a locação de bens móveis não pode ser qualificada como serviço porque não envolve a prática de atos que consubstanciam um praestare ou um facere; (Ministro Celso de Mello, voto no citado julgamento, em Revista Tributária e de Finanças Públicas, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, julho/agosto de 2001, pág. 268).

c) não tem importância o fato de não haver sido alegada a inconstitucionalidade de que se cuida há muito tempo, ou por muitos contribuintes, porque isto é uma questão de exercício da cidadania, e com certeza a inconstitucionalidade de uma lei não pode ser aferida pela proporção em que é alegada (Ministro Marco Aurélio, voto no citado julgamento, em Revista Tributária e de Finanças Públicas, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, julho/agosto de 2001, pág. 269, parte final)

Em que pese a Corte não ter demonstrado uma completa superação do referido entendimento, visto que a aludida súmula continua vigente, somado ao fato de que o STF não teve a oportunidade de revistar a especificamente referida discussão, pode-se observar que o Tribunal tem indicado uma alteração no seu posicionamento relativo ao alcance da expressão "serviços de qualquer natureza", apresentando uma leitura mais ampla do termo e, segundo a Corte, "mais consentânea com a realidade econômica atual".

Precedentes do STF tem indicado a adoção de um posicionamento segundo o qual os serviços não estão limitados às obrigações de fazer, atingindo um leque mais amplo de operações, implicando assim:

“...oferecimento de uma utilidade para outrem, a partir de um conjunto de atividades materiais ou imateriais, prestadas com habitualidade e intuito de lucro, podendo estar conjugada ou não com a entrega de bens ao tomador” (Recurso Extraordinário 651703 / PR)

Nesse território, há alguns casos dignos de citação para fins de análise e melhor compreensão do tema. Trata-se da própria discussão acerca da incidência do imposto no caso dos programas de computador; o das operações de *leasing*; das atividades realizadas pelas operadoras de planos de saúde e das operações decorrentes de contrato de franquia. No RE 651.703, em que se discutia a constitucionalidade do imposto nas atividades dos planos de saúde, o voto do Ministro Luiz Fux, relator do recurso, deixou clara a exposição de que ocorreu uma superação da dicotomia “dar” e “fazer” para fins de análise da materialidade do ISS, sendo esta insuficiente para dirimir a problemática. Segue trecho relevante do voto, em que tal posicionamento é melhor exposto:

Ainda que a contraposição entre obrigações de dar e de fazer para fins de dirimir o conflito de competência entre o ISSQN 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 ganhado espaço, permitindo uma releitura do papel conferido aos supracitados dispositivos.

(...)

Desta sorte, conclui-se que, embora os conceitos de Direito Civil exerçam um papel importante na interpretação dos conceitos constitucionais tributários, eles não exaurem a atividade interpretativa.

(...)

Com efeito, a classificação das obrigações em ‘obrigação de dar’, de ‘fazer’ e ‘não fazer’, tem cunho eminentemente civilista. De fato, a disposição 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*.

(...) Porquanto, a Suprema Corte, no julgamento dos RREE 547.245 e 592.905, ao permitir a incidência do ISSQN nas operações de leasing financeiro e leaseback sinalizou que a interpretação do conceito de 'serviços' no texto constitucional tem um sentido mais amplo do que tão somente vinculado ao conceito de 'obrigação de fazer', vindo a superar seu precedente no RE 116.121, em que decidira pela adoção do conceito de serviço sinteticamente eclipsada numa obrigação de fazer.

Por decorrência lógica, a utilização da expressão 'de qualquer natureza' no art. 156, III, da CRFB/88, para conferir maior amplitude semântica a termo a qual leve a ampliação de competência tributária não é novidade na carta constitucional (...) Sob este ângulo, o conceito de prestação de serviços não tem por premissa a configuração dada pelo Direito Civil, mas relacionado ao oferecimento de uma utilidade para outrem, a partir de um conjunto de atividades imateriais, prestados com habitualidade e intuito de lucro, podendo estar conjugada ou não com a entrega de bens ao tomador. (Recurso Extraordinário 651703/PR)

Como já citado, entendimento semelhante foi seguido no caso dos contratos de *leasing financeiro* e *leaseback* (RE 547.245 e RE 592.905); bem como no caso dos contratos de franquia (RE 603136). Contudo, da leitura da *ratio decidendi* dos julgados, parece que o fator relevante para a construção do entendimento foi justamente o fato de que essas atividades não apresentam necessariamente um "fazer" ou um "dar", mas sim um complexo de atividades, ou seja, um "dar" que também compreende um "fazer", todos necessários a consecução do contrato. E, dessa maneira, se entendeu por bem que o ente tributante teria competência para tributar as manifestações de riqueza de cada uma dessas atividades. Nesse sentido, no voto condutor do RE 603136, foi ressaltado que:

Entretanto, como as atividades realizadas pelas operadoras de planos de saúde foram consideradas de natureza mista (isto é, englobam tanto um "dar" quanto um "fazer"), não se pode afirmar que tenha havido – ainda – uma superação total do entendimento de que o ISS incide apenas sobre obrigações de fazer, e não sobre obrigações de dar. Pode-se assentar, contudo, que, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o ISS incide sobre atividades que representem tanto obrigações de fazer quanto obrigações mistas, que também incluem uma obrigação de dar. (RE 603136)

O caso das operações com programas de computador também foi influenciado por essa mudança de posicionamento do STF, o que, no entanto, será tratado em tópico próprio.

O aludido posicionamento do STF, em que pese louvável por buscar compreender a realidade econômica e inserir novas fontes interpretativas, não é de todo imune a críticas. A primeira delas: seria possível ignorar a fonte civilista da interpretação que defende a

existência de uma dicotomia entre “dar” e “fazer”, ao ponto de se investigar uma compreensão essencialmente *econômica* dessas atividades “híbridas”? Parece que não. E tampouco se pode afirmar que a Corte se divorciou da importância dessa dicotomia.

Como aludido acima, não cabe ao intérprete definir o que é serviço para fins de tributação do ISS, mas sim revelar, a partir de seu significado no direito privado, quais operações se enquadram corretamente nesse conceito (*ou nessa tipologia*). À luz do art. 110 do CTN, não poderia a Corte estabelecer um “conceito de serviços para fins exclusivo de tributação do ISS” sem que isso tenha uma comunicação explícita com o significado usual do termo para o direito privado. Assim, continua contundente a observação feita por Machado (2004), ao indicar que o veto presidencial no item 3 da lista anexa à lei complementar nº 11/2003 deveria ter abrangido todos os itens relacionados a “locação”, “cessão de direitos de uso e congêneres”, visto que, essencialmente, trata-se da mesma espécie de negócio jurídico.

Logo, quando se depara com uma questão jurídica que demanda verificar o conceito (ou tipologia) de serviços de qualquer natureza para fins de tributação do ISS, inevitável se valer das lições de direito privado, as quais informam a importância da dicotomia entre “fazer” e “dar”. Nesse sentido, concorda-se com Ataliba (1987, p. 7) quando expôs que:

O conceito de serviço, que compõe a hipótese de incidência do ISS dos Municípios brasileiros, corresponde ao conceito constitucional de serviço, atribuído à competência tributária municipal. Vale dizer, é prestação resultante de obrigação de fazer porque definido como prestação decorrente de fornecimento de trabalho (esforço humano), com conteúdo econômico, em caráter negocial e sob regime de Direito Privado (por empresa ou profissional autônomo, como atividade econômica com objetivo de lucro).

Desta feita, quando se abordar acerca dos programas de computador (*software*) ter-se-á em mente as aludidas premissas.

4 O CRITÉRIO MATERIAL DO ICMS

O art. 155, II, atribui aos Estados e ao Distrito Federal a competência para instituir imposto sobre “operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”.

O ICMS revela-se em diferentes hipóteses de incidência. Para os fins deste trabalho, haverá enfoque na descrição “circulação de mercadorias”. Villen Neto explica que “operações” podem ser compreendidas como (2003, p. 245):

(...) atos ou negócios jurídicos em que ocorre a transmissão de um direito. Operações relativas à circulação de mercadorias são quaisquer atos ou negócios, independentemente da natureza jurídica específica de cada um deles, que implicam a circulação de mercadorias

Já Ataliba (1990, p. 74) esclarece com precisão que “circular significa para o Direito mudar de titular. Se um bem ou uma mercadoria mudam de titular, circula para efeitos jurídicos”. Carrazza (2020, p. 36-37) ensina que “o ICMS só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos produtores originários aos consumidores finais”.

Para a discussão objeto deste artigo, muito se deve às controvérsias envolvendo o conceito de “mercadoria”, visto que a classificação do programa de computador como tal tem impacto direto no critério subjetivo do consequente da regra matriz, ou seja, se compete de fato ao Estado a cobrança do referido imposto sobre os fatos jurídicos que envolvam esses *softwares*.

Compreendem mercadoria os bens móveis postos em comércio, ou seja, quando estes são objeto de mercancia, sendo assim utilizados com o intuito de fazer parte da economia, na maioria das vezes, com a intenção de lucro, ou ao menos, superávit. Aliomar Baleeiro (1977), citando J. X. Carvalho de Mendonça, leciona que as coisas, ao circularem economicamente, tornam-se mercadorias, perdendo essa característica logo quando passam ao domínio do consumidor, que as utiliza em interesse próprio.

É comum na doutrina especializada encontrar o adjetivo “corpóreo” acompanhando a descrição de mercadoria, dando a entender que os bens incorpóreos ou imateriais estariam excluídos dessa categoria jurídica. No entanto, ainda mais comum é a concordância de que a Constituição incluiu no critério material do ICMS as operações com *bens incorpóreos*, na medida em que trata da energia elétrica como mercadoria em seu art. 155, § 3º. Nesse sentido, confira-se esta passagem de Melo (2009, p. 17):

‘Mercadoria’, tradicionalmente, é bem corpóreo da atividade empresarial do produtor, industrial e comerciante, tendo por objeto a sua distribuição para o consumo, compreendendo-se no estoque da empresa, distinguindo-se das coisas que tenham qualificação diversa, segundo a ciência contábil, como é o caso do ativo permanente.

Este conceito sofreu ampliação constitucional ao submeter o fornecimento de energia elétrica (coisa incorpórea) ao âmbito de incidência do ICMS, enquadrando-o no espectro mercantil (art. 155, § 3º, CF).

O mesmo autor, contudo, apresenta ressalvas quanto a classificação dos *softwares* enquanto mercadorias (*idem*, p. 17-19). Outros autores, por sua vez, admitem não só a

relevância existência de bens incorpóreos para fins de incidência do ICMS, mas como também entendem que os programas de computador, objeto de comércio, devem receber idêntico tratamento dos bens tradicionalmente conhecidos como corpóreos, a exemplo de Sturts (2004).

Conforme será analisado em tópico próprio, o STF possui precedentes nos quais apresenta o conceito de mercadoria vinculado à corporeidade, eliminando, assim, os *bens* digitais do âmbito de incidência do ICMS – este entendimento, porém, sofreu modificações no tempo, ao passo que o STF passou a admitir os bens obtidos via *download* abrangidos pela competência estadual. No julgamento do RE 176.626, o Ministro relator Sepúlveda Pertence consignou que:

Não tendo por objeto uma mercadoria, mas um bem incorpóreo, sobre as operações de licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador matéria exclusiva da lide, efetivamente não podem os Estados instituir ICMS: dessa impossibilidade, entretanto, não resulta que, de logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do ICMS a circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo como a do chamado software de prateleira (*of the shelf*) os quais, materializando o *corpus mechanicum* da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio

Perceba-se que, naquela oportunidade, não só a Corte entendeu que o bem incorpóreo não é mercadoria, mas também que o *corpus mechanicum* – ou seja, o suporte físico, a mídia do *software* – seria requisito essencial para que se pudesse legitimar a incidência do ICMS sobre a operação. Será analisado em tópico próprio como a Corte superou tal entendimento, deixando à margem a dicotomia entre *software* obtido via *download* e os chamados 'de prateleira' (*off the shelf*).

O que importa para o presente artigo é que, de fato, a Constituição parece ter adotado uma tipologia mais ampla para o conceito de mercadoria, a qual pode envolver tranquilamente os *bens incorpóreos*, a exemplo da *energia elétrica*. Afinal, a própria lei civil considera como móveis, para efeitos legais, "as energias que tenham valor econômico". Contudo, ao que indica, a regra matriz do ICMS também exige que o objeto da operação possa *circular*, ou seja, que seja possível a alteração da titularidade sobre o bem, ainda que digital, e, como se verá adiante, não se encontra tal característica nas operações envolvendo a utilização de *softwares* – o que se estende inclusive aos denominados 'de prateleira'.

4 A TRIBUTAÇÃO DOS SOFTWARES

Estabelecidas as premissas acerca do sistema de repartição de competência previsto na Constituição Federal de 1988 e traçados rumos interpretativos acerca do critério material do ISS e do ICMS, para fins tributação das atividades envolvendo serviços e/ou mercadorias, resta analisar a tributação dos programas de computador em si, a fim de investigar uma possível solução ao conflito de competência entre Municípios e Estados.

Primeiramente, pertinente responder: o que vem a ser um *software*?

4.1 O CONCEITO DE *SOFTWARE* E SEU TRATAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO

Segundo o dicionário Michaelis (2022), *software* (palavra de etimologia inglesa) significa: “qualquer programa ou grupo de programas que instrui o hardware sobre a maneira como ele deve executar uma tarefa, inclusive sistemas operacionais, processadores de texto e programas de aplicação”, também sendo aceita a definição “qualquer programa de computador, especialmente para uso com equipamento audiovisual”.

De forma extremamente simplificada, o *software* é um código que instrui um computador a como realizar determinada tarefa.

A legislação brasileira conta com uma disciplina própria da matéria. Trata-se da Lei n. 9.609, de 19 fevereiro de 1998, cunhada de *Lei do Software*, que assim o define, logo em seu artigo 1º:

Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

Também é possível encontrar disciplina jurídica aos programas de computador na Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que trata da regulação dos direitos autorais. O artigo 7º do aludido diploma dispõe que obras intelectuais são ‘criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: ... os programas de computador’. Em se tratando de terminologia, já se evidencia uma primeira controvérsia: enquanto a lei do *software* estabelece a necessidade de um suporte físico para que este venha a ser caracterizado, a Lei dos Direitos Autorais prevê que este pode ser fixado em qualquer suporte, físico ou intangível.

LOPES (2016) bem destaca que a Lei do *Software*, na verdade, prevê quatro formas distintas de contratação envolvendo programas de computador, sendo estas:

desenvolvimento de *software* por encomenda; transferência de tecnologia; licença de uso; e licença de direitos de comercialização, sendo a licença de uso, de fato, a mais comum. Não obstante, em quaisquer dessas hipóteses, não se observa, propriamente, a transferência do direito de propriedade intelectual, mas sim, *uma utilização de bens de terceiros com limitações* (*idem*, p. 167).

Nesse sentido, também se concorda com MELO (2015, p. 252), quando descreve que:

Conceitualmente, as cessões de direito – onerosas ou gratuitas, temporárias ou definitivas –, não constituem serviços, uma vez que não representam efetivo esforço humano em benefício de terceiros.

Tem como característica, a substituição de um dos contratantes, ou do devedor ou do credor (dependendo da fase do contrato), por um terceiro. O cedente (titular do direito – contratante originário) não presta nenhum serviço ao cessionário (beneficiário do direito), que, simplesmente, passa a substituí-lo no direito à utilização de um bem.

O primeiro julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) envolvendo a tributação do *software*, datado de 1993, também se apegou a tais conceitos para definir que “o programa de computador não é vendido. Sua exploração econômica é através de ‘contratos de licença ou de cessão...’”.

4.2 TRAGETÓRIA DA TRIBUTAÇÃO DO SOFTWARE SEGUNDO OS TRIBUNAIS SUPERIORES

Como já afirmado, o primeiro julgado do STJ (REsp 39797) acerca da tributação do *software* data de 1993 e, naquela oportunidade, a primeira turma da Corte Superior entendeu caber apenas a tributação a título de ISS, afastando-se a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias.

Já em 1996, o tema volta à discussão, mas dessa vez sob os olhares dos Ministros da segunda turma, o STJ trouxe à baila o criticado conceito dos programas de computadores vendidos “em larga escala e de maneira uniforme” em contraposição dos *softwares* por encomenda, sendo aqueles em que são desenvolvidos de forma personalizada. Assim, no julgamento do RMS 5934/RJ, a Corte compreendeu que “a atividade intelectual existe apenas na fabricação do software, pois quando o usuário opera com estes programas, ele não está utilizando um serviço, mas sim uma mercadoria”.

Nesse momento *embrionário* da discussão, a ideia de trabalho intelectual surge apenas no momento de criação do *software*, após isso, quando o programa é livremente

comercializado – aqui, o voto conduto cita programas como Windows, Word e OS/2 – passa a possuir as mesmas características de uma mercadoria.

O STF viu com bons olhos a dicotomia inaugurada pelo STJ, tanto é que no julgamento do RE 176626, em 1998, o voto condutor do Ministro Sepúlveda Pertence deixou consignado que (1) *software* não é mercadoria, por lhe faltar o suporte físico, mas sim um (2) bem imaterial, objeto de contrato de licenciamento ou cessão de direito de uso, não podendo as operações envolvendo programas de computador serem atingidas pela tributação a título de ICMS; o que, no entanto, (3) não afasta a possibilidade tributação, em ICMS, dos chamados *softwares* de prateleira, quando produzidos em larga escala, os quais “materializando o *corpus mechanicum* da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio”.

O entendimento então passa a ser ratificado pela Corte no ano seguinte, no julgamento do RE 199.464, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, e em 2008, no julgamento do RE 285870 AgR.

Após uma década de pacificação da tese, é certo que o avanço tecnológico alcançou proporções cada vez mais acentuadas e o mercado de *softwares* sofreu modificações significativas, com grande destaque para o aumento no uso de *download* como meio de obtenção dos programas de computador. Ou seja, os programas distribuídos em larga escala, em mídia física, passaram a ser utilizados pelos usuários através de transferência eletrônica de dados, dando ares de obsolescência ao entendimento até então defendido pelo STF.

Foi nesse contexto que a Corte Suprema esposou um novo ponto de vista acerca da questão: no julgamento da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 1.945/MT, de relatoria do Min. Octavio Gallotti, datado de 26/05/2010, entendeu-se que o meio pelo se veiculam os *softwares* vendidos em larga escala é irrelevante para fins de incidência do ICMS, logo este imposto também incidiria sobre as operações de programas de computador “adquiridos” através de transferência eletrônica de dados.

O grande apelo dos argumentos travados no julgamento diz respeito à similitude que há, por exemplo, entre a venda de um CD contendo os dados do *software* e a aquisição do mesmo conjunto de códigos através de um *download*. Para os Ministros – e isto, de fatos, não se pode negar – é que não haveria razão jurídica suficiente para defender a incidência do ICMS no caso das mídias físicas e descartá-la, com relação à transferência eletrônica de dados.

Não obstante, o julgado padece de algumas impropriedades, na medida em que se deixou de lado a importância do contrato de licença de uso do *software*, que, como já

afirmado, é inapto a promover a circulação do programa de computador. Nesse caso, deve-se concordar que, se deve haver alguma tributação sobre as operações envolvendo a licença ou cessão de uso do *software*, este fato – licenciamento ou cessão – é que deve ser o relevante e preponderante, para a finalidade de determinar o tributo devido, deixando-se em segundo grau de importância o respectivo suporte físico. Aliás, a Corte já sinalizou entendimento consentâneo com esse raciocínio, ao admitir a imunidade sobre livros eletrônicos e outras mídias distintas do papel, mas que veiculam a noção de livro.

É possível evidenciar uma terceira linha jurisprudencial adotada pelo STF, sendo este seu posicionamento mais recente. Em 2021, a Corte apresentou uma virada jurisprudencial, voltando a defender a incidência do ISS nas atividades envolvendo licença ou cessão de uso de *softwares*. No julgamento da ADIs 1.945/MT e 5.659/MG, o STF passa a sustentar uma superação da distinção entre *software* padronizado (comercializado em larga escala) e os 'de prateleira'; bem como a sinalizar a insuficiência da dicotomia das obrigações de "dar" e "fazer" para fins de determinação do imposto incidente.

Adicionalmente, a Corte espousa ainda alguns argumentos novos ao julgamento da controvérsia:

- a) O conflito de competência em questão foi dirimido pelo legislador complementar, com fundamento no disposto nos arts. 146, I, e 156, III, da Constituição Federal, ao elencar no subitem 1.05 da lista de serviços anexa à lei complementar nº 116/03, que traz a seguinte descrição - licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação -, assim, conclui-se, segundo o raciocínio empregado pela Corte, que a Constituição Federal incumbiu ao legislador complementar a tarefa de esclarecer acerca da tributação sobre programas de computador, de forma que a questão se resolveria de forma objetiva;
- b) A "velha" dicotomia entre obrigação de "dar" e "fazer" estaria superada pelo entendimento da Corte, sobretudo naqueles casos em que se está diante de contratos complexos, que contém um feixe de obrigações e contraprestações. Logo, considerando que há esforço humano na confecção do *software*, bem como há serviços conexos ao licenciamento e cessão de uso, tais como, *helpdesk*, manuais, atualizações e outras funcionalidades previstas, e, ainda, a modalidade *software-as-a-service* (Saas). De forma didática, segue trecho do voto do Ministro relator no julgamento ADI 5.659/MG:

Ou seja, considerando-se a LC nº 116/03 e o critério adotado pelo próprio legislador complementar, não vislumbro como deixar de se aplicar o ISS às operações com programas

de computador, notadamente tendo em vista o fato de que, a meu sentir, o legislador não desbordou do conceito constitucional de “serviços de qualquer natureza”

Note-se que essa solução atende às diretrizes estabelecidas no direito comparado. Com isso: a) não há criação de novo tributo, mas simplesmente a utilização de um já existente, o ISS, para se tributarem as operações com programas de computador; b) atende-se à neutralidade e ao preceito da não discriminação, haja vista que a LC nº 116/03 não, haja vista que a LC nº 116/03 não distingue se a transferência por meio do contrato de licenciamento ou a cessão de direito de uso de programas de computador ocorrem por meio físico ou eletrônico; c) preserva-se a segurança jurídica, mantendo-se a, mantendo-se a orientação clara já constante do subitem 1.05 da lista em referência e as obrigações decorrentes da mesma lei complementar.

Associo a esse critério objetivo, positivado no direito nacional, a noção de que a elaboração de um *software* é um serviço que resulta do esforço humano, seja o *software* (i) feito por encomenda, voltada ao atendimento de necessidades específicas de um determinado usuário; (ii) padronizado, fornecido em larga escala no varejo; (iii) customizado, o qual contempla características tanto do *software* padronizado quanto do *software* por encomenda; iv) disponibilizado via *download*, cujo instalador é transmitido eletronicamente de um servidor remoto para o computador do próprio usuário; (v) disponibilizado via computação em nuvem.

O mesmo entendimento foi ratificado no julgamento da ADI 5.576/SP e no RE 688.223/PR.

Assim, em resumo, pode-se sistematizar a evolução da jurisprudência do STF acerca da matéria em três momentos (ou fases):

Importância do corpus mechanicum: nesse momento inicial, inspirado principalmente pelas considerações no Min. Sepúlveda Pertence no julgamento do RE 176626, a Corte sinalizou a importância do suporte físico (*corpus mechanicum*) como critério para aferir a incidência do ICMS. Enquanto o *software* em si não pudesse ser considerado como mercadoria, por ser bem incorpóreo, este adquire essa característica – de mercadoria – a partir do momento em que é comercializado em larga escala através de disquetes, CD-ROM, entre outros. No entanto, permaneciam sujeitas à tributação do ISS as operações dos chamados *softwares* por encomenda, em que se verifica verdadeira obrigação de fazer.

O entendimento é, de fato, obsoleto, visto que o avanço tecnológico tem deixado à margem as operações com suporte físico, ganhando cada vez mais espaço a utilização do programa de computador através da transferência eletrônica de dados. Contudo, o

posicionamento peca principalmente ao dar maior importância ao suporte físico, pelo qual se veicula o *software*, do que o conteúdo da operação, que não ganha ares de venda de mercadoria só porque está sendo transmitida através de uma mídia distinta.

Adoção do conceito de mercadoria incorpórea. aqui se evidencia um ponto de inflexão no entendimento do STF. A partir da noção de que devem os programas de computador padronizados serem tributados pelo ICMS, estendeu-se tal entendimento para abarcar também as aquisições através de *download*. Apesar de louvável a busca da Corte por um entendimento que busque a neutralidade fiscal, fica patente que as premissas do julgado apresentam falhas. Num primeiro lugar, já não se poderiam considerar as operações com *software* como mercadorias, não pelo fato de serem bens incorpóreos, mas por faltar a essas operações a circulação, que é característica dos fatos imponíveis do imposto. No licenciamento de uso ou cessão, o que ocorre é a simples utilização de bens de terceiro, não havendo – evidentemente – circulação de qualquer bem.

Licença e cessão de uso de software como serviço listado pela lista anexa da LC 116/03: o posicionamento atual do STF, conforme destacado acima, adotou um critério objetivo para resolução da controvérsia. Entendeu-se que a Constituição Federal atribuiu ao legislador complementar a tarefa de dispor sobre conflitos de competência em matéria tributária (art. 146, I), mister que teria sido atendido através do item 1.05 da lista anexa à lei complementar n. 116/03 que incluiu como serviço tributável pelo ISS o “licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação”.

De fato, de todos os posicionamentos do STF acerca da matéria, este é o que apresenta maior profundidade teórica e técnica, podendo-se destacar ainda o fato de que a Corte buscou uma solução à controvérsia no âmbito interno da própria Constituição, sem precisar estender braços a argumentos de viés estritamente econômico.

Contudo, o entendimento não é imune a críticas, sendo o propósito acadêmico deste trabalho evidenciar as complicações que o precedente apresenta, conforme será abordado no tópico seguinte.

4.3 CRÍTICA AO POSICIONAMENTO ATUAL DO STF ACERCA DA TRIBUTAÇÃO DOS SOFTWARES

O novo entendimento do STF acerca da tributação de *softwares*, em que pese ter cumprido de forma satisfatória a função de pacificar a lide na qual estava inserida a controvérsia, ainda pode ser questionado do ponto de vista técnico jurídico, pelas seguintes razões:

A mera inclusão do licenciamento ou cessão de uso de programa de computador como subitem na lista anexa da lei complementar n. 166/03 não torna automaticamente legítima a escolha adotada pelo legislador. Conforme Baleeiro (1981, p. 445) registra de forma cristalina:

"A lei complementar supre a Constituição, mas não a substitui. Se esta instituiu um tributo, elegendo para fato gerador dele um contrato, ato ou negócio jurídico, o legislador não pode restringir, por via complementar, o campo de alcance de tal ato ou negócio, nem dilatá-lo a outras situações. A

menção constitucional fixa rígidos limites. Atos de transmissão de propriedade imóvel, p. ex., são os do Direito Privado, todos eles. Nenhum outro senão eles.

"As tentações mais freqüentes, a julgar pela experiência no regime das Constituições anteriores, provirão dos legisladores estaduais e municipais, para alargamento das respectivas competências."

Portanto, a adoção do critério objetivo não pode afastar do crivo constitucional a própria previsão do subitem. Para que fique claro: o legislador complementar não tem liberdade para dispor na lista anexa de atividades que não se classificam como serviços em sua utilização usual. Analisando os julgados do STF acerca da matéria, parece que a avaliação precisa da constitucionalidade do subitem foi relegada a um plano secundário.

Não se quer com isso afirmar que os conceitos (ou tipos) sejam estanques, ou que estes não possam evoluir no tempo. Contudo, ocorre que também não se pode afastar a importância do conceito para a aplicação do direito e para a construção duma linguagem jurídica concisa e previsível.

Nesse sentir, não parece que a dicotomia entre obrigação de "dar" e "fazer" tenha perdido completamente sua importância para a interpretação do direito, afinal, são expressões consagradas pelo Código Civil e pelo Código de Processo Civil para designar relações jurídicas obrigacionais com traços e características próprias, fato que não pode ser afastado para fins exclusivamente tributários, conforme leciona o art. 110 do CTN.

Também não parece que o STF abandonou completamente tal entendimento, visto que a súmula vinculante nº 31 continua em vigor. Aliás, como bem explica o voto vencido do Min. Marco Aurélio no julgamento da ADI 3.142 – comentário com o qual se concorda plenamente:

Não houve, a meu ver, inequívoca superação do modelo civilístico, na contramão do entendimento do Supremo construído no passar dos anos. A despeito de referir-se à

construção de compreensão elástica quanto ao alcance do conceito de serviço, a sempre ilustrada maioria concluiu no sentido de figurar, no núcleo do negócio entabulado entre operadora de plano de saúde e usuário, obrigação de fazer consubstanciada na disponibilização de rede credenciada e garantia da cobertura de sinistros ao contratante, e não situação de contrato de seguro, como por mim assentado. Mesmo que se diga ter o Tribunal conferido interpretação ampliada ao vocábulo “serviço” constante no artigo 156, inciso III, da Constituição Federal, articular com a completa superação da óptica relativa à necessidade de demonstração de um fazer a respaldar a incidência do ISS é passo demasiado largo. Do contrário, como justificar a permanência da eficácia do verbete vinculante nº 31 da Súmula do Supremo até os dias de hoje?

O que se estabeleceu, na verdade, foi uma flexibilização dessa dicotomia em face dos contratos chamados complexos, em que se verificam tanto obrigações de dar, quanto de fazer. Nesse caso, contudo, a orientação do STF é de que só se dê a tributação a título de ISS caso não seja possível discriminar as operações de “dar” e “fazer”.

Surgem razoáveis dúvidas quanto à possibilidade de tributação de *software*, com fundamento na existência de atividades anexas como *helpdesk* e manuais. Trata-se de atividades acessórias e acidentais à manutenção do contrato licenciamento ou cessão de direito de uso. Seria possível justificar o alcance da suposta hipótese de incidência “licenciamento ou cessão de direito de uso”, com fundamento em atividades anexas? Parece que esta não é a resposta mais adequada à controvérsia.

O “fazer” relacionado a essas atividades complementares, tais como atualização do programa, atendimento ao cliente e fornecimento de manuais, não é preponderante, da mesma forma que se reconhece que “não são operações mistas aquelas cujo objeto seja um fazer para dar, em que o fazer constitui apenas meio para a produção e colocação do bem à disposição do comprador, incidindo sempre o ICMS” (PAULSEN, 2017, p. 1537).

Ainda, o “fazer” relacionado com a elaboração do *software* não pode justificar a tributação do licenciamento ou cessão de uso do direito, pois aquele se trata de uma fase intermediária, enquanto a contratação se dá pelo programa de computador já finalizado (ou apto ao uso). Ora, toda e qualquer mercadoria surge a partir de um esforço humano, contudo, isso não traz como implicação que a transmissão desse bem se tornará uma prestação de serviço para fins de tributação.

Seguindo essa meada, verificou-se que a contração de operações envolvendo *softwares* se dá através de licenciamento ou cessão de direito uso, que, por sua vez, possuem significado próprio na linguagem jurídica, abrindo pouca margem para se tenha em vista uma verdadeira prestação de serviço, fruto do esforço humano e capaz de se caracterizar como serviço.

Quando se realiza o *download* de um *software*, está-se adquirindo o direito ao uso de um código, uma linguagem que será “traduzida” por um computador para a realização de determinada tarefa. Hipoteticamente, se um programa de computador é baixado e instalado por milhares de pessoas ao mesmo tempo, pode-se dizer que há um esforço humano prestado a todas essas pessoas que se utilizam do *software*, ou seria mais condizente afirmar que se está *disponibilizando* o uso de algo, cuja criação dependeu de um esforço humano anterior, desvinculado do produto final?

Se não há esforço humano, então de onde viria o serviço? O computador seria o prestador?

Acredita-se que, na verdade, não há serviço prestado, justamente porque inexistente esforço humano. As atividades acessórias, tais como atualizações e suporte, são completamente acidentais e não-preponderante, ou seja: o conceito de programa de computador ou sua contratação não dependem delas para existirem.

Logo, tem-se que não há que falar em incidência de ISS sobre os contratos de licenciamento ou cessão de direito de uso de *software*, justamente por lhes faltar adequação à descrição da regra matriz de incidência do imposto, qual seja, a prestação de serviço.

