

conceito jurídico

ano III | fevereiro de 2019 | nº 26



Trícia Braga

O que podemos esperar da
Reforma Tributária Brasileira? **Pág. 6**



Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher “Violação da Intimidade”



DIREITO E BIOÉTICA

Vanice Teixeira Orlandi

Vaquejadas: o efeito backlash

PAINEL ECONÔMICO

José Matias-Pereira

Reformas estruturais e
crescimento econômico

PORTAL JURÍDICO

Aline Pretel Giusti

A Obra Coletiva na Sociedade
da Informação

ASSINE

conceito jurídico

À frente dos grandes
temas jurídicos



conceito
jurídico

EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL: Adriana Zakarewicz

Conselho Editorial: Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, Esdras Dantas de Souza, Habib Tamer Badião, José Augusto Delgado, José Janguê Bezerra Diniz, Kiyoshi Harada, Luiz Flávio Borges D'Urso, Luiz Otavio de O. Amaral, Otavio Brito Lopes, Palhares Moreira Reis, Sérgio Habib, Wálteno Marques da Silva

Diretores para Assuntos Internacionais: Edmundo Oliveira e Johannes Gerrit Cornelis van Aggelen

Colaboradores: Alexandre de Moraes, Álvaro Lazzarini, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnaldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamim Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Décio de Oliveira Santos Júnior, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrighi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Georgenor de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gina Copola, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Theodoro Jr., Inocêncio Mártires Coelho, Ivan Barbosa Rigolin, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, Jessé Torres Pereira Junior, J. E. Carreira Alvim, João Batista Brito Pereira, João Oreste Dalazen, Joaquim de Campos Martins, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José Alberto Couto Maciel, José Carlos Arouca, José Carlos Barbosa Moreira, José Luciano de Castilho Pereira, José Manuel de Arruda Alvim Neto, Lincoln Magalhães da Rocha, Luiz Flávio Gomes, Marco Aurélio Mello, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Mário Antonio Lobato de Paiva, Marli Aparecida da Silva Siqueira, Néelson Nery Jr., Reis Friede, René Ariel Dotti, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Tereza Alvim, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Youssef S. Cahali.

Arte e Diagramação: Charles Design

Revisão: Equipe ZK

Marketing: Diego Zakarewicz

Comercial: André Luís Marques Viana

CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE

Tel. (61) 3225-6419

Redação e Correspondência

artigos@zkeditora.com.br

Revista Conceito Jurídico é uma publicação da Zakarewicz Editora. As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade dos seus autores e não refletem, necessariamente, a posição desta Revista.

ANÚNCIOS

publicidade@zkeditora.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.

APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

LEITURA INDISPENSÁVEL
PARA QUEM QUER ESTAR
EM SINTONIA COM AS
TENDÊNCIAS DO
MUNDO JURÍDICO


zakarewicz
editora

Victor Hugo

■ POR AMADEU GARRIDO DE PAULA

No último dia 26/02 Victor Hugo comemorou seu ducentésimo décimo sexto aniversário de nascimento.

O mais genial e o mais incansável trabalhador das letras humanas.

Com inteira justiça, provavelmente o primeiro dentre os franceses.

Não apenas um escritor. O defensor dos direitos humanos, da democracia, da liberdade, da justiça, da igualdade.

Nós, brasileiros, infelizmente vivemos enfiados em nossos buracos ou a agitar os corpos como no carnaval. Compreensível, mas como saber de Victor Hugo, se não recordamos Machado de Assis? Para não relacionar todos que nossas memórias desprezam...

Escrevemos há poucos dias que a literatura falece em nosso País. Aí estão as livrarias a quebrar e as redes sociais a tomar lugar com extraordinária superficialidade. Vibremos todas as nossas energias para que este momento seja passageiro.


De volta ao mestre dos mestres da palavra, registremos “Os miseráveis”, “Os trabalhadores do mar”, “O homem que ri”, “Nossa Senhora de Paris” e não atingimos dez por cento de sua imensa obra.

Fiquem-nos alguns exemplos. Enquanto advogado, acompanhei ao fórum pessoas cheias de direito, mas que tremiam. É a altitude da Justiça, muito acima de todos nós, para a maioria. Conta-nos Hugo o episódio de um acusado absolvido, declarado inocente que deixou a imponência do prédio do Tribunal em desabalada carreira. O simples processo o estremeceu, o que acontece em quase todos os processos criminais.

Quem esquecerá o Discurso de Hugo à borda da última morada de Balzac?

À abolição da pena de morte, reverenciou o nobre povo português: “Está pois extinta a pena de morte nesse nobre Portugal, pequeno povo que tem uma grande história (...). Felicito a vossa nação. Portugal dá o exemplo à Europa. Desfrutai de antemão dessa imensa glória. A Europa imitará Portugal. Morte à morte. Guerra à guerra. Viva a vida. Ódio ao ódio. A liberdade de uma cidade imensa da qual somos todos cidadãos.”

Crete na continuidade da vida: “Eu digo que o túmulo que sobre os mortos se fecha abre o firmamento. E o que acreditamos aqui em baixo ser o fim, é o começo”. Nada contra os que acreditam na simplicidade de começo, meio e fim. Mas falta sentido, sobra melancolia.

É preferível crer nos significados misteriosos que perfuram o materialismo grosso e tosco. Victor Hugo era considerado romântico. Que o romantismo como o seu corrija nossos erros e desenhe nosso futuro no planeta. 



ARQUIVO PESSOAL

AMADEU GARRIDO DE PAULA é Advogado, sócio do Escritório Garrido de Paula Advogados.

3
COM A
PALAVRA

Victor Hugo

Amadeu Garrido de Paula

8
PAINEL
ECONÔMICO

Reformas estruturais e crescimento econômico

José Matias-Pereira

13
PAINEL DO
LEITOR

Dispersão de esforços

Pedro Cavalcanti Ferreira e
Renato Fragelli Cardoso

18
DIREITO E
BIOÉTICA

**Vaquejadas:
o efeito backlash**

Vanice Teixeira Orlandi

24

Comentários à Lei nº 13.772 de 2018. O novo conceito de violência psicológica da Lei Maria da Penha e o novo delito do art. 216-B do Código Penal Brasileiro

CAPA

Marcel Gomes de Oliveira e
Joaquim Leitão Júnior

48

Ameaças de ex-namorado à mulher via Facebook e o crime à distância com pedido de medida protetiva de urgência ao Poder Judiciário brasileiro e a aplicação da Lei Maria da Penha

CAPA

Anderson Couto do Amaral

6
ENTREVISTA

O que podemos esperar da Reforma Tributária Brasileira?

Trícia Braga

10
CIÊNCIA JURÍDICA
EM FOCO

A ética no DNA das empresas

Roberto Di Cillo

16
PROPOSTAS E
PROJETOS

**Caixa 2 e corrupção:
as duas visões de Sérgio Moro**

Marcelo Aith

22

DESTAQUE

A carta do Ministro da Educação: crime de responsabilidade e improbidade administrativa?

João Jacinto Anhô Andorfato

35

CAPA

Violência da intimidade como violência doméstica contra a mulher e o novo crime de registro não autorizado da intimidade sexual

Eduardo Luiz Santos Cabette

55

CAPA

Revenge Porn e a Lei nº 13.718/2018

Alexsander Carvalho

59 | Art. 152 do Código Penal português (violência doméstica) pode ajudar mulheres no Brasil

CAPA

Carlos Eduardo Rios do Amaral

64 | Caso Brumadinho e a responsabilidade penal da pessoa jurídica

ENFOQUE

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

70 | A desconsideração da personalidade jurídica e a luta contra a blindagem patrimonial

DIREITO EMPRESARIAL

Paulo André M. Pedrosa

74 | A Medida Provisória nº 871 e a desconstrução da Previdência Social

CONTEXTO

Sérgio Henrique Salvador

80 | A ilegalidade da possível demissão em massa dos funcionários da Ford em São Bernardo do Campo

IN VOGA

Gustavo Hoffman

88 | A Obra Coletiva na Sociedade da Informação

PORTAL JURÍDICO

Aline Pretel Giusti

103 | O colapso da advocacia no Brasil

PONTO DE VISTA

Jorge Calazans

61 | A ilusão liberal

TENDÊNCIAS

André Nassif

68 | Franquias: perspectivas para 2019 e os cuidados contratuais

GESTÃO EMPRESARIAL

Daniel Alcântara
Nastri Cerveira

72 | Qualidade de atendimento em Escritórios de Advocacia – Rever conceitos

GESTÃO DE ESCRITÓRIO

José Paulo Graciotti

78 | ICMS – ST 2019: como transformar ressarcimento tributário em receita?

CONJUNTURA

Leonel Siqueira

82 | Terrorismo fiscal. O Direito Penal do “quinto dos infernos”

OBSERVATÓRIO JURÍDICO

Sérgio Ricardo do Amaral Gurgel

95 | Recurso Extraordinário com repercussão geral. Exclusão do ICMS-ST da base de cálculo do PIS e da COFINS (RE 574706). Efeitos da decisão em face do art. 102, § 2º da CF. Oferecimento de embargos de declaração pela União com efeitos infringentes para sanar eventuais imprecisões do julgado. Pedido de modulação. Solução de Consulta nº 13 emanada da COSIT. Necessidade de se aguardar a decisão dos aclaratórios para que o contribuinte possa, sem riscos, proceder à exclusão autorizada no acórdão. Opinião legal

DOCTRINA

Ives Gandra da Silva Martins e
Fátima Fernandes Rodrigues de Sousa

Trícia Braga



O que podemos esperar da Reforma Tributária Brasileira?

Com a transição de Governo neste início de ano, muito tem se falado das possíveis mudanças tributárias que o governo federal irá propor visando o aumento da arrecadação. Não é de hoje que os Poderes Executivo e Legislativo discutem textos legais para implantar uma reforma tributária, mais do que necessária atualmente. Com esse enfoque, a revista Conceito Jurídico convidou para entrevista a advogada Trícia Braga, atuante na área tributária há mais de 20 anos e atualmente diretora de Conteúdo da Avalara a tecer comentários sobre a tão necessária Reforma Tributária. Confira!

CONCEITO JURÍDICO – *O que a Sr^a pode nos falar sobre o déficit fiscal?*

TRÍCIA BRAGA – O déficit fiscal vivido pelo Brasil, que se agravou nos últimos anos, demonstra por si só um grave descompasso entre as receitas arrecadadas e as despesas públicas mensais. Dessa forma, o aumento de arrecadação é mandatório para o sucesso do atual Governo.

CONCEITO JURÍDICO – *Qual será a dificuldade de uma Reforma Tributária?*

TRÍCIA BRAGA – A grande dificuldade de uma reforma tributária será aliar os interesses das três partes que compõem a arrecadação fiscal no Brasil: (1) os

contribuintes, que não aguentam mais a alta carga tributária imposta no Brasil, em torno de 36% do PIB; (2) o Governo Federal, que precisa aumentar a arrecadação, sem, no entanto, realizar um aumento real de carga tributária, pois essa foi uma das bandeiras do Plano de Governo do atual presidente; e (3) os Estados e Municípios que vivem com grande problema de fluxo de caixa e não podem abrir mão de suas atuais receitas.

CONCEITO JURÍDICO – *Quais são as alternativas que o Governo Federal tem levado em consideração no cenário atual?*

TRÍCIA BRAGA – Tendo por base esse complexo cenário que vivemos, algumas alternativas estão sendo avaliadas pelo Governo Federal. O intuito do Governo é acelerar primeiramente a reforma previdenciária, tratada por ele em grau de urgência para, em seguida, submeter o texto da reforma tributária ao Congresso Nacional. Não há nenhum formato específico definido e sua elaboração será, necessariamente, construída pelas três partes acima: Governo Federal, Contribuintes, Estados e Municípios.