6 CONCLUSÃO

Com base nos fundamentos delineados ao longo deste trabalho, pode-se afirmar de forma conclusiva que:

- a) A Constituição Federal de 1988 adota um sistema rígido de repartição de competências tributárias, segundo o qual é atribuída a cada ente uma parcela da prerrogativa de instituir determinado tributo apto a atingir um campo de incidência exclusivo, afastando a sobreposição de competências sobre um mesmo conjunto de fatos;
- b) Decorre daí que a competência para tributar determinada atividade deve decorrer necessariamente da Constituição Federal, a qual estipula conceitos (ou tipos) para descrever o arquétipo do critério material das respectivas hipóteses de incidências, cabendo ao legislador infraconstitucional, em especial ao complementar, delinear tais hipóteses em completa consonância com o Texto Maior, cujos conceitos (ou tipos) não podem ser alargados ou restringidos arbitrariamente, sob pena de extrapolar os limites da competência atribuída ao ente;

- c) Observou-se que o atual figurino constitucional não permite a incidência de ICMS sobre as operações envolvendo os contratos de licenciamento ou cessão de direito de uso de programa de computador, não pelo fato de se tratar de um bem incorpóreo, mas por lhes faltar a ocorrência de circulação jurídica, i.e., mudança de titularidade;
- d) Por outro lado, evidenciou-se também que as atuais regras atributivas de competência não autorizam aos Municípios a exigir o ISS sobre os contratos de licenciamento ou cessão de uso de programa de computador, visto faltar-lhes adequação à descrição do critério material da regra matriz de incidência, sendo esta, neste caso, a prestação de serviços, dado que essa espécie de contratação, na disciplina do direito privado, implica mera substituição de um dos contratantes no direito de uso bem, não implicando esforço humano classificável como serviço;
- e) Por fim, foi demonstrado que o atual posicionamento do STF com referência à tributação dos *softwares* não dá correta análise à constitucionalidade do subitem 1.05 da lei complementar nº 116/03, nem apresenta contundentes argumentos no sentido de que houve superação da dicotomia entre obrigação de "dar" e "fazer" para fins de incidência do ISS, gerando, assim, uma incongruência interna no entendimento da Corte, visto que a súmula vinculante nº 31 permanece vigente; além disso, verifica-se que as atividades anexas aos contratos de licenciamento e cessão de direito de uso de *software* não preponderantes e, portanto, insuficientes para justificar a tributação de atividades envolvendo programas de computador.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. ICMS: incorporação ao ativo: empresa que loca, oferece em 'leasing' seus produtos: descabimento do ICMS. **Revista de Direito Tributário**, v. 52, p. 74, 1990.

_____. ISS e locação - conceito constitucional de serviço - locação não é serviço: não pode a lei assim considerá-la para efeitos tributários. **Revista dos Tribunais**, v. 619, p. 7-15, 1987.

ÁVILA, Humberto. Imposto Sobre a Prestação de Serviços de Qualquer Natureza ISS. Normas constitucionais aplicáveis. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Hipótese de incidência, base de cálculo e local da prestação. Leasing financeiro: análise da incidência. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 122, p. 120-131, 2005.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro. rev. e atual.** Rio de Janeiro: Forense, p. 445, 1981.

BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito tributário brasileiro: CTN comentado.** Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 193, 2018.

BARRETO, Aires Fernandino. **ISS na Constituição e na lei.** 3. ed. São Paulo: Dialética, p. 64, 2009.

BORGES, José Souto Maior. **Lei complementar tributária.** Editora Revista dos Tribunais, p. 196, 1975.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.** Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9609.htm. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.** Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **Recurso Especial 39797/SP.** ICMS - Programas De Computador - Não Incidência. A Exploração Econômica De Programas De Computador, Mediante Contratos De Licença Ou De Cessão, esta Sujeita Apenas ao ISS . Referidos Programas Não Se Confundem Com Suportes Físicos, Não Podendo Ser Considerados Mercadorias Para Fins De Incidência Do ICMS. Relator (a): Min. Garcia Vieira, 15 de dez. 1993. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199300290037&dt_publicacao=21/02/1994. Acesso em 18 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança RMS 5934 / RJ.** Mandado de segurança. Recurso. Tributário. Software. Programas de computador. Tributação pelo ISS ou pelo ICMS. Atividade intelectual ou mercadoria. Distinção. Inviabilidade na via estreita do mandado de segurança preventivo. Os programas de computação, feitos por empresas em larga escala e de maneira uniforme, são mercadorias, de livre comercialização no mercado, passíveis de incidência do ICMS. Já os programas elaborados especialmente para certo usuário, exprimem verdadeira prestação de serviços, sujeita ao ISS. Cumpre distinguir as situações, para efeito de tributação, aferindo-se a atividade da empresa. Não, porém, através de mandado de segurança, ainda mais de caráter preventivo, obstando qualquer autuação futura. Relator (a): Hélio Mosimann, 04 de mar. 1996. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199500325535&dt_publicacao=01/04/1996. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 285870 AgR/SP - SÃO PAULO. ICMS.** Produtos De Informática. Programas [Software]. CD-ROM. Comercialização. Reexame De Fatos e Provas. Impossibilidade Em Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Eros Grau, 17 de jun. 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539219>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Recurso Extraordinário 199464/SP - SÃO PAULO.** Estado De São Paulo. ICMS. Programas De Computador (Software). Comercialização. Relator(a): Min. Ilmar Galvão, 02 de mar. 1999. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=236681>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Recurso Extraordinário 176626 / SP - SÃO PAULO**. Questão constitucional: âmbito de incidência possível dos impostos previstos na Constituição: ICMS e mercadoria. Sendo a mercadoria o objeto material da norma de competência dos Estados para tributar-lhe a circulação, a controvérsia sobre se determinado bem constitui mercadoria é questão constitucional em que se pode fundar o recurso extraordinário. III. Programa de computador ("software"): tratamento tributário: distinção necessária. Não tendo por objeto uma mercadoria, mas um bem incorpóreo, sobre as operações de "licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador" " matéria exclusiva da lide ", efetivamente não podem os Estados instituir ICMS: dessa impossibilidade, entretanto, não resulta que, de logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do ICMS a circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo - como a do chamado "software de prateleira" (off the shelf) - os quais, materializando o corpus mechanicum da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio. Relator (a): Sepúlveda Pertence, 10 de nov. 1998. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=222535>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação direta de inconstitucionalidade 3142/DF**. Direito Tributário. ISS. Relações mistas ou complexas. Orientação da Corte sobre o tema. Subitem 3.04 da lista anexa à LC nº 116/03. Locação, sublocação, arrendamento, direito de passagem ou permissão de uso, compartilhado ou não, de ferrovia, rodovia, postes, cabos, dutos e condutos de qualquer natureza. Interpretação conforme. Necessidade de as situações descritas integrarem operação mista ou complexa. Local da ocorrência do fato gerador. Ausência de violação dos princípios da razoabilidade ou da proporcionalidade. Relator (a): DIAS TOFFOLI, 05 de agosto de 2020. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754064931>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta De Inconstitucionalidade 5659/Minas Gerais**. Lei nº 6.763/75-MG e Lei Complementar Federal nº 87/96. Operações com programa de computador (software). Critério objetivo. Subitem 1.05 da lista anexa à LC nº 116/03. Incidência do ISS. Aquisição por meio físico ou por meio eletrônico (download, *streaming* etc.). Distinção entre software sob encomenda ou padronizado. Irrelevância. Contrato de licenciamento de uso de

programas de computador. Relevância do trabalho humano desenvolvido. Contrato complexo ou híbrido. Dicotomia entre obrigação de dar e obrigação de fazer. Insuficiência. Modulação dos efeitos da decisão. Relator (a): Dias Toffoli, 24 de fev. 2021. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910810>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta De Inconstitucionalidade 5576/SP - São Paulo**. Incidência de ISS ou ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programa de computador. Relator(a): Min. Roberto Barroso, 03 de ago. 2021. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757197027>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta De Inconstitucionalidade 1945 / MT - MATO GROSSO**. Lei nº 7.098, de 30 de dezembro de 1998, do Estado de Mato Grosso. ICMS-comunicação. Atividades-meio. Não incidência. Critério para definição de margem de valor agregado. Necessidade de lei. Operações com programa de computador (software). Critério objetivo. Subitem 1.05 da lista anexa à LC nº 116/03. Incidência do ISS. Aquisição por meio físico ou por meio eletrônico (download, streaming etc). Distinção entre software sob encomenda e padronizado. Irrelevância. Contrato de licenciamento de uso de programas de computador. Relevância do trabalho humano desenvolvido. Contrato complexo ou híbrido. Dicotomia entre obrigação de dar e obrigação de fazer. Insuficiência. Modulação dos efeitos da decisão. Relator(a): Min. Cármen Lúcia, 24 de fev. 2021. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910765>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar Na Ação Direta De Inconstitucionalidade 1945 MC / MT - MATO GROSSO**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Tributário. ICMS. Relator(a): Min. Octavio Gallotti, 26 de mai. 2010. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620411>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 688223/PR – PARANÁ**. Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação desenvolvidos para clientes de forma personalizada. Subitem 1.05 da lista anexa à LC nº 116/03. Constitucionalidade. Precedentes do Tribunal Pleno. Relator (a): Dias Toffoli, 06 de dez. 2021. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759454168>.
Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 330817/RJ - RIO DE JANEIRO**. Imunidade objetiva constante do art. 150, VI, d, da CF/88. Teleologia multifacetada. Aplicabilidade. Livro eletrônico ou digital. Suportes. Interpretação evolutiva. Avanços tecnológicos, sociais e culturais. Projeção. Aparelhos leitores de livros eletrônicos (ou e-readers). Relator (a): Dias Toffoli, 08 de mar. 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13501630>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 547245/SC - SANTA CATARINA**. O arrendamento mercantil compreende três modalidades, [i] o leasing operacional, [ii] o leasing financeiro e [iii] o chamado lease-back. No primeiro caso há locação, nos outros dois, serviço. A lei complementar não define o que é serviço, apenas o declara, para os fins do inciso III do artigo 156 da Constituição. Não o inventa, simplesmente descobre o que é serviço para os efeitos do inciso III do artigo 156 da Constituição. No arrendamento mercantil (leasing financeiro), contrato autônomo que não é misto, o núcleo é o financiamento, não uma prestação de dar. E financiamento é serviço, sobre o qual o ISS pode incidir, resultando irrelevante a existência de uma compra nas hipóteses do leasing financeiro e do lease-back. Recurso extraordinário a que se dá provimento. Relator(a): Min. Eros Grau, 02 de dez. 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609062>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 592905 / SC - SANTA CATARINA**. Recurso Extraordinário. Direito Tributário. ISS. Arrendamento Mercantil. Operação De Leasing Financeiro. Artigo 156, Iii, Da Constituição Do Brasil. Relator(a): Min. Eros Grau, 02 de dez. 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609078>. Acesso em 18 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 603136 / RJ - RIO DE JANEIRO**. Recurso extraordinário com repercussão geral. Tema 300. 2. Tributário. Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. 3. Incidência sobre contrato de franquia. Possibilidade. Natureza híbrida do contrato de franquia. Reafirmação de jurisprudência. 4. Recurso extraordinário improvido. Relator (a): Min. Gilmar Mendes, 29 de mai. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752973152>. Acesso em 18 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 651703 / PR – PARANÁ**. Recurso extraordinário. Constitucional. Tributário. ISSQN. Art. 156, iii, CRFB/88. Conceito constitucional de serviços de qualquer natureza. Artigos 109 e 110 do CTN. As operadoras de planos privados de assistência à saúde (plano de saúde e seguro-saúde) realizam prestação de serviço sujeita ao imposto sobre serviços de qualquer natureza-ISSQN, previsto no art. 156, iii, da CRFB/88. Min. Luiz Fux, 29 de set. 2016.

Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12788517>. Acesso em 18 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 116121 / SP - SÃO PAULO**. TRIBUTO - FIGURINO CONSTITUCIONAL. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - CONTRATO DE LOCAÇÃO. Relator(a): Min. Octavio Gallotti, 11 de out. 2000. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=206139>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante 31**. É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS sobre operações de locação de bens móveis. Diário da Justiça Eletrônico de 17 dez. 2010. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula779/false>. Acesso em: 19 jul. 2022.

CARRAZZA, Roque Antônio. ICMS. 18^a. ed. Salvador: Editora Juspodivm, p. 36-37, 2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. Saraiva Educação SA, p. 62, 2018.

_____. Não-incidência do ISS sobre Atividades de Franquia (Franchising).

IOB-repertório de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo, v. 1, n. 14, p. 608-602, 2007.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito Tributário, Direito Penal e tipo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 103.

LOPES, Ana Teresa Lima. Tributação do Software no Brasil: mercadoria ou serviço? **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, vol. 127/2016, p. 165 – 186, 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. O ISS e a locação ou cessão de direito de uso, 2004. Disponível em:

https://www.faneesp.edu.br/site/documentos/ISS_locacao_cessao_direito_de_uso.pdf.
Acesso em: 10/07/2022.

MELO, José Eduardo Soares de. **Contratos e tributação–noções fundamentais**. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **ICMS** – Teoria e prática. 11. ed. São Paulo: Dialética, p. 17, 2009.

PAULSEN, Leandro. **Constituição e código tributário comentados à luz da doutrina e da jurisprudência**. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

ROBINS, Kevin. Cyberspace and the world we live in. **Body & Society**, v. 1, n. 3-4, p. 135-155, 1995.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA, Daniel Cavalcante. Cobrança do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) em face das bolsas concedidas pelo programa Universidade para Todos (Prouni): análise sobre a sua legalidade. **Revista Dialética de Direito Tributário**, 221/7, fev. 2014.

SOFTWARE. *In*: **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa - Michaelis**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/software/>. Acesso em: 10 jul. 2022.

STURTS, Gabriel Pinos. Tributação do Comércio Eletrônico: Análise da incidência do ICMS. **RET**, v. 34, n. 5, 2004.

UNITED NATIONS. The Age of Digital Interdependence: **Report of the UN Secretary-General's High-level Panel on Digital Cooperation**. 2019. Disponível em: <https://www.un.org/en/pdfs/DigitalCooperation-report-for%20web.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.

VILLEN NETO, Horácio. A incidência do ICMS na atividade praticada pelas concessionárias de transmissão e distribuição de energia elétrica. **RET**, v. 32/19, 2003.

A PENSÃO POR MORTE NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E AS ALTERAÇÕES DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 103/2019

SIMONE ANDRÉA PINTO AMBRÓSIO DE CAMARGO:
Especialista em direito público (ESPGSP) e Procuradora Federal (AGU)

RESUMO: Este trabalho faz uma breve análise sobre a conformação dos Direitos Sociais na Constituição Federal e depois se detém na Seguridade Social considerada um pilar no desenvolvimento de políticas públicas para reduzir as desigualdades sociais. Posteriormente passa a analisar o benefício de pensão por morte, detalhando as condições legais para seu deferimento, os dependentes e outras características que lhe são peculiares. Por fim, é analisada a EC n. 103/2019 que alterou significativamente a disciplina do benefício de pensão por morte, tornando mais rígidas as regras para sua concessão. Importa aqui saber se razões econômicas são superiores ao Estado de Bem-Estar Social preconizado na Constituição Federal.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é tecer breves considerações sobre os direitos sociais e suas características para posteriormente analisar sucintamente o Sistema de seguridade Social para então tratar com mais detalhamento o benefício de pensão por morte.

Dentro do tema pensão por morte, será apreciada a questão da morte como contingência protegida juridicamente pelo Direito Previdenciário, bem como o conceito jurídico de morte, englobando o conceito de morte natural e morte presumida.

Posteriormente, serão tecidas considerações sobre os titulares da pensão por morte, diferenciando-se os dependentes preferenciais (cônjuge, companheiro e filhos), assim como os dependentes da classe II (pais) e dependentes da classe III (irmãos menores de 21 anos ou inválidos).

Por fim, serão apresentadas observações sobre os retrocessos e mudanças trazidas pelas pela EC 103/2019.

2. SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL

A primeira coisa a perguntar seria o sentido do vocábulo sistema. Em linguagem comum evoca a ideia de reunião sistematizada.

No dicionário “on line de Português” (*disponível em: <https://www.dicio.com.br/sistema/>*) a definição de sistema é “reunião dos elementos que, concretos ou abstratos, se interligam de modo a formar um todo organizado”.

O dicionário complementa a definição, estabelecendo que a palavra sistema também pode ser utilizada para designar a “reunião dos preceitos que, sistematicamente relacionados, são aplicados numa área determinada; teoria ou doutrina”.

Portanto, a palavra sistema traz consigo a imagem de organização coordenada com a finalidade precípua de alcançar coesão na aplicação de preceitos que lhe caracterizam como um todo coordenado e sistematizado.

Neste trabalho de pesquisa o conceito de sistema será o mesmo adotado por BALERA que o vê como “um centro de gravidade representado pelos valores e princípios constitucionais que lhe servem de suporte” (BALERA, 2010, p. 22-23).

FREITAS também enxerga uma rede de valores com hierarquizada entre princípios e normas, dando coesão ao Sistema de Seguridade Social:

(...) “uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Lei Maior” (FREITAS, 1995, p. 44).

Tratando-se de um conjunto de normas e princípios, é necessário saber o que diz a expressamente a Constituição Federal sobre a Ordem Social, posto que a Seguridade Social está aí incluída.

O Título VIII, art. 193, da Constituição Federal, disciplina a ordem social que tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais:

“Art. 193. A Ordem Social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

Os Direitos sociais são um reflexo da evolução da sociedade, pois exigem do Estado uma postura ativa no sentido de fornecer respostas concretas aos anseios da parcela hipossuficiente, por isso são chamados de prestacionais ou de segunda geração.

Nesse sentido a lição de TAVARES:

“Os direitos Sociais, como direitos de segunda dimensão, convém lembrar, são aqueles que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado, prioritariamente na implementação da igualdade dos hipossuficientes. São por esse exato motivo, conhecidos também como direitos a prestação, ou direitos prestacionais” (TAVARES, 2016, P. 725).

Aqui vale um parêntese para lembrar que o Direito da Seguridade Social como todo Direito Social é uma conquista da sociedade e decorre de sua própria evolução e objetiva reduzir as desigualdades sociais:

“Desde o Preâmbulo até o último artigo da Constituição federal verifica-se, ao longo de todo texto constitucional, a preocupação em se construir um Estado Social, garantidor dos direitos sociais e prestador de atividades positivas que visam reduzir as desigualdades sociais e regionais existentes” (ZANCANER, 2009, p. 42),

Vale ressaltar que não basta a mera dicção legal sem a efetiva existência de políticas públicas que efetivem a fruição dos direitos sociais. Além disso, tais direitos devem ser protegidos da fúria legiferante fundada no neoliberalismo que enxerga pessoas como ativo financeiro e não sujeito de direitos:

“De fato, de nada adiantaria inserir tantos direitos sociais e aludir-se em inúmeras passagens à importância de assegurá-los – a começar, como visto no Preâmbulo – se eles pudessem ser extirpados por simples vontade do reformador [...] Deveras, os direitos sociais reportam-se indiscutivelmente ao indivíduo, na medida em que é ele o titular dos direitos subjetivos públicos previstos no art. 6º da CF” (ZANCANER, 2009, p. 42-43)

Mas até onde a inércia do Estado pode ser admitida no campo dos direitos sociais sob a alegação de cofres vazios? A reserva do possível seria a resposta adequada à questão?

“Parece claro a todas as luzes que é impossível, em um Estado Social de Direito, aceitar a argumentação de que a reserva do possível sempre condiciona o direito à saúde ou outros direitos sociais, uma vez que a Constituição, do começo ao fim, não admite que se deixe sem amparo quem dele necessita. Se houver escassez de recursos,

deve o Poder Público retirá-los de outras áreas que não resguardam o mínimo existencial” (ZANCANER, 2009, p. 59).

Portanto, é uma decisão política condicionada por um mandamento constitucional observância obrigatória. Onde exista a necessidade de se implementar ou manter direito social que consista em um mínimo vital, deverá o Estado remanejar recursos, por exemplo, de propaganda institucional para viabilizar o conteúdo mínimo do direito Social.

Outra questão que se impõe é sobre o que fazer diante daqueles que obtêm provimento judicial para fruir determinado direito social negado pelo ordenamento jurídico ordinário? Haveria ofensa ao princípio da igualdade?

“Deixar de tratar igualmente dois cidadãos que titularizam o mesmo direito social e que reúnem os mesmos requisitos para a sua fruição significará também uma espécie de discriminação praticada pelos não pelos particulares, mas pelo Poder Público. A quem compete tutela adequadamente direitos fundamentais, e não solapá-los indevidamente. O tratamento desigual, quando não for realizado para o fim de promover a própria igualdade em sentido material (tratar desigualmente os desiguais), adquire um caráter arbitrário, o qual rende ensejo a uma pretensão de prestação baseada na proibição de diferenciação na aplicação dos direitos sociais” (HACHEM, 2014, p. 220).

A aplicação da decisão judicial singular aos demais casos similares garantiria a realização dos princípios da igualdade e da impessoalidade, bem como desafogaria o judiciário de outras ações idênticas. Logicamente, haveria necessidade de fixação de parâmetros administrativos para atuação nos casos concretos semelhantes, observando-se os seguintes pressupostos:

“Para que o precedente administrativo adquira força vinculante, deverão estar presentes os seguintes pressupostos: (1) tratar-se de precedente da mesma entidade da Administração Pública que decidirá o novo processo; (2) existir identidade entre a questão fática e jurídica apreciada no precedente e no novo processo; (3) serem válidas e eficazes as normas jurídicas incidentes sobre o precedente e sobre a nova situação submetida à apreciação estatal; (4) tratar-se de precedente compatível com o ordenamento jurídico, já que não se poderá invocar decisões antijurídicas pretéritas como fundamento para estender ao novo processo uma orientação contrária ao Direito;

(5) trata-se de um precedente favorável ao cidadão, pois nada impede que a Administração, que antes negava a concessão de um direito aos indivíduos, perceba que sua orientação anterior era equivocada, dissonante do sistema normativo e prejudicial à cidadania, modificando então seu entendimento para dali em diante passar a satisfazer aquela pretensão jurídica deduzida no processo administrativo; (6) existirem razões suficientemente fortes que demonstrem a existência de um interesse público concreto, obrigatoriamente deduzido de uma disposição específica, que demanda a modificação fundamentada da praxis administrativa habitual em situações futuras” (HACHEM, 2014, p. 225-226).

Voltando ao tema Seguridade Social, o Título VII, no art. 194, da Constituição Federal, dispõe que:

“Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

É possível extrair do dispositivo que a Seguridade Social é tratada como um Sistema, pois a Constituição fixa seus limites e contornos a fim de regular o caos social:

(...) “o objetivo do Sistema Nacional de Seguridade Social se confunde, na dicção constitucional, com o objetivo da Ordem Social. Na medida em que lhe fixa os limites e contornos, o Sistema deverá atuar, na desordem social que o constituinte identifica e reconhece, a fim de conformá-la em plano superior (BALERA, 2016, p.13).

Da mesma forma, o art. 1º, da Lei 8.212/91 (lei de custeio da Previdência Social) estabelece que:

“Art. 1º A Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar o direito relativo à saúde, à previdência e à assistência social.”

Observa-se, daí, a existência de três direitos sociais qualificados constitucionalmente: saúde, previdência e assistência social. Os três devem ser tratados de forma coordenada dentro do sistema de previdência social.

O Direito da Seguridade Social é uma conquista lenta e gradual da sociedade, pois as exigências do corpo social vão se modificando conforme as etapas históricas:

“Os direitos Sociais, como direitos de segunda dimensão, convém relembrar, são aqueles que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado, prioritariamente na implementação da igualdade dos hipossuficientes. São por esse exato motivo, conhecidos também como direitos a prestação, ou direitos prestacionais” (TAVARES, 2016, P. 725).

Miguel Horvath Júnior explica que “a Seguridade Social é um sistema em que o Estado garante a “libertação da necessidade” (HORVATH, 2003, p. 72).

O mesmo autor pondera que o critério finalístico obriga o Estado, através da seguridade social, a garantir que todos seus cidadãos tenham satisfeitas suas necessidades sociais mínimas, mas ao mesmo alerta que este não seria o melhor critério pois abarcaria um conjunto infinito de necessidades a satisfazer:

(...) “a adoção pura e simples do critério finalístico e da libertação social acarreta a uma distorção da real finalidade da seguridade social, posto que o seu objetivo é a extirpação da necessidade social [...] A adoção do princípio da libertação social leva a um conceito equivocado se seguridade social posto que, desloca funções sociais típicas do Estado para o conceito de Seguridade Social, extrapolando os limites do conceito de solidariedade ” (HORVATH, 2003, p. 73).

Por isso, a satisfação das necessidades mínimas dentro do Sistema de Seguridade Social observa os Princípios da Seletividade e Distributividade na prestação dos benefícios e dos serviços, previstos no inciso III do art. 194, parágrafo único da constituição Federal.

Em outras palavras:

(...) “mediante a seletividade, o legislador é chamado a estimar aquele tipo de prestações que em conjunto, concretizam as finalidades da Ordem Social, a fim de fixar-lhes o rol da norma jurídica(...) Realizada a estimativa, a distributividade faculta a escolha, pelo legislador, de prestações que - sendo direito comum a todas as pessoas - contemplam de modo mais abrangente os que se encontrem em maior estado de necessidade” (BALERA, 2016, p.35).

O sistema não é estático, tende a variar conforme as alterações sociais, tendo sempre por fim alcançar os objetivos previstos no art. 3º, da Constituição Federal: construir uma sociedade livre, justa e solidária, com erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e promoção do bem de todos. “A finalidade da Seguridade Social é a de proporcionar, a todos, a melhoria da respectiva condição social” (BALERA, 2016, p.37).

Além da Seletividade e da Distributividade, outros princípios informam o Sistema de Seguridade social, a saber, universalidade da cobertura e do atendimento; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; irredutibilidade do valor dos benefícios; equidade na forma de participação no custeio e caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, empregadores, aposentados e governo.

A seguir breves considerações sobre os princípios acima elencados:

A universalidade da cobertura indica todas e quaisquer contingências (riscos) de gerar necessidade, ao passo que atendimento diz respeito aos titulares do direito de proteção social.

Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais significa que a proteção oferecida será idêntica nas mesmas situações, sem distinções de quem trabalha no campo e na cidade.

Irredutibilidade do valor do benefício prestigia a garantia fundamental do Direito Adquirido prevista na Constituição Federal.

Equidade na forma de participação e custeio é corolário do princípio da igualdade e deve seguir uma prudente repartição dos encargos sociais.

Caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, empregadores, aposentados e governo decorre do Regime Democrático de Direito albergado no art. 1º da Constituição Federal. Estimula o debate entre todos os envolvidos no Sistema de Seguridade Social a fim de que as políticas públicas voltadas à proteção social reflitam a adequação/possibilidade dos envolvidos.

Vale ressaltar que o Sistema de Seguridade Social é formado pelo tripé Saúde, Assistência Social e Previdência Social (art. 194 “caput”, da Constituição Federal).

O Direito à saúde está previsto no art. 196, da Constituição Federal:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

A dicção Constitucional é clara: saúde é um direito de todos, constituindo um dever do Estado sua efetivação.

O Direito à Saúde é uma afirmação da cidadania plena, pois os Direitos Sociais buscam nada mais que promover o ser humano em sua integralidade. Nas palavras de Julio César Rocha isto fica claramente explicitado:

(...) “conceituação de saúde deve ser entendida como algo presente: a concretização da sadia qualidade de vida. Uma vida com dignidade. Algo a ser continuamente afirmado diante da profunda miséria por que atravessa a maioria da nossa população. Consequentemente a discussão e a compreensão da saúde passa pela afirmação da cidadania plena e pela aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais da Constituição Federal” (ROCHA, 1999, p.38).

O Sistema Único de Saúde permite o atendimento de todos que precisarem dos serviços de saúde promovidos pelo Estado. Hermes Arrais Alencar explica que:

(...) “as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal” (ALENCAR, 2007, p.27).

O custeio será feito através de recursos do Sistema de Seguridade Social. Da União, do Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Não há exigência de contribuição direta do indivíduo para fazer parte do Sistema Único de Saúde (SUS).

Anote-se que o ordenamento jurídico permite a participação da iniciativa privada no sistema de saúde, mediante fiscalização do poder público.

No tocante à Assistência Social, ela está prevista no art. 203, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

“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”.

A característica fundamental da Assistência Social é a de que independe de contribuição o auxílio prestado pelo Estado àqueles que dela necessitam. Os hipossuficientes estão amparados pelos programas estatais que visam eliminar ou amenizar as situações de risco e vulnerabilidade.

“As prestações assistenciárias, ou seja, os pequenos benefícios e os serviços são efetivados sem contribuição (direta do assistido), enquanto as prestações previdenciárias, isto é, os benefícios em dinheiro, são custeados pelos beneficiários e pelas empresas. Construção convencional, mantém inclusive com efeitos práticos, a distinção doutrinária entre poder potestativo dos primeiros e direito subjetivo dos últimos” (MARTINEZ, 1992, p. 83).

Entretanto, é importante anotar que embora as prestações e serviços de assistência social não configurem direito subjetivo do indivíduo, não pode o Estado quedar-se inerte, uma vez que a própria Constituição Federal determina que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (Art. 3º, III) é reduzir as desigualdades sociais:

“Ao definir o conteúdo da justiça social a Constituição de 5 de Outubro de 1988 afirma que, dentre outros resultados, ela deverá implementar a redução das desigualdades sociais. Trata-se de princípio que postula o seu próprio acabamento e que está a exigir esforço conjunto de governantes e governados. Exigindo resposta do setor da seguridade social a quem compete o estabelecimento de planos, programas e projetos redutores da desigualdade a fim de que se estabeleça a justa integração daqueles que estão à margem da

vida social. É bem verdade que a exigência constitucional poderia ser sintetizada na seguinte proposição: é necessário que cada qual seja solidário com os demais, de tal arte que todas as pessoas tenham mínimas condições de vida” (BALERA, 2000, p. 82).

O Sistema de Seguridade Social no Brasil é muito jovem e enfrenta a cada dia novos desafios. Se for admitido o ano de 1942, com o Plano Beveridge, da Inglaterra, como marco de consolidação da ideia de seguridade social, a consequência lógica é que há menos de 100 anos as nações têm mostrado preocupação em alcançar aqueles que necessitam de um amparo maior do Estado. E, dentre todos os desafios, o mais persistente é transformar o conteúdo dos Direitos Sociais para além de meros conteúdos abstratos, na medida em que efetivamente promovam condições materiais de existência digna.

3. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

O art. 201 “caput” da Constituição Federal, dispõe sobre a previdência social:

“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”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

Observa-se, daí, as principais características do Regime Geral de Previdência Social, quais sejam, o caráter contributivo, a filiação obrigatória e o equilíbrio financeiro e atuarial.

O Regime Geral de Previdência Social está regulado pela Lei n. 8.213/91 que dispõe sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social e pela Lei n. 8.212/91 que dispõe sobre a organização e institui o Plano de Custeio. Há, ainda, o regulamento de ambas as leis, a saber, Decreto n. 3.048/99 e Decreto n. 4.729/2003.

3.1. Caráter contributivo

Conforme enunciado no art. 201 “caput” da Constituição Federal, a Previdência Social tem caráter contributivo, ou seja, só ingressa e permanece no Sistema quem pagar as contribuições destinadas ao custeio do regime de previdência social.

“O RGPS é de caráter compulsório para os trabalhadores em geral, na forma do quanto determinado no caput do art. 201, da CRFB, exceto no que concerne aos servidores públicos efetivos e militares vinculados a algum RPPS. Essa imposição constitucional se justifica

pelo Princípio da Solidariedade, pois lamentavelmente grande parte das pessoas não programaria espontaneamente seu futuro, de modo que, se a adesão ao regime fosse facultativa, certamente poucos trabalhadores se filiariam” (AMADO, 2019, p. 272).

Vale observar que a contributividade pode ser real ou presumida. Será presumida, geralmente, quando a responsabilidade sobre o pagamento recair sobre as empresas empregadoras.

3.2. Filiação obrigatória

A filiação ao regime da previdência social é obrigatória, ou seja, os trabalhadores em geral serão contribuintes obrigatórios do regime de previdência social, não há como dele se isentar.

“A adoção do princípio da obrigatoriedade de filiação ao sistema surge em decorrência da convicção de que as formas voluntárias de seguro resultaram inadequadas para solução dos problemas decorrentes dos riscos fisiológicos e econômicos que atingiam os trabalhadores. A obrigatoriedade de filiação decorre da natureza do seguro social, como forma de garantir a todos, a proteção social no momento da ocorrência dos eventos geradores das necessidades sociais. É necessária a formação de um lastro contributivo que garanta segurança ao sistema” (HORVATH, 2003, p. 52-53).

Dessa forma, no sentido de proteger as pessoas de eventos como a morte, velhice, incapacidade, acidente, desemprego e outras contingências amparadas na legislação, o legislador constituinte andou bem ao prever a obrigatoriedade de ingresso dos trabalhadores em geral ao Regime de Previdência Social.

3.3. Filiação facultativa

O Princípio da Filiação Obrigatória, entretanto, comporta exceção. Os segurados facultativos do RGPS apenas se filiarão ao sistema se manifestarem o desejo de fazê-lo perante o INSS, bem como recolherem regularmente suas contribuições previdenciárias, isto decorre do fato de não exercerem atividade remunerada.

3.4. Equilíbrio financeiro atuarial

Além disso, deve haver equilíbrio financeiro e atuarial para que exista sustentabilidade do Sistema de Previdência:

“O equilíbrio financeiro seria a existência de receitas suficientes para realização de todos os pagamentos devidos aos segurados, dentro de um lapso temporal – comumente de um exercício financeiro. Isso implicaria a inexistência de necessidade de financiamento por parte do Tesouro Nacional. O equilíbrio atuarial, por sua vez, implica a elaboração de cálculos envolvendo uma série de variáveis (por exemplo: indicadores demográficos, indicadores de mercado de trabalho e hipóteses embasadas estatística e normativamente acerca do comportamento de grupos ou indivíduos segurados pelo sistema), pois visa avaliar a sustentabilidade do sistema no longo prazo, em um horizonte temporal bastante amplo. O equilíbrio atuarial, portanto, implicaria a existência de reservas/ e ou investimentos suficientes para o cumprimento dos compromissos atuais e também daqueles projetados para o futuro, levando em conta os benefícios programáveis e de risco cobertos pelo sistema previdenciário” (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA 2018)

O grande desafio do Sistema de Previdência Social é manter sua sustentabilidade, ou seja, manter o pagamento de benefícios em valores dignos que possam ser mantidos pelo período de vida do segurado ou de seu dependente. Atualmente, segundo o IBGE, há três trabalhadores ativos para cada inativo. Em 2050, a expectativa é a de que haja apenas um trabalhador ativo para cada inativo, daí, a importância em se manter a higidez do Sistema.

4.A MORTE COMO CONTINGÊNCIA PROTEGIDA

O Art. 201, da Constituição Federal, dispõe:

“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) (grifo nosso)

§ 2º Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo”.

Observa-se, daí, que dentre as contingências elencadas pelo texto constitucional encontra-se o evento morte. O Inciso V, do art. 201, da Constituição Federal protege expressamente o cônjuge ou companheiro e dependentes do segurado homem ou mulher.

O art. 74, da Lei n. 8.213/91, que dispõe sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social, regula o inciso V, do art. 201, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

“Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

I - do óbito, quando requerida em até 180 (cento e oitenta) dias após o óbito, para os filhos menores de 16 (dezesesseis) anos, ou em até 90 (noventa) dias após o óbito, para os demais dependentes; (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019)

II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior; (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)

III - da decisão judicial, no caso de morte presumida”. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)

Considerando-se que o fato gerador do benefício é o evento morte, breves considerações serão levantadas acerca do conceito jurídico de morte, bem como como

sobre a diferença entre a morte natural e morte presumida, ambas contingências protegidas pelo direito previdenciário.

4.1. Conceito jurídico de morte

Não é tarefa do Direito Previdenciário fixar o conceito de morte. No Brasil, o começo e o fim da personalidade estão regulados no Código Civil. Assim, a fonte do conceito jurídico de morte será o Código Civil pátrio.

O art. 6º, da Lei n. 10.406/2002, novo Código Civil, dispõe que:

“Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva”.

O Código Civil de 1916 dispunha no art. 10 que a “existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta quanto aos ausentes, nos casos dos art. 481 e 482”.

Comentando o artigo do Código de 1916, o Professor WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO ensina que:

(...) “a existência da pessoa natural termina com a morte. Até este termo final inexorável, conserva o ente humano a Personalidade adquirida ao nascer. Só com a morte perde tal apanágio. Os mortos não são mais sujeitos de direito o obrigações. Não são mais ninguém. *Mors omnia solvit* (MONTEIRO, 2000, p. 53).

Observa-se que a legislação trabalha com dois conceitos de morte, a saber, o primeiro seria o decorrente da morte natural e o segundo seria o de morte presumida que pode decorrer da ausência ou da probabilidade da morte decorrente de catástrofe ou acidente.

4.2. Morte natural

A morte natural é a negação da vida, a ausência da vida. Mas como constatar o término da existência da pessoa como ente jurídico?

Como regra, a morte encefálica é o critério utilizado para definir o fim da personalidade jurídica. Os demais órgãos ainda estão em funcionamento, mas não há mais o “espírito” que anima a vontade própria do homem. Isso porque a região responsável pelo comando das atividades essenciais à vida já não funciona sozinha.

“Para que a morte encefálica seja confirmada, é necessário constatar a **ausência de atividades das três áreas do encéfalo: cérebro, cerebelo e tronco encefálico**. No entanto, é o cérebro que controla as funções vitais. Se as suas funções cessam, todas as outras entrarão em colapso, mais cedo ou mais tarde. Por isso, as expressões morte encefálica e morte cerebral costumam ser usadas como sinônimos, fazendo referência à morte clínica” (<https://telemedicinamorsch.com.br/blog/protocolo-de-morte-encefalica>)

A medicina ainda faz a diferenciação entre a morte real e a morte aparente. A segunda seria aquela em que o indivíduo apesar de apresentar características de ausência de vida decorrente de asfixia ou síncope ou comoção cerebral, por exemplo, não estaria efetivamente morto.

Do ponto de vista jurídico, a prova do evento morte é a certidão de óbito extraída do assento de óbito lavrado no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais.

A certidão de óbito é o documento exigido pelo INSS a fim de comprovar a morte real do segurado, uma vez que é o evento morte o fato gerador do benefício de pensão por morte.

Vale anotar que a legislação previdenciária é omissa quanto à relevância da causa mortis para concessão do benefício de pensão, pouco importando se a morte decorreu de causa natural ou de evento violento. Inclusive é silente nos casos em que o evento morte decorre de matricídio ou parricídio. Não obstante o silêncio da legislação previdenciária, parece acertado aplicar por analogia a previsão do art. 1.814, do Novo Código Civil, segundo o qual são excluídos da sucessão aqueles herdeiros ou legatários que “houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente”.

4.3. Morte presumida

Dispõe o art. 78, da Lei n. 8.213/91:

Art. 78. Por morte presumida do segurado, declarada pela autoridade judicial competente, depois de 6 (seis) meses de ausência, será concedida pensão provisória, na forma desta Subseção.

§ 1º Mediante prova do desaparecimento do segurado em consequência de acidente, desastre ou catástrofe, seus dependentes

farão jus à pensão provisória independentemente da declaração e do prazo deste artigo.

§ 2º Verificado o reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão cessará imediatamente, desobrigados os dependentes da reposição dos valores recebidos, salvo má-fé.

Verifica-se do artigo em questão que o Direito Previdenciário se preocupou com a possibilidade da morte por presunção legal. O Art. 78, da Lei n. 8.212/91, elencou duas hipóteses de morte presumida, a saber, por ausência e por desaparecimento em razão de acidente, desastre ou catástrofe.

“O desaparecimento do segurado em razão de desastre, acidente ou catástrofe não é fato comprovador de sua morte, não há prova material. Todavia, a ocorrência desse fato faz presumir a morte do segurado. Ademais, espanca eventual dúvida interpretativa do art. 112, do Decreto 3.048/99: “A pensão poderá ser concedida em caráter provisório, por morte presumida: I – mediante sentença declaratória de ausência, expedida por autoridade judiciária, a contar da data de sua emissão; ou II – em caso de desaparecimento do segurado por motivo de catástrofe, acidente ou desastre, a contar da data da ocorrência mediante prova hábil” (MELO, 2001, p. 96).

Importante frisar que o processo judicial previdenciário para declarar a ausência não se confunde com a curatela de ausente do Juízo Cível Comum. Nesse sentido a jurisprudência:

“Previdenciário. Processo Civil ´Recurso Especial – Pensão por Morte Presumida do Segurado – Declaração de Ausência – Art. 78 da Lei 8.213/91.

O Reconhecimento de morte presumida, com o fito de concessão de pensão previdenciária, não se confunde com a declaração de ausência regida pelos diplomas cível e processual. *In casu*, obedece-se ao disposto no art. 78, da Lei 8.213/91. Precedente. Recurso conhecido, mas desprovido.

(STJ. Resp. 232893/PR. Rel. Min Jorge Scarezzi. 5ª Turma. 23/05/2000)

Por outro lado, o procedimento para comprovar o desaparecimento em acidente, desastre ou catástrofe é mais simplificado, não sendo necessário pronunciamento jurisdicional, bastando para tanto a mera comprovação de ter o segurado participado efetivamente do fato, mediante comprovação por documento hábil no órgão previdenciário.

5. TITULARES DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE

O direito ao benefício de pensão por morte aos dependentes nasce com a morte natural ou presumida do segurado da previdência social. O objetivo da prestação paga pela previdência é o de suportar financeiramente as pessoas que dependiam economicamente do segurado falecido.

Diferentemente de outros benefícios, tais como a aposentadoria por invalidez e auxílio-doença, a situação de necessidade não recai sobre o segurado, mas sobre terceiros. E fundamenta-se no efeito negativo que a falta de suporte econômico causa naqueles que dependiam do segurado falecido.

Aqui pouco importa quem pagou as despesas com o funeral, uma vez que a legislação previdenciária não prevê a cobertura de tais despesas.

O inciso V, do art. 201, da Constituição Federal estabelece ser devido o benefício de pensão por morte do segurado ao cônjuge ou companheiro e dependentes:

“Art. 201. (...)

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º”.

Por sua vez, o art. 74, da Lei n. 8.213/91, dispõe expressamente que:

“Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não”.

E o art. 16, da Lei n. 8.212/91, enumera que são os dependentes para fins previdenciários:

“Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos

ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

Cotejando os três dispositivos é possível observar que o benefício de pensão por morte será devido a três grandes grupos de dependentes, a saber, os cônjuges/companheiros; os descendentes e outros membros da família (ascendentes e colaterais).

Nesse contexto importa lembrar que a família é um fenômeno sociocultural indispensável ao desenvolvimento da sociedade, por isso a Constituição Federal, no art. 226, afirma ser a família a base da sociedade. É óbvio que o conceito de família deve observar as alterações ocorridas na sociedade, tanto que a legislação já reconhece expressamente o companheirismo e a família monoparental.

“A nossa Carta Constitucional, a qual objetiva construir uma ‘sociedade justa livre e solidária’, consagra no seu art. 229, o sentimento nato do ser humano: a solidariedade familiar: ‘os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade’. Daí se insere que entidade familiar é a primeira rede de proteção social; em seguida vem o Estado, com seus mecanismos de proteção para os que não podem ser por ela atendidos. Na assistência Social, o art. 203, V, condicional a garantia de benefício assistencial mínimo à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, mediante comprovação de não possuir meios de prover a sua própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Igualmente, o Novo Código Civil, nos seus inúmeros dispositivos, concretiza a solidariedade familiar, prescrevendo o dever legal de mútua assistência e sustento entre cônjuges e descendentes, bem como regulando o instituto jurídico dos alimentos” (DERZI, 2004, p. 215).

Portanto, também no Direito Previdenciário se busca proteger a entidade familiar, seja qual for sua conformação, garantindo-se aos dependentes do segurado falecido o

suporte financeiro necessário para manutenção da subsistência. O apoio financeiro após o falecimento do segurado irá garantir a sobrevivência dos dependentes.

O direito do dependente contra a Previdência Social é *ius proprium*, ocorrendo o evento morte, o benefício poderá ser exigido imediatamente do Estado como direito subjetivo:

“O direito desses dependentes, como dos demais, surge quando ocorrentes duas situações, que devem coexistir; a existência de relação jurídica de vinculação entre o segurado e a instituição e a dependência, tal como a lei admitir, entre o segurado e o pretendente da prestação. É ele na verdade, *ius proprium*, que pelo dependente pode ser exercido contra a instituição. Pois desde que se aperfeiçoem aquelas situações o dependente passa a ostentar o direito subjetivo” (COIMBRA, 1990, p. 96)

6.DEPENDENTES PREFERENCIAIS

O Regime Geral de Previdência Social prevê duas espécies de dependentes, quais sejam: os dependentes preferenciais ou presumidos e os dependentes sujeitos a comprovação.

Os dependentes da classe I (o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave) são preferenciais, ou seja, têm dependência presumida.

O que significa dependência presumida? Significa que mesmo que o segurado instituidor da pensão por morte não promovesse o sustento do segurado, ainda assim ele teria direito ao benefício. “Os dependentes presumidos são aqueles que não precisam demonstrar a dependência econômica, apenas o liame jurídico entre eles e o segurado” (HORVATH, 2003, p. 103).

A dependência presumida também é conhecida como presunção *iuris et iure*, isto é, “a presunção legal deve ser considerada absoluta se a probabilidade contrária ao que se presume for extremamente pequena, ou se as discussões sobre prova forem desaconselháveis” (PONTES DE MIRANDA, 1974, p. 236). No caso da classe I, como já explicitado, há presunção absoluta de dependência econômica.

O Direito Previdenciário ao indicar o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido

ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave como dependentes presumidos leva em consideração o dever de solidariedade e mútua assistência que deve existir no núcleo familiar mais próximo:

“Como se vê, o Direito Previdenciário criou uma categoria de dependentes de quem não se exige a comprovação da dependência econômica. A presunção de dependência econômica é estabelecida por lei porque interessa à ordem pública o direito à segurança social dos membros do núcleo familiar formado pelo segurado, ao qual o Estado tem o dever especial de proteção. Assim, o legislador previdenciário contempla a célula embrionária da família, definida pela doutrina de forma restritiva” (DERZI, 2004, p. 223).

Em decorrência do Princípio da igualdade, o companheiro homoafetivo é considerado como dependente do segurado, com presunção de dependência econômica, posto que é reconhecida como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo.

A Lei 8.212/91 é omissa quanto à questão. Na Ação Civil Pública n. 2000.71.00.009347-0 foi determinado o processamento, em âmbito nacional, dos pedidos de benefício de pensão por morte decorrente de relacionamento homoafetivo:

“Embora a Lei 8.213/91 não contenha previsão legal permitindo a inclusão de companheiro (a) homossexual no rol dos dependentes para efeitos previdenciários, há sua integração por via judicial. Em abril de 2000, o Ministério Público Federal ajuizou a Ação Civil Pública n. 2000.71.00.009347-0, na Seção Judiciária de Porto Alegre-RS, visando o reconhecimento do companheiro homossexual como dependente preferencial, em concorrência com os demais dependentes da classe I do art. 16. Da referida lei. Em 17 de abril de 2000, a juíza Simone Barbisan Fortes deferiu medida liminar, de abrangência nacional, determinado ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, além do reconhecimento do direito do companheiro homossexual na qualidade de dependente e o regular processamento dos pedidos administrativos, para fins de pensão por morte e auxílio-reclusão, a serem deferidos, se e quando cumpridos pelo requerente os requisitos legais exigidos dos companheiros heterossexuais (arts. 74 a 80 da Lei n. 8.212/91 e art. 22 do Decreto n. 3.048/99)”.

Diante disso, o INSS foi obrigado a reconhecer o parceiro homoafetivo por força da liminar concedida na referida Ação Civil Pública.

O então Presidente do Supremo Tribunal Federal, foi relator da Pet 1.984 e manteve a liminar concedida na Ação Civil Pública 2000.71.00.009347-0, em 10.02.2003:

“Constitui objeto fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do art. 3º da Carta Federal). Vael dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. O tema foi bem explorado na sentença (folha 351à 423), ressaltando o juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao art. 226, parágrafo 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável este homem e a mulher como entidade familiar. Considerou-se mais, a impossibilidade de, à luz do art. 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante a opção sexual.

Levou-se em conta o fato de o sistema da Previdência Social ser contributivo, prevendo a Constituição o direito à pensão por morte do segurado, homem ou mulher, não só ao cônjuge, como também ao companheiro sem distinção quanto ao sexo, e dependentes - inciso V do art. 201. Ora, diante desse quadro, não surge excepcionalidade maior a direcionar a queima de etapas. A sentença, na delicada análise efetuada, dispôs sobre a obrigação de o Instituto, dado o regime geral de previdência social, ter o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial. Tudo recomenda que se aguarde a tramitação do processo, atendendo-se às fases processuais próprias, com o exame aprofundado da matéria. Sob o ângulo da tutela, em si, da eficácia imediata da sentença, sopesando-se valores, priorizando-se a própria subsistência do beneficiário do direito reconhecido. É certo que restou salientada a eficácia da sentença em todo o território nacional. Todavia este é um tema que deve ser apreciado mediante os recursos próprios, até mesmo em face da circunstância da Justiça Federal atuar a parti do envolvimento, na hipótese da União, Assim, não parece extravagante a óptica da inaplicabilidade da restrição criada inicialmente pela Medida Provisória n. 1.570/97 e, posteriormente, pela Lei n. 9.497/97

à eficácia *erga omnes*, mormente tendo em conta a possibilidade de engendrar-se a espécie no Código de Defesa do Consumidor. 3. Indefiro a suspensão pretendida”.

(STF. Pet 1.984. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 10.02.2003).

Mais tarde, o STJ no REsp 395.904 (DJ 13.12.2005) ratificou o entendimento do STF.

Posteriormente, o parecer 38/2009, da Consultoria-Geral da União, homologado pelo Advogado Geral da União em 01/06/2010, reconheceu o parceiro homoafetivo como dependente previdenciário:

“União estável entre pessoa do mesmo sexo. Interpretação do parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal como regra de inclusão e não de exclusão. Manifestações anteriores do Presidente da República e da AGU. Aplicação do postulado da coerência na Administração Pública. Incidência dos princípios da dignidade humana, Igualdade, da liberdade, da não discriminação, da segurança jurídica e do pluralismo. Possibilidade de interpretação conforme dos diversos dispositivos legais que se referem à união estável. Lacuna aberta. Necessidade de complemento. Fundamentação teórica lastreada na hermenêutica constitucional e na hermenêutica clássica. O papel dos fatos para compreensão das normas jurídicas. Precedente Judiciais. Posicionamento da doutrina majoritária”.

O entendimento do Advogado-Geral da União vincula toda administração pública federal, pacificando a questão no âmbito federal. Dessa forma, no âmbito do Regime Geral da Previdência Social, no Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Da União do Regime previdenciário dos militares federais a união homoafetiva deve ser reconhecida.

Outro importante avanço adveio com a Resolução n. 175/2013 do CNJ que passou a obrigar todos os cartórios do Registro Civil de Pessoas Naturais do Brasil a celebrar união entre casais do mesmo sexo.

Assim, as uniões homoafetivas estão abarcadas pelo Direito da Previdência Social, pois o que se busca é a proteção da entidade familiar, independente do modelo apresentado. “A partir da Constituição Federal de 1988, o Brasil inaugurou um novo direito de família, ocorrendo um *poliformismo* familiar, permitindo-se *arranjos multifacetados*, todos merecedores de especial proteção do Estado” (CARVALHO, 2019, p. 175).

Portanto, busca-se amparar a entidade familiar, pouco importando se o cônjuge sobrevivente recebia mais ou se os filhos receberão herança em razão do óbito, tais circunstâncias são indiferentes ao direito previdenciário, pois a existência do desequilíbrio econômico é presumida:

“Assim, quando o legislador previdenciário nomeia cônjuge ou companheiro, filhos menores ou inválidos na primeira classe da ordem de vocação previdenciária, procura sobretudo reafirmar o dever de solidariedade e mútua assistência existente entre os membros mais próximos da entidade familiar. Nesse sentido o legislador parte do pressuposto que a morte de que a morte ou ausência do segurado fatalmente trará um desequilíbrio negativo na entidade familiar da qual era consorte e para qual tinha o dever de manutenção, bem como no sustento dos filhos menores” (DERZI, 2004, p. 223).

É possível depreender da proteção dos dependentes do núcleo mais restrito da família que está se concretizando o art. 226, da Constituição Federal.

7.DEPENDENTES DA CLASSE II: PAIS

Os dependentes da classe II somente terão direito ao benefício se não existirem dependentes preferenciais. E ainda que seja cessado benefício de dependente preferencial, não haverá possibilidade de transferi-lo para dependente da classe II.

Em relação aos pais não há presunção de dependência econômica. Será preciso comprovar documentalmente a existência de necessidade de assistência financeira. A dependência econômica é mais que mero auxílio financeiro, pois os filhos que convivem sob o mesmo teto com os genitores, geralmente, prestam algum tipo de ajuda financeira.

“É preciso mais do que mera colaboração financeira para a configuração da dependência econômica. De acordo com o enunciado 13, do Conselho de Recursos da Previdência Social, a dependência econômica pode ser parcial, devendo, no entanto, representar, um auxílio substancial, permanente e necessário, cuja falta acarretaria desequilíbrio dos meios de subsistência do dependente” (AMADO, 2019, 597).

Portanto, ainda que parcial, a dependência dos Pais deve ser habitual e substancial, de forma que a sua falta prejudique a subsistência do dependente. Por óbvio a

dependência econômica não precisa ser exclusiva, bastando para tanto a comprovação de dependência parcial.

Sobre o tema segue julgado do TRF da 1ª Região:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DE FILHO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. HONORÁRIOS. REEXAME NECESSÁRIO E APELO PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. Para os dependentes que não integram a primeira classe (art. 16, I, da Lei n. 8.213/91), como é o caso dos pais, faz-se imprescindível, além da comprovação do parentesco, a demonstração da dependência econômica.

2. Especialmente em relação aos pais, a regra é os filhos serem por eles assistidos, de sorte que a situação inversa há de ser densamente caracterizada. Para tanto, deve-se tomar como parâmetros, dentre outros os seguintes aspectos: a) ausência de renda por parte dos genitores ou, no mínimo um desnível acentuado a justificar a dependência; b) o caráter permanente e/ou duradouro da renda auferida pelo instituidor; c) superveniência de dificuldades econômico-financeiras após o óbito (decesso econômico-social) etc.

3. "Para a comprovação de dependência econômica da mãe em relação ao filho, a legislação previdenciária não estabelece qualquer tipo de limitação ou restrição aos mecanismos de prova, sendo, pois, admissível prova testemunhal, ainda que inexistam provas materiais" (AC 2006.01.99.007798-5/MG, Rel. Desembargadora Federal Ângela Catão).

4. Nestas condições, os depoimentos colhidos em juízo (fls. 74/75) são suficientes à comprovação da dependência, pois, uníssonos em afirmar que "Pedro Caetano dos Santos, quando em vida, remeteu, durante um ano e seis meses, dinheiro para sua genitora", situação perfeitamente compatível com as incontáveis histórias de vida que a experiência nos transmite, em que os filhos que obtêm emprego formal e permanente assumem a responsabilidade pela manutenção do lar, sendo que a testemunha ouvida à fl. 75 deixou claro que "só o que era retirado da roça plantada pelo marido pelo marido da autora não era suficiente para manter a numerosa família de 10 filhos,

sendo imprescindível a ajuda mensal enviada pelo filho da requerente".

5. A correção monetária deve ser calculada conforme parâmetros constantes do Manual de Cálculos da Justiça Federal (Lei 6.899/81 e Súmula 148 do STJ) e juros moratórios, a contar da citação à taxa de 1% ao mês até a entrada em vigor da Lei 11.960/09, a partir de quando deve ser observada a disciplina do novo diploma legal.

6. Honorários advocatícios são devidos na ordem de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, correspondente às parcelas vencidas até a data da prolação da sentença.

7. Reexame necessário e apelação do INSS parcialmente providos para adequar correção monetária, juros moratórios e honorários advocatícios ao entendimento da Corte.

(TRF1. AC 00026437220044019199. Rel. Juiz Federal Francisco Helio Camelo Ferreira. TRF1. 1ª Turma Suplementar. DJ 29/09/2011).

Frise-se que a percepção de renda pelo dependente da classe II é indiciária da quebra de presunção de dependência econômica, salvo quando o valor for de uma salário-mínimo ou abaixo.

O STJ decidiu que, excepcionalmente, os avós podem ser enquadrados na classe II dos dependentes do segurado, desde que fique comprovado que exercem a função de pais do falecido desde a mais tenra idade:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/STJ.PENSÃO POR MORTE. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. ÓBITO DO NETO. AVÓS NA CONDIÇÃO DE PAIS. ROL DO ARTIGO 16 DA LEI 8.213/1991 TAXATIVO. ADEQUAÇÃO LEGAL DA RELAÇÃO JURÍDICA FAMILIAR. ARTIGO 74 DA LEI 8.213/1991. DIREITO À PENSÃO RECONHECIDO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. A questão recursal gira em torno do reconhecimento do direito dos avós do segurado falecido receberem pensão por morte, nos termos dos artigos 16 e 74 da Lei 8.213/1991, em razão de terem sido os responsáveis pela criação do neto, falecido em 11/11/2012, ocupando verdadeiro papel de genitores.

2. O benefício pensão por morte está disciplinado nos artigos 74 a 79 da Lei de Benefícios, regulamentados pelos artigos 105 a 115 do Decreto 3.048/1999. É devido exclusivamente aos dependentes do segurado falecido, com o intuito de amenizar as necessidades sociais e econômicas decorrentes do evento morte, no núcleo familiar.

3. O benefício pensão por morte é direcionado aos dependentes do segurado, divididos em classes, elencados no artigo 16 da Lei 8.213/1991, rol considerado taxativo. A qualidade de dependente é determinada pela previsão legal e também pela dependência econômica, ora real, ora presumida. A segunda classe de dependentes inclui apenas os pais.

4. No caso concreto, são incontroversos os fatos relativos ao óbito, a qualidade de segurado, a condição dos avós do falecido similar ao papel de genitores, pois o criaram desde seus dois anos de vida, em decorrência do óbito dos pais naturais, e, a dependência econômica dos avós em relação ao segurado falecido.

5. O fundamento adotado pelo Tribunal a quo de que a falta de previsão legal de pensão aos avós não legitima o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário não deve prevalecer. Embora os avós não estejam elencados no rol de dependentes, a criação do segurado falecido foi dada por seus avós, ora recorrentes. Não se trata de elastecer o rol legal, mas identificar quem verdadeiramente ocupou a condição de pais do segurado.

6. Direito à pensão por morte reconhecido.

7. Recurso especial conhecido e provido. Sentença restabelecida”.

(STJ. REsp 1574859/SP. Rel Ministro Mauro Campbell Marques. 2ª Turma, DJ 08/11/2016).

8.DEPENDENTES DA CLASSE III: IRMÃOS MENORES DE 21 ANOS OU INVÁLIDOS

O art. 16, da Lei n. 8.213/91 dispõe que:

“Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;" (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

Observa-se, daí, que os irmãos são dependentes de terceira classe, desde não emancipados, menor de 21 anos ou inválido. O dependente da terceira classe somente terá direito ao benefício de pensão por morte se não existirem dependentes nas classes I e II.

Aqui também a dependência econômica deverá ser comprovada. A Lei n. 13.846/2019, inseriu no art. 16 da Lei n. 8.213/91 um quinto parágrafo estabelecendo que a prova de dependência econômica exige início de prova material contemporânea aos fatos, não admitindo prova exclusivamente documental.

"Art. 16.(...)

§ 5º As provas de união estável e de dependência econômica exigem início de prova material contemporânea dos fatos, produzido em período não superior a 24 (vinte e quatro) meses anterior à data do óbito ou do recolhimento à prisão do segurado, não admitida a prova exclusivamente testemunhal, exceto na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no regulamento." (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)

No tocante à invalidez, esta é possível de reversão, mediante perícia médica a cargo do INSS que conclua pela capacidade do dependente. Neste caso, o benefício de pensão será cessado.

Nesse sentido, o art. 77, parágrafo segundo, incisos III e IV, da Lei n. 8.213/91:

"Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais.

(...)

§ 2º O direito à percepção da cota individual cessará: (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019)

III - para filho ou irmão inválido, pela cessação da invalidez; (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

IV - para filho ou irmão que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave, pelo afastamento da deficiência, nos termos do regulamento;" (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015) (Vigência)

O irmão inválido deverá instruir seu requerimento de benefício de pensão por morte com sua certidão de nascimento a fim de comprovar a identidade de filiação em relação ao segurado falecido.

As considerações acerca do filho inválido também se aplicam ao irmão inválido, notadamente aquelas concernentes ao início da invalidez após 21 anos. Exige-se, portanto, nestes casos, segundo a jurisprudência, a aferição caso a caso da dependência econômica. No âmbito administrativo, exige-se que a invalidez tenha ocorrido antes do dependente inválido completar 21 anos (Nota Técnica MPS/CJ 97/2007). Dessa forma, a judicialização da questão ainda perdurará até pacificação do tema pelos tribunais.

9.MUDANÇAS E RETROCESSOS INSERIDOS PELA EC n.103/2019

A pensão por morte é benefício destinado a amparar financeiramente os dependentes do segurado falecido.

Ao longo da história da Previdência Social, o benefício de pensão por morte sofreu várias alterações para se adequar ao novo modelo de sociedade multifacetária. Algumas alterações foram positivas, tais como a inclusão do cônjuge masculino não inválido no rol dos dependentes e o reconhecimento de uniões homoafetivas.

Outras mudanças, entretanto, sob pretexto de observar o equilíbrio financeiro atuarial do Sistema, reduziram as prestações dos segurados e seus dependentes. Nessa esteira, as alterações promovidas antes da EC n. 103/2019, seguiram o espírito das alterações trazidas pela MP n. 664/2014, convertida na Lei n. 13.135/15, conforme se depreende da exposição de motivos da indigitada MP:

"3. Como é do conhecimento de Vossa Excelência, a pensão por morte no âmbito do RGPS é um benefício concedido aos dependentes do segurado falecido, visando preservar a dignidade daqueles que dele dependiam. Ocorre, entretanto, que as regras de acesso a tal benefício têm permitido distorções que necessitam de ajustes, tendo em vista estarem desalinhadas com os padrões internacionais e com as boas práticas previdenciárias, possibilitando a concessão a pessoas que pouco contribuíram para o regime ou, o que é pior, até mesmo com apenas uma contribuição. Entre os

principais desalinhamentos podem ser citados: a) ausência de carência para pensão por morte previdenciária, apenas a qualidade de segurado; b) ausência de tempo mínimo de casamento ou união estável; c) benefício vitalício para cônjuges, companheiros ou companheiras independentemente de idade. A maioria dos países exige carência, tempo mínimo de casamento e tem tratamento diferenciado dependendo da idade do cônjuge” (exposição de motivos da MP n. 664/04).

Com o advento da EC n. 103/2000, a pensão por morte passou a ter o pagamento de uma cota familiar de 50% (cinquenta por cento) acrescida de cotas de 10 (dez) pontos percentuais por dependente, até o limite de 100%, bem como previu-se a irreversibilidade das quotas para os demais dependentes, remetendo-se à disciplina do RGPS para fixação do tempo de duração da pensão e das quotas individuais por dependente até a perda dessa qualidade.

Além disso, a emenda trouxe novos critérios para apuração do valor da renda mensal do valor do benefício e limitação monetária decorrentes da acumulação de pensões por morte.

A expressão “melhores práticas internacionais” foi utilizada na exposição de motivos da MP n. 664/2014 para justificar a minirreforma nas regras de concessão do benefício de pensão por morte. Novamente, a expressão é repetida na exposição de motivos da EC n. 13/2019:

“227.Desse modo, para melhor estruturar a pensão por morte no sistema de previdência social brasileiro, atento ao equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, a proposta de emenda constitucional atualiza os princípios que norteiam o reconhecimento do direito ao benefício de pensão por morte, de forma a compatibilizá-lo com a realidade da sociedade brasileira e com as melhores práticas internacionais, incluindo a revisão das regras de cálculo de seu valor, a extinção da reversibilidade das cotas e vedação de acúmulo de pensão com aposentadoria, na esteira das alterações iniciadas pela Lei nº 13.135, de 17 de junho de 2015, resultado da conversão da Medida Provisória nº 664, de 30 de dezembro de 2014” (exposição de motivos da EC 13/2020).

As melhores “práticas internacionais” direcionam as políticas públicas no sentido de redução ou supressão de direitos por razões econômicas. Nesse caso, os economistas têm dado uma contribuição especialmente nociva ao estado de bem-estar social. Ao que

parece, há uma identificação psicológica e emocional com as nações adiantadas do que com seu próprio país de origem. Reduzir o valor de benefícios previdenciários é um típico modelo preconizado pelos organismos internacionais para contenção do chamado déficit público.

O emérito Professor Celso Antônio Bandeira de Mello explica que:

“A Constituição brasileira de 1988, à toda evidência inclui-se na linha do Estado Providência, do Estado Social de Direito, que pressupõe uma presença ativa do Poder Público para promover o bem-estar dos administrados, notadamente dos que se encontram na base da pirâmide social” (BANDEIRA DE MELO, 2011, p. 1090).

Ora, se o Estado brasileiro adotou o Estado Social de Direito, seria possível razões econômico-financeiras promoverem o desmonte da Previdência Social, mediante condições mais penosas para obtenção dos benefícios, bem como condições mais penosas durante sua fruição?

Ao que parece, a recente reforma de previdência utiliza razões de “boas práticas internacionais” na formatação de um modelo que retira direitos dos segurados da previdência, com base numa colonização mental dos donos do Poder Político:

“Assim como houve uma invasão econômica, ainda mais expressiva foi a invasão da mente dos subdesenvolvidos (...)se já eram tomados por uma reverência servil a tudo que provém dos centros mais poderosos, esta colonização espiritual veio a ser reforçada até o último limite” (BANDEIRA DE MELO, 2011, p. 1091).