CONCEITO JURÍDICO – *Como a Sr^a analisa a questão da Reforma Tributária no atual governo?*

TRÍCIA BRAGA – Analisando os pronunciamentos formais do atual governo, já podemos ter uma visão clara: a reforma tributária trará, sem dúvida alguma, a simplificação da forma de arrecadação e a unificação de alguns tributos. O imposto único é algo inviável para o cenário brasileiro de hoje, mas a unificação de determinados tributos irá trazer grande vantagem aos cofres públicos e será bem avaliada pelos contribuintes se houver uma diminuição direta dos procedimentos diários que norteiam o recolhimento dos tributos.

CONCEITO JURÍDICO – *E quanto a questão da unificação do PIS e da COFINS, como será tratada pelo atual governo?*

TRÍCIA BRAGA – Esse é um dos pontos relevantes para essa questão da reforma tributária, pois o fato de existir hoje, em tramitação no Congresso Nacional, a Proposta de Emenda Constitucional nº 293/2004, que já foi aprovada pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, e a iniciativa já preparada pelo Governo anterior quanto à unificação do PIS e da COFINS. Estes pontos deverão ser analisados pelo Governo em conjunto com as demais alternativas já mencionadas pelo atual Ministro da Fazenda, para que a reforma seja a mais assertiva possível.

CONCEITO JURÍDICO – *Existe uma previsão de como será traçada a Reforma Tributária?*

TRÍCIA BRAGA – Diante desse cenário, não é possível prevermos qual será o contexto exato traçado para a reforma tributária. Entretanto, podemos assegurar que ela está muito mais próxima do que nas tentativas passadas e, certamente, trará mudanças que impactarão no dia a dia de pessoas e empresas. Assim, os contribuintes devem estar atentos às alterações legais que ocorrerão daqui para frente e já tentar antecipar o impacto que possíveis ajustes trarão em sua rotina fiscal. 

Reformas estruturais e crescimento econômico



■ POR JOSÉ MATIAS-PEREIRA

As crises econômicas em um sistema capitalista ocorrem de forma cíclica por diversos motivos. Em geral são provocadas por crises severas oriundas do cenário externo; ou por governantes incompetentes e temerários que adotam políticas econômicas equivocadas, ou pela soma desses dois fatores. As crises causam efeitos danosos sobre a população, notadamente nos segmentos mais pobres, que são diretamente afetadas pelo desemprego e diminuição da capacidade de consumir. Esse ciclo perverso, caso não seja enfrentado com políticas econômicas consistentes, tende a se reproduzir e se agravar.

Para compreender o que ocasionou a grave crise da nossa economia é preciso voltar no tempo recente. O Brasil, no período de abril de 2014 a dezembro de 2016, sofreu forte retração do Produto Interno Bruto (PIB). Uma retração dessa dimensão, como um tsunami, desestruturou a economia como um todo. Além dos efeitos negativos da crise mundial de 2008, a intensificação da crise brasileira decorreu da escolha de políticas equivocadas e temerárias adotadas a partir do biênio 2011-2012 pela área econômica do governo Dilma.

Dentre as medidas 'inovadoras' do governo Dilma merece destaque a adoção da denominada Nova Matriz Econômica (MNE), que provocou a redução da produtividade da economia, e por consequência, do produto potencial. A acentuada redução da atividade econômica

provocou a elevação das taxas de desemprego, falências e diminuição acentuada de produção e investimentos.


A intensificação da crise política-econômica-ética que desaguou no impeachment da ex-presidente Dilma levou o seu sucessor, Michel Temer, no esforço de frear a crise, a propor e aprovar algumas medidas econômicas relevantes, com destaque para a PEC do teto dos gastos, reforma trabalhista e a Lei da terceirização. Essas medidas, no entanto, não foram suficientes para modificar de forma adequada o cenário econômico, conforme pode ser mensurado nos péssimos indicadores da economia brasileira apresentados a seguir:

- O desempenho do produto interno bruto (PIB) projetado para 2019 de 2,5% se mostra muito baixo do desejável. As contas do setor público consolidado (governo federal, os estados, municípios e as empresas estatais), registraram um déficit primário de R\$ 108,258 bilhões (1,57% do PIB) em 2018. Recorde-se que, em 2016 e 2017, as contas ficaram negativas em R\$ 155,791 bilhões (2,49% do PIB) e em R\$ 110,583 bilhões (1,69% do PIB).

- A conta que registra o déficit primário (não inclui as despesas com o pagamento dos juros da dívida pública) totalizou R\$ 379,184 bilhões em 2018 (5,52% do PIB). Incorporada à conta o gasto do governo central com os juros da dívida pública (resultado nominal), o déficit foi de R\$ 487,422 bilhões em 2018, o equivalente 7,09% do PIB. Esse valor, utilizado na comparação internacional, é considerado alto para economias emergentes.

- A dívida líquida do setor público (governo, estados, municípios e empresas estatais) passou de R\$ 3,382 trilhões em dezembro de 2017 (51,6% do PIB), para R\$ 3,695 trilhões no fechamento do ano passado – o equivalente a 53,8% do PIB (a dívida líquida considera os ativos do país como as reservas internacionais). A dívida bruta do setor público em 2017 alcançou 74,1% do PIB (R\$ 4,854 trilhões), e chegou a 2018 em R\$ 5,271 trilhões (76,7% do PIB). Estima-se que a dívida bruta atinja 80% do PIB em 2021. O aumento da dívida bruta do setor pública gera dúvidas sobre a capacidade de o país honrar seus compromissos.

- No que se refere ao mercado de trabalho, constata-se que a população desocupada, entre 2014 e 2018, passou de 6,7 para 12,8 milhões; e a média anual de subutilização da força de trabalho saltou de 15,5 milhões em 2014 para 27,4 milhões em 2018.

O Brasil, diante desses dados preocupantes, encontra-se numa encruzilhada: ou adota medidas consistentes e amargas para reequilibrar as contas públicas, ou vai permanecer com a sua economia travada. Assim, a decisão do governo Bolsonaro de promover a reorganização das finanças públicas e a retomada do crescimento do país tem como primeiro obstáculo à solução do problema fiscal, que passa pela reforma da previdência social. O encaminhamento da proposta da reforma da previdência social pelo presidente da república ao Congresso Nacional, no dia 20 de fevereiro último, é um marco significativo nesse esforço. É importante alertar, porém, que os problemas do Brasil, conforme evidenciados nos péssimos indicadores econômicos assinalados, vai exigir a realização de outras reformas estruturais, como por exemplo, a reforma tributária, política, justiça e a refundação da administração pública. 



JOSÉ MATIAS-PEREIRA é Professor de Finanças Públicas e pesquisador do programa de pós-graduação em ciências contábeis da Universidade de Brasília. Doutor em ciência política (UCM-Espanha) e Pós-doutor em administração (FEA-USP).

A ética no DNA das empresas



■ POR ROBERTO DI CILLO

“A participação do Estado, mais como fomentador de mudanças do que algoz, é urgente e necessária para promover uma verdadeira mudança de paradigma ético no DNA das empresas, que é o DNA das pessoas que as formam, quer sócios, administradores, empregados, contratados e subcontratados.”

Mudanças legislativas são necessárias, mas às vezes. Nos últimos 30 anos após a edição da Constituição Federal, o Brasil foi testemunha de iniciativas legislativas como reações a situações de corrupção envolvendo diversos atores dos setores privado e público.

Começando em 1992, o Brasil recebeu com bastante ceticismo a lei de improbidade administrativa, sancionada pelo ex-presidente Fernando Collor, logo em seguida declarado impedido pelo Congresso. Em linhas gerais, aquela lei tratou de situações de corrupção em que agentes públicos se enriquecessem ilícitamente, causassem danos ao erário (inclusive aos cofres de estatais e sociedades de economia mista) ou violassem princípios da administração, com a participação de agentes privados, inclusive empresas.

As sanções para cada violação, num diploma legal bastante carente de precisão, não eram tão frequentemente aplicadas. Mas com o passar do tempo a jurisprudência foi se consolidando, com um papel relevante do Ministério Público, e aquelas sanções passaram a ser aplicadas com alguma consistência.

Os anos passaram e, no tema do combate à corrupção, vieram alterações legislativas importantes, para as pessoas físicas num primeiro momento, decorrentes de acordos internacionais assinados pelo Brasil, com as sanções penais de praxe, inclusive privativas de liberdade.

Mais alguns anos adiante, com pressão externa para que o Brasil se tornasse um ambiente mais seguro juridicamente, uma proposta de lei foi apresentada ao Congresso, tendo se transformado numa imperfeita lei de sancionamento de empresas envolvidas em esquemas de corrupção, a Lei nº 12.846/13.

Qual era o foco dela? Licitações e contratos administrativos, com certeza, num contexto de necessidade de atração de investimentos externos e, por que não, de construção de imagem de estabilidade que talvez terá contribuído para, por exemplo, a capitalização da Petrobras em 2010, num momento crucial para aquela empresa.

No mesmo contexto da edição da Lei nº 12.846/13 após os protestos populares daquele ano, veio também a Lei nº 12.850/13, que consolidou a questão das colaborações premiadas. Nada disso é ou deveria ser novidade.

Numa linha do tempo, as sanções para quem, pessoa física ou jurídica, violasse normas anticorrupção passaram, em grande medida, de sanções punitivas, como castigos, para sanções premiais, em que se criaram incentivos de boa conduta. Porém, alguns se indagam ou deveriam se indagar se algo realmente mudou na ética pessoal de cada cidadão.

A indução de uma mudança de ética pessoal em caráter permanente dificilmente será conseguida pela imposição por lei, decreto ou portaria, ainda mais numa sociedade politicamente dividida e culturalmente diversificada como a brasileira. Imposições (ou seja, medo) tendem a ter resultados efetivos no curto prazo, mas a durabilidade desses resultados precisa estar associada a medidas adicionais, sob pena de ineficácia e mesmo de criar efeitos colaterais indesejados, como a inibição da concorrência, por exemplo.

Ainda que as sanções premiais já introduzidas no direito brasileiro tenham promovido uma verdadeira mudança de comportamentos imediatos, permitindo

a devolução à Petrobras de bilhões de dólares, algo impensável no passado, há falhas sistêmicas e conceituais que podem minar a continuidade dos enormes esforços já dispendidos.

Como a cada ação costuma corresponder uma reação, os incentivos atuais à adoção de programas de integridade por empresas de quaisquer portes e capacidades econômicas esbarram em questões práticas de difícil resolução por lei, decreto ou portaria. Basicamente, ainda existe uma cultura do “cumpra-se”, pois a adoção desse tipo de programa é vista como obrigação prática para diminuir multas e outras sanções aplicáveis em tese a empresas de quaisquer portes e em quaisquer setores da economia, dentro de um sistema de responsabilidade objetiva que emite mais medo do que promove uma alteração de cultura ética necessariamente.


A implementação de um programa de integridade pro forma e goela abaixo pode sair pela culatra, dada a resistência até inconsciente de quem, em vários níveis da organização, precisa contribuir para alterar o padrão de ética empresarial, com um potencial nocivo para geração de novas formas de fraude e corrupção, de difícil detecção. E não vai adiantar criar mais uma lei para combater os males relativos à corrupção empresarial, eis que leis, decretos e até portarias e normas de empresa são, em geral, genéricos.