A colonização mental neste caso é adoção de modelo preconizado pelos organismos internacionais, para os quais o Estado mínimo é aquele que faz prosperar o capitalismo global, financeirizado. É preciso enxergar que o Sistema de Previdência Social pode gerar novas modificações no resultado do mercado e juntos podem diminuir a desigualdade e pobreza.

A austeridade fiscal sempre mira a redução dos direitos sociais, notadamente no âmbito da previdência social. Observe-se que os segurados não recebem favores, pois pagam suas contribuições de forma direta, assim como participam indiretamente da arrecadação tributária do Estado:

“A previdência brasileira contribui para construção de um Estado de Bem-Estar social no Brasil. De fato, é a sua instituição central. Todas

as políticas sociais nela tiveram sua origem. Habitação, saúde, educação e crédito ao trabalhador foram, durante anos, políticas executadas pelos institutos de aposentadoria e pensões. Algumas delas, ainda hoje, parcialmente financiadas por tributos atrelados à folha de pagamento, semelhante às contribuições previdenciárias, tais como a contribuição ao FGTS, ao PIS, ao INCRA ou ao salário-educação. O volume de gastos da previdência supera o de qualquer política de bem-estar a cargo do Estado Brasileiro” (BRANDI, 2020. p. 53).

No Orçamento Social do Governo Federal 2001-2004 há indicação do gasto de 7.35% do PIB como gasto do RGPS, mas não explica se neste cálculo está ou não incluído o benefício assistencial administrado pelo INSS. A confusão nos dados é proposital, pois assim, a comparação com outros países mostraria o comprometimento excessivo do PIB.

Os valores recebidos pelos segurados da Previdência Social retornam ao mercado e aquecem a economia. Muitas vezes, a economia de pequenos municípios é movida basicamente pelos benefícios assistenciais e previdenciários recebidos pelos munícipes. Reduzir o valor dos benefícios ou dificultar sua fruição causa efeito diverso do pretendido: o consumidor não consome, as empresas não vendem, o Estado não arrecada, a recessão se instala. Um ciclo perverso se instala da sociedade em nome de razões econômicas de austeridade.

Além disso, um Sistema de Previdência muito reduzido, com contraprestações mínimas exerce efeito desmotivador perante eventuais participantes. Excetuando o caso do trabalhador empregado, cuja contribuição é obrigatória, os demais segurados não terão interesse em contribuir para um sistema que lhes retribuirá minimamente. Ou seja, não se entende onde está o alardeado ganho trazido pela EC n. 103/19.

Não se pode olvidar de vozes favoráveis ao conteúdo da emenda, pois entendem que o direito previdenciário deve atender ao mínimo existencial:

“A previdência social deve focalizar suprir às necessidades sociais, especialmente aquelas na qual se faz relevante a substituição de renda do trabalho pela renda da aposentadoria. Se determinado trabalhador deseja aposentar-se antecipadamente ou com valores superiores à sua média contributiva, é encargo único e exclusivo deste a cotização extra, necessária para atingir seu desiderato, seja perante entidade privada de previdência, seja por opções de investimento individual, como poupança, ações, imóveis, etc. A cotização compulsória em um estado democrático de direito

somente se justifica em razão do mínimo existencial (...) Os pactos intergeracionais firmados no vigente sistema brasileiro de seguro social acabam por favorecer os de maior renda, Estudo do Banco Mundial (2017), concluiu que a maior parte dos subsídios implícitos nas mais elevadas aposentadorias atuais beneficia a metade mais rica da população. A recém aprovada reforma traz regras mais igualitárias em relação a esta realidade, mas ainda mantém zona de privilégio” (CARVALHO, 2020, p. 81)

Para vislumbrar os retrocessos advindos com a EC n. 103/19, breve digressão histórica será feita:

Os dependentes dos segurados da Previdência Social, nos moldes do Decreto n. 77.077, de 24/01/1976, estavam previstos no art. 13:

“Art. 13. Consideram-se dependentes do segurado, para os efeitos desta Consolidação:

I – a esposa, o marido inválido, a companheira mantida há mais de 5 (cinco) anos, os filhos de qualquer condição menores de 18 (dezoito) anos ou inválidos e as filhas solteiras de qualquer condição menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidas;

II – a pessoa designada, que, se do sexo masculino, só poderá ser menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 60 (sessenta) anos, ou inválida;

III – o pai inválido e a mãe;

IV – os irmãos de qualquer condição menores de 18 (dezoito) anos ou inválidos e as irmãs solteiras de qualquer condição menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidas.

§ 1º - A existência de dependente de qualquer das classes dos itens I e II exclui do direito às prestações os das classes subsequentes;

§ 2º - Equiparam-se aos filhos, nas condições do item I, mediante declaração escrita do segurado:

a) o enteado;

b) o menor que, por determinação judicial, esteja sob guarda;

c) o menor que se ache sob sua tutela e não possua bens suficientes para o próprio sustento e educação.

§ 3º - Inexistindo esposa, ou marido inválido, com direito às prestações, a pessoa designada poderá, mediante declaração escrita do segurado, concorrer com os filhos destes.

§ 4º - Não sendo o segurado civilmente casado, será considerada tacitamente designada a pessoa com quem ele tenha se casado segundo rito religioso, presumindo-se feita a declaração prevista no § 3º.

§ 5º - Mediante declaração escrita do segurado, aos dependentes do item III poderão concorrer com esposa, a companheira ou o marido inválido, ou com pessoa designada na forma do § 4º, salvo se existir filho com direito às prestações.

§ 6º - Para os efeitos deste artigo, a invalidez deverá ser verificada em exame médico a cargo do INPS.

Art. 14. É lícita a designação, pelo segurado, de companheira que viva na sua dependência econômica, mesmo não sendo exclusiva, quando a vida em comum ultrapassa 5 (cinco) anos”.

Observa, portanto, que o rol de dependentes é bem mais extenso que o rol da Lei n. 8.213/91. Embora tenha que se adotar que o critério de 5 anos para reconhecimento de companheirismo feminino era menos favorável.

Em relação à pensão por morte propriamente dita, o art. 55 e seguintes do Decreto n. 77.077, de 24/01/1976 disciplinavam que:

“Capítulo XI

Pensão

Art. 55. A pensão será devida aos dependentes do segurado, aposentado ou não, que falecer após 12 (doze) contribuições mensais.

Art. 56. O valor da pensão devida ao conjunto dos dependentes do segurado será constituída de uma parcela familiar, de 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou a

que teria direito se na data do seu falecimento estivesse aposentado, mais tantas parcelas iguais, cada uma, a 10% (dez por cento) do valor da mesma aposentadoria quantos forem os dependentes do segurado, até o máximo de 5 (cinco).

Art. 57. A concessão da pensão não será adiada pela falta de habilitação de outros possíveis dependentes, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que implique exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da data em que foi feita.

§ 1º - O cônjuge ausente não excluirá a companheira designada do direito à pensão, que só será devida àquele a contar da data de sua habilitação e comprovação de efetiva dependência econômica.

§ 2º - Se o cônjuge desquitado ou não, estiver percebendo alimentos, o valor da pensão alimentícia judicialmente arbitrada lhe será assegurado, destinando-se o restante à companheira ou ao dependente designado.

§ 3º - A pensão alimentícia será reajustada na mesma ocasião e nas mesmas bases do reajustamento da pensão.

Art. 58. A cota da pensão se extingue:

I – pela morte do pensionista;

II – para pensionista do sexo feminino, pelo casamento;

III – para o filho ou irmão, quando, não sendo inválido, completar 18 anos de idade;

IV – para a filha ou irmã, quando, não sendo inválida completar 21 anos de idade;

V – para o dependente designado do sexo masculino quando completar 18 anos;

VI – para o pensionista inválido, se cessar a invalidez.

§ 1º - Salvo na hipótese do item II, não se extinguirá a cota da dependente designada que, por motivo de idade avançada, condição

de saúde ou encargos domésticos, continuar impossibilitada de angariar meios para seu sustento.

§ 2º - Para extinção da pensão, a cessação da invalidez do dependente deverá ser verificada em exame médico a cargo do INPS.

Art. 59. Quando o número de dependente passar de 5 (cinco), a cota individual que deva extinguir-se reverterá, sucessivamente, àqueles que tiverem direito à pensão.

Parágrafo único. Com a extinção da cota do último pensionista a pensão ficará extinta.

Art. 60. O pensionista inválido está obrigado, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se aos exames que forem determinados pelo INPS, bem como a seguir os processos de reeducação e readaptação profissionais por ele prescritos e custeados, e ao tratamento que ele dispensar gratuitamente.

Parágrafo único. A partir dos 50 (cinquenta) anos de idade o pensionista inválido fica dispensado dos exames e tratamentos previstos neste artigo.

Art. 61. Por morte presumida do segurado, que será declarada pela autoridade judiciária competente, depois de 6 (seis) meses de ausência, será concedida uma pensão provisória, na forma estabelecida neste capítulo.

§ 1º - Mediante prova do desaparecimento do segurado em consequência de acidente, desastre ou catástrofe, seus dependentes farão jus à pensão provisória, independentemente da declaração e do prazo deste artigo.

§ 2º - Verificado o reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão cessará imediatamente, desobrigados os beneficiários da reposição das quantias já recebidas.

Em apertada síntese, nos termos do Decreto n. 77.077/76, a pensão por morte seria devida ao segurado com 12 meses de contribuição ao regime com valor de 50% (cota familiar) acrescido de mais 10% para cada dependente até atingir 100% da aposentadoria a que o segurado recebia ou que receberia da data de seu óbito. E cessada a condição de dependência, a cota individual não era acrescida aos demais, salvo no caso de pensão

acidentária. O valor do benefício não poderia ser inferior a 60% do salário mínimo vigente na localidade de trabalho do segurado, porque existia o salário-mínimo regional.

Por sua vez, o Decreto n. 83.080/79, em relação à pensão por morte, não inovou substancialmente o tema:

“O Decreto 83.080/1979 não apresentou, na redação original, alterações no rol de dependentes, mantendo ainda as regras de cálculo e percentuais de cotas vigentes na CLPS. Permaneceram basicamente as mesmas regras de reversão de cotas e cessação do benefício” (GOMES, 2020, p. 201).

Foi apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 que as regras do benefício de pensão por morte sofreram substanciais alterações. Nos art. 226 e art. 201, ambos da Constituição Cidadã, há previsão de pensão por morte ao cônjuge masculino e feminino, bem como ao companheiro e companheira.

Posteriormente, a Lei n. 8213/91 veio regulamentar as disposições constitucionais. No tocante aos dependentes, a Lei de Benefícios em sua redação original estabelecia:

“Art. Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I – o cônjuge, a companheira e o filho, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

II – os pais;

III – o irmão, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou maior de 60 (sessenta) anos ou inválido.

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2º Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado, o menor que, por determinação judicial, esteja sob sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação.

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art, 226 da Constituição Federal.

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada”.

Na esteira dos dispositivos constitucionais, a Lei n. 8.213/91, não condicionou a concessão de pensão a prazos de união estável, nem tampouco exigiu prazo de carência para concessão do benefício. No mesmo sentido de promover um tratamento mais condizente com a realidade já desvantajosa de morte de um ente familiar, estabeleceu o percentual de 100% no valor da pensão, bem como admitiu que a cota do dependente morto fosse revertida em favor dos sobreviventes.

Os pais passaram a ser considerados dependentes do segurado, bastando para tanto a comprovação de dependência econômica do falecido e a pessoa designada não mais concorria com os dependentes da classe I.

Registre-se que inexistia qualquer impedimento para recebimento conjunto de pensão por morte com aposentadoria.

Com o advento da Lei n. 9.032 de 28/04/1995, iniciou-se a escalada de retrocessos na legislação que rege a matéria. Observe-se o art. 16, da Lei n, 8.213/91 com as alterações da Lei n. 9.032/95:

“Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho NÃO EMANCIPADO, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) ou inválido;

II – os pais;

III – o irmão NÃO EMANCIPADO, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido;

IV – a pessoa designada, menor de 21 (vinte e um) anos ou maior de 60 (sessenta) anos ou inválida”. (Revogada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Assim, com as alterações da Lei n. 9.032/95, o art. 16 passa a exigir que o dependente filho seja menor de 21 (vinte e um) anos e não emancipado. E revogou, ainda,

o direito da pessoa designada na concorrência do benefício de pensão. Foram criadas condições mais gravosas para o exercício da qualidade de dependente.

No ano de 2015, a Lei n. 13.135 trouxe outras alterações ao benefício de pensão tornando mais gravosas as condições para concessão de pensão.

Passou-se a exigir 18 (dezoito) meses de contribuição para concessão do benefício, condição assemelhada ao estabelecido na CPLS (Decreto 77.077/76) que exigia 12 (doze) meses de contribuição para concessão do benefício de pensão. Vale lembrar que o Decreto n. 77.077/76, também exigia a existência de companheirismo há mais de 5 (cinco) anos para conceder pensão à companheira. Agora, o Lei n. 13.135/15 passou a exigir a convivência ou casamento superior a 2 (dois) anos, caso contrário a pensão será concedida pelo prazo de 4 meses.

O art. 77, da Lei n. 8213/91 com as alterações da Lei n. 13.135/15 passou a ter a seguinte redação:

“Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 1º Reverterá em favor dos demais a parte daquele cujo direito à pensão cessar. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 2º O direito à percepção da cota individual cessará: (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019)

(...)

b) em 4 (quatro) meses, se o óbito ocorrer sem que o segurado tenha vertido 18 (dezoito) contribuições mensais ou se o casamento ou a união estável tiverem sido iniciados em menos de 2 (dois) anos antes do óbito do segurado; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, **se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável:** (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

- 1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
 - 2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
 - 3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
 - 4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
 - 5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
 - 6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
- VI - pela perda do direito, na forma do § 1º do art. 74 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)”.

Continua-se permitido o recebimento conjunto de pensão por morte com outro benefício, independente dos valores recebidos, bem como admite-se a reversão da cota do dependente extinto para o remanescente.

Com a EC n. 103/2019, foram realizadas três alterações fundamentais no benefício de pensão por morte, a saber:

- a) alteração do cálculo da renda mensal inicial;
- b) alteração da duração do benefício; e
- c) alteração das regras de acumulação de pensão.

Em relação às regras de alteração do cálculo da renda mensal inicial, manifesto o retrocesso em relação ao Estado de Bem-Estar Social preconizado na Constituição de 1988. Antes da indigitada EC 103/2019, a pensão por morte correspondia a 100% do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquele que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data do seu falecimento (art. 75, da LBPS). Com as alterações realizadas, o cálculo da pensão retornou aos critérios estabelecidos na LOPS de 1976.

O art. 23, da EC 103/19 dispõe:

“Art. 23. A pensão por morte concedida a dependente de segurado do Regime Geral de Previdência Social ou de servidor público federal será equivalente a uma cota familiar de 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria recebida pelo segurado ou servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, acrescida de cotas de 10 (dez) pontos percentuais por dependente, até o máximo de 100% (cem por cento).

§ 1º As cotas por dependente cessarão com a perda dessa qualidade e não serão reversíveis aos demais dependentes, preservado o valor de 100% (cem por cento) da pensão por morte quando o número de dependentes remanescente for igual ou superior a 5 (cinco).

§ 2º Na hipótese de existir dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, o valor da pensão por morte de que trata o **caput** será equivalente a:

I - 100% (cem por cento) da aposentadoria recebida pelo segurado ou servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, até o limite máximo de benefícios do Regime Geral de Previdência Social; e

II - uma cota familiar de 50% (cinquenta por cento) acrescida de cotas de 10 (dez) pontos percentuais por dependente, até o máximo de 100% (cem por cento), para o valor que supere o limite máximo de benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

§ 3º Quando não houver mais dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, o valor da pensão será recalculado na forma do disposto no **caput** e no § 1º.

Ou seja, o cálculo da pensão foi dividido em duas partes, quais sejam, uma cota familiar de 50% (cinquenta por cento) e uma cota individual de 10% (dez por cento) até o máximo de 5 dependentes. Se o benefício for decorrente de acidente de trabalho será 100% (cem por cento) do benefício a que o segurado teria direito na data do óbito, independente do número de dependentes. Também possui cálculo diferenciado o dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave.

“Tomando-se como exemplo, um segurado falecido, aposentado por idade, com renda mensal de R\$ 5.839,45 e deixando 02 (dois) dependentes, esposa e um filho menor, o valor da pensão por morte,

será de R\$ 4.087,61, equivalente a 50% da cota familiar, acrescida de 20% (10% 10 por dependente). Tratando-se, no caso acima, de óbito por acidente de trabalho, com a mesma remuneração, o valor da Pensão seria fixado em R\$ 5.839,45. Antes da Aprovação da PEC 103/2019, o valor da Pensão por Morte, em ambos os casos seria de R\$ 5.839,45 (100% do valor da renda do segurado igual ao teto previdenciário)" (GOMES, 2020, p. 207).

No caso de óbito de pai ou mãe, as despesas não decrescem automaticamente pela metade ou, na existência de filhos, na proporção de 1/3 ou 1/4. Ora, as despesas com filhos superam em muito as suportadas por cada cônjuge ou companheiro individualmente. É simplesmente absurda a nova sistemática de cálculo do benefício de pensão por morte, pois certamente, além do evento morte que deixará a família sobrecarregada emocionalmente, ocorrerá rebaixamento da condição financeira da família, o que certamente não foi a vontade do legislador constituinte.

No tocante à alteração da duração do benefício, a EC n. 103/2019, mais uma vez, retrocedeu.

"Art.23.

(...)

§ 4º O tempo de duração da pensão por morte e das cotas individuais por dependente até a perda dessa qualidade, o rol de dependentes e sua qualificação e as condições necessárias para enquadramento serão aqueles estabelecidos na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991".

Atualmente, a Lei 8.213/91 somente prevê pagamento de benefício de pensão por morte vitalício aos dependentes maiores de 44 anos, entretanto, referida condição poderá sofrer alteração por força da autorização implícita concedida pela EC n. 103/2019.

Além disso, não mais ocorrerá reversão de cota, ou seja, cessada a condição de um dos dependentes, sua cota não será acrescida à cota dos demais.

"Assim, uma pensão por morte, com 02 (dois) dependentes, cônjuge e filho menor de 21 anos, portanto, renda inicial de 70% (setenta por cento) do benefício do segurado falecido, quando da maioridade do filho, a cota cessa e o cônjuge receberá apenas 60%, ou seja 50% (cinquenta por cento) da cota familiar mais 10% (dez por cento) da sua parte individual" (GOMES, 2020, p. 207).

Novamente, o desserviço do legislador constituinte reformados para com os ditames da justiça Social. A pensão por morte está passando por uma involução, pois certamente a redução de seus valores deixará desprotegido o cônjuge sobrevivente doente, sem outro rendimento ou mesmo aquele que já possui idade avançada.

Quanto às regras de acumulação de pensão a EC n. 103/2019 estabeleceu que:

“Art. 24. É vedada a acumulação de mais de uma pensão por morte deixada por cônjuge ou companheiro, no âmbito do mesmo regime de previdência social, ressalvadas as pensões do mesmo instituidor decorrentes do exercício de cargos acumuláveis na forma do art. 37 da Constituição Federal.

§ 1º Será admitida, nos termos do § 2º, a acumulação de:

I - pensão por morte deixada por cônjuge ou companheiro de um regime de previdência social com pensão por morte concedida por outro regime de previdência social ou com pensões decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal;

II - pensão por morte deixada por cônjuge ou companheiro de um regime de previdência social com aposentadoria concedida no âmbito do Regime Geral de Previdência Social ou de regime próprio de previdência social ou com proventos de inatividade decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal; ou

III - pensões decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal com aposentadoria concedida no âmbito do Regime Geral de Previdência Social ou de regime próprio de previdência social.

§ 2º Nas hipóteses das acumulações previstas no § 1º, é assegurada a percepção do **valor integral do benefício mais vantajoso e de uma parte de cada um dos demais benefícios, apurada cumulativamente de acordo com as seguintes faixas:**

I - 60% (sessenta por cento) do valor que exceder 1 (um) salário-mínimo, até o limite de 2 (dois) salários-mínimos;

II - 40% (quarenta por cento) do valor que exceder 2 (dois) salários-mínimos, até o limite de 3 (três) salários-mínimos;

III - 20% (vinte por cento) do valor que exceder 3 (três) salários-mínimos, até o limite de 4 (quatro) salários-mínimos; e

IV - 10% (dez por cento) do valor que exceder 4 (quatro) salários-mínimos.

§ 3º A aplicação do disposto no § 2º poderá ser revista a qualquer tempo, a pedido do interessado, em razão de alteração de algum dos benefícios.

§ 4º As restrições previstas neste artigo não serão aplicadas se o direito aos benefícios houver sido adquirido antes da data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional.

§ 5º As regras sobre acumulação previstas neste artigo e na legislação vigente na data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional poderão ser alteradas na forma do § 6º do art. 40 e do § 15 do art. 201 da Constituição Federal".

Audácia pura do legislador reformador. Ora, o segurado contribuiu em ambos os regimes e sua contribuição, por certo, foi na alíquota determinada conforme seu rendimento, resguardando-se de um risco certo e superveniente chamado morte. Trata-se de verdadeira hipótese de confisco. Não há como defender referida alteração ante a cláusula constitucional de bem-estar social.

"A morte da esposa ou do marido não significa que as despesas para manutenção do lar serão reduzidas pela metade, como implicitamente prevê a reforma. A manutenção de um lar implica, além da alimentação, em pagamento de aluguel, custos com água, energia elétrica, nem sempre podem ser calculados de forma individual, ou se reduzem de maneira proporcional. Assim, esse argumento não encontra sustentação quando pensamos na dignidade da Pessoa Humana, e ainda, no direito de retorno das contribuições daquele que sempre contribuiu para sua própria proteção social e ainda para o amparo de seus dependentes" (GOMES, 2020, p. 209).

Após tantas reformas e minirreformas ao longo de mais de 80 anos de existência da Previdência Social cabe reproduzir as palavras do Professor Wagner Balera:

“O debate da Reforma da Previdência se limita a cortar ou reduzir direitos. E entendo mesmo que muito desses direitos devam sofrer transformações inerentes às metamorfoses do mundo do trabalho; ao problema demográfico e assim por diante. Mas se o debate não for travado em termo de defesa concreta das receitas da seguridade social, a reforma, essa reforma, será apenas mais uma” (BALERA, 2019).

Ricardo Pires Calciolari, através de informações estatísticas, demonstra que não há dispositivo legal (infraconstitucional) que direcione os valores arrecadados, nos termos do art. 195, I, “a” e II, diretamente ao pagamento de benefícios previdenciários. Depreende-se, daí, que não há transparência na destinação das contribuições sociais para seguridade social e por isso o discurso deficitário será sempre utilizado para embasar reformas e mais reformas do Sistema Previdenciário Brasileiro.

10. CONCLUSÃO

O benefício de pensão por morte é benefício previdenciário destinado a amparar os dependentes do segurado falecido diante do evento morte.

Perturbadora e muitas vezes, por si só, desestabilizadora das relações familiares, não podem os dependentes do segurado sofrer dupla penalização: a financeira e a emocional.

A concessão do benefício de pensão não é um favor legal, mas sim resultado de um sistema contributivo, baseado na solidariedade de toda sociedade. Portanto, o dependente ao receber o benefício, tem direito ao mesmo por conta do Sistema de Previdência Social que o Prevê e o regulamenta.

A alteração de cálculo que vise a reduzir o valor do benefício, significa verdadeira ofensa ao Estado de Bem-estar Social preconizado na Constituição Federal.

A longevidade, as novas formas de trabalho devem ser motivo para transformações criativas do Direito Previdenciário, no sentido de incluir as novas tecnologias como fontes de receitas para o Sistema de Seguridade e não servir de fundamentação para reduzir Direitos Sociais.

O festejado Estado mínimo, onde a nova onda é “aposentar-se e continuar trabalhando, vez que o provento de aposentadoria é insuficiente para prover a subsistência” é desumano e viola frontalmente o Princípio da Dignidade Humana, previsto na Constituição Federal.

Mais grave é o discurso de corte de gastos aplicado ao benefício de pensão por morte. A família já se encontra fragilizada emocionalmente pelo desfazimento do núcleo familiar e ainda precisará suportar por reveses financeiros por razões economicistas dos cabeças de planilha de plantão.

Aliás, as políticas macroeconômicas, em especial da necessidade de conciliar disciplina com crescimento de longo prazo pode asfixiar o desenvolvimento. Nem sempre o remédio ministrado pelos liberais de austeridade fiscal e monetária consegue debelar a doença do não desenvolvimento econômico. “Tudo depende da forma como se estabelecem as políticas fiscais e monetárias ao longo do tempo” (Jr. Batista, 2019, p. 345).

A financeirização da vida pública com o desmonte do Estado e de todas proteções advindas com a Constituição de 1988 não podem retroceder, sob pena da barbárie social tomar conta da sociedade, com a dignidade não se tangencia.

Winston Churchill costumava dizer que “enquanto o político pensa sempre nas próximas eleições, o planejador cuida sempre das próximas gerações”. É inegável a movimentação da economia advinda com os recursos recebidos pelos segurados e dependentes da Previdência Social. Reduzir o valor de benefício é sufocar a economia. Seria fazer uma economia burra, pois não circula dinheiro na sociedade, os consumidores não compram, as empresas não produzem, o Estado não arrecada, ou seja, recessão. A quem interessa a política recessiva do Brasil. Apenas aos rentistas que vivem de especulação nos mercados financeiros e não ao cidadão comum que depende da previdência social como garantia de um futuro estável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Dimitri Brandi de. **Reforma da Previdência e seu inadmissível retrocesso social**. In: ALENCAR, Hermes Arrais. **Reforma da Previdência**. São Paulo: Editora Foco. 2020. São Paulo. Editora Foco. 2020

ALENCAR, Hermes Arrais. **Benefícios Previdenciários**. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2007.

AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. Salvador: Ed. Juspodium, 2019.

BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. **Sistema de seguridade Social**. São Paulo: LTR80, 2016.

_____. **Reforma previdenciária: o problema é o custeio**. Revista conceito jurídico. Maio/2019. Distrito Federal: Zakarewicz, 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo. Malheiros. 2011.

CALCIOLARI, Ricardo Pires. **Orçamento da seguridade social e a efetividade dos direitos sociais**. Curitiba: Juruá. 2012.

CARVALHO, Juan Pablo Couto. **A nova previdência sob o escopo da justiça social (art. 3º, I, da CF) e da sustentabilidade Financeira (arts. 40 e 201. Caput)**. In: ALENCAR, Hermes Arrais. **Reforma da Previdência**. São Paulo: Editora Foco. 2020.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. São Paulo: Saraiva. 2019.

CARVALHO, Juan Pablo Couto. **A nova previdência sob o escopo da justiça social (art. 3º, I, da CF) e da sustentabilidade Financeira (arts. 40 e 201. Caput)**. In: ALENCAR, Hermes Arrais. **Reforma da Previdência**. São Paulo: Editora Foco. 2020.

COIMBRA, Feijó. **Direito Previdenciário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas. 1990.

DICIONÁRIO ON LINE DE PORTUGUÊS. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/sistema/>. Acesso em 01/01/2020.

DERZI, Heloisa Hernandez. **Os beneficiários da pensão por morte**. São Paulo: Lex. 2004.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **A seguridade social na Constituição Federal**. São Paulo. LTr. 1992

GOMES, Fatima Conceição. **EC 103/2019: retrocesso e grandes mudanças marcam as novas regras da pensão por morte**. In: ALENCAR, Hermes Arrais. **Reforma da Previdência**. São Paulo: Editora Foco. 2020. São Paulo. Editora Foco. 2020.

HACHEM, Daniel Wunder. In Estado, Direito e Políticas Públicas. Curitiba: Editora Íthala, 2014.

HORVATH, Miguel Júnior. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil. 2003.

IPEA. Texto para discussão 2395: Rio de Janeiro, 2018.

JR. BATISTA, Paulo Nogueira. **O Brasil não cabe no quintal de Ninguém**. São Paulo: LeYa. 2019.

MELO, Ricardo Duarte. **Benefício pensão por morte no regime geral de previdência Social**. PUC/SP. Dissertação de Mestrado. 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 1974.

ROCHA, Julio César de Sá. **Direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo: LTr, 1990.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ZANCANER, Carolina Zockun. **Da intervenção do Estado no domínio social**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

DIESEL GATE: A MAIOR FRAUDE DO SETOR AUTOMOBILÍSTICO DA ATUALIDADE

JOSÉ VITOR DA SILVA RODRIGUES:

Graduando do Curso de Direito da
Universidade Brasil.

RESUMO: O acontecimento em questão teve seu fundamento pautado em 2015, quando a Agência Nacional de Proteção Ambiental norte-americana detectou em testes de veículos movidos à diesel da Volkswagen, um software que alterava os dados de emissão de poluentes dos carros. A fabricante alemã admitiu prontamente a responsabilidade pelo ocorrido, entregando dados de que havia comercializado em nível mundial mais de 11 milhões de automóveis que continham este software que forjava os dados das emissões de poluentes no momento em que os testes foram realizados. A nível nacional foram identificados aproximadamente 17 mil carros que continham este programa, sendo quase todos dos modelos Amarok fabricados entre 2011 e 2012. Em razão de tal acontecimento, a Associação Brasileira dos Direitos dos Consumidores e Trabalhadores ingressou com uma ação civil pública contra a Volkswagen do Brasil, reivindicando que os proprietários dos veículos envolvidos fossem indenizados mediante à situação desleal da matriz e sua filial no Brasil. Assim, no ano de 2019, foi decidido que a VWB (Volkswagen do Brasil) deveria ressarcir os proprietários que estavam envolvidos em tal pauta. O escândalo internacionalmente conhecido como “Diesel Gate”, será sempre associado a uma das maiores atitudes gananciosas de um transnacional.

Palavras-chave: Agência nacional de proteção ambiental; Veículos movidos a diesel; Volkswagen; Forjava dados de emissões de poluentes; Amarok; Indenizados mediante à situação desleal da matriz e sua filial.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 TECNOLOGIA ECOLOGICAMENTE CORRETA. 1.1 IMPLEMENTANDO NOVAS VIAS. 1.2 CONTEXTO E SOLUÇÃO. 1.3 CONSEQUÊNCIAS MAL ADMINISTRADAS. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

A finalidade do processo em solo nacional e a nível mundial é não só reparar os prejuízos gerados aos proprietários dos veículos que aderiram ao software que forjava os dados de emissões afim de poderem ser comercializados por “se adequarem às normas de controle de emissões de gás carbônico”, que são extremamente rígidos em alguns locais, principalmente na Europa e Estados Unidos respectivamente.

Mas também, principalmente tentar amenizar os danos ambientais que tal falcatrua resultou nos locais os quais os carros e caminhões continuam rodando até os dias atuais.

O maior exemplo atual e vigente que temos aplicado para veículos com motores à diesel é conhecido mundialmente como: Euro 6.

Sistema este, que é definido como um conjunto de rígidas normas aplicadas às motorizações diesel, em que suas emissões são regulamentadas em padrões rigorosos para que não sejam tão danosos ao meio-ambiente.

Partindo de dados de seu sistema antecessor, o Euro 5, foram aprimorados novos requisitos para que os novos veículos e conjuntos motrizes em desenvolvimento fossem de certa forma mais limpos, assim, melhorando e retardando danos ambientais que os combustíveis fósseis trazem para o planeta.

O Brasil ainda não aderiu ao Euro 6, ou seja, nosso sistema de linha de produção de veículos a diesel ainda é o antigo Euro 5. Ao menos até o primeiro dia de 2023, quando o Euro 6 está pautado para entrar em vigência em nosso país para todos os veículos de produção em série.

Tendo requisitos básicos a serem atendidos para que o consumidor tivesse direito a tal indenização, sendo eles: Apenas os proprietários atuais dos veículos Amarok com motor diesel fabricados entre 2011 e 2012 é que têm direito a fazer este pedido de indenização na justiça.

Assim que houver a identificação do carro por meio do chassi, o proprietário deve ingressar com uma ação judicial a fim de garantir o seu direito de recebimento de um valor NÃO exato aproximado entre R\$10.000,00 e R\$20.000,00.

Este valor é variável mediante aos juros e correção monetária aplicados caso a caso.

1.TECNOLOGIA ECOLOGICAMENTE

1.1 IMPLEMENTANDO NOVAS VIAS

Com a implementação do novo sistema, espera-se uma união de tecnologias que tragam melhores resultados tanto para os consumidores e seus respectivos bens móveis,

quanto também para o meio-ambiente, afinal, é mais do que comprovado que a redução de gases traz benefícios para a saúde do ser humano.

Assim, o caso Diesel Gate, se adequado de maneira cabível e honesta aos padrões vigentes à época dos veículos em questão, traria menores custos operacionais para seus proprietários e menor desgaste de componentes internos para o conjunto motriz do automóvel.

Resultando em uma longevidade maior de todo conjunto, reduzindo custos de manutenção e descarte de peças diretamente afetadas pelo software como os conversores catalíticos: DPF e EGR.

1.2 CONTEXTO E SOLUÇÃO

Os testes realizados pela Agência Nacional de Controle de Emissões nos Estados Unidos, em 2015, trouxeram como ferramenta essencial a honestidade para o combate à falta de empatia adotada pelos gigantes da indústria, por colocar a frente da qualidade de vida de seus consumidores a lucratividade acima do bem estar comum.

Obviamente que existem grandes grupos e associações que ganharam bilhões com tal fato, porém, em uma jogada estratégica esperamos não ter assuntos pendentes como a fraude ou mascaramento de dados envolvendo uns riscos substanciais as nossas vidas.

Analisando o problema em questão a longo prazo, temos como exemplo notório o aquecimento prematuro de todo um ecossistema pela camada de ozônio que é enfraquecida pelo excesso de gases tóxicos na atmosfera.

Isto é, quando existe uma pressão significativa de dentro para fora do planeta... a camada que envolve a Terra é "danificada", assim, os raios solares incidem com mais facilidade aumentando a temperatura do núcleo terrestre e conseqüentemente, a temperatura exterior.

1.3 CONSEQUÊNCIAS MAL ADMINISTRADAS

Posteriormente, temos uma série de eventos catastróficos que podem vir a acontecer de maneira antecipada, sendo eles: elevação das temperaturas, derretimento das calotas polares e aumento no nível dos oceanos, respectivamente nesta ordem.

Parece exagero atribuir tantos fatos a um acontecimento único, porém, todos os dias há relatos de algum tipo de informação desencontrada. E é assim que damos início a uma cadeia de eventos desenfreados que podem trazer malefícios incalculáveis para a humanidade.

A sistemática adotada pela Volkswagen neste fato é só mais um exemplo do quão gananciosa é a nossa sociedade atual, pois, partindo dessa linha de conduta teremos problemas maiores e com agentes cada vez menos responsáveis por suas ações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Leandro M. Cortes tem uma frase que define perfeitamente a linha de conduta adotada pelos membros da sociedade atual, e ele diz: "A ganância enriquece o ego e empobrece a alma".

Por que citar esta frase aqui? Simples. Estamos inseridos em um mundo completamente invertido, e quando digo invertido não é no sentido físico da palavra, mas sim, em questão de valores. Idolatramos o errado, compactuamos com discursos de ódio e extremamente tendenciosos, onde quem fala mais alto é quase sempre o considerado correto. Quando na verdade, quem fala mais alto geralmente é quem não encontrou argumentos plausíveis ou sólidos o suficiente para dar uma ou duas palavras de valia.

É questão de tempo até os adeptos do sistema "Vida de Gado" caírem em si e perceberem que os pensamentos arcaicos e retrógrados não têm mais voz numa sociedade tão variada quanto a nossa. Portanto, tomemos conta do nosso mundo para não nos tornarmos um "Falido Transatlântico", nas palavras de Zé Ramalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Admirável Gado Novo, Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=YwqoeKlaJQs>

ESCÂNDALO DIESELGATE, Volkswagen obrigada a indenizar os proprietários da Amarok, Disponível em:

<https://www.advocaciadb.com.br/escandalo-dieselgate-volkswagen-obrigada-a-indenizar-os-proprietarios-da-amarok/>

Escândalo internacional do Dieselgate, Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=smBW6Pana1M>



EURO 6, você já sabe tudo sobre a norma? Disponível em:
<https://blog.texaco.com.br/ursa/sistema-euro-6/>

Falido Transatlântico, Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XXCrFRgg66Y>

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
POSTGRADO DE INVESTIGACIÓN
DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**DE LA IMPOSIBILIDAD DE DESARROLLO SUSTENTABLE EN EL SISTEMA
CAPITALISTA (ESTUDIO DE CASO: LA DEGRADACIÓN DE LA FLORESTA
NACIONAL DEL ARARIPE (BRASIL) EN RAZÓN DE LAS PRESIONES
EMERGENTES DE LAS LA ACCIÓN ANTRÓPICA)**

UILTON DE SOUSA LIMA: Advogado Militante. Assessor Jurídico do Município de Penaforte(2002 e 2004). Diretor Jurídico da Fundação Mussambê (2004 a 2007). Procurador Geral Adjunto do Município do Crato-Ce (2004 a 2007). Presidente da Junta de Justiça Desportiva do Crato-Ce (2000 a 2007). Assessor Jurídico do Consorcio Público de Manejo de Resíduos Sólidos da Região do Cariri Oeste – CONCESTE – 2022.

DIRECTOR DE TESIS: DR. MARIO FEDERICO VALLS

A R G E N T I N A
BUENOS AIRES
2016

RESUMEN

En un mundo con vicisitudes tan extremas, el respeto por la dignidad humana, y el cuidado del medio ambiente debe ser un sendero de compromiso universal.

Proteger y cuidar la naturaleza no debe ser solo un interés sectorial, debe ser una responsabilidad colectiva, debemos entender que no se puede comprometer el interés de las futuras generaciones, lo que impulsa a un trabajo colectivo inter-generacional.

En mi querido Brasil, por sus características propias, los temas referidos al medio ambiente, están siempre presente, especialmente en zonas como la Amazonia, el Pantanal, la Serra del Mar, la Mata Atlántica, o la zona de Araripe.

Ámbitos que se estudian permanentemente, y que en ésta exploración doctoral, investigaremos la diversidad de situaciones ambientales que rodean al Bosque Nacional Araripe FLONA / ARARIPE (Brasil). Sus problemáticas, que podemos señalar que son muy puntuales para la zona, pero que en el fondo las mismas tienen un parentesco a otras de carácter universal.

En el Capítulo 1º, profundizaremos las características del Bosque Nacional Araripe - FLONA / ARARIPE (Brasil), un territorio de gran belleza, con paisajes de características ambientales diversas, y que en los últimos años se profundizó el aumento del impacto ambiental y de influencias negativas en la zona, por la suma del acrecentamiento de proyectos inmobiliarios y de bienes raíces, la exploración minera, la explotación descontrolada del comercio zonal, el crecimiento descomedido de la actividad turística, las autopistas proyectas, y la desprotección de sectores indígenas; aspectos que a mi entender direccionan inevitablemente a un degradante cambio ecológico en la región.

En el Capítulo 2º, identificaremos la legislación Brasileña, sus objetivos de carácter ambiental, ahondaremos sus antecedentes, y especialmente tomando como normas de referencia la Constitución Federal de Brasil de 1988 y la Ley N° 6.938 del año 1981 sobre Política Nacional de Medio Ambiente; como asimismo organismos instaurados en razón de las problemáticas ambientales en el

país, sumando normas penales, responsabilidades administrativas, civiles, penales, y con jurisprudencia.

En el contexto internacional, haremos hincapié en el Capítulo 3°, especialmente en Convenciones y Principios de la Organización de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente, esencialmente sobre Cambio Climático, Estocolmo / 1972, el Informe Brundtland de 1987, Río de Janeiro / 1992, y el Club de Roma de 1968.

Como también marcamos la importancia del Bloque Regional del MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, y Venezuela), en iniciativas, decisiones y reglamentaciones ambientales y de biodiversidad del Consejo Mercado Común -CMC-, del Grupo Mercado Común -GMC-, y en general en el Sistema Jurídico del Mercosur, en su contexto de proceso de integración.

En el Capítulo 4°, se profundiza la figura de Hans Jonas, pensador y filósofo de origen alemán, desde la perspectiva de su mirada sobre el futuro de la humanidad y especialmente sobre responsabilidad, ética y civilización tecnológica.

En el Capítulo 5°, señalamos normativas en el cuidado del medio ambiente en la República Argentina, en especial los Artículo N° 41 y 43 de su Constitución reformada en el año 1994; y en constituciones provinciales como el Artículo N° 58 de San Juan; los Artículos N° 11, 53, 66, y 124 de Córdoba; el Artículo N° 30 de Salta, el Artículo N° 21 de Santa Fé; los Artículos N° 26 y 38 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (de 1994); como también legislaciones ambientales de la Provincia de Buenos Aires.

Estimo que se desarrollan en la pesquisa, criterios que ofrecen a los pueblos del mundo, principios y compromisos comunes, para preservar y mejorar el medio ambiente, concientizándose en la necesidad cambiar nuestro comportamiento y posicionamiento en relación a los recursos naturales.

RESUMO

Em um mundo com tais vicissitudes extremos, o respeito pela dignidade humana, e cuidado do meio ambiente deve ser um caminho de compromisso universal.

Proteger e cuidar da natureza não deve ser apenas um interesse sectorial, deve ser uma responsabilidade coletiva, é preciso entender que você não pode comprometer o interesse das gerações futuras, levando uma obra colectiva intergeracional.

Em meu amado Brasil, por suas próprias características, as questões relativas ao meio ambiente, estão sempre presentes, especialmente em áreas como a Amazônia, o Pantanal, a Serra del Mar, Mata Atlântica, ou a área do Araripe.

Areas de estudo de forma permanente, e que esta exploração de doutorado, investigar a diversidade de situações ambientais que cercam o Araripe National Forest FLONA / ARARIPE (Brasil). Seus problemas, podemos notar que eles são muito específicos para a área, mas que basicamente tem a mesma relação com outro universal.

No Capítulo 1, que vai aprofundar as características do Araripe National Forest - FLONA / ARARIPE (Brasil), uma terra de grande beleza, com paisagens de várias características ambientais, e nos últimos anos o aumento do impacto ambiental e influência aprofundou negativo na área, a quantidade de aumento de empreendimentos imobiliários e imóveis, exploração mineral, a exploração descontrolada de comércio zonal, o crescimento descomedido do turismo, as estradas salientes, e a incapacidade de proteger setores indígenas; aspectos que eu acredito que vai inevitavelmente dirigida a degradar mudança ecológica na região.

No Capítulo 2 °, identificamos a legislação brasileira, os objectivos ambientais, vai aprofundar a sua formação e, especialmente, tendo como padrões de referência da Constituição Federal de 1988 e nº 6.938 Lei de 1981 sobre a Política Nacional do Meio Ambiente ; e também os organismos criados por causa dos problemas ambientais no país, acrescentando criminal, administrativa, civil, criminal, e jurisprudência.

No contexto internacional, enfatizamos no Capítulo 3 °, especialmente em convenções e princípios da United Nations Environment essencialmente sobre Mudança

do Clima, Estocolmo / 1972, o Relatório Brundtland, de 1987, Rio de Janeiro / 1992 eo Clube de Roma em 1968.

À medida que marcar a importância do bloco regional do Mercosul (Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela), iniciativas, decisões e regulamentos ambientais e da biodiversidade -CMC- Conselho do Mercado Comum, o -GMC- Grupo Mercado Comum e geralmente no Sistema Legal do Mercosul, no contexto do processo de integração.

No Capítulo 4 °, a figura de Hans Jonas, pensador e filósofo de origem alemã se aprofunda, a partir da perspectiva de seu olhar sobre o futuro da humanidade e, especialmente, sobre a responsabilidade, ética e civilização tecnológica.

Capítulo 5 °, observamos padrões de cuidado ambiental na Argentina, especialmente o artigo No. 41 e 43 da Constituição conforme alterada em 1994; e constituições provinciais como o artigo No. 58 de San Juan; Artigos # 11, 53, 66, e 124 de Córdoba; Artigo nº 30, de Salta, o artigo No. 21 de Santa Fe; Artigos No. 26 e 38 da Constituição da Cidade Autônoma de Buenos Aires (1994); como as leis ambientais da província de Buenos Aires.

Estimo que se desenvolvem na pesquisa, critérios que proporcionam os povos do mundo, princípios e compromissos, para preservar e melhorar o meio ambiente, tornando-se consciente sobre a necessidade de mudar nosso comportamento e posicionamento em relação aos recursos naturais.

ABSTRACT

In a world with such extreme vicissitudes, respect for human dignity, and care of the environment should be a path of universal commitment.

Protect and care for nature must not be just a sectoral interest, should be a collective responsibility, we must understand that you cannot compromise the interest of future generations, prompting an inter-generational collective work.

In my beloved Brazil, for its own characteristics, issues relating to the environment, are always present, especially in areas like the Amazon, the Pantanal, the Serra del Mar, Atlantic Forest, or the area of Araripe.

Study areas permanently, and that this doctoral exploration, investigate the diversity of environmental situations surrounding the Araripe National Forest FLONA / ARARIPE (Brazil). Their problems, we can note that they are very specific to the area, but that basically have the same relationship to other universal.

In Chapter 1, we will deepen the characteristics of the Araripe National Forest - FLONA / ARARIPE (Brazil), a land of great beauty, with landscapes of various environmental characteristics, and in recent years increasing environmental impact and influence deepened negative in the area, the amount of increase of real estate projects and real estate, mineral exploration, uncontrolled exploitation of zonal trade, descomedido growth of tourism, the projecting highways, and the failure to protect indigenous sectors; aspects that I believe will inevitably addressed to degrading ecological change in the region.

In Chapter 2 °, we identify the Brazilian legislation, environmental objectives, will deepen their background, and especially taking as reference standards the Federal Constitution of 1988 and No. 6.938 Law of 1981 on National Environmental Policy ; and also bodies established because of the environmental problems in the country, adding criminal, administrative, civil, criminal, and jurisprudence.

In the international context, we emphasize in Chapter 3 °, especially in conventions and principles of the United Nations Environment essentially on Climate Change, Stockholm / 1972, the Brundtland Report of 1987, Rio de Janeiro / 1992 and the Club of Rome in 1968.

As we mark the importance of the regional bloc MERCOSUR (Argentina, Brazil, Paraguay, Uruguay, and Venezuela), initiatives, decisions and environmental regulations and biodiversity -CMC- Common Market Council, the Common Market Group -GMC-, and generally in the Legal System of Mercosur, in context of the integration process.

In Chapter 4 °, the figure of Hans Jonas, thinker and philosopher of German origin deepens, from the perspective of his gaze on the future of humanity and especially about responsibility, ethics and technological civilization.

Chapter 5 °, we note standards in environmental care in Argentina, especially Article No. 41 and 43 of the Constitution as amended in 1994; and provincial constitutions as Article No. 58 of San Juan; Articles No. 11, 53, 66, and 124 of Córdoba; Article No. 30 of Salta, Article No. 21 of Santa Fe; Articles No. 26 and 38 of the Constitution of the Autonomous City of Buenos Aires (1994); as environmental laws of the Province of Buenos Aires.

Estimate that develop in the research, criteria that provide the peoples of the world, principles and commitments, to preserve and improve the environment, becoming aware on the need to change our behavior and positioning in relation to natural resources.

SUMARIO

CAPÍTULO 1º: BOSQUE NACIONAL ARARIPE - FLONA / ARARIPE. CAPÍTULO 2º: PROBLEMÁTICAS AMBIENTÁLES.

CAPÍTULO 3º: PROYECTOS AMBIENTALES INTERNACIONALES.

CAPÍTULO 4º: EL PENSAMIENTO DE RESPONSABILIDAD HANS JONAS.

CAPÍTULO 5º: NORMATIVAS AMBIENTALES ARGENTINAS.

CAPÍTULO 6º: CONSIDERACIONES FINALES.

BIBLIOGRAFÍA.

PALABRAS CLAVES: Biodiversidad, bosques, capitalismo, compromiso, contaminación, cultura, degradación, desigualdad, ecología, economía, educación, equilibrio, estrategias, gestión, humanidad, intereses, investigación, medio-ambiente, mezquindad, naturaleza, patrimonio, paisajes, peligros, planificación, prevención, recursos, responsabilidad, suelos, valores, vegetación, vida.

CAPÍTULO Iº: BOSQUE NACIONAL ARARIPE - FLONA / ARARIPE

La República Federativa de Brasil, es el mayor país de América Latina y el quinto del mundo en área territorial, comprendiendo 8.511.996 km², con zonas climáticas variando del trópico húmedo a áreas templadas y semiáridas; con una población de aproximadamente de 202.000.000 de habitantes.

Exhibe el mayor patrimonio de biodiversidad y socio-biodiversidad del planeta; teniendo más del 16 % del territorio brasileño corresponde a áreas de protección ambiental (siendo 5,22 % en unidades de conservación federales, tales como parques y reservas ecológicas y de extracción, y 11,12 % en áreas indígenas).

El idioma oficial en Brasil es el portugués, y a pesar de las importantes desigualdades regionales, podemos señalar que hay unidad cultural.

El patrimonio del medio ambiente es muy importante, y en componentes, existe una importantísima reserva de flora, fauna, de recursos minerales y biodiversidad de los territorios de la Amazonia, la región de Pantanal, la Serra del Mar y la Mata Atlántica.

En el Brasil coexiste una importante tradición ambientalista, no sólo por las formidables reservas naturales que confina, sino por su misma historia cultural y jurídica; y en éste sendero se conocen medidas ambientalistas en las Ordenanzas Alfonsinas de Alfonso V, y en la legislación portuguesa a partir del año 1446.

Históricamente dentro de la normativa portuguesa encontramos que protegía las maderas nobles y aspectos sobre la pesca, pero su finalidad era el cuidado de los recursos y no del medio ambiente; con el mismo perfil se muestra en la Proclamación de la Independencia de Brasil en el año 1822 y también con la etapa de la República en el año 1889.

A pesar de ésta lectura, las decisiones asumidas en cuanto a la defensa realista del ambiente, no fueron muy positivas, en relación de los

detrimentos ambientales sucedidos, especialmente en ámbitos amazónicos y en zonas como la de ARARIPE.

El municipio de Crato está en el interior del Estado de Ceará; encontrándose al pie de ARARIPE, en el extremo sur del Estado y de la micro-región de Cariri, un miembro de la Región Metropolitana de Cariri.

Al estar situado al pie de la ARARIPE, sus temperaturas son relativamente bajas en invierno, mientras que son muy elevadas en el verano, a diferencia de otras zonas del noreste.

Limíta con el Estado de Pernambuco, que también proporciona un cruce de autopistas que se conecta con Piauí, Paraíba, Pernambuco y con Fortaleza (la capital de Ceará).

La ciudad está ubicada en el Cariri Cearense, conocido como el "*Oasis of the Wild*" por las condiciones climáticas más húmedas y favorable a la agricultura.

En esta zona, se desarrolla la Exposición Agrícola Crato (Expocrato), que es una feria agrícola muy relevante para la zona, y de gran atracción turística en el mes de julio.

Se entendería que el topónimo Crato proviene de América Curatus, lo que significa sacerdote o tal vez lugar en alusión para una parroquia.

Las tierras de Araripe y de las orillas del Río Jaguaribe Mirim con sus afluentes, y fueron habitadas antes de la llegada de los portugueses por una variedad de grupos indígenas, entre los que podemos señalar los Kariri, Aquijiró, Guariú, Xoco, y los Quipapaú.

Se estima que la primera expedición en el territorio de Cariri sucedió durante el siglo XVII, por los hermanos Lobato Lira, dos religiosos que ganaron la confianza de los Indios Cariris, y que navegaron por el lecho del Jaguaribe Mirim, llegando a lo que se identifica la cascada de la vieja misión.

Las precipitaciones en la ciudad es de 1086 mm anuales, con lluvias más intensas de diciembre a abril; siendo la temperatura media durante todo el año variable entre los 24° C y los 27° C, con medio mínimo de 18° C.

Las principales fuentes de agua forman parte de la Cuenca del Río de la Sal, y sus afluentes los ríos Carás, Batateiras, y corrientes como Correntinho, Carao, Ovejas, y San José, como también la existencia de muchos estanques como el vertedero de Gonçalves y el Acude Tomaz Osterne.

Las tierras de Crato son parte de la depresión de Brasil, con un relieve de formas suaves en el norte, poco disecados y con masas residuales, y en el sur es uniforme en Araripe.

Los suelos de de la región son podzolic, latosoles, litholic y aluviales.

Su sustrato, geológicamente se compone de esquisistos, cuarcitas, gneis y migmatitas del Precámbrico, sumado a conglomerados de areniscas, greywacke, calizas, y areniscas del Paleozoico.

Crato tiene una gran variedad de paisajes naturales, como también de bosque, de características secas, con lluvia tropical (bosque caducifolio espinoso), con bosque húmedo (bosque tropical subperenifolia pluvio-nebular).

Entre las vegetaciones encontramos el bosque caducifolio espinoso, la selva tropical semideciduo, la pluvio-nebular subperenifolia, bosques tropicales, y xerofítica bosque tropical semideciduo.

Dada la variedad de paisajes, la ciudad de Crato tiene una gran biodiversidad, como el Bosque Nacional Araripe (primer bosque nacional establecido en Brasil en 1946), y que abarca parte del territorio de Santana do Cariri, Crato, Barbalha y Jardim, con de 39.262.326 de hectáreas.

La ciudad de Crato se divide en diez distritos:

Crato (sede),
Ciénaga de Palmeiras,
Belmonte,
Campo Alegre,
Dom Quintino,
La Verna,
Bela Vista,
Ponta da Serra,
Santa Fe, y
Santa Rosa.

A su vez está dividido en los siguientes barrios, a saber:

Alto da Penha,
Arcilla Blanca,
Centro,
Cruzar,
Franca Alencar (subdivisión),
Gizélia Pinheiro (Batateira),
Granjero,
Independencia (ala),
Mudar,
Mirandáo,

Mutirão,
Muriti,
Nueva Crato,
New Horizon,
Ossian Araripe,
Humedales,
Pimienta,
Pinto Madera,
Parque de la Reconstrucción,
Santa Luzia,
Sán José,
San Miguel,
Seminario,
Paz.
Vila Alta, y
Pueblo Lobo.

Se estima que la gran mayoría de la población cratense (80 %) viven en zonas urbanas, y que actualmente el 90 % de los habitantes de las ciudades disponen de hilo servicios de agua, de electricidad, y de recolección de residuos.

La ciudad tiene importantes margenes de desigualdad de ingresos, con sectores extremadamente pobres, y con problemáticas que desarrollamos en la presente investigación de orden ambiental, por ejemplo la ocupación desordenada en las partes más altas de la ciudad (como en Grantham Park, donde hay un auge de la construcción a lo largo del lecho del Río Granjero, que corre a través de la zona baja de la ciudad).

Esta situação provocó la sedimentación y la destrucción de la vegetación de la ribera del Río Granjero, que llegó a tener en los últimos años inundaciones en épocas invernales.

La ciudad tiene un ámbito de educación superior, formado por las siguientes instituciones:

Universidad Regional del Cariri (URCA),
Universidad del Vale do Acaraú - Unidad de Crato,
Universidad Federal de Cariri con el Centro de Ciencias Agrícolas y la Biodiversidad -UFCA- ,
Universidad Católica de Cariri, y
Instituto Federal educación, Ciencia y Tecnología - Campus Crato.

La economía local, se basa en la agricultura de los granos de:

el maíz,
la yuca,
el arroz,
el monocultivo de algodón,
la caña de azúcar,
nueces de anacardo,
hortalizas,
plátano,
aguacate, y
frutas diversas.

En la ganadería extensiva encontramos:

ganado vacuno
ovejas ,

cabras,
cerdos, y
aves de corral.

La extracción en la industria de la minería, es otra área de conflicto ambiental, y encontramos:

de rocas ornamentales,
de rocas de piedra,
de grava,
de la extracción de arena,
de arcilla (utilizado en la fabricación de tejas y ladrillos),
de piedra caliza (calcina para obtener cal y yeso),
cemento portland, y
plomo.

Las ciudades próximas más importantes están a una distancia de Crato de, Fortaleza a 517 kilómetros, Caucaia a 553 kilómetros, o Juazeiro a 12,6 kilómetros.

El Municipio de Crato / Ceará tiene una población de 128.680 habitantes (IBGE-2015), del cual el 20 % de los mismos viven en comunidades ubicadas cerca de la FLONA / ARARIPE.

El sector de comercio y servicios sigue siendo el patrón más grande de la ciudad, la presencia de las tiendas de la cadena regional y nacional. Hay una porción significativa de la población dedicada a la prestación de servicios.

Por Decreto N° 9.226 del 2 de mayo de 1946 se crea el Bosque Nacional Araripe - FLONA / ARARIPE, siendo la primera unidad de conservación

creada en Chapada, en el noreste de la República Federativa de Brasil, en el extremo sur del Estado de Ceará.

El FLONA / ARARIPE tiene gran importancia ecológica, y en el mantenimiento del equilibrio hidrológico, climático, ecológico, y edáficas del Complejo Sedimentaria de Araripe.

En relación al aspecto socio-económico, ofrece la exploración de especies vegetales alternativos que se utilizan para fines alimenticios (pequí, cajuí, mangaba, peroba maracuyá, guayaba, cambuí, etc.), y farmacológicos (janaguba, fava d'anta, arrurruz, etc.).

Otras áreas también desarrollada es el ecoturismo, la investigación y la educación ambiental.

Hacemos también hincapié en su importancia como refugio para la fauna local, incluyendo especies en peligro de extinción y endémica (Plan de Gestión - FLONA / Araripe, 2004).

“Zona de Conservación (ZCO)”

La que se considera Zona de Conservación (ZCO), es el territorio en la que hay poca intervención humana, conteniendo especies de flora, de fauna y monumentos naturales de relevante interés científico.

Ésta “Zona de Conservación” tiene una superficie de 703,62 ha, equivalente al 1,84 % de la superficie total del bosque nacional; y tiene las características de transición entre la “Zona Intangible” y “Zonas de Producción”.

Los objetivos de ésta zona son:

- 1) la conservación del medio ambiente,
- 2) la investigación,
- 3) las prácticas de educación ambiental, y
- 4) formas primitivas de recreación.

La “Zona de Conservación” FLONA - ARARIPE se limita al Municipio de Crato / CE, delimitada por las zonas de uso en conflicto.

Esta zona sufrió los impactos ambientales resultantes de la extracción de material para la construcción de las autopistas CE-055 (Crato-Exu) y CE-292 (Crato-Campos Sales), y recibe los efectos del tráfico de estas dos autopistas principales que conectan la región de Ceará Cariri al Sur / Sureste (CE-055) y el Norte / Centro-Oeste (CE-292); como también hay que señalar que se ha contribuido a la recuperación de la biodiversidad de la zona por la activación de los antiguos caminos de Eshu / PE y Santana do Cariri / CE.

“Zona de Recuperación (ERZ)”

Es una zona temporal que contiene áreas que sufrieron alteraciones; que una vez recuperadas se incorporan de nuevo a una las áreas permanentes.

La recuperación puede ser natural o inducida, preferentemente con especies nativas.

Su objetivo es detener la degradación de los recursos, y recuperar la zona; que puede incluir también otras actividades como la investigación y la educación ambiental.

La “Zona de Recuperación (ERZ)” se encuentra en casi toda la ciudad de Crato / CE, entre los límites exteriores de FLONA / ARARIPE y la antigua autopista de Santana do Cariri / CE.

Con una superficie de 2.033,85 hectáreas, equivalente al 5,31 % del área del Bosque Nacional / Araripe,

Esta zona está sometida a una gran presión antrópica, y está compuesta por una zona de bosque secundario, y un bosque húmedo y cerrado.

“Zona de Uso Público (ZUP)”

La Zona de Uso Público (ZUP) se compone de áreas naturales que fueron alteradas por la presencia hombre, y su entorno se mantiene lo más próximo natural posible.

El objetivo de ésta zona es facilitar la recreación intensiva, el ocio, y la educación ambiental en armonía con el medio ambiente (permitiendo el acceso público).

Tiene una superficie de 1.663,14 hectáreas, equivalente al 4,34 % de FLONA, en el contexto de los municipios de Crato / CE y Barbalha / CE.

La “Zona de Uso Público (ZUP)” permite al visitante observar el valle FLONA CARIRI, los niveles subplanálticos, la pendiente de Araripe, y las características del bosque húmedo, y el Cerrado.

“Área de Gestión Forestal (ZMFI)”

Esta zona comprende las áreas de bosque nativo y plantado, con potencial económico para la gestión sostenible de los recursos forestales.

Sus objetivos son:

- a) uso múltiple sostenible de los recursos forestales;
- b) la tecnología de generación; y
- c) modelos de gestión forestal.

Dentro de ésta zona se permiten actividades de investigación y educación ambiental.

Comprende el área de conservación central, con la participación de los Municipios de Crato / CE y Barbalha / CE.

Tiene una superficie de 15,401.68 hectáreas, equivalente al 40.21 % de FLONA / ARARIPE y cubre principalmente la zona de Cerrado, con fragmentos de bosque húmedo.

Una parte importante de esta zona es la regeneración con el tiempo promedio de treinta a cincuenta años de las áreas cultivadas con yuca, y zonas de pastoreo de ganado, también revitalizado con el uso del fuego.

Tradicionalmente se desarrollan actividades recolectoras humana como la fava d`anta, pequí, mangaba, cambui, jatoba, etc.; e industria extractiva como leche janaguba, leche mangaba, enredaderas, bambúes, corteza barbatimão, corteza de catuaba, etc.

“Zona de Uso en conflicto (ZUC)”

Esta unidad de planificación consiste en las ciudades de Garden / CE, Barbalha / CE y la vieja misión / CE.

Esta área se utiliza generalmente para el ganado, y en tiene antecedentes de proliferación de incendios.

Es una zona ocupada por:

- 1) empresas de servicios públicos (líneas de transmisión, antenas, la extracción de agua, presas),
- 2) autopistas, y
- 3) cables ópticos.

Su objetivo de gestión es el establecimiento de procedimientos que minimicen los impactos y peligros en la Unidad de Conservación.

Se compone de ocho “Zonas de Uso en Conflicto (ZUC)” diferentes, que ocupa una superficie de 11,040.35 hectáreas.

La zona de Chapada en el FLONA / ARARIPE, se la identifica como un territorio de gran potencial geológico, de valor paleontológico, de valles y manantiales; siendo objeto de estudio de muchas áreas de investigación.

Los principales riquezas que se explotan, están:

- a) minas de yeso;

- b) minas de piedra caliza;
- c) plantas de extracción principalmente de pequi, carnauba, y frutas silvestres.

La fauna es rica en aves, mamíferos, reptiles e insectos.

Su vegetación es muy diversa, con áreas cerradas (tipo predominante), Caatinga y el Cerrado.

En la región, hay un ave en peligro de extinción, el antilopha bokermanni, que es la única ave endémica (exclusiva) de Ceará.

También es importante destacar las manifestaciones culturales, como la banda de Reyes y Cabaçal, además del Centro Universitario.

Frente a ésta realidad se cuestiona la relevancia y situación del Bosque Nacional de Araripe, la diversidad y profundidad del impacto ambiental del activismo incontrolado en la región, y la creciente invasión de bienes raíces (especialmente en sus laderas).

La influencia del turismo indiscriminado, el contexto de las fuentes de agua en Crato, la conservación del paisaje y los recursos naturales como el suelo y la biodiversidad en FLONA, son reales situaciones de peligro ambiental, en donde debemos fijar muy puntualmente la defensa de su paisaje y riqueza regional.

Estimo que los aspectos y peligros señalados (que a mi entender con el paso del tiempo serán cada vez mayores), la población y las autoridades respectivas, deben abocarse con mayor énfasis en la gestión ambiental, en la defensa de la riqueza regional, utilizando todas las herramientas normativas existentes y a desarrollar alternativas para solucionar la crisis ambiental, con un desarrollo sostenible, y la conservación adecuada de FLONA.

Con éste contexto, los problemas de degradación ambiental tienden a alargarse y a empeorar; la tendencia es la cada vez mayor actividad en su

entorno de proyectos inmobiliarios y de bienes raíces, las industrias de cerámica, calzado, panaderías, el consumo acelerado de la madera, el crecimiento acelerado de la población, sumado el señalado crecimiento de la industria del turismo.

Se aprecia en las áreas de la pendiente del Bosque, están siendo utilizados para la construcción de manera exagerada y alarmante, de extracción de madera para la industria que demanda la fabricación de muebles y artesanías; la exuberancia de las fuentes y la diversidad de las especies que se utiliza para el tráfico interno y externo, sumado la codicia en su ocupación por el uso de sus riquezas, donde el mercado regional y nacional está creciendo aceleradamente. De ésta forma, la belleza y la exuberancia del bosque original, se va degradando cotidianamente por la acción del hombre.

Para Jacobi (1997, p.53) el desarrollo sostenible sólo puede ser entendida como un proceso en el que, por un lado, las restricciones más relevantes están relacionados con la explotación de los recursos, la orientación del desarrollo tecnológico y el marco institucional. La idea de la sostenibilidad implica la prevalencia de la premisa de que es necesario apoyar una limitación concreta sobre las oportunidades de crecimiento y una serie de iniciativas que tienen en cuenta la existencia de partidos y actores sociales relevantes y activos a través de las prácticas educativas y un proceso diálogo informado, lo que refuerza el sentido de la corresponsabilidad y la constitución de los valores éticos.