A “lei” para casos específicos precisa ser objeto de acordo entre os interessados, inclusive empregados, dentro do “pacta sunt servanda”, do direito romano, que pode ser traduzido como “o contrato faz lei entre as partes”, não contando contrato de adesão imposto pelo empregador!

A economia brasileira é movida, como muitas outras, por médias, pequenas e microempresas, inclusive MEIs, que enfrentam maior escassez de recursos, inclusive financeiros e de mão-de-obra, do que as grandes, cujos criadores ou atuais sócios e administradores estão preocupados, naturalmente, com a sobrevivência do negócio, às vezes a qualquer custo. Que custo? O de subornar alguém? Mas e quando forem achacados? A responsabilidade de empresas por corrupção é objetiva, não importando se houve achaque.

A participação do Estado, mais como fomentador de mudanças do que algoz, é urgente e necessária para promover uma verdadeira mudança de paradigma ético no DNA das empresas, que é o DNA das pessoas que as formam, quer sócios, administradores, empregados, contratados e subcontratados.

Algumas das pessoas, inclusive, podem merecer uma segunda chance, ainda que precisem ser afastadas do dia a dia dos negócios, em casos justificados, como já prevê a legislação penal aplicável a elas. E, mais do que a punição, o diálogo, nesse contexto, será essencial para validar a percepção de problemas e a proposição de soluções eficazes.

Sem medidas efetivas no combate à corrupção com o uso de empresas de todos os portes há o risco de que o discurso de campanha se perca no vazio. 



ROBERTO DI CILLO é advogado e professor da disciplina de regime sancionador anticorrupção brasileiro da pós-graduação em compliance no IBMEC.



FOCO

“Obter uma vitória significativa na frente econômica, com a aprovação da reforma da previdência, já no primeiro semestre de governo, deveria ser o foco neste momento. Dispersar capital político em frentes inúteis é um mau começo.”

Dispersão de esforços

■ POR PEDRO CAVALCANTI FERREIRA E RENATO FRAGELLI CARDOSO

Após passar pela mais profunda crise econômica de sua história, sem a qual a renda atual dos brasileiros seria ao menos 16% maior, o país encontra-se diante de uma oportunidade ímpar para retomar o crescimento. Mas os primeiros movimentos do novo governo sinalizam preocupante falta de foco.

A implantação das reformas econômicas de que o país precisa encontrará enorme resistência de grupos organizados que se beneficiam do *status quo*. Num Congresso fragmentado em trinta partidos, vencer a guerra que se anuncia exigirá estratégia, coordenação e persistência. O capital político para enfrentá-la é finito.

Bolsonaro recebeu de Temer um país que padece de um problema fiscal estrutural profundo, mas que no curto prazo encontra-se numa condição muito confortável. Inflação sob controle, juros em piso histórico, déficit em conta corrente baixo, elevadas reservas internacionais, e um nível de atividade que começa a reagir. Além de implantar mudanças importantes – Teto dos Gastos, fim da TJLP, reforma trabalhista, para citar apenas as principais –, Temer promoveu uma transição de governo republicana, tendo sua equipe preparado documentos detalhados sobre o que já foi aprovado, o que está em tramitação, e o que ainda se encontra em fase embrionária. Bolsonaro não poderá culpar seu predecessor por um eventual fracasso.

Apoiado em primeira hora por uma parte da população sensível a seu discurso religioso e sua agenda de costumes conservadora, Bolsonaro chegou ao poder após conquistar outros eleitores que nele enxergaram uma liderança capaz de atingir três grandes objetivos não dogmáticos: restabelecer a segurança pública, eliminar (tanto quanto possível) a corrupção, e retomar o crescimento econômico sustentável. Seria um erro abrir frentes de combate não prioritárias que consumiriam capital político desnecessariamente.

País com baixa taxa de poupança e que, por séculos, subestimou a importância da educação, o Brasil está longe de ter vantagem comparativa em todos os setores industriais. Mas o país é uma potência agrícola e mineral que, num planeta com 7 bilhões de habitantes, precisará se alimentar. A agricultura é o setor nacional mais vulnerável às mudanças climáticas, pois tende a ser abalada por secas imprevisíveis. A eventual retirada do país do tratado climático de Paris seria, portanto, prejudicial à oferta agrícola no longo prazo. Mas é na demanda que o impacto seria ainda maior, além de sentido já no curto prazo, devido à retaliação de países importadores fiéis ao tratado.


No ensino, não se deve perder tempo discutindo as cores das roupas de meninos e meninas, mas sim a adequação do currículo escolar à formação dos trabalhadores que precisarão atuar no ambiente de contínua e acelerada mudança tecnológica do século XXI. A educação brasileira é de baixa qualidade – os alunos permanecem na escola e pouco aprendem – e questões ideológicas à esquerda ou à direita são distrações menores do que é realmente fundamental.

Em que a instalação de uma base militar americana beneficiaria o Brasil? Em 1942, quando Getúlio Vargas aceitou a implantação da base militar de Natal, o país recebeu em troca apoio à implantação da siderúrgica de Volta Redonda. O que os EUA de hoje, focado no próprio umbigo, teria a oferecer? A iniciativa é ainda mais estapafúrdia pois seria vista pelos opositores do partido Democrata como apoio ao atual presidente Republicano, um nítido desequilibrado que será expulso do poder em dois anos.

A mudança da embaixada brasileira de Tel Aviv para Jerusalém é outro exemplo de tolice. O brasileiro típico só ouviu falar de Jerusalém nas homilias dominicais na igreja. Para muitos, a palavra Tel Aviv poderia denominar um time de futebol. O país nada tem a ganhar ao mover de cidade a sede de sua embaixada em Israel. Mas tem a perder, pois a medida suscitaria uma reação de grandes países importadores de proteína animal do Oriente Médio. E romperia um equilíbrio diplomático que há décadas temos mantido em uma região de conflitos agudos.

A distribuição de poder no mundo passa por rápida mutação. A ascensão da China já incomoda a grande potência americana, enquanto as divisões internas da Europa – cujo PIB e população superam os do EUA – a mantêm crescentemente fora do grande jogo. Nessa briga de cachorro grande, uma das vantagens comparativas do Brasil, na atração de investimentos estrangeiros, reside no fato de que, neste Extremo Ocidente, não há conflitos religiosos internos nem inimigos do lado de lá das fronteiras. Um país capitalista democrático, onde impera o estado de direito, oferece ao investidor externo o ambiente institucional mais seguro para seus empreendimentos. Por que mexer nessa área? Hostilizar a China em nome de um combate ao “globalismo” – conceito meio estapafúrdio que acadêmicos sérios têm certa dificuldade em entender – é dar a meia dúzia de templários de direita a direção de nossa política externa, e implica entrar em um conflito sobre o qual não teremos qualquer influência nem nada a ganhar.

Em 2003, Lula soube usar a política externa para distrair seus apoiadores de primeira hora. Enquanto adulava Fidel Castro e elogiava o bolivarianismo, Palocci e Meirelles aplicavam o receituário ortodoxo – o único que funciona – para enfrentar a pressão inflacionária criada pela fuga de capitais de 2002. Era necessário e funcionou na época. Bolsonaro não precisa disso.

Obter uma vitória significativa na frente econômica, com a aprovação da reforma da previdência, já no primeiro semestre de governo, deveria ser o foco neste momento. Dispersar capital político em frentes inúteis é um mau começo. 



Getúlio Vargas.

PEDRO CAVALCANTI FERREIRA é Mestre em Economia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e PhD. pela University of Pennsylvania (1993). Desde 1993 é professor da Escola de Pós-Graduação em Economia da Fundação



Renato Fragelli Cardoso.

RENATO FRAGELLI CARDOSO é Doutor em Economia pela EPGE-FGV em 1989, foi Visiting Scholar na University of Pennsylvania em 1999, e docente na EPGE a partir de 1999. Atualmente ministra cursos de Microeconomia, Macroeconomia, Economia Monetária e Desenvolvimento Econômico.

Caixa 2 e corrupção: as duas visões de Sérgio Moro

■ POR MARCELO AITH

“O Projeto de Lei que cria o artigo 350-A ao Código Eleitoral é irretocável e cumpre a missão de preservar a democracia, pois pretende punir severamente o candidato desleal, que burla a regra do jogo eleitoral e gasta mais do que permitido, sem realizar a contabilização destes gastos.”



O Presidente da República Jair Messias Bolsonaro assinou na última terça-feira, 19 de fevereiro de 2019, três projetos de lei que integram o pacote “anticrime” proposto pelo ministro Sérgio Moro. Inicialmente, o pacote de alterações legislativas seria apresentado de forma global, com as 14 medidas sugeridas pelo ex-Juiz Federal. Todavia, o Governo sucumbiu aos pedidos da base de apoio e excluiu a medida que cria o tipo penal de “caixa 2” e a que determina a cisão, quando há conexão ou continência, entre crimes eleitorais e crimes comuns.

Questionado sobre o fatiamento do projeto, o ministro Moro afirmou, categoricamente, que estava a atender pedidos dos parlamentares, os quais consideravam o “caixa 2” um crime menos grave do que os demais tratados no projeto, como o enrijecimento do combate à corrupção.

Não há como falar em corrupção sem lembrar do lendário Presidente norte-americano Abraham Lincoln, que no famoso discurso proferido na cerimônia realizada no Cemitério Nacional de Gettysburg, na tarde de 19 de novembro de 1863, asseverou: “governo do povo, pelo povo e para o povo irá perecer da face da terra se a corrupção for tolerada. Os beneficiários e os pagadores de propinas possuem uma malévola preeminência na infâmia. A exposição e a punição da corrupção pública são uma honra para uma Nação, não uma desgraça. A vergonha reside na tolerância, não na correção. Nenhuma cidade ou Estado, muito menos a Nação, pode ser ofendida pela aplicação da Lei. (...) Se nós falharmos em dar tudo que temos para expulsar a corrupção, nós não poderemos escapar de nossa parcela de responsabilidade pela culpa. O primeiro requisito para o autogoverno bem-sucedido é a aplicação da lei, sem vacilos, e a eliminação da corrupção.”

A corrupção eleitoral, a qual se inclui, inexoravelmente, a nefasta prática do “caixa 2”, é a gênese de todas as corrupções e também a mais pernicioso, pois permite que candidatos imorais e mal-intencionados subvertam a vontade das urnas, utilizando-se, para tanto, de subterfúgios antidemocráticos. Aqui cabe o adágio popular “Quem rouba tostão é ladrão; quem rouba milhão é barão”, ou seja, pouco importa a forma, quantidade e o momento a corrupção é corrupção.


Estranhamente Moro, acompanhando o posicionamento da base governista, reconheceu em rede nacional que a corrupção eleitoral é menos grave do que a corrupção prevista no Código Penal. Estaria o ministro da Justiça, o grande “Capitão da Operação Lava Jato”, sufocando suas ideologias em prol de anseios políticos?

É inimaginável acreditar que o juiz Sergio Moro concordaria com o político Sergio Moro que o “caixa 2” de campanha é menos lesiva a nação do que a corrupção ativa e passiva previstas no Código Penal.

Quando o então juiz federal Sergio Moro entendia da seguinte forma sobre “caixa 2”: “Rigorosamente, a destinação da vantagem indevida em acordos de corrupção a partidos políticos e a campanhas eleitorais é tão ou mais reprovável do que a sua destinação ao enriquecimento pessoal, considerando o prejuízo causado à integridade do processo político-eleitoral”.