CAPÍTULO 2º: INTRODUCCIÓN A LAS PROBLEMÁTICAS AMBIENTALES

A los efectos de una más amplia comprensión de las problemáticas señaladas sobre Derecho Ambiental, estimo necesario que para un mejor conocimiento legal de su propia terminología, desarrollo a continuación algunos conceptos, acerca de los principales términos usados en esta materia (*muy próximos a los definidos en el Artículo N° 1 de la Ley 19.300 -Ambiental Chilena-*), a saber:

a) Biodiversidad o Diversidad Biológica: la variabilidad de los organismos vivos, que forman parte de todos los ecosistemas terrestres y acuáticos. Incluye la diversidad dentro de una misma especie, entre especies y entre ecosistemas;

b) Conservación del Patrimonio Ambiental: el uso y aprovechamiento racional o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración;

c) Contaminación: la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencias superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente;

d) Contaminante: todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, vibración, ruido o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental;

e) Daño Ambiental: toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes;

f) Declaración de Impacto Ambiental: el documento descriptivo de una actividad o proyecto que se pretende realizar, o de las modificaciones que se le introducirán, otorgado bajo juramento por el respectivo titular, cuyo contenido permite al organismo competente evaluar si su impacto ambiental se ajusta a las normas ambientales vigentes;

g) Desarrollo sustentable: el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección

del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras;

h) Educación Ambiental: proceso permanente de carácter interdisciplinario, destinado a la formación de una ciudadanía que reconozca valores, aclare conceptos y desarrolle las habilidades y las actitudes necesarias para una convivencia armónica entre seres humanos, su cultura y su medio biofísico circundante;

i) Evaluación de Impacto Ambiental: el procedimiento, a cargo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente o de la Comisión Regional respectiva, en su caso, que en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes;

k) Impacto Ambiental: la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto, o actividad en un área determinada;

l) Línea Base: la descripción detallada del área de influencia de un proyecto o actividad, en forma previa a su ejecución;

ll) Medio Ambiente: el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones.

m) Medio Ambiente Libre de Contaminación: aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental;

n) Norma Primaria de Calidad Ambiental: aquélla que establece los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de elementos, compuestos, sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o la salud de la población;

ñ) Norma secundaria de Calidad Ambiental: aquélla que establece los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de sustancias, elementos,

energía o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza;

o) Normas de Emisión: las que establecen la cantidad máxima permitida para un contaminante medida en el afluente de la fuente emisora;

p) Preservación de la Naturaleza: el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones, destinadas a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posibles la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país;

q) Protección del Medio Ambiente: el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones destinados a mejorar el medio ambiente y a prevenir y controlar su deterioro;

r) Recursos Naturales: los componentes del medio ambiente susceptibles de ser utilizados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades o intereses espirituales, culturales, sociales y económicos;

s) Reparación: la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas;

t) Zona Latente: aquélla en que la medición de la concentración de contaminantes en el aire, agua o suelo se sitúa entre el 80 % y el 100 % del valor de la respectiva norma de calidad ambiental, y

u) Zona Saturada: Aquélla en que una o más normas de calidad ambiental se encuentran sobrepasadas.

La Política Nacional de Medio Ambiente en la República Federativa de Brasil, está desarrollada en la Ley N° 6938 del 31 de agosto de 1981, teniendo como objetivo la preservación, mejoría y recuperación de la calidad ambiental propicia a la vida, con vistas a asegurar, condiciones para el desarrollo socio-económico, a los intereses de seguridad nacional, y a la protección de la dignidad de la vida humana, a saber:

- 1) ação governamental en el mantenimiento del equilibrio ecológico;
- 2) considerando el medio ambiente como un patrimonio público a ser necesariamente asegurado y protegido, teniendo en cuenta el uso colectivo;
- 3) la racionalización del uso del suelo, del subsuelo, del agua y del aire;
- 4) planificación y fiscalización del uso de los recursos ambientales;
- 5) protección de los ecosistemas, con la preservación de áreas representativas;
- 6) control y delimitación de las actividades;
- 7) incentivos al estudio y a la investigación de tecnologías orientadas para el uso racional y la protección de los recursos ambientales;
- 8) acompañamiento del Estado de la calidad ambiental;
- 9) recuperación de áreas degradadas;
- 10) protección de áreas amenazadas de degradación;
- 11) educación ambiental a todos los niveles de enseñanza, inclusive la educación de la comunidad, con el objetivo de capacitar para la participación activa en la defensa del medio ambiente.

Como mecanismo de formulación de la Política Nacional de Medio Ambiente, la Ley N° 6.938, constituyó el Consejo Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), instancia decisoria colegiada, presidida por el Ministro de Estado del Medio Ambiente, de los Recursos Hídricos y de la Amazonia Legal (MMA), e integrada por representantes de los demás Ministerios sectoriales, Gobiernos Estaduales, Distrito Federal, Confederaciones Nacionales de Trabajadores en la Industria, en el Comercio y en la Agricultura, entre otros.

Para aplicación de la política, instituye el Sistema Nacional del Medio Ambiente (SISNAMA), compuesto por los órganos y entidades de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal, de los Municipios y por las fundaciones instituidas por el Poder Público, responsables por la protección y mejoría de la calidad ambiental, teniendo como su Órgano Superior el Consejo Nacional del Medio Ambiente.

Son considerados como instrumentos de la Política Nacional de Medio Ambiente el establecimiento de:

- 1) padrones de calidad ambiental;
- 2) la delimitación ambiental;
- 3) la evaluación de impactos ambientales;
- 4) el licenciamiento y la revisión de actividades efectiva o potencialmente contaminantes;

- 5) los incentivos a la producción e instalación de equipos y la creación o absorción de tecnología, con el objetivo de mejorar la calidad ambiental;
- 6) la implantación de reservas, parques ecológicos y áreas de protección ambiental por el Poder Público Federal, Estadual y Municipal;
- 7) el sistema nacional de informaciones sobre el medio ambiente;
- 8) el censo técnico federal de actividades e instrumentos de defensa ambiental; y
- 9) las penalidades disciplinarias o compensatorias al no cumplimiento de las medidas necesarias a la preservación o corrección de la degradación ambiental.

A nivel nacional brasileño, como consecuencia de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Desarrollo (Rio 1992) fue creada, en el ámbito del Ministerio de la Planificación y el Presupuesto, por el Decreto nº 1.160, de 21 de junio de 1994, la Comisión Interministerial sobre Desarrollo Sostenido (CIDES), teniendo entre sus objetivos fundamentales promover la compatibilización entre los principales capítulos y programas de la Agenda 21, y asesorar al Presidente de la República para tomar decisiones sobre las estrategias y políticas nacionales necesarias para el desarrollo sostenido, de acuerdo con la Agenda 21. En el ámbito de su competencia está la proposición de estrategias, políticas nacionales e instrumentos legales necesarios para la implementación de las actividades.

A pesar que históricamente es reconocida la enorme riqueza de los recursos naturales brasileños, históricamente las inquietudes significativas sobre la protección normativa del medio ambiente es relativamente más próxima.

Un primer hito relevante brasileño se inicia con el Decreto N° 24646 del 17 de julio de 1934, cuando nace la primera norma destinada al contexto del medio ambiental.

Para Osni Duarte Pereira (*Direito Florestal Brasileiro*, pp. 155/156), señala que *el Código representa, sin duda, el mayor paso que se dio en Brasil, a favor de la protección de su flora. Si los resultados prácticos aún se encuentran muy distantes de nuestras necesidades y del progreso de la silvicultura, la responsabilidad del Código es mínima, porque si fuesen cumplidas integralmente sus disposiciones, podríamos estar en la vanguardia de los países de todo el mundo, en este sector.*

Podemos señalar cánones del Código Penal Brasileño del año 1940, por ejemplo el Artículo N° 271 sobre polución de agua potable, que protegían la salud e indirectamente se considera al medio ambiente.

Otras normativas significantes son la Ley N° 4.771 del 15 de setiembre de 1965 en que se dicta un nuevo Código Forestal, sumado al impulso de Ley N° 5197 sobre Protección de la Fauna del 3 de enero del año 1967, y el Decreto-Ley N° 221 del Código de Pesca del 28 de febrero de 1967.

Es importante señalar que a partir de la década del setenta surgieron los primeros movimientos y congresos ecologistas brasileños, como el de Brasilia sobre “El Jurista y los Problemas de Medio Ambiente” del 25 de agosto del año 1971, impulsado por la Unión Internacional de Magistrados.

Señalemos una primer sentencia de la justicia brasileña sobre el medio ambiente de gran impacto en el Brasil, es del año 1973, que el juez José Geraldo Jacobina Rabelo (de la ciudad de Itanhaém, -litoral del Estado de São Paulo-), que prohibió al Departamento autorizar la construcción de edificios de hasta quince pisos en calles no dotadas de redes de alcantarillado, a fin de impedir la polución del mar. La resolución tuvo una gran repercusión en esa época.

Con la Ley N° 6938 del 31 de agosto del año 1981, se puntualiza una política nacional en Brasil sobre el medio ambiente; definiendo que es polución, estableciendo la responsabilidad civil objetiva de las personas jurídicas, dando atribuciones al Ministerio Público para proponer acciones de responsabilidad civil,

fijando una división de competencia entre las agencias ambientales de la Unión, Estados y Municipios.

Con la Ley N° 7347, del 24 de julio del año 1985, se modifican relevantes normas procesales, profundizándose las acciones ambientales públicas; se suman las indemnizaciones; a fin de reparar el daño ambiental; le dio al juez poder para suspender la acción que degradase el medio ambiente, posibilitó al Ministerio Público el derecho de investigar los hechos a través de interdicto civil, legitima las agencias ambientales y de las asociaciones de protección al medio ambiente para ingresar con acciones civiles, y crea un Fondo de Protección al Medio Ambiente.

Con éstas normativas la protección ambiental en Brasil pasó a períodos de inducción, con mayores y mejores propuestas; sumado a la gran cantidad de acciones judiciales, y un beneficio público más intenso.

Con la entrada en vigor de la Constitución Federal del año 1988, se da mayores perspectivas en la defensa del medio ambiente.

Para Raúl Brañes Brañes, Raúl (*O Constitucionalismo Ambiental Latino Americano*, Revista AJUFE, n. 55, p. 65) señala que asistimos a un reverdecimiento (*greening*) de las Constituciones Políticas de la región latinoamericana.

En la Carta Magna Brasileña, en el Artículo N° 255 se establece que todos los brasileños son responsables por la protección del ambiente, para esta y futuras generaciones; y se consagró el Principio de la Prevención, ordenando la educación ambiental en todos los niveles de enseñanza; decretó estudios previos de impacto ambiental para toda obra o actividad potencialmente causadora de impacto ambiental; como también la responsabilidad penal de la persona jurídica.

La Carta Magna impulsó una transformación muy relevante, transformadora, con normas más eficaces en la defensa del medio ambiente, con mayores acciones en el contexto judicial; y con más decisiones legales direccionadas a la defensa del medio ambiente; sumado a la gran cantidad de estudios académicos de grado y postgrado tanto en el ámbito público como privado.

La avanzada Constitución Federal de 1988 contiene normas muy avanzadas, por ejemplo con relación a la tutela ambiental; el Artículo N° 225 que dispone que *“cada ciudadano tiene derecho a un ambiente ecológicamente equilibrado y les corresponde al poder público y a la colectividad defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras. Se establece que el ambiente es un bien de uso común*

del pueblo y esencial a la mejor calidad de vida. Le incumbe al poder público preservar y restaurar los procesos ecológicos y defender los ecosistemas; preservar la diversidad del patrimonio genético; definir los territorios que hay que proteger; exigir los estudios de impacto ambiental; controlar la producción, el comercio y el uso de las tecnologías; promover la educación ambiental; proteger la flora y fauna. Se establece expresamente que la selva amazónica, la mata atlántica y muchos otros bosques constituyen un patrimonio nacional y su utilización no puede aprovecharse sin el respeto al ambiente”.

La dominante manera de proteger al medio ambiente, es la “prevención”, e importantísimo es la educación de la sociedad, y el activismo del Estado a quien le corresponde una participación muy intensa en ésta materia.

Como también la sociedad en su conjunto (empresas, autoridades, educadores, etc.) todos compenetrados en sumar en la defensa ambiental.

Al Estado le incumbe reaccionar a fin de encaminar la reparación de posibles daños ambientales, y es aquí donde podemos señalar diferentes tipos de responsabilidades, la administrativa, la civil y el penal.

Responsabilidad administrativa: La Constitución Federal de Brasil, en su Artículo N° 23, señala que es competencia común de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios proteger el medio ambiente y combatir la polución en cualquiera de sus formas.

Esto implica que todos los individuos con derechos políticas pueden ejercer acciones de policía administrativa. La Unión tiene su Agencia Federal que es el Instituto Brasileño de Medio Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables (IBAMA), órgano ambiental que ejerce sus actividades (similares a la Environmental Protection Agency -EPA-, en EEUU); con legislación de advertencia, multa, aprehensión de haberes, suspensión o reducción de actividades, embargo o demolición de obra, pérdida o destrucción de cosas y haberes.

Todos los Estados Brasileños tienen sus órganos ambientales; pero su activismo e importancia en el cuidado ambiental tiene mucha relación con sus posiciones económicas y sus políticas de Estado dentro de la Federación.

En general los Estados más ricos son en general los más eficientes; y los Municipios más ricos (algunos bien estructurados) también poseen secretarías más activas con el fin de proteger el ambiente; pero la mayor parte deja esta función para el órgano federal o estatal.

La actividad administrativa es practicada y desarrollada muchas veces con estructuras que son exiguas para solucionar la multiplicidad de situaciones y problemáticas que surgen.

Tomó gran lanzamiento la actividad administrativa a partir de la vigencia de la Ley N° 9605 del 12 de febrero de 1998 y de su Reglamentación a través del Decreto N° 3179 del 21 de septiembre de 1999; ya que a partir de las mismas las sanciones administrativas se volvieron mucho más duras, desanimando a los infractores en su finalidad de ejecutarlas, por ejemplo la multa puede alcanzar hasta R\$ 50,000,000, sumado a que los órganos ambientales pasaron a imponer penas que antes no se utilizaban, como la demolición de una obra ilegalmente construida.

Responsabilidad Civil: El Ministerio Público está autorizado, desde la vigencia de la Ley 6938, de 31/8/1981, a proponer acciones de reparación o indemnización, y a partir de 1988 la propia Constitución Federal dio legitimación a este órgano para proteger al medio ambiente, conforme al art. 129, III.

En los E.E.U.U corresponde a la Agencia Federal, -EPA-, o a las agencias de los Estados proponer acciones civiles.

Para Craig N. Johnston (Indenização civil em casos ambientais, p. 3. de la Northwestern School of Law Lewis & Clark College, Portland, Oregon), el Congreso da a los ciudadanos el poder de hacer valer el derecho cuando ni la EPA ni los Estados proponen una acción para el cumplimiento de una ley respecto de una determinada violación.

En muchos países la legitimación para ingresar en el Poder Judicial es de los órganos ambientales; por ejemplo en Italia la legitimación le compete al Estado o a las entidades regionales (Ley N° 349, del 8 de julio de 1986, Artículo N° 18, III); las asociaciones de protección ambiental pueden denunciar los hechos al Estado, intervenir en las acciones o ingresar en la jurisdicción administrativa (ley citada, Artículo N° 18, IV y V) -pero luego, no pueden ser titulares de acción de indemnización o reparación en el juicio ordinario-.

La Procuraduría de la República Federativa de Brasil y el Ministerio Público de los Estados Brasileños impulsaron muchas acciones judiciales, cuyos resultados estimo han sido muy importantes ya que los tribunales constantemente juzgan pedidos y ordenan la reparación de los daños causados o el pago de la respectiva indemnización.

Hoy en día la legislación se presenta cada vez más positiva a la actuación de las ONG; por ejemplo con la Ley N° 9784 del 29 de enero de 1999, de que acompañen las ONG los procesos administrativos en que se presente

infracción relacionada con daños ambientales, solicitando lo que es debido e impulsando a la instancia superior.

Responsabilidad Penal: De tenerse en cuenta que el bien jurídico a ser protegido es el medio ambiente, de forma autónoma, imprescindible para la propia longevidad del hombre.

La propensión del derecho penal en la mayor parte de los países, es recurrir a la criminalización de conductas para asegurar una gran protección.

En Italia eso no es novedad, fue en la década de los años 70 que el Poder Judicial empezó a intervenir con rigor en las cuestiones ambientales.

Con la vigencia de la Ley N° 319 (legge Merli) del 13 de junio de 1976, en Italia la justicia empieza a tomar intervención en temas de carácter ambiental, que dio protección a las aguas, definiendo como delito la descarga fuera de los límites permitidos y la consiguiente polución.

En la doctrina procesal, y en especial con responsabilidad ambiental, se admite con bastante aceptación, la siguiente clasificación de intereses, a saber:

a- Intereses difusos: en los que se trata de bienes públicos de uso común en los que hay una titularización difusa en cabeza de los individuos con derecho a ese uso.

b- Intereses colectivos: en los que se concede acción al titular del bien colectivo - aquí la relación entre el titular y el bien no es difusa, sino directa-.

c- Intereses individuales homogéneos: en los que hay una causa o un crédito común a varios individuos, que le da una homogeneidad objetiva y que autoriza, por razones de economía procesal, la acción acumulativa.

Para Mario Almerighi (“A iniciativa do Pretor e seu significado político-institucional”, in “ *Diritto e ambiente* ”, parte II, p. 25) por primera vez en la historia democrática italiana que asumen relevancia concreta los problemas legales al actuar del juez en las relaciones con la sociedad civil y su política. Hoy, encontramos mucha jurisprudencia en los tribunales italianos.

En el caso de Portugal, su Código Penal fue modificado a través del Decreto- ley N° 48 del 17 de febrero de 1995, en el Capítulo II -De los crímenes de peligro común-; surgiendo los Artículos N° 278 que crea la figura de daño contra la naturaleza, el Artículo N° 279 de la Contaminación, y el Artículo N° 280 el tipo penal de Polución –consanciones de 1 a 8 años de prisión-.

Para Antonio Herman V. Benjamim (“Crimes Contra o Meio Ambiente: Uma Visão Geral”, in *Ministério Público e Democracia*, t. II, p. 391) señala que si el derecho penal es, de hecho, *ultima ratio* en la protección de bienes individuales (por ejemplo vida y patrimonio), con más razón se impone su presencia cuando se está frente a valores relacionados a la colectividad una vez que estrechamente conectados a la compleja ecuación biológica que garantiza la vida humana en el planeta.

En EE.UU la contaminación de la atmósfera es castigada en el Clean Air Act –CAA-, la de las aguas en el Clean Water Act -CWA-, y el transporte de sustancias peligrosas en la Resource Conservation and Recovery Act -RCRA-.

Los Códigos Penales antiguos poseen dispositivos protegiendo la salud e indirectamente el ambiente, pero la defensa ambiental misma empezó a ser adoptada en leyes diseminadas.

Brasil adopta leyes penales específicas para crímenes ambientales; y siendo un Estado federal con una justicia federal, que es nacional, y una justicia propia para cada uno de sus 27 estados, es común que surjan dudas sobre la competencia para juzgar los crímenes ambientales.

En Brasil la competencia está establecida en el Artículo N° 109 de la Constitución Federal de 1988, y el medio ambiente es considerado patrimonio común de todos, así, la contusión ambiental afecta a todos indistintamente, consecuentemente, en muchos de los casos la competencia es de la Justicia Estadual.

La evolución de la conciencia jurídica pasó a exigir que las acusaciones estuvieran debidamente tipificadas en la ley penal, con garantías.

Los tipos de crímenes ambientales presentan algunas complejidades, a veces difícil de detallar con la diversidad de representación y degradación del medio ambiente.

Es común que el tipo penal ambiental se consume con el simple peligro, sin la necesidad del daño (tratase de la aplicación del Principio de la Precaución al Derecho Penal); el legislador se anticipa y castiga al agente antes de que ocurra el daño; se exige que el peligro sea concreto.

Celso Delmanto (Código Penal comentado, p. 8.), habla de leyes penales en banco, que son aquellas que no poseen definición integral, necesitando ser complementadas por otras leyes, decretos o reglamentos (en los crímenes ambientales eso es común, provocando críticas de la doctrina tradicional, -ocurre que es imposible para la ley describir conductas cuya gravedad se altere con el tiempo-).

Podemos también señalar al Principio de la Insignificancia que procura excluir la tipicidad en los casos de pequeña relevancia; y aquí Francisco de Assis Toledo (Princípios Básicos de Direito Penal, p. 187.) señala que, según el Principio de la Insignificancia se revela por entero por su propia denominación; el derecho penal por su naturaleza fragmentaria, va solamente hasta donde sea necesario para la protección del bien jurídico; no debe ocuparse de temas menores, como por ejemplo el hurto de un pan, por su bajo valor no tiene significado para el Derecho Penal.

En Brasil los delitos obrados contra la fauna eran penados con rigor, por tal motivo los jueces pasaron a reconocer como intrascendente la muerte de pocas especies; tal posición -peligrosa- conlleva que casi siempre es concebida sin mayores saberes (basándose apenas en el número de animales muertos).

Ésta situación de falta de un juicio objetivo acarreó al Tribunal Regional Federal de la 4ª Región, a amparar la posición de que el juez puede reconocer cuando está vigente el Principio de la Insignificancia, fundándose el fallo el asunto puntual, la muerte de las especies es irrelevante; significando que la decisión judicial debe ser madurada y fundada en realidades específicas y en vicisitudes determinados.

Por ejemplo la Ley N° 519/67 sobre Caza Ilegal, Principio de Insignificancia (Brasil, Tribunal Regional Federal de la 4ª Región. 1ª Turno, Apelación Criminal N° 95.04.15255-4/RS. Relator Volkmer de Castilho, j. 18/4/1997. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, v. 27. pp. 93/95.): *“El abatimiento de tres armadillos y dos «mulitas», en el ejercicio de caza ilegal, no puede ser considerado insignificante. Los crímenes contra la fauna deben ser considerados no sólo en sí, como destrucción de las especies, pero también en relación a la preservación de las especies y al equilibrio ecológico. Importancia que no se mide por la cantidad, sino por la función de las especies”.*

En los últimos años, la relevancia de preservar la biodiversidad, ha pasado a ser una preocupación en el Brasil, ya que en principio pasó que por la gran extensión territorial del país y la ignorancia o ingenuidad o negligencia o impericia a la deficiente conclusión de que los patrimonios naturales eran ilimitados; y porque sólo con las recientes disputas sobre el control de la propiedad intelectual o industrial de productos farmacéuticos, o alimenticios o cosméticos, como también la polución, el efecto invernadero, o el cambio climático, se adquirió que el tema llegase a un nivel de mayor preocupación.

El tema del Derecho de la Biodiversidad es una arista muy importante en el contexto ambiental. Entiendo que fue muy importante la iniciativa de la realización del *Seminario Internacional sobre Derecho de la Biodiversidad*, impulsado por el Centro de Estudios Judiciales del Consejo de Justicia Federal, en Brasilia del 11 al 14 de mayo de 1999.

El mismo tuvo la virtud de llamar la atención por la importancia del tema y las repercusiones que tendría en las relaciones legales; sumado a los aportes de los conferencistas, sino también la mirada de políticos y de representantes indígenas.

Sin embargo, es necesario decir que el Derecho de la Biodiversidad aún es poco conocido y discutido en el Brasil.

La Constitución Federal Brasileña de 1988 que impulsa la protección medio ambiente de forma general en diversos dispositivos, particularmente no hace referencia explícita a la biodiversidad.

A partir del Decreto 4339/2002 del Poder Ejecutivo Brasileño, con un gran contenido, impulsa en Brasil una Política Nacional de la Biodiversidad.

Por primera vez en el Brasil se hizo mención explícita a la necesidad de prevenir y combatir en su origen las causas de la reducción o pérdida de la biodiversidad, y se intentó como objetivos, entre otros, el apoyo a investigaciones, la creación de un sistema nacional de registro de especies existentes en el territorio brasileño, elaboración de listas de especies amenazadas de extinción, relacionar las especies exóticas invasoras, valorización de los conocimientos de las comunidades tradicionales y pueblos indígenas, concesión de incentivos tributarios para propietarios que mantengan áreas de preservación ambiental y perfeccionar la cooperación internacional para la mejora de la implementación de las acciones de gestión de la biodiversidad.

Encontramos los denominados Promotores de Justicia del Medio Ambiente en Brasil, reciben cotidianamente gran cantidad de denuncias de infracciones, y que se dedican con exclusividad al tema; impulsan acciones civiles públicas, y están siendo legitimados para proponer las acciones civiles ambientales.

Los justicia también comienza a especializarse, por ejemplo en los Estados de Amazonas, Mato Grosso y Espírito Santo fueron instaurados Juzgados Ambientales, con competencia amplia, alcanzando grandes regiones.

Son muy importantes trabajando en los conocimientos técnicos, actuando junto a los Fiscales del Medio Ambiente.

Como antecedentes en estos temas encontramos a Nueva Zelandia que tiene Cortes Ambientales de 1º Instancia; en Sidney (Australa) con su Tribunal de Tierras y Medio Ambiente del Estado de Nueva Gales del Sur cuya jurisdicción es ejercida por 5 jueces, 9 asesores técnicos, 2 secretarios y algunos asesores aborígenes. Según el jurista Paul Stein (“Direito Ambiental, mito ou realidade? Um Tribunal especializado em meio ambiente: uma experiência australiana”, in Direito Ambiental em evolução, p. 228.) que integra dicho magistratura *“la creación de un tribunal especializado también elevó la concientización pública e industrial en cuestiones ambientales y de planeación. Eso fue considerablemente ayudado por el acceso facilitado a las partes a través de provisiones abiertas. En contraste, donde la jurisdicción permanece fragmentada, el impacto del derecho ambiental en la conciencia pública es menor”*.

Por ejemplo el Ministerio Público del Estado de Minas Gerais profundizó el control de la polución hídrica en el Río São Francisco (conocido como el río de la integración nacional brasileña).

Atualmente hay 5 fiscales especializados (capacitados en ambiental) que protegen y dan soluciones que repercuten en diversas ciudades de las problemáticas existentes (en el antiguo sistema la Fiscalía de cada ciudad conocía sus problemáticas de contaminación hídrica).

El Poder Judicial tiene un relevante papel que cumplir en la protección del medio ambiente; lo que corresponde al Judiciario es tener sensibilidad para la importancia de la cuestión y promover el entrenamiento de sus jueces, capacitándolos a resolver las importantes cuestiones que les son sometidas.

Esta ha sido una preocupación de la Organización de las Naciones Unidas, a través del Programa de las Naciones Unidas para la Protección del Medio Ambiente, PNUMA. Esta organización internacional viene promoviendo, muchos encuentros regionales de jueces.

Importante fue el Simposio Global de Jueces sobre el Derecho y el Desarrollo Sustentable, en Johannesburgo, África del Sur, del 18 al 20 de agosto del año 2002; donde Jueces de más de cincuenta países discutieron formas de conductas del Poder Judicial en las causas que envuelven el Derecho Ambiental.

El MMA debe tener un revelador e indefectible trabajo, y con especial afectación a la implantación en el contexto ambiental en las medidas de políticas públicas, a saber:

1) el Protocolo Verde como dispositivo institucional de introducción de la variable ambiental como criterio relevante en las decisiones de política económica y de financiamientos de proyectos por las agencias oficiales de desarrollo. Se espera que los agentes de financiamiento privados vengán a adherir al sistema, consolidándolo definitivamente.

2) el activismo del sector productivo y demás ámbitos de la sociedad civil, a través de la negociación, con responsabilidad, respeto, y con diálogo, perfilado para la pericia del uso sustentable de los recursos naturales.

En relación a la descentralización de sus objetivos, el Ministerio de Medio Ambiente intenta una serie de medidas buscando transferir, total o parcialmente a Estados, Municipios y Organizaciones no-gubernamentales -ONG-, y otras entidades públicas y de carácter privadas la proyección y la ejecución de políticas y trabajos de carácter ambiental.

Podemos también señalar los Programas de Ejecución Descentralizados, que son programas brasileños, que intenta acercar el camino de la interacción entre el Gobierno Federal y los Estados.

A través de éstos, los Estados deciden proyectos que posibilitan un desarrollo sostenido, los cuales son mantenidos financieramente por el Ministerio de Medio Ambiente.

Entre los programas y proyectos impulsados por el Ministerios de Medio Ambiente -MMA- podemos mencionar:

- 1) Programa de Evaluación del Potencial de los Recursos Vivos de la Zona Económica Exclusiva -Programa REVIZEE- (con el objetivo de realizar inventario de los recursos vivos marinos y las características ambientales de sus acontecimientos, determinar sus biomasas y establecer los potenciales de captura sostenible);
- 2) Plan Nacional de Gerenciamiento Costero –PNGC- (a fin de desarrollar el ordenamiento de uso y ocupación de la región costera del Brasil con vistas a su desarrollo sostenido);
- 3) Programa Nacional de Biodiversidad –PRONABIO- (para la implantación del Proyecto de Conservación y Utilización Sostenida de la Biodiversidad -PROBIO-;);
- 4) Programa Piloto para la Protección de las Florestas Tropicales del Brasil - -PPG-7 (a fin de buscar viable la implementación de proyectos con vistas a obtener y demostrar modelos de desarrollo sostenido de florestas tropicales);

- 5) Programa Nacional de Medio Ambiente –PNMA- (a fin vigorizar institucionalmente los organismos responsables por las acciones relativas al medio ambiente a nivel estadual y local;
- 6) Promover el desarrollo de instrumentos y mecanismos de gerencia y acciones de protección de ecosistemas; y
- 7) ser viable la aplicación de los mecanismos de análisis de mercado a la gestión del medio ambiente y al uso sostenible de los recursos naturales.

Con la Ley N° 6.938 del 31 de Agosto del año 1981, identificada como la Política Ambiental Brasileña, subraya la introducción de un abordaje nuevo para el medio ambiente; y que ningún daño ambiental está exento del efecto de la responsabilidad y reparación, y consecuentemente, no se tolera ninguna emisión contaminante, señalando las responsabilidades y las correspondientes indemnizaciones.

Entre las Agencias Federales brasileñas responsables de la aplicación de las normativas ambientales, que comprende el Sistema Medio Ambiental Brasileño, identificado como SISNAMA, está compuesto, a saber:

Consejo Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), agencia normativa, consultiva y que toma decisiones;

- 1) El Ministerio del Medio Ambiente, que es responsable de la coordinación, supervisión y el control de la Política Nacional del Medio Ambiente;
- 2) El Instituto Brasileño de Medio Ambiente y de Recursos Naturales Renovables (IBAMA), que es su agencia de ejecución.
- 3) La legislación ambiental brasileña, reconoce que la protección jurídica del medio ambiente requiere acciones descentralizadas, donde los Estados y Municipios son responsables por tomar medidas y hacer que se cumplan; per a su vez el gobierno

general posee la competencia exclusiva para legislar sobre aguas, energía, minería, biotecnología y la actividad nuclear.

Por definición establecida en el Artículo N°1, de la Resolución N° 1 del 23 de enero de 1986 del Consejo Nacional del Medio Ambiente, dispone que se considera Impacto Ambiental cualquier alteración de las propiedades físicas, químicas y biológicas del medio ambiente, causada por cualquier forma de materia o energía resultante de las actividades humanas que, directa o indirectamente, afectan a la salud, la seguridad, el bienestar de la población, las actividades sociales y económicas, las condiciones estéticas y sanitarias del medio ambiente y las cualidades del recurso natural.

Se utiliza a tales fines un diagnóstico ambiental del área de influencia del proyecto, considerando su impacto; definición de las medidas mitigadoras de esos impactos, elaboración del programa de monitoreo de los impactos positivos y negativos.

El XXI Congreso Brasileño de Derecho Ambiental llevado a cabo entre el 4 y el 8 de junio, en el Instituto El Derecho por un Planeta Verde y el Ministerio Público de San Pablo, se debatió sobre los avances y desafíos que se presentan en materia de jurisprudencia, ética y justicia ambiental.

CAPÍTULO 3º:

PROGRESOS AMBIENTALES INTERNACIONALES

El medio ambiente se relaciona con la vida, comprendiendo los bienes naturales y culturales indispensables para su subsistencia, en consecuencia el bien ambiental es susceptible como definición formal como la alteración del principio organizativo de la naturaleza; y como concepto relacional porque adquiere significación en cuanto afecta otro bien jurídico protegido, cual es la vida en todas sus formas.

El bien jurídico protegido genera un derecho fundamental: el derecho a un medio ambiente sano, y en éste campo profundizar el estudio por ejemplo el del cambio climático, que es uno de los grandes desafíos que enfrenta la humanidad actualmente.

Con las Convención Marco de la Naciones Unidas sobre el Cambio Climático en 1994 y al Protocolo de Kioto en 2002, los países se comprometen ante la comunidad internacional a hacer frente a este desafío “proponer políticas y formular los planes, programas y planes de acción en materia de cambio climático”, teniendo como misión contribuir a la integración de la problemática asociada al cambio climático en las políticas públicas del país, para lograr un desarrollo sustentable y una economía baja en carbono.

En la Declaración de la Conferencia de las Naciones sobre el Medio Ambiente Humano, llevada a cabo en Estocolmo (Suecia), del 5 al 16 de junio de 1972, a los efectos de la búsqueda de criterios y principios comunes que ofrezcan a los pueblos del mundo iluminación y una meta preservar y mejorar el medio ambiente humano, deja asentados principios relevantes que estimo de gran convicción, entre las que debemos señalar:

Principio 2: *Los recursos naturales de la tierra, incluidos, el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga.*

Principio 4: *El hombre tiene la responsabilidad especial de preservar y administrar juiciosamente el patrimonio de la flora y la fauna silvestre y su hábitat, que se encuentren*

actualmente en grave peligro por una combinación de factores adversos. En consecuencia, al planificar el desarrollo económico debe atribuirse importancia a la conservación de la naturaleza, incluidas la flora y fauna silvestre.

Principio 11: *Las políticas ambientales de todos los Estados deberían estar encaminadas a aumentar el potencial de crecimiento actual o futuro de los países en desarrollo y no deberían coartar ese potencial no obstaculizar el logro de mejores condiciones de vida para todos. Los Estados y las organizaciones internacionales deberían tomar las disposiciones pertinentes con miras de llegar a un acuerdo para hacer frente a las consecuencias económicas que pudieran resultar, en los planos nacional e internacional, de la aplicación de medidas ambientales.*

Principio 14: *La planificación racional constituye un instrumento indispensable para conciliar las diferencias que puedan surgir entre las exigencias del desarrollo y las necesidades de proteger y mejorar el medio.*

CLUB DE ROMA de 1968:

A raíz de los impulsos del industrial de origen italiano Aurelio Peccei y de los científicos Alexander King y Eduard Pestel se produce el nacimiento del CLUB DE ROMA del año 1968, su objetivo era congregar a una gran cantidad de personalidades, que resultasen de una multiplicidad de países y culturas, con diversidad de peculiaridades.

Su objetivo era que éste conglomerado de referentes, reflexionen, pretendiendo con ello que este conjunto de figuras relevantes dialoguen y exterioricen sobre:

- 1) La tipificación de las problemáticas que perturban a la humanidad.
- 2) Profundizar el camino de las soluciones. Informar a las autoridades y grupos de poder, como también a la opinión pública de

las problemáticas existentes.

3) Teniendo como ejes la perspectiva global, interdependiente, de largo plazo, de las problemáticas mundiales, y la responsabilidad frente a las generaciones futuras.

El primer paso hacia una conciencia ecológica fue la publicación del libro Primavera Silenciosa en el año 1962, del escritor Rachel Louise Carson (ecologista científico americano). Se entiende que su obra contribuyó en la creación de una conciencia de la necesidad de imponer una legislación más rígida y proteccionista del medio ambiente.(BARROS, 2008).

El CLUB DE ROMA es una asociación que tiene tipos de miembros, a saber: activos, asociados, de honor, y institucionales.

Esta institución encarga determinados Informes a personalidades que son tenidos en cuenta para reflexionar y debatir; y así han surgido, por ejemplo los informes de:

“Los Límites del Crecimiento” (Meadows),

“La Humanidad en la Encrucijada” (Mesarovic y Pestel)

“Aprender, Horizonte sin Límites” (Botkin y otros),

“Itinerarios del Futuro” (Hawrylyshyn),

“Microelectrónica y Sociedad” (Schaff y Friedridchs),

“La Revolución de los Desheredados” (Schneider),

“Más Allá de los Límites del Crecimiento” (Meadows),

“La Capacidad de Gobernar” (Droz),

“La Red” (Juan Luis Cebrián),

“El Dilema del Empleo” (Giarini y Liedtke),

“El Futuro de los Discapacitados” (Rafael de Lorenzo).

Informe BRUNDTLAND:

Dicho informe fue instaurado en el año 1987 por la Organización de las Naciones Unidas -ONU-, bajo la dirección médica del Estado de Noruega.

También conocido como el informe “Nuestro futuro común” fue el primer documento en llevar el concepto de “desarrollo sostenible” para el debate público y político.

Sitúa una serie de objetivos a cumplir por las naciones de todo el mundo para advertir el progreso de la decadencia del cuidado del medio ambiente y del clima.

El médico Gro Harlem Brundtland (profesor de salud pública) en el año 1983 fue invitado por la Secretaría General de las Naciones Unidas (en atención a la agenda política sobre el medio ambiente y la transformación del planeta) para establecer y presidir la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, a fin de impulsar un trabajo precursor, en relación a la salud y las actividades en acciones concernidas con el medio ambiente y el desarrollo humano.

El informe Brundtland, estuvo terminado en el año 1987, luego de extensas reuniones administradas por el médico Gro Harlem Brundtlan, y formadas por especialistas de diversas áreas, y considerado innovador para la época (con contenidos sobre el calentamiento global o la destrucción de la capa de ozono).

Entre los contenidos apuntados en el informe, podemos extraer, a saber:

"Muchos de nosotros vivimos más allá de los recursos ecológicos, por ejemplo, en nuestros patrones de consumo de energía. En un mínimo, el desarrollo sostenible no debe poner en peligro los sistemas naturales que sustentan la vida en la tierra, el aire, el agua,

el suelo y los seres vivos. En esencia, el desarrollo sostenible es un proceso de cambio en el que la explotación de los recursos, la dirección de las inversiones, la orientación del desarrollo tecnológico y el cambio institucional están en armonía y refuerzan el potencial actual y futuro para satisfacer las aspiraciones y las necesidades humanas "

Es interesante diversos puntos de vista de Rafael Feldmann (CDO de EFE verde, abogado brasileño de Mattos Filho), sobre la legislación brasileña sobre medio-ambiente, a saber: *“Es de sobra conocido que Brasil es el país con la mayor biodiversidad del mundo: actualmente, alberga 55.000 diferentes especies de plantas y tiene una superficie de aproximadamente 5.280.000 km² de vegetación virgen (alrededor del 62% del total de su territorio). Por otra parte, Brasil tiene una gran necesidad de desarrollo económico a lo largo de las próximas décadas. A pesar de que, según el Banco Mundial, figura como la séptima economía más grande del mundo, el país tiene altos índices de pobreza y una de las peores y más injustas distribuciones de ingresos, lo que demanda una solución lo antes posible.*

Así, el principal problema que se plantea es: ¿Cómo Brasil puede conciliar el desarrollo sostenible, preservar el medioambiente y aún así mantener altos índices de crecimiento económico? Desde mi punto de vista, esto es posible mediante la debida ejecución de la legislación medioambiental, la cual ya está preparada para gestionar este gran reto, aunque todavía, esta misma legislación necesita de una aplicación más amplia por parte de los organismos públicos y de la sociedad como un todo.

.....Para un crecimiento económico entrelazado con el desarrollo sostenible, lo más importante es garantizar que la legislación existente sea debidamente cumplida. Teniendo en cuenta la gran cantidad de inversiones extranjeras y la mejora de la economía de Brasil en los últimos 10 años, no hay mejor oportunidad que ahora para el Gobierno para llevar a cabo una mejor capacitación de los órganos de control medioambiental, con la contratación de más agentes y una mejor estructura gubernamental”.

Es relevante lo desarrollado en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, reunida en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, donde se reafirman la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano -aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972-; donde se reconocen la naturaleza integral e interdependiente de la Tierra como nuestro hogar; y entre los principios más relevantes señalamos, podemos señalar:

Principio N° 17: Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que éste sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente.

Principio N° 19: Los Estados deberán proporcionar la información pertinente y notificar previamente y en forma oportuna a los Estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos, y deberán celebrar consultas con esos Estados en una fecha temprana y de buena fe.

En 1995, se llevó a cabo en Berlín / Alemania, la primera conferencia de los países que formaban parte del "Marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático", la intención era examinar los compromisos establecidos para los países desarrollados, al final se concluyó que era inadecuada. Se estableció el "Mandato de Berlín", que:

"Ha puesto en marcha un proceso de dos años para la discusión de un protocolo de la Convención, para definir nuevos compromisos jurídicamente vinculantes" con las obligaciones más estrictas para los países desarrollados (Brasil, el Senado, el Protocolo de Kyoto, Colección Ambienta III, 2008).

El Mandato de Berlín terminó con la tercera conferencia en Kyoto (Japón, en 1997), que fue la formulación de consenso del Protocolo de Kyoto. De acuerdo con el protocolo de "países desarrollados acordaron reducir los compromisos diferenciados o limitación de las emisiones entre 2008 y 2012" al

menos 5 % sobre las emisiones combinadas de gases de efecto invernadero (Brasil, el Senado, el Protocolo de Kyoto, Colección Ambienta III, 2008).

Los EE.UU (el principal responsable de las emisiones de gases de efecto invernadero, alrededor del 35 %), Canadá y Australia se negaron a firmar el tratado porque señalaron que sólo los países industrializados tendrían que cumplirlo.

En septiembre del año 2002, la Conferencia Mundial sobre el Desarrollo Sostenible en Johannesburgo (Sudáfrica), se reafirmó que el desarrollo sostenible como el elemento central de la agenda internacional, y dio un nuevo impulso a la acción global para luchar contra la pobreza, así como la protección del medio ambiente.

MERCOSUR

En el ámbito del MERCOSUR -Mercado Común del Sur- (Brasil, Argentina, Paraguay, Uruguay y Venezuela) impulsaron en los últimos años proyectos ambientales a fin coordinar políticas y normativas comunes destinadas a la promoción del desarrollo sostenible en el Bloque Regional.

Para el jurista argentino Ricardo Lorenzetti, Presidente la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina en su trabajo “DERECHO AMBIENTAL EN EL SISTEMA JURÍDICO DEL MERCOSUR”, señala que “...en el campo de las normas fundamentales de derecho privado, y en relación al MERCOSUR, podemos distinguir entonces:

A. Derechos fundamentales, como el relativo a un medio ambiente sano. Esta categoría de normas tiene su sede en el Tratado de Asunción, en las Constituciones Nacionales, y en los compromisos internacionales asumidos por el Mercosur.

B. Reglas institucionales, como las que receptan leyes fundamentales de la naturaleza como límite del obrar social. Este tipo de normas se advierte con claridad en el derecho

derivado del Mercosur, en todo lo referente a la regulación del Mercado. Hay una serie de normas en derredor de la actividad empresarial de gran importancia para redefinir la relación entre la empresa y el medio ambiente.

C. Garantías sustantivas, estas normas se dan en la posibilidad de reclamar por daños o la prevención del daño ambiental.

D. Garantías procesales, a través del amparo, la medida cautelar sustancial, el mandato de innovar y no innovar”.

Para ARCOCHA, Carlos ("Mercosur, Ecosistema operativo de integración ambiental", publicado en "Del Mercosur", coordinado por CIURO CALDANI, Miguel Angel, Ed. Ciudad Argentina, Bs.As., 1996, pag. 329) sostiene que:

"la existencia de legislaciones ambientales en los Estados Partes puede afectar decisivamente a la consolidación de un mercado común".

Los estándares ambientales disímiles de los derechos positivos nacionales pueden constituir barreras para la libre circulación. Sin perjuicio de que entendemos que la legislación ambiental no puede ser calificada como barrera no arancelaria en los términos del artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980, hay aspectos que pueden ser distorsionados para convertirse en verdaderos obstáculos.

Tanto los diferentes niveles de responsabilidad por daños como los estándares de normas de calidad ambiental, definen distintos costos empresarios como también diferente protección del bien ambiental.

Por ello es necesaria la armonización legislativa en este tema.

La Decisión No. 2/01 del Consejo del MERCOSUR, trata del Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR, ratificado posteriormente por los respectivos Parlamentos, en vigor desde junio de 2004.

El Acuerdo propone la cooperación entre los integrantes del Bloque para implementar acciones con miras a profundizar el análisis de los problemas

ambientales de la región a través de los órganos nacionales competentes y con la participación de la sociedad civil organizada.

En marzo de 2006, durante la realización de la I Reunión Extraordinaria de los Ministros de Medio Ambiente de los Estados Parte, fue suscrita la Declaración de los Ministros de Medio Ambiente sobre la Estrategia de Biodiversidad del MERCOSUR, en la cual los signatarios proponen como objetivo general de esta iniciativa:

“establecer directrices y líneas prioritarias para la integración de políticas y acciones (...) que se orienten hacia la conservación de la biodiversidad, el uso sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa de los beneficios que se deriven de los recursos genéticos, para avanzar hacia la construcción del desarrollo sostenible del MERCOSUR”.

La Estrategia de Biodiversidad del MERCOSUR está estructurada en siete componentes o ejes temáticos:

- 1) conocimiento e información sobre la biodiversidad;
- 2) conservación de la biodiversidad;
- 3) uso sostenible de los componentes de la biodiversidad;
- 4) monitoreo, evaluación, prevención y mitigación de impactos sobre la biodiversidad;
- 5) acceso a los recursos genéticos, conocimientos tradicionales asociados y repartición de beneficios;
- 6) educación, sensibilización pública, socialización y divulgación sobre la biodiversidad;
- 7) fortalecimiento político, jurídico e institucional.

Cada componente contiene directrices generales que son complementadas por líneas de acción que buscan integrar, fortalecer y coordinar iniciativas ya en curso, así como indicar acciones consideradas esenciales y viables dentro del horizonte temporal de la estrategia.

La Decisión 3/91 del Consejo Mercado Común -CMC- en su Artículo N° 8, señala que los acuerdos sectoriales deben contemplar la preservación y el mejoramiento del medio ambiente (normas con pretensión de limitativa del derecho derivado, en el sentido de que no es posible una norma cuyos efectos sean lesivos del bien jurídico protegido); que fue completada en la Decisión N° 4/91 del Consejo del Mercado Común -CMC- y con la Resolución N° 1/94.

Sumado a normas que constituyen mandatos, y así se aprobaron por Resolución N° 10/94 del Grupo Mercado Común -GMC- "Directrices Básicas en Materia de Política Ambiental", la que lleva un anexo donde se afirma la armonización de la legislación ambiental de los Estados Partes del MERCOSUR, teniendo en cuenta especialmente su aplicación real, en vistas a los costos empresariales. Se indica asimismo que se debe contar el "costo ambiental en el análisis de la estructura de costo total de cualquier proceso productivo".

Los Estados miembros del Bloque Regional deben promover el fortalecimiento e incentivo de las instituciones y equipos que desarrollen una gestión ambientalmente sustentable, enriquezcan la información científica para la toma de decisiones, mejoren la capacidad de evaluación, o perfeccionen la investigación o capacitación ambiental; como también que las actividades relacionadas con el desarrollo del turismo entre los Estados Partes deben tener presente los principios y normas que aseguren el equilibrio ambiental.

CAPÍTULO 4:

EL PENSAMIENTO DE RESPONSABILIDAD DE HANS JONAS

Es interesante incluir en la presente pesquisa el pensamiento del científico de Hans Jonas, y especialmente señalar su importante obra “*El principio de responsabilidad: Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*”, que constituye un referente relevante en el campo de las éticas deontológicas, con repercusión en bioética, tecno-ética y en la ética ecológica, centrándose en los problemas éticos y sociales creados por la misma tecnología.

Éste prestigioso filósofo, nació el 10 de mayo de 1903 en Mönchenglandback -Alemania-, de religión judía, recibiendo una formación humanística a través de la atenta lectura de los profetas hebreos, y exiliándose en el transcurso de su vida primero en Inglaterra, y posteriormente en Israel, Canadá, y en los Estados Unidos.

Su crecida vida científica fue vertida por él mismo en una conferencia dada en octubre de 1986 en la Universidad de Heidelberg -Alemania-, cuando se cumplieron 600 años de su fundación.

Señaló tres períodos importantes en su formación filosófica, a saber:

El primero se inicia en el año 1921, cuando recién graduado, asiste a las clases de un profesor hasta entonces poco conocido llamado Martin Heidegger, en la Universidad de Freiburg -Alemania-, que para Jonas, él fue durante mucho tiempo su mentor intelectual.

Cuando su maestro Heidegger se muda a la Universidad de Marburg, Jonas lo acompaña; conociendo ahí a Rudolf Bultmann, bajo cuya orientación elabora en el año 1931 una tesis sobre la gnosis en el cristianismo primitivo.

En el año 1934, publica el reconocido “Gnosis und spätantiker Geist”, considerado por él mismo como su primer gran momento de su trayectoria como filósofo; año también que por su condición de origen judío se ve obligado a

abandonar Alemania por el intolerante racismo del nacionalsocialismo gobernante de Hitler.

El segundo período importante en la vida científica de Jonas sucede en el año 1966, con la publicación de "Phenomenon of Life, Toward a Philosophical Biology", trabajo en el que instaura cuantificaciones para una filosofía de la biología.

Inicia un nuevo sendero de deliberación sobre la precariedad de la vida, y ejemplifica el gran alcance científico-filosófico en ese ámbito de la biología, ya que coloca la vida en una instancia privilegiada y lejana de los extremos del idealismo irreal y del limitado materialismo.

En el final de la obra, esboza el pensamiento amplio de su proyecto, cuando escribe que *"con la continuidad de la mente con el organismo, del organismo con la naturaleza, la ética se vuelve parte de la filosofía de la naturaleza (...) Solamente una ética fundada en la amplitud del ser puede tener significado"* (The phenomenon of life: toward a philosophical biology, New York: Harper and Row, 1966).

Desde su juventud fue partidario del sionismo, y al salir de Alemania va a Israel, donde se integra a una brigada judía de autodefensa, permaneciendo como oficial de artillería hasta 1949.

En la Segunda Guerra Mundial se alistó en el ejército británico en su lucha contra el nazismo; y de esa época es la siguiente declaración: *"Cinco años como soldado del ejército británico en la guerra contra Hitler (...) Alejado de los libros y de todo lo que hace parte de la investigación (...) Es que estaba comprometido algo más esencial. El estado apocalíptico de las cosas, la caída amenazadora del mundo (...) la proximidad de la muerte (...) todo eso fue terreno suficiente para propiciar una nueva reflexión sobre los fundamentos de nuestro ser y para volver a ver los principios por los cuales se guían nuestros pensamientos sobre aquéllos. Así volviendo a mis orígenes, fui lanzado de nuevo a la misión básica del filósofo y de su acción nata, que es pensar"* (Bernstein R.J. Rethinking responsibility. *Hastings Center Report* 1995; 25 (7 Special Issue).

La segunda etapa de su vida, se concatena con el tercer y último momento de su quehacer científico; en la búsqueda de una nueva ética desde las bases, y la ética de la responsabilidad se vuelve el objetivo de búsqueda.

En 1979 publica "*Das Prinzip Verantwortung- Versuchi einer Ethic für die Technologische Zivilisation*" (que fue traducido al inglés en el año 1984).

La cercanía con la realidad de la muerte, la que le hizo aumentar su preocupación por la vida, y ése fue el objetivo que persiguió con gran firmeza.

Desafía pensamientos dominantes, la filosofía del idealismo de la conciencia en la cual se había formado, al constatar que era la herencia del dualismo cartesiano, y que mucho de la filosofía moderna se había estancado en la dicotomía mente-cuerpo; y es ahí donde sus estudiosos visualizan que Jonas entiende que era necesario "*volver a pensar la ética*".

Jonas marca como marco inicial del abuso del dominio del hombre sobre la naturaleza –causando su destrucción– el choque provocado por las bombas de Hiroshima y Nagasaki.

En una entrevista publicada en mayo de 1991, en el N° 171 de la Revista Esprit, señala: "*Ello puso en marcha el pensamiento hacia un nuevo tipo de cuestionamiento, que maduró debido al peligro que representa para nosotros mismos nuestro poder, el poder del hombre sobre la naturaleza*".

Sus estudiosos entienden que Jonas percibía el sentir de un posible apocalipsis gradual, resultante del creciente peligro presentado por los riesgos del progreso técnico global y su utilización inadecuada.

La filósofos de entonces señalaban que el alcance de las prescripciones éticas estaba circunscripto al contexto de la relación con el prójimo

en el momento presente; era para los mismo una ética antropocéntrica y dirigida a la contemporaneidad; y que hoy en día con la innovación tecnológica modifica esa realidad al poner la naturaleza al servicio del hombre y susceptible de ser alterada radicalmente.

De ese modo, el hombre pasó a tener una relación de responsabilidad con la naturaleza, puesto que la misma se encuentra bajo su poder. Además de la intervención en la naturaleza extrahumana, es grave la manipulación del patrimonio genético del ser humano, que podrá introducir alteraciones duraderas de consecuencias futuras imprevisibles. Finaliza señalando que es necesario una nueva propuesta ética, que contemple no sólo la persona humana, sino la naturaleza también.

Jonas considerando la gran vulnerabilidad de la naturaleza, sometida a la intervención tecnológica del hombre, con la biósfera del planeta expuesta a posibles alteraciones, con las posibles intervenciones en la naturaleza del ser humano, plantea una serie de interrogantes críticas sobre la naturaleza humana, a saber :

¿Hasta qué punto esto es deseable?,

Sobre el control de la conducta humana, debemos inducir sentimientos de felicidad o placer en la vida de las personas a través de estímulos químicos?

En relación a la manipulación genética, donde el hombre toma en sus manos su propia evolución, estaremos capacitados para el papel de creadores?

¿Quiénes serán los escultores de la nueva imagen del hombre?

¿Según qué criterios y en base a qué modelos?

¿El hombre tendrá el derecho de cambiar el patrimonio genético del propio hombre?

Y señala:

"Ante un potencial casi escatológico de nuestra tecnología, la ignorancia sobre las últimas consecuencias será, por sí sola, razón suficiente para una moderación responsable (...) Hay otro aspecto digno de mencionarse, los no nacidos carecen de poder (...) ¿ Qué fuerza debe representar el futuro en el presente?" El Principio de Responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica (Barcelona: Herder; 1995).

Jonas reflexiona y se pregunta ¿Qué podría satisfacer más en la búsqueda consciente de la verdad?, y recuerda las palabras de Oppenheimer que, después de años de trabajo en un laboratorio en busca de la fisión nuclear y al observar su aplicación en Hiroshima habría señalado que en aquel momento el científico puro tomó conocimiento del pecado; entiende que desde entonces la paz de conciencia de los científicos quedó estremecida en todos los campos de investigación.

Lo que caracteriza el imperativo de Jonas es su orientación hacia el futuro, más exactamente hacia un futuro que ultrapase el horizonte cerrado, en el interior del cual el agente transformador pueda reparar daños causados por él, o sufrir la condena de los eventuales delitos que él haya perpetrado.

Jonas introduce la figura de la "*heurística del temor*", ante la posibilidad escatológica de que la muerte sustituya a la vida, se comprende por qué el lejano futuro es el lugar de un temor específico.

Sus conocimientos de filosofía gnóstica, sumado a su tesis doctoral sobre San Agustín y el problema paulino de la libertad influyó considerablemente en el pensamiento de Hanna Arendt.

Para comprender a mejor a Jonas sus estudiosos estiman que son interesantes sus nociones sobre "El concepto de Dios después de Auschwitz", la experiencia de la Shoh (su madre murió en dicho campo de exterminio), brutalmente desesperada, que ha sido tal vez la principal reflexión teológica judía sobre el fenómeno hitleriano, y que influyeron en sus posiciones sobre responsabilidad.

Jonas considera que el nazismo es la expresión de un mundo en que Dios ha renunciado al poder para que el hombre pueda existir, por eso tampoco en la técnica habrá nada bueno en sí mismo; el punto de partida es la existencia del mal.

Sus seguidores subrayan que la ética de Jonas arranca de un hecho: el hombre es el único ser conocido que tiene responsabilidad; sólo los humanos pueden escoger consciente y deliberadamente entre alternativas de acción y esa elección tiene consecuencias.

Jons puntualiza que la responsabilidad emana de la libertad, es la carga de la libertad, es un deber, una exigencia moral que recorre todo el pensamiento occidental, pero que hoy se ha vuelto más acuciante todavía, porque -en las condiciones de la sociedad tecnológica- ha de estar a la altura del poder que tiene el hombre.

En su ética, hay un elemento deontológico, y su imperativo, es provocado por las nuevas condiciones de vida, provocadas por la amenaza tecnológica; entiende que la responsabilidad moral arranca de una constatación fáctica (la vulnerabilidad de la naturaleza en la era de la técnica).

Jonas desarrolla el ejemplo de la ciudad griega, que era un enclave civilizado rodeada de un entorno amenazador, de bosques y selvas; pero hoy la situación se ha invertido y la naturaleza se conserva en parques naturales, rodeados de civilización y tecnología -*hoy la naturaleza es débil y está amenazada*-. El hombre tiene, pues, el deber moral de protegerla, y ese deber aumenta en la medida que sabemos lo fácil que es destruir la vida. La ética, hoy debe tener en cuenta las condiciones globales de la vida humana y de la misma supervivencia de la especie.

La idea fundamental sobre la que se sustenta la ética Jonásiana “es *la experiencia de la vulnerabilidad*”, las generaciones actuales tienen la obligación moral de hacer posible la continuidad de la vida y la supervivencia de las generaciones futuras, y ese deber es explicitado como imperativo categórico.

En el Capítulo V° de su obra fundamental, que tiene como título “*Viejos y Nuevos Imperativos*”, considera que el imperativo ético contemporáneo debe ser obra de tal manera que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica sobre la tierra, es decir no pongas en peligro las condiciones de la continuidad indefinida de la humanidad en la tierra.

Jonas es un enemigo radical de las utopías (su "Principio Responsabilidad" es un largo debate contra el "Principio Esperanza" de Bloch).

La utopía consideraba que en el mundo todo era posible y nada estaba escrito. Pero la experiencia de la bomba atómica, de la contaminación, y de la Shoah demuestra que moralmente, la utopía puede acabar siendo la justificación del asesinato en gran escala y de la destrucción del planeta.

La utopía decía a los hombres "Tu puedes hacerlo; y en cuanto puedes, debes". La responsabilidad exige, sin embargo el cálculo de riesgos y, en la duda, si algo puede fallar, es mejor no hacerlo.

Se entiende que el deber o axioma básico de la responsabilidad comprende tres aspectos:

1. La existencia de un mundo habitable, pues no cualquier mundo puede ser un espacio de auténtica de "habitación" humana.
2. La existencia de la humanidad, porque un mundo sin hombres para Jonas equivale a la nada: sin humanidad desaparece el ser.
3. El "ser tal" de la humanidad: la humanidad auténtica no es cualquiera, sino una humanidad creadora. El ser del hombre crea valor y una humanidad no creadora no sería estrictamente humana.

Si la ética de Jonas se pretende con valor universal, no es porque todo el mundo hace lo mismo (cosa que ya sabemos que no ocurre) sino porque, obrando así, defendemos la vida de todos.

El imperativo ético que propone Jonas comienza de la "*heurística del temor*" (*Heuristik der Furcht*) (respeto mezclado con miedo). Es el miedo a las consecuencias irreversibles del progreso (manipulación genética, destrucción del habitat), lo que nos obliga a actuar imperativamente; y el motor que nos impulsa a obrar es la amenaza que pende sobre la vida futura.

En su entender, en la civilización actual es mucho más fácil saber qué es el mal, que indagar sobre el bien.

El miedo es un sentimiento negativo, pero de esa negatividad puede salir algo positivo: hay que prestar más atención a la profecía de la desgracia que a la de la felicidad utópica, y obrar en consecuencia, tomando en serio la amenaza que planea sobre el futuro de la humanidad y que nos invita a obrar con responsabilidad.

El imperativo de la responsabilidad se lo puede sintetizar en tres puntos:

1. Una constatación: el planeta está en peligro y la causa de este peligro es el poder del hombre, poseedor de una técnica que ha llegado a ser anónima y autónoma.
2. Un axioma o imperativo: debemos actuar a partir del deber que es para todos los humanos la supervivencia a largo plazo de la humanidad.
3. Una teoría y una práctica ética: basada en la heurística del temor.

Sus estudiosos entienden que la ética de Jonas se encuentra entre varios contenidos: el emotivista, lo prudencial, tal vez próximo a lo aristotélico, deontológico y postkantiano; pero en general, y muy importante es que quiere ser una "*ética del futuro*", una ética que ya se preocupe por el futuro, y trate de protegerlo, mañana puede ser tarde.

La obra de Jonas está hoy en el centro del debate ecológico, tuvo, si se puede identificar como una "fama póstuma" pues, en vida, lo obscureció un "optimismo tecnológico" muy propio del progresismo político.

Jonas tuvo en vida tres tipos de impugnadores:

- 1) los marxistas que creían en el Principio utopía (Bloch),

2) los utilitaristas que ven en la crisis ecológica sólo un momento pasajero pero que se arreglará con "*más ciencia*", y

3) los existencialistas que sólo consideraban importante los problemas individuales, y veían cualquier apelación a lo colectivo sólo el aspecto político.

En su pensamiento, Jonas se siente al margen de la tradición del producto de la sociedad industrial.

Hans Jonas, fallece el 5 de febrero de 1993, en la ciudad de Nueva York -EE.UU.-.

CAPITULO 5: NORMATIVA AMBIENTAL ARGENTINA

Desde el ángulo normativo en la Constitución Nacional Argentina, su Artículo N° 41 señala que: *"todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radioactivos"*.

El Artículo N° 43 de la Constitución Nacional Argentina, refiere que "el afectado" puede promover la acción de amparo en casos vinculados con *"derechos que protegen al ambiente"*. Esta legitimación amplia plantea el problema de definir la titularidad, a fin de conferir un perfil más nítido que evite distorsiones. En un fallo (conf. Cámara Federeal en lo contencioso administrativo, Sala III, 8-9-94, in re "Schroder, Juan c/Estado Nacional", Diario L.L. 6-12-94) se ha reconocido legitimación activa, como afectado, a un vecino de la Provincia de Buenos Aires, donde se planeaba instalar una planta de tratamiento de residuos peligrosos, atento el interés personal y directo del mismo en la causa. La interpretación de la Cámara es amplia, se reconoció legitimación activa, por la mera vecindad en una geografía política (vecino de la provincia) sin importar si se era o no vecino de un mismo espacio ambiental (vecino de la planta proyectada).

También podemos hacer referencias ambientales en constituciones provinciales argentinas, como por ejemplo el Artículo N° 58 de la de San Juan, la de Córdoba en los Artículos N° 11, 53, 66 y 124), la de Salta en su Artículo N° 30, que reconocen expresamente *"el derecho de los habitantes a un medio ambiente humano de vida salubre y ecológicamente equilibrado y legitiman a toda persona para pedir el cese de las causas de la violación de esos derechos"*.

Con relación a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, su Constitución del año 1994, en su Artículo N° 28 establece *“que los habitantes de la provincia tienen el derecho a gozar de un ambiente sano y el deber de conservarlo y protegerlo en su provecho y en el de las generaciones futuras. La provincia debe asegurar una gestión ambientalmente adecuada de los recursos naturales; debe preservar, recuperar y conservar los recursos naturales renovables y no renovables; controlar el impacto ambiental de todas las actividades perjudiciales al ecosistema; promover acciones que eviten la contaminación del aire, agua y suelo; garantizar el derecho de los habitantes a participar en la defensa del ambiente, recursos naturales y culturales. Establece el deber de toda persona física o jurídica, cuyas acciones u omisiones puedan degradar el ambiente, de tomar todas las precauciones necesarias para evitarlo”*.

También dicha Constitución de la Capital Argentina, Artículo N° 26, establece *“que el ambiente es patrimonio común y toda persona tiene derecho a gozarlo y preservarlo. Toda actividad que en forma actual o inminente ocasione un daño al ambiente debe cesar. Declara que la ciudad es territorio no nuclear, y se prohíbe la producción de energía nucleoelectrónica y el ingreso, la elaboración, el transporte y la tenencia de sustancias y residuos radiactivos”*; profundizando en los Artículos N° 27, 28 y 29 una serie de aspectos puntuales vinculados a la política ambiental en el ámbito de la ciudad capital.

En la Provincia de Santa Fe, su Constitución consagra expresamente la tutela de la *“salud como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad”* (Artículo N° 19), establece que *“la provincia debe crear las condiciones necesarias para procurar a sus habitantes un nivel de vida que asegure su bienestar”* (Artículo N° 21), *“debe promover la racional explotación de la tierra, proteger el suelo de la degradación y erosión, resguardar la flora y la fauna y velar por una racional explotación forestal”* (Artículo N° 28).

En la República Argentina, hay muchas normas provinciales sobre el cuidado y protección ambiental, como las Leyes N° 5.965, 7.315 y 7.229 de la Provincia de Buenos Aires; la Ley N° 13.577, modificada por Ley N° 20.234, que contiene normas relacionadas con la protección de la contaminación de las aguas; la Ley N° 24.051 de residuos peligrosos; y con respecto a los suelos, la legislación vigente en materia de conservación de suelos como la Ley N° 22.428, concibe exclusivamente al propietario como sujeto interesado en su protección, sin adoptar medidas que aseguren un tratamiento

ambientalmente adecuado de los suelos.