Já como político, o ex-juiz, indagado se caixa 2 não é corrupção, Moro disse: “Não. Caixa dois não é corrupção. Existe o crime de corrupção e existe o crime de caixa dois. São dois crimes. Os dois crimes são graves”. Indagado em seguida se aceitar dinheiro por outra via não é uma espécie de corrupção, Moro respondeu: “Aí é uma questão técnica.”

Não se pode olvidar que a legislação eleitoral foi alterada, objetivando limitar os gastos de campanha, com o escopo de preservar a democracia e a vontade popular. O Projeto de Lei que cria o artigo 350-A ao Código Eleitoral é irretocável e cumpre a missão de preservar a democracia, pois pretende punir severamente o candidato desleal, que burla a regra do jogo eleitoral e gasta mais do que permitido, sem realizar a contabilização destes gastos.

Finalizo com outra frase lapidar de Lincoln: “Pode-se enganar a todos por algum tempo; pode-se enganar alguns por todo o tempo; mas não se pode enganar a todos todo o tempo”. 



MARCELO AITH é especialista em Direito Criminal e Direito Público.

Vaquejadas: o efeito backlash

■ POR VANICE TEIXEIRA ORLANDI

“Por sua brutalidade e natureza inerentemente cruel, a prática das vaquejadas e das provas de rodeios jamais vão se coadunar à Constituição da República, ainda que seu próprio texto, por mal ajambrada emenda e por interesses bem diversos daqueles que inspiraram o nosso festejado art. 225, § 1º, inciso VII, empenhe-se na pretensão de declarar o contrário.”



Impetrada pelo Procuradoria-Geral da República, a ação direta de inconstitucionalidade – ADI nº 4983 – acabou por dar margem a maior das derrocadas, recentemente, verificadas em desfavor da luta pelo reconhecimento dos direitos dos animais.

Ajuizada em face da Lei Estadual nº 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural, a ADI foi julgada procedente, o que desagradou aos segmentos ligados à prática, que articularam-se para a apresentação de uma emenda ao texto constitucional.

Aprovada, a PEC nº 96/2017 acrescentou um parágrafo sétimo ao art. 225 da Constituição da República para estabelecer que “não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.”

Referida emenda resultou da imediata e intensa reação dos defensores de rodeios e vaquejadas, que buscaram retirar uma suposta força jurídica daquela decisão judicial do Supremo Tribunal Federal desfavorável àquelas práticas, por meio de manobra sustentada por lobbies milionários, orquestrada junto a parlamentares ruralistas, capaz de aprovar normas, e até emendas constitucionais, que atendam aos fortes interesses econômicos correspondentes ao setor político que representam.

A esse retrocesso jurídico, que enseja uma situação normativa ainda pior do que a existente antes da decisão judicial proferida, dá-se o nome de “efeito *backlash*”. Dessa forma, o acórdão que poderia representar algum avanço em direção à fiel execução da norma constitucional protetiva, acabou por dar causa a um considerável retrocesso.

E o que é ainda pior: a propositura da tal ADI era, absolutamente, desnecessária, uma vez que a realização de rodeios e vaquejadas não se condiciona à existência de lei permissiva, e sim à inexistência de lei proibitiva. A própria ADI já resultou de uma indiscutível impropriedade técnica

Assim como ocorre no caso dos rodeios, pelo sofrimento e pelo risco de lesões permanentes que as vaquejadas impõem aos animais, a prática não pode ser concebida como esporte ou cultura. Constitui sim, crueldade.

Cabe lembrar que a norma constitucional protetiva dos animais, estampada no art. 225, § 1º, inciso VII, é originária, ou seja, promulgada pelo poder constituinte originário, ao passo que o texto da emenda citada deriva do poder constituinte, o que permite o questionamento da constitucionalidade desse dispositivo.

Com efeito, a emenda aprovada faz menção a práticas desportivas “regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos”

Ora, as práticas desportivas ali mencionadas, ninguém ignora, são os rodeios e as vaquejadas, atividades rentáveis que incorrem em crueldade inerente, de tal forma, à sua realização, que não há como coibi-la por meio de “lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos”, como impõe a emenda aprovada. E a exposição à crueldade, não é demais repetir, é situação vedada pela Constituição da República.

Na denominada vaquejada, em que dois vaqueiros galopam, em velocidade, no encaço de um animal em fuga, que tem sua cauda tracionada e torcida para

que tombe ao chão. O gesto brusco de tracionar, violentamente, o animal pela cauda pode lhe causar luxação das vértebras, ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, estabelecendo-se, portanto, lesões traumáticas com o comprometimento, inclusive, da medula espinhal, como atesta parecer concedido à Uipa, em 1999, pela especialista em neuroanatomia Prof^a. Dr^a. Irvênia Luíza de Santis Prada, médica veterinária, Professora Titular Emérita da Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade de São Paulo.

Não raro, sua cauda é arrancada, já que o vaqueiro se vale de luvas aderentes.

E da necessidade de se forjar uma perseguição decorre a sujeição do animal à uma tortura prévia, criando-se, artificialmente, uma razão para que o animal adentre a arena em fuga, em momento determinado. O bovino é, então, confinado em um pequeno cercado, onde é encurralado e atormentado, espancado com pedaços de madeira, e submetido a vigorosas e sucessivas trações de cauda, antes de ser solto na arena.

Nem se diga que a vaquejada reproduz procedimentos realizados na lida diária do gado, pois segundo consta da literatura atinente aos métodos de contenção de bovinos, tratamentos clínicos em que há necessidade da derrubada do animal exigem a escolha de um solo plano e macio, coberto com colchões de espumas ou cama de capim. Do contrário, podem ocorrer graves traumatismos, ou até mesmo lesões irreversíveis do nervo radial, que podem levar à paralisia permanente como assevera Duvaldo Eurides em seu livro “Métodos de Contenção de Bovinos”, p. 15 (Rio Grande do Sul, editora Agropecuária, 1998).

Derrubadas são condenadas pelas técnicas de produção pecuária, justamente, por elevarem o estresse e os riscos de fraturas e de morte a que são expostos os animais.

Assim, não podemos fugir à irrefragável conclusão de que regulamentação alguma pode impedir o risco de lesão permanente a que o animal fica exposto, e o sofrimento que lhe é impingido, uma vez que a prática já consiste em perseguí-lo e tracionar-lhe a cauda, para derrubá-lo ao solo.

Voltando à emenda, o texto declara que “não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais...”.

Ora, “um certo instrumento, ou uma determinada prova, não deixam de ser cruéis simplesmente porque o legislador assim dispôs. Não se desfaz a crueldade por expressa disposição de lei”, como bem enunciou a Desembargadora Teresa Ramos Marques, em acórdão exarado contra os rodeios pela 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Com efeito, não há diploma legal que possa alterar a natureza das coisas e dos fatos. Não há norma, nem mesmo de natureza constitucional, que possa legitimar como esporte ou cultura uma prática de natureza violenta, que representa uma ameaça à integridade física e mental dos animais. Sua realização constitui crueldade, a despeito de norma estadual, federal ou constitucional que a autorize e a classifique como cultura ou prática desportiva.

Práticas brutais e abusivas, pelo princípio da moralidade, não deveriam ser objeto de regulamentação, e sim, severamente coibidas até a sua completa abolição. Não pode haver valor cultural, ou desportivo, em prática que imponha sofrimento aos animais.

Por imposição estampada no art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição da República, incumbe ao Poder Público vedar as práticas que submetam animal à crueldade.

E essa obrigação possui caráter acautelatório. Ante o risco do dano, compete ao Poder Público prevenir condutas lesivas ao meio ambiente, atuando para a abstenção do ato que represente risco como impõe o princípio da precaução, inserido em nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto Legislativo nº 1, de 3 de fevereiro de 1994.

Ainda que fosse possível atribuir alguma relevância cultural aos rodeios e às vaquejadas, convém lembrar que o Supremo Tribunal Federal, em festejado acórdão contra a “Farra do Boi”, decidiu que o pleno exercício de manifestações culturais não prescinde da observância da norma constitucional que veda a crueldade com os animais.


Quanto à alegação de que os rodeios e as vaquejadas são práticas economicamente rentáveis, cabe mencionar que a Constituição da República condicionou a geração do lucro e de empregos à preservação do meio ambiente, cuja defesa foi elevada à categoria de princípio da ordem econômica, possibilitando ao Poder Público interceder para que a exploração econômica não se sobreponha à tutela ambiental.

Importa ainda destacar que a capacidade de sentir dor, e, portanto, de sofrer, não difere entre humanos e animais, o que torna ainda mais censurável a primitiva prática de se entreter com o padecimento desses seres. Neurocientistas, de vários países, subscreveram um manifesto afirmando que os animais possuem consciência, uma vez que as estruturas cerebrais que produzem a consciência em humanos também existem nos animais.

Valem, a respeito, as palavras do cientista Philip Low, pesquisador americano da Universidade Stanford e do MIT (Massachusetts Institute of Technology), em entrevista concedida à Revista “Veja” de abril de 2012:

“As áreas do cérebro que nos distinguem de outros animais não são as que produzem a consciência” ... Sabemos que todos os mamíferos, todos os pássaros e muitas outras criaturas, como o polvo, possuem as estruturas nervosas que produzem a consciência. Isso quer dizer que esses animais sofrem. É uma verdade inconveniente: sempre foi fácil afirmar que animais não têm consciência. Agora, temos um grupo de neurocientistas respeitados que estudam o fenômeno da consciência, o comportamento dos animais, a rede neural, a anatomia e a genética do cérebro. Não é mais possível dizer que não sabíamos... a habilidade de sentir dor e prazer em mamíferos e seres humanos é muito semelhante.

É preciso ressaltar que nosso ordenamento jurídico reconhece os animais como seres vivos, dotados da capacidade de sofrer, motivo por que são tutelados, inclusive, por norma constitucional.

Por sua brutalidade e natureza inerentemente cruel, a prática das vaquejadas e das provas de rodeios jamais vão se coadunar à Constituição da República, ainda que seu próprio texto, por mal ajambrada emenda e por interesses bem diversos daqueles que inspiraram o nosso festejado art. 225, § 1º, inciso VII, empenhe-se na pretensão de declarar o contrário. 



VANICE TEIXEIRA ORLANDI é advogada, presidente da Uipa, União Internacional Protetora dos Animais, entidade centenária, fundada em 1895, responsável pela instituição do Movimento de Proteção Animal no país. Possui também formação em Psicologia, com especialização em Psicologia da Educação.

A carta do Ministro da Educação: crime de responsabilidade e improbidade administrativa?

■ POR JOÃO JACINTO ANHÊ ANDORFATO

O Ministério da Educação (MEC) enviou para todas as escolas do país uma carta, via e-mail, pedindo que as crianças fossem perfiladas para cantar o Hino Nacional e que o momento fosse registrado em vídeo e enviado para o Governo Federal. No texto, o ministério também pediu que fosse lida para elas uma carta do ministro Ricardo Vélez Rodríguez, que termina com o slogan da campanha de Jair Bolsonaro: “Brasil acima de tudo. Deus acima de todos.” A correspondência eletrônica gerou grande polêmica e refletirá em grandes discussões jurídicas.