El jurista argentino Pedro J. Frías en su obra "Principios de la política ambiental susceptibles de constitucionalización" -La Ley del 23 de agosto de 1994-, profundiza sobre la cláusula ambiental en la Constitución Argentina, y las acciones, a saber:

el derecho humano a un ambiente sano;

la subsidiariedad para atribuir competencias al nivel más apropiado, con preferencia inferior;

prevención para atender prioritariamente las causas;

el principio precautorio para evitar infortunios por imprevisión;

el de equidad intergeneracional;

la interdisciplinariedad para la toma de decisiones;

libre acceso a la información ambiental;

participación ciudadana en la gestión del ambiente;

la solidaridad con los sectores de más riesgo;

el principio de progresividad;

valorización económica del ambiente y sus recursos naturales;

responsabilidad civil;

conservación de la diversidad biológica;

preservación de la estabilidad climática;

restricción nuclear;

especialidad de aplicación del fondo ambiental;

los principios en los efectos transfronterizos.

Acciones, a saber:

un programa de monitoreo ambiental;

un informe anual sobre el estado del medio ambiente;

un procedimiento administrativo de evaluación del impacto ambiental (EIA);

auditorías ambientales;

un sistema de determinación de objetivos de calidad ambiental, licencias de funcionamiento y permisos ambientales;

de incentivos económicos;

de fiscalización;

de participación pública en la toma de decisiones; y

de información pública.

La República Argentina (Ley N° 24.105), tiene un tratado con la República de Chile que aprueba el mismo sobre Medio Ambiente, a saber: "*las partes emprenderán acciones coordinadas o conjuntas en materia de protección, preservación, conservación y saneamiento del medio ambiente e impulsarán la utilización racional y equilibrada de los recursos naturales, teniendo en cuenta el vínculo existente*

entre medio ambiente y desarrollo; como también en cuanto a convenios internacionales la aprobación de los Convenios de Basilea de Control de Movimientos Transfronterizos de Residuos Peligrosos y de Montreal relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono.

Para el jurista argentino Mario F. Valls (El pasado, presente y futuro del Derecho Ambiental), el problema radica en el cumplimiento de las leyes, no en que no existan las normas. Hay demasiadas desigualdades entre los que defienden el ambiente y los que se benefician con su deterioro.

CAPITULO 6: CONSIDERACIONES FINALES

El presente estudio, estimo que lo justifico a mi inquietud y pasión en la defensa del medio ambiente, y a mi apego, respeto y cariño por el Bosque Nacional de Araripe; entendiendo que ésta investigación tiene, si la palabra y su contenido le cabe, el objetivo de la audacia y el impulso de intentar plantear la idea de la sostenibilidad del medio ambiente, en un mundo si el término a simple vista lo amerita mínimamente identificarlo como “*complicado*”, sin respeto a los valores y a la dignidad humana, con extremos de gran crueldad, con una clase dirigente sin el nivel de convicción y decisión de asumir sus responsabilidades, respetando valores humanos y el medio ambiente; y más específicamente abocado a las problemáticas ambientales de la región de FLONA / ARARIPE, en la necesidad imperiosa de un análisis integrado de dichos paisajes, en un momento en que crece alarmantemente presiones sobre dicho territorio, impulsado y proyectado por intereses de sectores mezquinos de corte netamente mercantilista, y sin el menor aprecio a las bondades y cualidades ambientales que nos brinda la naturaleza.

Los cambios en la industria y en particular sobre el consumo, generan una competencia por los recursos naturales, y esto es visible en nuestra región, especialmente en la ciudad de Crato, donde las grandes empresas, sobre todo en el sector inmobiliario, en la extracción de madera, la ganadería extensiva, y el aumento del turismo, tienden a aumentar de manera aún más desordenada.

Hemos señalado en el desarrollo de la investigación, la preocupante situación del paisaje de los últimos años, y para los ciudadanos cratenses es necesario encontrar la manera de sobrevivir en armonía con un medio ambiente ecológicamente equilibrado, ya que los residentes (pequeños agricultores) que viven de la agricultura, de la recolección del pequí y otras diversas actividades, deberán reflexionar y encontrar el sendero adecuado para la protección y cuidado de su hábitat.

Se aprecia en las áreas de la pendiente del Bosque, que están siendo utilizados para la construcción de manera exagerada y alarmante, de extracción de madera para la industria que demanda la fabricación de muebles y artesanías; la exuberancia de las fuentes y la diversidad de las especies que se utiliza para el tráfico interno y externo, sumado la codicia en su ocupación por el

uso de sus riquezas, donde el mercado regional y nacional está creciendo aceleradamente. De ésta forma, la belleza y la exuberancia del bosque original, se va degradando cotidianamente por la acción del hombre.

A pesar que históricamente es reconocida la enorme riqueza de los recursos naturales brasileños, históricamente las inquietudes significativas sobre la protección normativa del medio ambiente es relativamente más próxima.

Cuando profundizamos las problemáticas actuales que influyen en el ambiente, el derecho a un medio ambiente sano es una arista de la problemática, que debe plasmarse en el ámbito del ordenamiento normativo institucional; y éstas son aquellas que delimitan el espacio de lo indebido y lo autorizado en la expansión social, y aquellas que puntualizan el modo de ser de los Principios Generales, que es ahí donde deben compatibilizarse las normativas primordiales de la naturaleza con las del derecho.

A pesar de varios esfuerzos para asegurar la conservación y preservación del medio ambiente, el mundo es testigo de uno de los más dramáticos cambios ambientales de los últimos tiempos.

Cuando comenzó el calentamiento global, muchos científicos creían que se deriva de cuestiones de orden natural, ya sea por la erupción de los volcanes, la cambios continentales, o por la disminución o aumento de la actividad solar.

Con el avance de la ciencia, los estudios muestran ahora que las actividades humanas son las principales responsables del cambio climático, que está victimizando a miles de personas en todo el mundo.

El mundo ha observado con mucha más frecuencia e intensidad episodios catastróficos tristes, tales como: inundaciones en China en 2005, episodios lamentables de las inundaciones en Europa y América del Norte, la sequía en África, Darfur y Níger, los terremotos en diversas partes del mundo, el aumento de temperatura (calentamiento global); que han sido la promoción de la fusión de los glaciares y el aumento del nivel del mar; todo esto es la respuesta de la naturaleza a las agresiones sufridas al medio ambiente.

En el Brasil, como estrategia gubernamental, la cuestión ambiental debe tomar mayores, mejores y profundos rumbos, en la cual el cuidado ambiental sea tenido con gran deferencia.

En este sentido, la interiorización de los nuevos conceptos de desarrollo sustentado, con bases en la elaboración e implantación de políticas ambientales, así como en la búsqueda de la negociación y del entendimiento entre la conservación ambiental y los procesos de producción.

La cuestión que se plantea es saber si un crimen ambiental puede ser considerado insignificante. ¿Habrá daño ambiental sin relevancia?

Pienso que algunas sugerencias prácticas pueden ser aplicadas con éxito. Me parece importante que intenten sensibilizar a los jueces.

Para que eso se torne una realidad, algunas medidas pueden ser tomadas, a saber:

- 1) Hacer gestiones junto a la cúpula de los tribunales y escuelas de magistrados para que se promuevan cursos de entrenamiento de jueces en Derecho Ambiental;
- 2) Procurar realizar estos cursos sumando fuerzas entre los tribunales, órganos ambientales y fundaciones de reconocida responsabilidad, consiguiéndose con eso los recursos necesarios e indicándose juristas respetados en el área;
- 3) Invitar a los jueces más interesados para pronunciar conferencias sobre el Derecho Ambiental;
- 4) Invitar a los dirigentes de las cúpulas del Poder Judicial para presidir paneles en Seminarios de Derecho Ambiental, sensibilizándolos para la importancia del asunto e introduciéndolos en los conocimientos de la materia;
- 5) En los países en que la admisión de Jueces se hace por concurso, introducir el Derecho Ambiental en la relación de las materias;
- 6) Especialización de Juzgados, total o parcial, en materia de Derecho Ambiental;
- 7) Realización de concursos de monografías sobre derecho ambiental, siempre que sea posible concediendo premios que sean relacionados al asunto (por ejemplo, participación en seminarios en el país o en el exterior), y

- 8) Homenaje a aquellos que dieron las primeras (históricas) decisiones judiciales protegiendo el medio ambiente, en acto público (de preferencia en un congreso), con la entrega de un certificado o de reconocimientos.

El hecho del cuidado del ambiente, suscita el interés de grandes sectores de la población brasileña, en consecuencia el tema del control social sobre la protección ambiental viene tornándose desde los últimos años en una sintonía más rígida en Brasil.

El Ministerio Público debe desempeñar un papel de mayor efectividad en la protección del medio ambiente;

Las ONG en Brasil tienden a crecer en relevancia, pero aún no ocupan el espacio que estimo deberían desarrollar, y en ese camino el concepto de ciudadanía comienza a entenderse como objetivo principal.

Las nuevas legislaciones penales ambientales en el Brasil, van presentando resultados positivos no solo por el simple hecho de entrar en vigor, sino por el nivel de concientización.

Es muy importante que el estudio del Derecho Ambiental se profundice en los ámbitos académicos, y que las instituciones educacionales estatales profundicen su actividad pedagógica en el tema.

Es imprescindible que la protección de la biodiversidad, se actualice normativamente de acuerdo a las necesidades ambientales superadoras.

Estimo que viene muy a relación desde la mirada del derecho en palabras del jurista argentino Mario F. Valls (Pasado, Presente y Futuro del Derecho Ambiental), a saber:

“..Más plausible sería reconocer las dificultades propias de agregar más obligaciones ambientales a quienes se benefician (algunos demasiado) con el uso, frecuentemente ilícito, del ambiente ajeno y que su capacidad de reacción se exterioriza poniendo inteligentes trabas al avance legislativo. Prefieren desgastar a los defensores del ambiente en múltiples escaramuzas en las que llevan la ventaja del poder ya construido y del mejor manejo de la tecnología.

No hay que olvidar que la lucha por el derecho al ambiente se viene librando desde cuando estábamos en el Paraíso Terrenal y sólo se terminará con el Juicio Final porque así están hechas las cosas.

El derecho ambiental vigente refleja una dura lucha entre quienes se benefician externalizando la carga de la preservación ambiental y quienes padecen esa internalización. Por eso la desigualdad entre quien litiga para defender el ambiente y quien lo hace para beneficiarse con su deterioro es ostensible”.

Lo que interesa en esencia al derecho es la protección ambiental, y la misma tiene muchas facetas, entre las cuales identifica el trabajo analítico, que sirve para estudiar el medio ambiente y su deterioro, y el protectorio que busca mecanismos eficientes para evitar la degradación y mejorar la calidad del medio ambiente, lo que interesa en esencia al derecho, es la protección del medio ambiente.

Cada generación tiene que proveer a la siguiente un cúmulo de oportunidades mayor que el que ha recibido de la anterior, incluyendo el disfrute ambiental.

El efecto invernadero, es ejemplo de lo que provoca el calentamiento global, es sin duda uno de los más visibles fenómenos de degradación en escala global.

No hay duda de que el calentamiento global, catástrofe de consecuencia mundial sobre el clima, concomitantemente con los mayores desafíos del Siglo XXI.

Para Mesaros (2002, p. 988) *"la ecología del problema es real durante algún tiempo, aunque, por supuesto, por razones relacionadas con la necesidad del crecimiento capitalista, pocos han prestado cierta atención a ella".*

El documental "Una verdad incómoda", publicado en 2006, en los Estados Unidos, dirigida por Davis Guggenheim, presentado por el vicepresidente de los EE.UU Al Gore, advirtiendo que el derretimiento de los casquetes polares traerá varias adversidades ambientales, mucho humanidad irreversible, entre ellos: la falta de agua dulce para el pueblo (Ej.: Argentina, Perú, Alpes); el aumento del nivel medio del mar dará lugar a grandes inundaciones y la costa será sumergida; cambiar la temperatura del agua en todo el planeta; olas de calor, como ocurrió en la India, Europa y EE.UU; tormentas severas; huracanes (hechos en los EE.UU y Japón).

La película muestra que todos estos factores climáticos negativos, llevan a la destrucción, muerte, refugiados, y la evaporación de océanos.

Y a medida que aumenta la temperatura del agua, por velocidad del viento, en consecuencia hay más evaporación y más desastres.

Este es el gran dilema de la humanidad, la urgente necesidad de pensar en nuevas formas de utilización de los recursos, lo que requiere un cambio de actitud, valores y paradigmas.

Con relación a la idea de la sostenibilidad, los resultados de los proyectos sostenibles aplicadas en las sociedades que crecieron basado en el consumo de combustibles fósiles, especialmente el petróleo y el carbón (las principales fuentes de gases de efecto invernadero), no ha producido resultados positivos.

La idea de la sostenibilidad está ganando cada vez más terreno en los diversos segmentos de la sociedad global, especialmente los ecologistas, científicos, académicos, el sector jurídico y especialmente las entidades interesadas en la dirección de nuestro planeta tierra.

También es muy importante la noción de "capital natural", y dentro de ella, el distingo entre "recursos renovables y no renovables", una generación transmite a otra su capital cultural y natural, y esta última podría aceptarlo o modificarlo, porque piensa que ese estilo de vida no le conviene; y a fin de mantener esa capacidad de decisión y la oportunidad de decidir haría obligar a la generación precedente a no afectar aquella parte del capital natural integrada por los recursos no renovables.

La historia de nuestro planeta es infinitamente interesante y en gran medida indescifrable; el conocimiento que tenemos de muchos acontecimientos pasados depende de pruebas, muestras, registros, y marcas decisivas de nuestra capacidad y de estudio científico.

Difícil muchas veces es el acceso a una gran parte de la información, ya que sólo una modesta proporción surgen a nuestra observación.

Por lo tanto, el análisis de las presiones sufridas por el Bosque Nacional de Araripe y los impactos ambientales sufridos, derivada de estas presiones, es de suma importancia para la comprensión de la intensidad de los daños, y la forma en que se comprometen a FLONA y en su entorno, así como los registros históricos de toda la Chapada.

En este sentido, se advierte que la sociedad contemporánea no se ha dado cuenta de que es necesario cambiar el comportamiento y posicionamiento en relación a los recursos naturales, la profundización del consumo, y las relaciones de explotación que ha dado lugar a grandes impactos, como en el área de Bosque Araripe en Crato / Ceará.

Capaz de cambiar las relaciones de consumo y educar a la población acerca del significado real de las políticas de conservación del medio ambiente, puede ser la única manera de garantizar la eficacia y los resultados en el medio y largo plazo a fin de la sostenibilidad del medio ambiente.

Hacer que nuestra gente a cuestionar su forma de vida, y hacerlos entender que los recursos del planeta no tienen "la oportunidad" para renovar y mantenerse a sí mismas bajo la presión de una demanda constante exacerbado de consumo, la vida en el planeta tal como la conocemos, vamos a terminar de manera espectacular, y sólo a través de este proceso de sensibilización podemos garantizar la sostenibilidad del medio ambiente.

La pendiente de FLONA / ARARIPE en su extensión situada en el Municipio de Crato-CE ha sido muy explorada, debido a sus exuberantes fuentes de la belleza del paisaje, sobre todo la tranquilidad y la temperatura media.

Buscando orientar dicho problema ambiental, podemos preguntarnos y reflexionar:

qué y porqué la gestión ambiental ha demostrado ser ineficaz para conservar sin deterioros los paisajes y los recursos naturales de la Forestal Nacional de Araripe?

En concreto, el audaz, constante, y temerario avance de la especulación inmobiliaria, de los bienes raíces, sumado a la extracción de madera, y un despreocupado, indisciplinado y descuidado control del turismo.

Quiénes deben comprometerse en la gestión de control, conservación del paisaje, y participación del desarrollo sostenible y la conservación adecuada de FLONA? Autoridades, empresarios, comerciantes,

El Bosque de Araripe no es inmune a este colapso explicitado, porque a pesar de los esfuerzos para mantenerlo en un ámbito controlado, y de preservación; el gran dilema por un lado es el enfrentamiento de sectores para asegurarse a través de actividades de avances irracionales y ganancias exageradas, frente aquellos que amamos la naturaleza, sostenedores de la lógica de la sostenibilidad, donde el hombre y naturaleza conviven con respeto y armoniosamente.

Debemos tener siempre presente que el cuidado del medio ambiente no sólo interesa a un grupo de individuos actual, sino también futuro; no se debe y no se puede comprometer el interés de las futuras generaciones, lo que impulsa a una trabajo colectivo inter-generacional.

BIBLIOGRAFÍA

ALRNERIGHI, Mário. “A iniciativa do Pretor e seu significado político-institucional”, in “ *Diritto e ambiente* ”, parte II, p. 25.

ARAÚJO, Cláudia Campos, FERREIRA, Maria Isabel Reis, RODRIGUES, Patricia Castilho, SANTOS, Simone Marques dos. Meio ambiente e Sistema Tributário: novas perspectivas. São Paulo: SENAC, 2003.

ARCOCHA, Carlos Enrique, RUBINO, Horacio L. Allende. **Tratado de Derecho Ambiental**. Rosario, Santa Fe/Argentina: Nova Tesis, 2007

BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidade**. Buenos Aires: Paidós, surcos, 2006.

Benjamin, Antonio Herman V. “Crimes Contra o Meio Ambiente: Uma Visão Geral”, in *Ministério Público e Democracia* , t. II, p. 391.

Bernstein RJ. Rethinking responsibility. *Hastings Center Report* 1995; 25 (7 Special Issue): 13-20.

BOFF, Leonardo. **Ética da Vida: a nova centralidade**. Rio de Janeiro: Record, 2009.

BORZACCHIELLO, José. CAVALCANTE, Tércia. DANTAS, Eustógio(Org). **Ceará: um novo olhar geográfico**. Fortaleza: Edições Demócrito rocha, 2005.

BRAGA, Pedro. **Ética, Direito e Administração Pública**. 2 Ed. Brasília: Senado Federal. SECRETARIA ESPECIAL DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES – SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS, 2007.

Brañes, Raúl. *O Constitucionalismo Ambiental Latino Americano*, Revista AJUFE, n. 55, p. 65.

BRASIL, Senado Federal. **Protocolo de Quioto e legislação correlata**. Brasília: edições do Senado Federal, 2008(Coleção Ambiental – vol. III – reimpressão).

Brasil. Justicia Federal, Criciúma, SC, Primeiro Juzgado Federal, processo 2001.72.04.002225-0, Ministério Público Federal contra ^aJ. Bez Batti Ingeniería Ltda., j. 18.04.2002, condenación de prestación pecuniaria de aproximadamente U\$ 2.500 destinados a reparar el médio ambiente.

Brasil. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 4^a Câmara Criminal, processo-crime n. 695.062.950, Rolante, relator Vladimir Giacomuzzi, j. 30/4/1998.

Brasil. Joinville, SC, 4^o Juzgado Federal, processo 2001.72.01.000997-7, Acción Ciivil Publica, Ministério Público Federal contra Alpen Industria Têxtil Ltda., decision en 27.08.2002.

Brañes, Raúl 1997. *O constitucionalismo ambiental latino-americano*, Revista AJUFE. Ajufe: v. 55.

BRITO, Farias. **A Base Física do Espírito**. Vol. 53. Brasília/DF: Senado Federal, Conselho editorial, 2006(Edições do Senado Federal)

BRITO, Farias. **A Verdade como Regra das Ações: ensaio de filosofia moral como introdução ao estudo do direito**. Brasília: Edições do Senado Federal, vol. 51, 2005.

Bruno, Anibal 1967. *Direito Penal*. Ed. Forense, Rio de Janeiro.

CARAMUTI, Ofelia Stahringer de.(Coord.). **El Mercosur em el Nuevo Ordem Mundial**. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

CAPELLI, Silvia ("O estudo de impacto ambiental na realidade brasileira", "Dano ambiental-Prevencao, reparacao e repressao", coord. Antonio Benjamin, Rev. dos tribunais, Sao Paulo, 1993, publ en pag 152 y ss).

Cappelletti, Mauro y Bryant Garth 1988. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Ed. S. Fabris, Porto Alegre.

Castro, AAJF 1999. Zonas de Arbustos en el noreste de Brasil: caracterización, la biodiversidad y los desastres **Publicaciones de repuesto en Ciencias Ambientales 1: 1-19**

Castro, AAJF; Martins, FR y Fernandes, AG 1998. La flora leñosa de vegetación de cerrado en el estado de Piauí, noreste de Brasil **Edinburg Journal of Botany 55 : 455-472**

Castro, AAJF; Martins, FR; Tamashiro, JY y Pastor, GH 1999. ¿Cómo es rica flora de las sabanas brasileñas **Annals of Missouri Botanical Garden 86: 192-224**

César, S.; Pagano, SN; Leitão Filho, HF; Monteiro, R.; Silva, OA; . Marinis, G. & Pastor, GJ 1988. fitosociológico estructura de la capa de árboles de una zona cerrado en el municipio de Corumbataí (Sao Paulo) **Naturalia .13: 91-101**

Costa, AA & Araújo, GM 2001. Comparación de los árboles del cerrado y cerrado en la Reserva de Panga, Uberlândia, Minas Gerais **Acta Botanica Brasilica 15 (1): 63-72**

Coutinho, LM 1978. El concepto de cerrado **Journal of Botany . 1: 17-23**

Cronquist, A. 1981. **Un sistema integrado de clasificación de plantas con flores**. Nueva York, Columbia University Press.

CHAUÍ, Marilena. Natureza, cultura, patrimônio ambiental. In:

DUARTE, Ana Lúcia (coord.). **Meio ambiente: patrimônio cultural da USP**. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo; Imprensa Oficial do Estado de São Paulo; Comissão de Patrimônio Cultural, 2003.

Dantas, M. & Rodrigues, IA fitoecológicos 1982. Los estudios de las zonas tropicales húmedas de Brasil: IV _ estudios botánicos en White River campos **de Investigación Boletín, EMBRAPA 40: 1-31.**

Delmanto, Celso. *Código Penal comentado* , p. 8.

Eco U. *De la responsabilidad moral como producto tecnológico: diario mínimo*. Barcelona: Península; 1973.

Egler, W. 1960. Las contribuciones al conocimiento de los campos de Amazon. I - Los campos de Kingfisher **Boletín Museo Paraense Emilio Goeldi 4: 1-40**

Eiten, G. 1972. La vegetación de cerrado de Brasil **Botánico viajeros 38 (2): 201-341**

ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, Ética e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Felfili, JM & Silva Jr., MC 1993. El estudio comparativo de cerrado (*sensu*) de vegetación en el centro de Brasil **Journal of Tropical Ecology 9: 277-289**

Felfili, JM; Silva Jr., MC; Rao, AV; Machado, jwb; Walter, BMT; da Silva, de la pluma y del heno, JD 1993. Análisis comparativo de florístico y fitosociológico de la vegetación

arbórea del *sensu* cerrado en la meseta Pratinha, DF, Brasil **Acta Botanica Brasilica 6** : 27-46

Fernandes, A. 1990. **Temas fitogeográfica**. 2 ed. Fortaleza, Comunicaciones lápiz.

Figueiredo, MA 1989. noreste de Brasil -. Reliquias vegetación semiárida de Ceará (sabanas) **Mossoroense Colección, Serie B, 646**, Mossoro, SOMA

Figueiredo, MA 1997. **Unidades fitoecológicos**. En: Atlas de Ceará, Fortaleza, Ed IPLANCE

Filgueiras, T. & Pereira, BAS 1990. flora del Distrito Federal. Pp. 331-388. En: MN Pinto (ed.) **Cerrado .: Caracterización, ocupación y perspectivas**. Brasilia, EunB / SEMATEC

Furley, PA y Ratero, JA 1988. Los recursos del suelo y las comunidades de plantas de cerrado brasileño centrales y sus **Diario desarrollo de Biogeografía 15**: 97-108.

FILHO, Octaciano da Costa Nogueira. **Sistemas Políticos e o Modelo Brasileiro**. Edições Unilegis de Ciência Política – Vol. III – Senado Federal. 2008.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo, PILA, Raul. **Presidencialismo ou Parlamentarismo?** Brasília/DF: Edições do Senado Federal, 1999(Coleção Biblioteca Básica Brasileira).

FURTADO, Celso. **Raízes do subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

GREENPEACE. **Mudanças climáticas, o que são?** Disponível em <<http://p2-raw.greenpeace.org/brasil/greenpeace-brasil-clima/entenda/o-que-sao>> acessado em 14 de agosto de 2011.

GREENPEACE. **Mudanças do CLIMA, mudanças de VIDAS**. Como o aquecimento global já afeta o Brasil. Editora GREENPEACE. Agosto 2006.

GREENPEACE. **Pacto de ação em defesa do clima**. Disponível em <<http://www.greenpeace.org.br>> acessado em 14 de agosto de 2011.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Anuário Estatístico do Brasil**. Censo Populacional do Ceará. Brasília. 2010.

HANS, Jonas. O Princípio Responsabilidade - Ensaio de uma Ética para a Civilização Tecnológica. Contraponto.

Jacomine, PKT; Almeida, JC & Medeiros, LAR 1973. **inventario exploratorio _ El reconocimiento del Estado de Ceará suelos**. VI Recife.

Jonas H. *The phenomenon of life: toward a philosophical biology*. New York: Harper and Row; 1966.

Jonas H. *El Principio de Responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder; 1995.

JACOBI, Pedro R. Meio Ambiente Urbano e Sustentabilidade: alguns elementos para reflexão. In: CAVALCANTI, Clóvis (org.) **Meio Ambiente Desenvolvimento Sustentável e Políticas Públicas**. São Paulo: Cortez Editora, 1997.

Lecey, Eládio. “ A Proteção do Meio Ambiente e a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica ”, i n “*Direito Ambiental em Evolução*”, p. 45.

LEGISLAÇÃO DE DIREITO AMBIENTAL. 4 Ed. São Paulo: Saraiva, 2011 (Coleção Saraiva de Legislação). Colaboração de PINTO, Antonio Luiz Toledo, WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos, CÉSPEDES, Livia.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15 Ed. São Paulo: Malheiros, 2007 (Revista, atualizada e ampliada).

MANCUSO, Hugo R. **Metodología de la investigación e ciências sociais: lineamentos teóricos y prácticos de semiopistemología**. Buenos Aires: Paidós, 2006.

Mantovani, y W. Martins, FR 1988. Las variaciones de las especies del cerrado fenológicos Reserva Biológica Moji Guaçu, Estado de Sao Paulo **Journal of Botany** **11**: 101-112

Mantovani, y W. Martins, 1993. FR cerrado florística en la Reserva Biológica de Moji Guaçu, SP **Acta Botanica Brasilica** **7** : 33-60

Maury, MC; Ramos, AE & Oliveira, PE 1994. encuesta florística de la estación ecológica Emendadas Aguas **Herbario Boletín Ezequías Paulo Heringer** **1**: 46-67

Miranda, ES 1995. La fenología de la capa de árboles de una comunidad cerrada en Alter-do-Chão, PA **Journal of Botany** **18** : 235-240

Miranda, ES 1993. estrato arbóreo de la estructura del cerrado amazónica en Alter-do-Chão **Brazilian Journal of Botany** **16** : 143-150

MMA, Ministerio de Medio Ambiente. 1999. **Medidas prioritarias para la conservación de la biodiversidad en el Cerrado y Pantanal**. Brasilia, MMA / FUNATURA / Conservación Internacional / Fondo. Biodiversitas / UNB.

MELLO, João Alfredo Teles. **Direito Ambiental, luta social e ecossocialismo: artigos acadêmicos e escritos militantes**. Fortaleza/Ce: Demócrito rocha, 2010.

MÉSÁROS, István. **Para Além do Capital**. São Paulo: Editora da UNICAMP - Boitempo Editorial, 2002.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito Ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Morin E. *El método: la naturaleza de la naturaleza*. 3ª ed. Madrid: Cátedra; 1993.

Morin E. *El método: la vida de la vida*. Madrid: Cátedra; 1983.

Moles A. *As ciências do impreciso*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira; 1995.

MOTTA, Marly Silva da. **Grandes Vultos que Honraram o Senado: Teotônio Vilela**. Brasília: Federal Senado; Rio de Janeiro: CPDOC/Fundação Getúlio Vargas, 1996.

Oliveira-Filho, AT & Carvalho, DA 1993. Florística y la fisonomía de la vegetación en la costa norte de Paraíba **Journal of Botany 16** : 115-130

Pagano, S.; Cesar, O. y Leitão Filho, HF 1989. fitosociológico estructura del estrato arbustivo-árbol de la vegetación de cerrado del Área de Protección Ambiental (APA) Corumbatahy - Sao Paulo **de Brasil Revista de Biología 49**.

Pereira, Osny Duarte 1950. *Direito Florestal Brasileiro*. Ed. Borsoi, São Paulo.

Plano de Manejo da Floresta Nacional do Araripe/Ceará. Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. 2004.

QUINTÃO, Aylê-Salassiê Filgueiras. **Americanidade: Mercosul – passaporte para a integração**. Vol. 128. Brasília/DF: Edições do Senado Federal, 2010.

Rankiauer, C. 1934. **Las formas de vida de las plantas y Estadística Geografía de la planta.** Oxford, Clarendon Press.

Ratero, JA; Bridgewater, S. & Ribeiro, JF 2003. El análisis de la composición florística de la vegetación cerrado brasileño III comparacion de las vegetaciones leñosas de 376 áreas **Edinburgh Journal of Botany 60**

Ratero, JA; Ribeiro, JF y Bridgewater, S. 1997. La vegetación del cerrado brasileño y amenazas a su biodiversidad **Annals of Botany 80:** 223-230

Rodrigues WA 1971. Las plantas de White River Fields (Territorio de Roraima). En: MG Ferri (coord.) **III Simposio sobre la sabana ..** Sao Paulo, Edgard Blücher y EDUSP.

RIBEIRO, Nelson de Figueiredo. **A Questão Geopolítica da Amazônia: da soberania difusa à soberania restrita.** Vol. 64. Brasília: Edições do Senado Federal, 2005.

RODRÍGUEZ, Carlos Aníbal. **Ley e General del ambiente de la república Argentina: ley 25.675 comentada, normativa complementaria.** Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007(Serie de legislación comentada).

Sanaïotti, t.; Bridgewater, S. & Ratero, SA 1997. El estudio florístico de la vegetación de sabana del estado de Amapá, Brasil y sugerencias para su conservación **Boletín Museo Goeldi, Serie botánica 13 :** 3-29.

Sarmento, AC & Soares, CMC 1971. sabana nueva área en Pernambuco **Anales de ICB - Universidad Federal Rural de Pernambuco, Recife, 1 :** 75-82.

SUDENE. 1982. **La climatología y el balance hídrico. Ceará.** Datos de precipitación, temperaturas estimadas por regresión. Proyecto: [. Delimitación y Regionalización del semiárido de Brasil.

SANTOS, Rosely Ferreira dos. **Planejamento ambiental: teoria e prática.** São Paulo: Oficina de Textos, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang(Org). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamental.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SEABRA, Giovanni de Farias. **Pesquisa Científica: o método em questão.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

SENADO FEDERAL. **Código de Mineração e legislação correlata.** 2 Ed. Brasília-DF: Edições do Senado Federal, 2011(Coleção Ambiental – Vol. II).

SIQUEIRA, Marli Aparecida da Silva: “Monografias e teses: das normas técnicas ao projeto de pesquisa(teoria e prática)”, Brasília, Editora Consulex, 2005.

Siqueira JE. *Ética e tecnociencia: uma abordagem segundo o princípio da responsabilidade de Hans Jonas.* Londrina: Ed. UEL; 1998.

SISTO, Maria Cristina Zeballos(compilación y sistematización) **Dos décadas de Legislación ambiental em la argentina.** Buenos Aires/Argentina: A-Z editora, 1994.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Stein, Paul 1998. Direito Ambiental, Mito ou Realidade? Um Tribunal Especializado em Meio Ambiente: Uma Experiência Australiana *ireito Ambiental em Evolução.* Ed. Juruá, Curitiba.

Tavares, S. 1988. Contribución al estudio de la vegetación de las bandejas del noreste. **Mossoroense Collection, Serie B, núm. 494.**

Weiser, VL y Godoy, SAP 2001. Florística en una hectárea de sensu cerrado en el ARIE - Cerrado Pé-de-Gigante, Santa Rita do Passa Quatro, SP **Acta Botanica Brasilica 15** : 201-212.

DICCIONARIOS

DICCIONARIO JURÍDICO OMEBA, Ed. Driskill, Buenos Aires, 1984.

DICCIONARIO DE FILOSOFÍA DE FERRATER MORA, José, Ed. Alianza, Barcelona, 1986.

LEXICOM, “Diccionario Francés-Español y Español-Francés”, Ed. Sopena, Madrid, 1986.

REVISTAS JURÍDICAS:

El Derecho (Argentina).

La Ley (Argentina).

Revista Conceptos (U.M.S.A.).

Revista Páginas de Direito (Brasil).

Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.

Revista da Faculdade de Direito de São Paulo.

Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação.

Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí.

Revista eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro,

Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais

Revista da EMERJ.

Revista Jus Navigandi,

Revista da AJURIS