A quantidade de críticas fez com que o ministro de Estado afirmasse que cometeu um “erro” ao pedir filmagens de crianças sem a orientação dos pais e ao utilizar o slogan eleitoral. O Ministério da Educação enviou, então, uma nova carta, mas continuou requisitando que as escolas filmem seus alunos durante a leitura da carta e a execução do hino. A palavra “voluntariamente” foi adicionada. E ainda que “a gravação deve ser precedida de autorização legal da pessoa filmada ou de seu responsável”. Em um novo recuo, desistiu de pedir as gravações.

É preciso analisar o caso deixando qualquer partidarismo de lado e do ponto de vista técnico e jurídico. Não há problema no estímulo a execução dos hinos na escola, pelo contrário. Contudo, as demais condutas observadas podem resultar em sérios problemas para o ministro, como ser tipificado crime de responsabilidade e ato de improbidade administrativa.

Primeiro, cumpre observarmos que durante o Governo Lula foi sancionada a Lei nº 12.031, de 21 de setembro de 2009, que estabelece a obrigatoriedade de execução do Hino Nacional, uma vez por semana, nas escolas públicas e privadas do ensino fundamental. A referida lei foi assinada pelo então Ministro da Educação, Fernando Haddad, e acrescentou o § 6º ao art. 39 da Lei nº 5.700, de 1º de setembro de 1971, que também prevê o Hino Nacional como um dos símbolos nacionais brasileiros.

Logo, se há alguma polêmica quanto ao fato de ser obrigatória a execução do Hino Nacional nas escolas, esta não deve ser relacionada diretamente ao atual Ministro da Educação, pois a norma legal que prevê tal obrigatoriedade é anterior ao atual governo.

A Lei nº 5.700/1971 prevê ainda que ninguém poderá ser admitido no serviço público sem que demonstre conhecimento do Hino Nacional, não restando dúvida quanto à importância do Hino Nacional para o legislador brasileiro.

A relevância do Hino Nacional é tão significativa que, durante o Governo Dilma, foi sancionada a Lei 12.472, de 1º de setembro de 2011, que incluiu na Lei de Diretrizes e Bases da Educação o estudo dos símbolos nacionais como obrigatório nas

escolas públicas e privadas do ensino fundamental. Portanto, a orientação do atual Ministro da Educação, em relação ao Hino Nacional, vai de acordo com a importância que lhe é atribuído enquanto símbolo nacional, não havendo, a princípio, qualquer irregularidade político-administrativa a ser investigada.

Entretanto, no que concerne às filmagens das crianças para divulgação pelo atual governo, tal posicionamento merece sim crítica e possui guarida legal para tanto.

Não se admite a divulgação da imagem no ordenamento jurídico vigente, por nenhuma forma ou mecanismo, impresso ou digital, sem a autorização da pessoa ou do responsável legal. O art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, consagra a inviolabilidade da imagem das pessoas e assegura o direito de indenização pelo uso indevido.

No caso específico de crianças e adolescentes, devemos observar a tríplice tutela (civil, administrativa e criminal) prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), com especial atenção para o artigo 17, que estabelece a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, a qual abrange a preservação da imagem das crianças e adolescentes.

Deste modo, caso o Ministério da Educação tenha interesse em registrar a execução do Hino Nacional nas escolas, sejam públicas ou privadas, dependerá do consentimento dos pais e expressa autorização para divulgação, sob pena de violação dos direitos da personalidade e conseqüente obrigação de indenizar.


Ainda assim, o maior problema que o ministro Ricardo Vélez Rodríguez pode vir a enfrentar, a partir de agora, diz respeito a inclusão do slogan “Brasil acima de tudo. Deus acima de todos” na carta oficial enviada pelo ministério às escolas.

Nesse ponto, trata-se nada menos que uma conduta tipificada como crime no art. 40 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que diz respeito ao uso, durante a campanha eleitoral, de símbolos, frases ou imagens utilizadas no governo, e que tem por finalidade coibir a utilização da máquina pública para favorecer candidato à reeleição.

Em uma primeira leitura, é claro que é crime utilizar slogan de governo durante a campanha eleitoral e, não, o contrário.

Contudo, uma vez que o poder público possui símbolos próprios que devem ser utilizados para que se ressalte a oficialidade e a impessoalidade da informação que se pretende transmitir, a incorporação do mesmo slogan utilizado durante a campanha eleitoral em materiais e publicações de caráter institucional pode configurar violação aos princípios da administração pública (legalidade, publicidade, impessoalidade e moralidade) se houver a intenção de promoção pessoal.

A conduta do atual ministro da Educação pode ainda ser investigada como crime de responsabilidade por atentar contra o livre exercício dos direitos políticos, individuais e sociais, conforme previsto no art. 7º da Lei 1.079, de 10 de abril de 1950.

O processo e julgamento dos Ministros de Estado por crime de responsabilidade é de competência do Supremo Tribunal Federal (STF), salvo se houver a participação do Presidente da República, situação que enseja o julgamento pelo Senado Federal por meio do procedimento de *impeachment*. Os próximos fatos, em decorrência do que o ministro chamou de “erro”, dependerão de questões políticas, e não apenas técnicas, como a oposição parlamentar que é feita ao atual governo. 



JOÃO JACINTO ANHÉ ANDORFATO é mestre em Direito pela PUC-SP, advogado e sócio do escritório Stuchi, Dias & Andorfato.



Comentários à Lei nº 13.772 de 2018 O novo conceito de violência psicológica da Lei Maria da Penha e o novo delito do art. 216-B do Código Penal Brasileiro

■ POR MARCEL GOMES DE OLIVEIRA E JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR

“Questão tormentosa que poderá causar celeumas na doutrina e jurisprudência seria o concurso entre os delitos do art. 216-B e 218-C. Indaga-se: o agente que filma e em seguida divulga o vídeo, incorre nos delitos dos arts. 216-B e 218-C, em concurso material ou, incidiria apenas no delito do art. 218-C, ficando o art. 216-B absorvido?”

No dia 19 de dezembro de 2018 entrou em vigor a Lei nº 13.772 com dois objetivos centrais:

1) alterar a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar; e

2) alterar o Código Penal, para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado.

Sabe-se que os meios de comunicação têm evoluído de forma célere e o Direito Penal – a *ultima ratio* –, tem sido constantemente acionado para defender bens jurídicos que outros ramos do direito não têm defendido satisfatoriamente. Exemplo disso se trata da neocriminalização das filmagens não consentidas de atos sexuais (CP, art. 216-B), que se tornaram comum nos últimos anos, causando abalos psicológicos e irreparáveis em diversas vítimas.

Em resumo, citamos a disposição contida no art. 1º da novel Lei nº 13.722/2018: “Art. 1º Esta Lei reconhece que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e criminaliza o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado”.

Dito isto, passamos de forma sistemática a analisar as duas modificações operadas na legislação brasileira – uma modificação operada na Lei Maria da Penha

(novo conceito de violência psicológica) e uma *novatio legis* incriminadora (crime de registro não autorizado da intimidade sexual – art. 216-B, CP).

Ainda de acordo com o art. 4º da referida lei, a mesma entrou em vigor na data de sua publicação.

COMENTÁRIOS À LEI Nº 13.772/2018 – ALTERAÇÃO NA LEI MARIA DA PENHA (NOVO CONCEITO DE VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA)

Inegavelmente, a Lei nº 13.772/2018 trouxe um avanço que deve ser aplaudido quanto ao art. 7º, inciso II, da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), porquanto alterou a indigitada lei para expressamente constar que a “violação da intimidade” da mulher constituiria uma forma de violência no âmbito doméstico, em que o legislador ordinário a inseriu como violência psicológica.

A propósito observemos a novel redação do art. 7º, inciso II, da Lei Maria da Penha:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

Para melhor compreensão, trazemos o quadro abaixo para que reste evidenciada a sutil, porém relevante alteração e avanço neste ponto:

Antes da Lei nº 13.772/2018	Redação atual dada pela Lei nº 13.772/2018
II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;	II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

Não raras vezes, a mulher dentro da violência de gênero era e é alvo de violação de sua intimidade, como por exemplo, exposição de nudes e vídeos de conteúdo íntimo (cenas de relação sexual ou outras intimidades de cunho sexual) compartilhados com sua pessoa de vínculo, que depois ao término das relações, eram divulgados em redes sociais e outros meios da internet por ex-namorados(as), ex-conviventes, ex-maridos(ex-mulheres), com exposição avassaladora de sua intimidade, deixando marcas indeléveis na sua vida perante a sociedade, família e do círculo de amizade.

A circulação instantânea deste conteúdo com violação da intimidade da vítima pela internet, gerava desde incômodos, situações vexatórias, depressões e até suicídios por parte destas mulheres vítimas da exposição violadora da sua intimidade.

Obviamente, que a violação da intimidade da mulher no âmbito doméstico não se cinge apenas a estes exemplos, embora tenham lamentavelmente sido mais recorrentes, como já ditos anteriormente, dentro do “*revengeporn*”¹ e “*sextorsão*”, desde que em periferia do âmbito doméstico.

Nota-se, portanto, que o legislador foi feliz ao ampliar o espectro de tutela da lei penal em prol da vítima de violência doméstica – apesar de ainda entendermos ser tímida a punição para estas condutas que geram efeitos nefastos na vida das vítimas.

Outro apontamento a ser destacado, é no que tange à expressão “violação de sua intimidade”, eis que por ser ampla demais, certamente gerará discussões quando a sua abrangência.

Afinal, o que devemos entender por “violação de sua intimidade”? Qual o seu alcance?

Essa tutela abrangeria apenas e tão somente à violação da intimidade da mulher vítima no âmbito doméstico no “aspecto sexual”, ou também abrangeria violação da sua intimidade no “seio familiar”, por exemplo, como exposição de brigas de família, humilhações, vexames etc. sem cunho sexual, mas que de certa forma viesse implicar na violação da intimidade?

Em respostas as estas inquietações e seguindo a linha de interpretação (e exegese) sempre com observação da “mens legis”, pensamos que o legislador ordinário por meio da alteração legislativa em comento, quis ampliar o âmbito de proteção da mulher, vítima de violência de gênero, mas apenas no campo da intimidade sexual. Tanto é verdade, que na parte da lei incriminadora trouxe também um dispositivo legal sob rubrica de “registro de imagem não autorizada de intimidade sexual” (o que reforça nosso ponto de vista do viés apenas de a violação de intimidade estar relacionada com a intimidade sexual). Esse apontado dispositivo veio para suprir uma lacuna no ordenamento jurídico penal, em que não criminalizava o registro não autorizado da intimidade sexual de dimensão sexual, lacuna esta apontada desde tempos pela doutrina e agora suprida – como será abordado adiante.

Logo, a interpretação mais adequada e em conexão com a “mens legis” a ser dada em nossa singela opinião, é aquela que prestigie a maior amplitude e alcance possível dessa proteção à intimidade sexual, para se evitar a proteção deficiente frente ao bem jurídico tutelado – embora não descartamos o surgimento de opiniões em sentido contrário, sob o argumento de que o Direito Penal como instrumento para tutelar a mulher, vítima de violência de gênero, deve ser dada à interpretação mais abrangente possível para outras situações que causem de certa forma violação da sua intimidade (como por exemplo exposição de brigas de família, humilhações, vexames etc. sem cunho sexual, mas que de certa forma implique na violação da intimidade), não devendo o intérprete cingir a letra fria da lei. Outro argumento para essa outra possível corrente é de que a violação sexual² já estaria prevista no art. 7º, inciso III, da Lei Maria da Penha, logo, com essa inovação legislativa não faria sentido o legislador trazer palavras inúteis no texto da lei, assim o novo conceito da “violação da intimidade” (art. 7º inciso II, da Lei Maria da Penha) teria maior amplitude e não se limitaria a violação de intimidade de cunho sexual, vez que já existiria a violência sexual expressamente prevista, querendo o legislador

com isso, dar uma interpretação mais elástica na Lei Maria da Penha, no tocante à expressão de “violação da intimidade”.

De qualquer forma, caberá a doutrina e jurisprudência formarem o entendimento sobre o tema.

COMENTÁRIOS À LEI Nº 13.772/2018 – ALTERAÇÃO NO CÓDIGO PENAL (CRIMINALIZAÇÃO DO REGISTRO NÃO AUTORIZADO DA INTIMIDADE SEXUAL)

O art. 3º da Lei nº 13.772/2018 acrescentou ao Código Penal um novo Capítulo (Capítulo I-A: Da exposição da intimidade sexual) dentro do Título dos Crimes Contra a Dignidade Sexual, e dentro deste novo capítulo encontra-se o novo crime com a rubrica marginal de “registro não autorizado da intimidade sexual”, capitulado no art. 216-B, do Código Penal. Passamos a sua análise.

Art. 3º O Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte Capítulo I-A:

CAPÍTULO I-A:

DA EXPOSIÇÃO DA INTIMIDADE SEXUAL

Registro não autorizado da intimidade sexual

Art. 216-B – Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo.

Introdução: Conforme leciona Rogério Sanches “o tipo preenche a lacuna que existia em relação à punição da conduta de indivíduos que registravam a prática de atos sexuais entre terceiros. Foi grande a repercussão quando, em janeiro de 2018, um casal alugou um apartamento para passar alguns dias no litoral de São Paulo e, depois de se instalar, percebeu uma pequena luz atrás de um espelho que guarnecia o quarto. O inusitado sinal faz com que um deles vistoriasse o espelho e, espantado, descobrisse que ali havia uma câmera instalada. O equipamento foi imediatamente desligado e, logo em seguida, o casal recebeu uma ligação do proprietário do imóvel, que indagou se havia ocorrido algum problema, o que indicava que as imagens estavam sendo transmitidas em tempo real. Embora se tratasse de conduta violadora da intimidade e que inequivocamente dava ensejo a indenização por danos morais, o ato – não tão incomum – de quem instalava um equipamento de gravação nas dependências de um imóvel para captar imagens íntimas sem o consentimento dos ocupantes não se subsumia a nenhum tipo penal. A partir de agora, é classificado como crime contra a dignidade sexual” (SANCHES, 2018, p. 7)³.

Conceito de dignidade sexual: O legislador objetivou proteger a liberdade sexual, em vista da dignidade sexual da pessoa humana. Cada indivíduo tem a livre opção de escolher o seu parceiro ou sua parceira que sexualmente se relacionará. A par disso, trazendo à tona os ensinamentos de Julio Fabrinni Mirabete (2012, p. 388) a denominação “dada ao Título VI – ‘Dos crimes contra a dignidade sexual’ –, embora não seja isenta de críticas, tem o mérito de evidenciar o deslocamento do objeto

central de tutela da esfera da moralidade pública para a do indivíduo. (...) No contexto normativo em que foi utilizado, o termo ‘dignidade’ deve ser compreendido em conformidade com o sentido que lhe empresta a Constituição Federal, que prevê a ‘dignidade da pessoa humana’ como conceito unificador de todos os direitos fundamentais do homem que se encontram na base de estruturação da ordem jurídica (art. 1º, inciso III). (...) Assim, ao tutelar a dignidade sexual, protege-se um dos vários aspectos essenciais da dignidade da pessoa humana, aquele que se relaciona com o sadio desenvolvimento da sexualidade e a liberdade de cada indivíduo de vivenciá-la a salvo de todas as formas de corrupção, violência e exploração”⁴.

Conceito de exposição da intimidade sexual: para se ter uma ideia do que o legislador busca proteger com o delito do art. 216-B, CP se faz necessário analisar o significado das palavras que compõe a “exposição da intimidade sexual”. Assim, *expor* significa “fazer com que fique evidente; colocar à vista; descobrir; retirar as vestes, aquilo que tapa; propiciar o conhecimento de; exibir ou desvelar; fazer com que fique acessível; oferecer; submeter(-se) à vergonha; apresentar ao público; colocar em exposição; fazer que todos vejam”⁵. Já a *intimidade* é definida como “relação estreita ou convívio próximo entre duas ou mais pessoas; privacidade; vida pessoal ou íntima”⁶. E o conceito de sexual é “relativo a sexo: órgãos sexuais; relação sexual”⁷.

Dito isto, podemos conceituar a exposição da intimidade sexual como “submeter pessoa(s) à vergonha, fazendo com que todos vejam a sua vida pessoal e privada relativa ao sexo, órgãos sexuais ou relação sexual”.

Novatio legis incriminadora: o art. 216-B, CP, trata-se de nova lei penal incriminadora e por força constitucional (art. 5º, inc. XXXIX) e infraconstitucional (art. 1º, CP), será aplicada para o futuro, afinal, não há crime sem lei anterior que o defina e não há pena sem prévia cominação legal.

Objeto jurídico: É a dignidade sexual de qualquer pessoa (Título VI – Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual) e, de forma mais precisa, a exposição criminosa da intimidade sexual de cada pessoa (Capítulo I-A – Da Exposição da Intimidade Sexual), ou seja, o direito de cada pessoa poder dispor da sua própria intimidade sexual.

Objeto material: O objeto material do delito nada mais que o conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado.

Núcleo do tipo: o *caput* do art. 216-B possui quatro núcleos: 1) produzir (por em prática, levar a efeito, realizar), 2) fotografar (imprimir a imagem de alguém por meio da fotografia), 3) filmar (registrar a imagem de alguém por meio de vídeo) ou 4) registrar (alocar em bases de dados), por qualquer meio (p. ex. celulares, câmeras fotográficas, câmeras de vídeo, câmeras de computadores etc.), conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes.

Entende-se como cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado qualquer situação íntima que envolva uma ou mais pessoas em ambiente restrito, não acessível ao público. É evidente que se o ato de caráter sexual ocorre em local acessível ao público o bem jurídico tutelado (intimidade) é exposto pelo próprio titular, razão pela qual não pode ser considerado violado pelo terceiro que captura a imagem (SANCHES, 2018, p. 7)⁸.

Ressalta-se ainda, que a intimidade sexual exposta pelo agente ou (casal) em público ou lugar exposto ao público poderá vir configurar o delito de ato obsceno (art. 233, CP).

Elemento normativo do tipo: Observe que só haverá o crime se as partes não autorizarem, preenchendo, portanto, o requisito do elemento normativo do tipo (sem autorização dos participantes), por isso se tratar de um crime de violação da intimidade. Por outro lado, caso as partes se sintam à vontade para que terceiros filmem, produzam, fotografem etc. não haverá o delito pelo fato da conduta está encampada pelo consentimento do ofendido.

Por fim, conforme **Rogério Sanches** “embora a lei utilize a expressão participantes – no plural – não se exclui da incidência do tipo o registro não autorizado de apenas uma pessoa em momento de intimidade” (SANCHES, 2018, p. 7)⁹. Por exemplo, o namorado que registra a cena do ato sexual sem o conhecimento da sua namorada.

Tipo misto alternativo e a discussão de crime único ou concurso de crimes: diversos são os núcleos do tipo (produzir, fotografar, filmar e registrar), por isso se falar em tipo misto alternativo, assunto diretamente relacionado ao conflito aparente de normais penais. Isto é, caso o agente pratique no mesmo contexto fático mais de uma conduta descrita no tipo penal (p. ex. o agente filma e fotografa), responderá por um único delito do art. 216-B, não havendo que se falar em concurso de crimes. Por outro lado, se o agente, em contextos fáticos distintos, como, por exemplo, em um momento filma cenas de nudez sem autorização dos participantes, em outro fotografa atos libidinosos sem autorização dos participantes, neste caso, haverá concurso de crimes.

Meios de execução: É classificado como crime de forma livre, isto é, pode ser praticado por qualquer meio de execução, até por que o legislador afirma que a produção, fotografia, filmagem ou registro poderá se dar “por qualquer meio”.

Sujeito ativo: Trata-se de crime comum ou geral, isto é, podendo ser cometido por qualquer pessoa seja do sexo masculino, feminino. Não exigindo o tipo penal qualquer qualidade especial do agente, estaremos perante crime comum ou geral.

Sujeito passivo: pode ser qualquer pessoa (homem ou mulher), desde que seja maior, isto é, capaz de consentir o ato. Sobre a análise do assunto remetemos o leitor para o tópico do confronto com o art. 240 do ECA.

Elemento subjetivo: É dolo, seja ele direto ou eventual em praticar qualquer das condutas sem autorização dos participantes. Não há expressa previsão legal da modalidade culposa, o que torna inviável a punição por culpa. Por fim, não se exige qualquer finalidade especial por parte do agente (seja financeira, seja para satisfazer a lascívia).

Consumação: o crime se consuma com a prática de qualquer das condutas descritas no *caput* ou parágrafo único.

Tentativa: Por se tratar de crime plurissubsistente, onde a conduta pode ser perfeitamente fracionada, é admissível o *conatus*. O professor Rogério Sanches cita como exemplo o caso de equipamento que esteja instalado e, antes de ser registrada as imagens, a vítima percebe e evita o constrangimento (SANCHES, 2018, p. 8)¹⁰.

Ação penal: É Pública incondicionada. Observe que em conformidade com a redação do art. 225 do CP todos os crimes previstos no “capítulo I e II” são apurados mediante ação penal pública incondicionada. Todavia, o legislador não alterou o art. 225 ao criar o Capítulo I-A, deixando-o, portanto, de fora ao aludido dispositivo. Porém, sabe-se que os crimes só serão de ação penal pública condicionada ou ação penal privada se for expressamente previsto essa modalidade pelo legislador. No silêncio, conclui-se que se trata de crime de ação penal pública incondicionada (inteligência do art. 100, do Código Penal).

Lei nº 9.099/1995: O delito de registro não autorizado da intimidade sexual é crime de menor potencial ofensivo, tendo em vista que a sua pena máxima (1 ano) não ultrapassa dois anos.

Pena cominada: detenção de seis (6) meses a 1 (um) ano e multa.

Modalidade equiparada: encontra-se prevista no parágrafo único do art. 216-B, prescrevendo que “na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo”.

Sabe-se que os meios tecnológicos na atualidade são infinitos e as possibilidades de montagens em fotografias, vídeos ou qualquer outro registro acompanham a evolução da matéria, não sendo raro às vezes de se fazer montagens para inserir pessoas alheias, causando constrangimento às mesmas. Observe, porém, que nesta modalidade equiparada, não houve necessariamente violação da intimidade, mas um constrangimento da imagem da pessoa¹¹. Neste caso, a vítima não participa do ato sexual, mas é incluída pelo agente, por meio de montagem, que pode ocorrer em fotografia, áudio ou qualquer outro registro.

Na modalidade equiparada o núcleo do tipo é realizar “que significa efetuar, colocar em prática, fazer. Portanto, a ação nuclear indica que o tipo é comissivo, prevendo um comportamento positivo como forma de praticar o delito”¹². Por se tratar de delito plurissubsistente a tentativa é perfeitamente possível. O crime se consuma com a efetiva montagem sem consentimento da vítima, pouco importando que se divulgue a mesma (crime formal). O elemento subjetivo é o dolo, acrescido da finalidade especial de “incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo”.

Por fim, se trata de crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa. O sujeito passivo também poderá ser qualquer pessoa, desde que maior e capaz de consentir. Motivo pelo qual, caso a vítima seja criança ou adolescente ficará configurado o delito do art. 241-C, ECA¹³.

Fake news e vídeo de sócia: Salienta-se que a divulgação de imagens de nudez ou de atos sexuais de pessoas sócias – através de mensagens de “fake news”, informando se tratar de A, quando na verdade é B, não estaria abarcado pelo tipo penal em comento. Afinal, não houve montagens em vídeo, fotografia, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo. Isso obviamente, não faz descartar a incidência de outras tipificações legais que se amoldem ao caso concreto.

Causas de aumento de pena específica: analisando o art. 226, CP, percebemos que duas das causas de aumento ali prevista poderão ter incidência sobre o delito do art. 216-B. Assim conforme o aludido dispositivo “Art. 226. A pena é aumentada: I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela”. Lembramos que “as causas de aumento de pena, em conformidade com o sistema trifásico de dosimetria da pena, deverá incidir na terceira fase da mesma, podendo elevá-la além do máximo legalmente previsto. Pode ocorrer a situação de no mesmo crime incidir mais de uma causa de aumento de pena, sendo neste caso aplicado às regras do art. 68, parágrafo único do Código Penal”¹⁴.

Causa de aumento de pena genérica: prevista no art. 234-A, aplica-se a todos os delitos previstos no título VI do CP. Analisando esta causa de aumento, percebemos

que poderá ter aplicação ao delito do art. 216-B, na seguinte hipótese: “Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada: IV – de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), (...), se a vítima é idosa ou pessoa com deficiência”.

Segredo de justiça: Conforme o art. 234-B, do CP, os processos em que se apuram crimes contra a dignidade sexual, estando inserido entre eles o art. 216-B, CP, correrão em segredo de justiça.

Prática de *upskirting* a incidência do art. 216-B, do CPB: Em que pese em nosso vernáculo não termos algo para exprimir a tradução de *upskirting*, esta é uma prática de fotografar e registrar imagens por debaixo da saia ou vestido uma pessoa sem o seu consentimento. Geralmente, os adeptos desta prática abominável e ultrajante ficam monitorando suas vítimas (alvos) até o momento de distração para captar e registrar essas imagens, inclusive com exposição do rosto da vítima e do local da prática do *upskirting*. Sem sombras de dúvidas, essa prática causa angústia, dor, humilhação, exposição indevida da intimidade da vítima e sofrimento emocional e certamente estará abrangida pela violação de intimidade (art. 7º, inciso II, da Lei Maria da Penha). Desse modo, pensamos que após a vigência da Lei em estudo quem realizar tal prática estará sujeito às penas do art. 216-B, do Código Penal Brasileiro.

Confronto entre o art. 216-B e o art. 218-C, parte final, ambos do Código Penal Brasileiro: os núcleos do art. 216-B, do Código Penal estão relacionados ao registro, produção do vídeo, fotografia etc. Por outro lado, os núcleos do art. 218-C, do Código Penal estão relacionados com a divulgação do vídeo, fotografia etc. de cena de sexo, nudez ou pornografia, também sem o consentimento da vítima(s). Veja o quadro abaixo para melhor ilustração:

Art. 216-B, CPB	Art. 218-C, CPB
<p>Registro não autorizado da intimidade sexual</p> <p>Art. 216-B – Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes:</p> <p>Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.</p> <p>Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo.</p>	<p>Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia</p> <p>Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:</p> <p>Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.</p> <p>Aumento de pena</p> <p>§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.</p> <p>Exclusão de ilicitude</p> <p>§ 2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no <i>caput</i> deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos.</p>

Observe que a pena do delito do art. 218-C, CP é muito mais elevada que a pena do art. 216-B, CP, porque o legislador pune-se mais severamente o ato de divulgar que o ato de registrar. Além do mais, o art. 218-C, do CPB dispõe de causa

de aumento de pena e hipótese de exclusão da ilicitude, enquanto o art. 216-B, do CPB, nada traz.

Questão tormentosa que poderá causar celeumas na doutrina e jurisprudência seria o concurso entre os delitos do art. 216-B e 218-C. Indaga-se: o agente que filma e em seguida divulga o vídeo, incorre nos delitos dos arts. 216-B e 218-C, em concurso material ou, incidiria apenas no delito do art. 218-C, ficando o art. 216-B absorvido?


O professor Rogério Sanches, em posição a qual nos filiamos, defende que “caso o agente faça o registro indevido e posteriormente divulgue a cena deve responder pelos crimes dos arts. 216-B e 218-C em concurso material” (SANCHES, 2018, p. 8)¹⁵.

Confronto entre o art. 216-B, CP e art. 240 do ECA: pelo princípio da especialidade, onde norma especial prevalece sobre a geral, verifica-se que se a conduta do agente for de produzir, reproduzir, dirigir, fotografar ou filmar, por qualquer meio, cena nudez ou ato sexual ou libidinoso, envolvendo criança ou adolescente, incorrerá no delito do art. 240 do ECA, e não no delito do art. 216-B do CP. Vejamos a tabela abaixo:

Art. 216-B, CP	Art. 240, ECA
<p>Art. 216-B – Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes:</p> <p>Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.</p> <p>Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo.</p>	<p>Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente:</p> <p>Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.</p> <p>§ 1º Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou ainda quem com esses contracena.</p> <p>§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime:</p> <p>I – no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la;</p> <p>II – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou</p> <p>III – prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento.</p>

Observe que a pena do delito do art. 240, ECA é muito mais elevada que a pena do art. 216-B, CP, pois houve opção aparentemente acertada do legislador de se punir mais severamente os atos de produção que envolvam crianças e adolescentes, diante da vulnerabilidade e hipossuficiência destes sujeitos de direito. Além do mais o art. 240, ECA, dispõe de causa de aumento de pena, enquanto o art. 216-B nada traz.

DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto verificou-se que o objetivo central da Lei nº 13.772/2018 foi trazer proteção para mulher, vítima de violência de gênero, diante de violação da sua intimidade (violência psicológica) e ao mesmo tempo trazer novo dispositivo legal incriminador (incriminando o registro não autorizado de imagem de intimidade sexual), em sintonia com os avanços tecnológicos. 

NOTAS

- 1 Vingança Pornô; pornografia por vingança ou “Revenge Porn” versus sextorsão. É importante fixar a diferença entre a sextorsão e a pornografia por vingança. Em sintonia, com as lições do promotor de justiça do Estado de São Paulo, Rogério Sanches Cunha, a sextorsão se dá quando um sujeito possui fotos ou vídeos íntimos de outrem, e através de ameaças, utiliza isso para tirar vantagens econômicas ou sexuais que pode fazer variar eventuais tipificações. Nesta situação, não é necessário o agressor possuir algum vínculo afetivo com a vítima (Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=kKw1TBSDWwc>). Já a pornografia por vingança (Vingança Pornô ou “Revenge Porn”) é uma forma de violência moral que se dá quando um indivíduo publica sem o consentimento da vítima, fotos ou vídeos de conteúdo sexual explícito ou com nudez nas redes sociais ou no mundo virtual. O(a) agressor(a) realiza tal ato como forma de se vingar geralmente pelo fim do relacionamento entre ambos, seja um namoro, casamento ou qualquer laço afetivo. Vale lembrar que, antes da nova Lei nº 13.718/2018, publicada e com vigência a partir da data de sua publicação, ou seja, com plena vigência a partir do dia 25/09/2018, a sextorsão poderia configurar vários delitos a depender do contexto fático (constrangimento ilegal; estupro, extorsão; ‘estupro virtual’ [ainda que sem contato físico, bastando a mera contemplação, consoante precedentes do STJ]); injúria e difamação. Sobre a pornografia por vingança (Vingança Pornô ou “Revenge Porn”) antes da nova Lei nº 13.718/2018, se cogitava a incidência dos possíveis crimes a saberem: injúria; difamação; lesão corporal (na modalidade de violar a integridade psicológica e mental e até mesmo lesão grave pela mal causado à vítima que pode levar a incapacidade habitual desta para período superior a 30 dias). Ainda podemos aprofundar discussões de possível homicídio com dolo eventual por ter assumido o agente risco de produzir o resultado morte, por ser garantidor, uma vez que criou a situação de risco ou até mesmo participação do suicídio. De qualquer forma, pensamos que por se ter várias figuras típicas subsidiárias, não poderíamos excluir a possível incidência destes crimes cogitados antes da nova Lei nº 13.718/2018 – desde que mais graves, por obviedade e apego a redação legal da nova Lei, diante da subsidiariedade.
- 2 Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
 - I – a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
 - II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018);
 - III – a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.
- 3 Disponível em: <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/12/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13769-18-prisao-domiciliar-13771-18-feminicidio-e-13772-18.pdf>.
- 4 Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69534/as-inovacoes-legislativas-aos-crimes-sexuais-no-enfrentamento-a-criminalidade-comentarios-a-lei-n-13-718-2018>.
- 5 Disponível em: <https://www.lexico.pt/expor/>.
- 6 Disponível em: <https://www.lexico.pt/intimidade/>.
- 7 Disponível em: <https://www.lexico.pt/sexual/>.
- 8 Disponível em: <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/12/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13769-18-prisao-domiciliar-13771-18-feminicidio-e-13772-18.pdf>.

- 9 Disponível em: <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/12/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13769-18-prisao-domiciliar-13771-18-feminicidio-e-13772-18.pdf>.
- 10 Disponível em: <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/12/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13769-18-prisao-domiciliar-13771-18-feminicidio-e-13772-18.pdf>.
- 11 Há atualmente softwares capazes de simular com muita verossimilhança a participação de alguém em ato sexual praticado por terceiros. Durante as eleições de 2018 8 foi amplamente divulgado o caso envolvendo um candidato que, segundo se apurou à época, foi vítima deste tipo de conduta, que não encontrava correspondência típica específica, embora pudesse, conforme as circunstâncias, se subsumir à injúria, assim como ocorria com a divulgação de imagens de sexo, nudez ou pornografia, hoje tipificada no art. 218-C do Código Penal. (disponível em: <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/12/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13769-18-prisao-domiciliar-13771-18-feminicidio-e-13772-18.pdf>).
- 12 Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/novo-crime-registro-nao-autorizado-da-intimidade-sexual/>.
- 13 Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo.
- 14 Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69534/as-inovacoes-legislativas-aos-crimes-sexuais-no-enfrentamento-a-criminalidade-comentarios-a-lei-n-13-718-2018>.
- 15 Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/novo-crime-registro-nao-autorizado-da-intimidade-sexual/>.

REFERÊNCIAS

- CUNHA, Rogério Sanches da. *Breves comentários às Leis nºs 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (feminicídio) e 13.772/18 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual)*. Disponível em: <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/12/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13769-18-prisao-domiciliar-13771-18-feminicidio-e-13772-18.pdf>. Acesso em: 03, jan. 2019.
- LEITÃO JÚNIOR, Joaquim Leitão Júnior Leitão; OLIVEIRA, Marcel Gomes de. As inovações legislativas aos crimes sexuais no enfrentamento à criminalidade: comentários à Lei nº 13.718/2018. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5579, 10 out. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69534>>. Acesso em: 3 jan. 2019.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, volume 3: parte especial. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- PROCOPIO, Michael. *Novo crime: Registro não autorizado da intimidade sexual*. Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/novo-crime-registro-nao-autorizado-da-intimidade-sexual/>. Acesso em: 04, jan. 2019.



ARQUIVO PESSOAL

MARCEL GOMES DE OLIVEIRA é Delegado de Polícia no Estado do Mato Grosso, atualmente lotado na Coordenadoria de Plantão Metropolitano. Formado pelo Centro Universitário Jorge Amado – UNIJORGE. Foi Advogado e consultor jurídico. Especialista em Direito do Estado. Especialista em Metodologia do Ensino Superior. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Direito Processual Penal. Foi professor de Criminologia, Ética, Direitos Humanos e Cidadania do Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar do Estado da Bahia. Atuou também como professor de Direito Penal, Legislação Penal Especial e Medicina Legal das Faculdades 2 de Julho. E, como professor de Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro Universitário da Bahia (Estácio de Sá). Atualmente é professor de cursos preparatórios para concursos públicos e professor da Academia de Polícia Judiciária Civil do Estado do Mato Grosso – ACADEPOL/MT.



ARQUIVO PESSOAL

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR é Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado como delegado adjunto da Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos. Atualmente também é professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

Violação da intimidade como violência doméstica contra a mulher e o novo crime de registro não autorizado da intimidade sexual

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

“O novo art. 216-B, CP complementa a criminalização da conduta de quem registra por qualquer meio ato sexual ou de nudez sem a autorização da vítima, fato este até então atípico, pois que o art. 218-C, CP, criado pela Lei nº 13.718/18 somente previa a divulgação.”



O presente trabalho tem por objetivo o estudo das alterações promovidas pela Lei nº 13.772/18 na Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) e no Código Penal Brasileiro.

A primeira mudança a ser tratada diz respeito a uma nova modalidade de violência doméstica e familiar contra a mulher que foi incluída no art. 7º, da Lei nº 11.340/06. Em seguida passar-se-á ao estudo do novo crime, cujo “nomen juris” é “Registro não autorizado da intimidade sexual” (art. 216-B, CP).

A NOVA MODALIDADE DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

É sabido que a Lei nº 11.340/06 arrola em seu art. 7º, incisos I a V, as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Note-se que o rol ali previsto não é taxativo, pois que o “caput” do art. 7º, ora em estudo afirma que aquelas são as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, “entre outras”, expressão esta que permite o uso da chamada “interpretação analógica”, ampliando o que ali está casuisticamente descrito para abranger situações similares não expressas.

São cinco as espécies de violência contra a mulher previstas no dispositivo, a saber: violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Destaque-se que a depender do caso concreto, na prática de um único ato a mulher poderá ser atingida por mais de uma espécie de violência, de forma que as modalidades não são entre si excludentes, mas complementares e passíveis de concomitância.

Outro ponto importante é que a Lei nº 11.340/06 não prevê nenhum crime específico contra a mulher.¹ As formas de violência dispostas no art. 7º, sob comento não são descrições de condutas criminosas (preceitos primários) e respectivas sanções penais (preceitos secundários). Aliás, não há nem descrição alguma de conduta, mas apenas menção de espécies de violência, bem como não há previsão de penas. A responsabilização criminal de agressores se dará por meio da legislação penal comum codificada e esparsa, servindo o art. 5º, da Lei nº 11.340/06 para estabelecer as circunstâncias e o artigo 7º, as espécies de violência doméstica e familiar contra a mulher, a fim de que as normas mais rigorosas da Lei Maria da Penha possam ser aplicadas aos infratores, de acordo com as infrações penais que venham a cometer.

Nesse quadro, a Lei nº 13.772/18 inclui no art. 7º, inciso II, da Lei nº 11.340/06 uma nova forma de violência doméstica e familiar contra a mulher, qual seja, a “violação de sua intimidade”. Esta, portanto, passa a ser mais uma forma de “violência psicológica” contra a mulher.

Seria então essa mudança legal uma espécie de “novatio legis in pejus” ou ainda uma espécie de “novatio legis” incriminadora?

É evidente que não se trata de uma “novatio legis” incriminadora, eis que, como já visto, o art. 7º, da Lei Maria da Penha somente arrola espécies de violência doméstica contra a mulher, devendo o infrator responder nos crimes já existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Não se trata da criação de uma nova conduta criminosa.

Também não se pode dizer que seja uma “novatio legis in pejus” ou mesmo “in mellius”. Na verdade, o legislador apenas deixa mais explícito que a “violação da intimidade” da mulher, em circunstâncias de violência doméstica e familiar (art. 5º, I a III, da Lei nº 11.340/06), contará com a tutela dos institutos dessa legislação

mais rigorosa. Mas, será que não ocorre uma contradição quando se afirma que o novo dispositivo explicita a aplicação de legislação mais rigorosa e a alegação de que não há “novatio legis in pejus”? A resposta é negativa. As aparências enganam. É preciso lembrar do que aqui já foi dito. O art. 7º, da Lei Maria da Penha não é taxativo, seu “caput” admite, em sua parte final, “outras” formas de violência. Portanto, a “violação da intimidade” de uma mulher no âmbito doméstico e/ou familiar, desde que configurado algum tipo penal existente em nosso ordenamento, sempre foi passível de ser reconhecida como uma forma de violência doméstica e familiar contra a mulher. A Lei nº 13.772/18 apenas torna o que seria alcançável mediante a chamada “interpretação analógica”, possível de ser concretizado por referência a uma previsão legal expressa. Além disso, há outras figuras no próprio art. 7º, inciso II da Lei nº 11.340/06 que poderiam abrigar a violação da intimidade como forma de violência psicológica, conforme se verá com mais detalhes adiante. Dessa maneira, é viável afirmar que a nova disposição pode perfeitamente ser aplicada a casos de violência doméstica, com atingimento da intimidade da mulher, ocorridos preteritamente à publicação da Lei nº 13.772/18.

Ponto relevante ressaltado oportuna e originalmente por Leitão e Oliveira, diz respeito à amplitude do termo “violação da intimidade”. Os autores sobreditos questionam se essa “intimidade” seria adstrita somente ao aspecto “sexual” ou comportaria uma interpretação mais ampla, abrangendo qualquer violação de intimidade no “seio familiar” e doméstico, como, por exemplo, a exposição de alterações, situações ridículas, humilhações de toda sorte, vexames etc. Concluem em seu trabalho que a “intimidade” ali mencionada deve se referir somente ao “campo da intimidade sexual”. Baseiam-se em uma interpretação sistemática da Lei nº 13.772/19, a qual, em seguida, cria o novo crime de “registro de imagem não autorizada de *intimidade sexual*” (grifo nosso). Entendem, portanto, que a “mens legis” está voltada ao aspecto sexual e não a outras situações.²

Considerando que o entendimento esposado por Leitão e Oliveira acima exposto venha a prosperar, isso não significa que eventuais violações da intimidade de uma mulher no âmbito doméstico e/ou familiar deixem de poder ser classificadas como formas de violência, nos termos do artigo 7º., da Lei Maria da Penha, seja em seu “caput”, que, como já visto, abre a possibilidade de interpretação analógica, seja, conforme o caso, nos incisos que o seguem. O próprio inciso II pode abranger casos de violação da intimidade não sexual quando trata da violência psicológica que cause “dano emocional”, “diminuição da autoestima”, degradação, perturbação do pleno desenvolvimento, “humilhação”, “constrangimento”, “isolamento” etc. É visível que mesmo reduzindo a “violação da intimidade” ao aspecto sexual, isso não significa jamais o afastamento de outras violações à intimidade como forma de violência doméstica e familiar, seja na abertura do “caput” (“entre outras”), seja em previsões expressas do próprio art. 7º, inciso II que trata da mesma violência psicológica. Isso sem falar no inciso V, que trata da “violência moral”, desde que haja prática de algum crime contra a honra da mulher no respectivo contexto.

Por outro lado, os mesmos autores supramencionados indicam a possibilidade de interpretação diversa mais ampla. Seria o caso de se considerar que a “violação da intimidade” não seria reduzida ao seu aspecto sexual, mas abrangeria qualquer espécie de ataque à intimidade da mulher no âmbito doméstico ou familiar. Essa interpretação mais ampla teria por fundamento o entendimento de que as normas

que designam as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher devem ter uma interpretação de longo alcance, visando à maior amplitude protetiva possível. Outro argumento seria o de que a “violência sexual” já teria previsão no inciso III, do próprio art. 7º, da Lei nº 11.340/06. Assim sendo, a interpretação reduzida ao aspecto sexual violaria à regra de hermenêutica segundo a qual a lei não traz em si dispositivos ou palavras inúteis.³

Ambas as posições acerca do alcance da expressão “violação da intimidade” acrescida ao dispositivo sob comento contam com bons argumentos. Como visto, seja qual for o posicionamento adotado, a mulher não perderá a tutela da Lei Maria da Penha por falta de previsão de uma forma de violência doméstica e familiar. O rol do art. 7º, não é taxativo e há possibilidade de enquadramento no próprio inciso II, seja da intimidade sexual ou de outras violações da intimidade.

Ao que nos parece, inobstante a elasticidade da legislação pertinente, a não causar prejuízo à mulher vitimizada, considerando, como fizeram Leitão e Oliveira, uma interpretação sistemática da Lei nº 13.772/18 que, afinal de contas, foi a responsável pela inclusão do termo em discussão no inciso II, do art. 7º, da Lei nº 11.340/06, parece mais plausível que a “mens legis” é de atingir à *intimidade de cunho sexual*, ficando as demais violações passíveis de subsunção ao próprio inciso II nas outras figuras, conforme o caso ou mesmo, em última análise, por meio de interpretação analógica de acordo com a expressão “entre outras” que consta do art. 7º, “caput”, da Lei nº 11.340/06. Isso porque a Lei nº 13.772/18 nitidamente tem por objeto imediato claro e evidente a tutela específica da *intimidade sexual* e não de outras naturezas, pois em seu bojo traz a lume exatamente um novo tipo penal para punir o “registro não autorizado da *intimidade sexual*” (grifo nosso). A essa mesma conclusão se pode chegar ao analisar o teor da ementa da referida lei que trata da violência doméstica ligada à intimidade da mulher conjuntamente com a tutela da intimidade e privacidade sexual, libidinosa e da situação de nudez das pessoas.

Nas lições especializadas de hermenêutica jurídica se encontra o seguinte ensinamento a corroborar esta tese:

“Consiste o Processo Sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto. (...). Não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio.”⁴

Os argumentos de uma interpretação mais ampla possível e da previsão da “violência sexual” no inciso III do mesmo dispositivo enfocado não parecem ter força de convicção suficiente.

Não há necessidade alguma de elastério de expressões nos incisos, tendo em vista o fato exposto neste texto de que não se trata de rol taxativo, mas exemplificativo e passível de “interpretação analógica”. Portanto, qualquer promoção de expansão interpretativa das casuísticas expressas é absolutamente dispensável.

Também não procede o recurso à alegação de que a “violência sexual” já estaria prevista no inciso III do art. 7º, da Lei Maria da Penha. O leitor que perscrutar o referido inciso III, verá que ali nada consta que se possa ligar a uma simples violação

da intimidade no aspecto sexual. São previstos casos mais gravosos ainda de violência sexual mediante constrangimentos, relações sexuais forçadas, comércio e utilização induzidos da sexualidade, impedimentos à contracepção, matrimônio forçado, aborto sem consentimento, prostituição forçada, coação, chantagem, suborno ou manipulação e finalmente limitação ou anulação do exercício de direitos sexuais e reprodutivos. Ora, não há previsão, como dito antes, da específica “violação da intimidade” de caráter sexual e sim outras formas de violência que envolvem a sexualidade de forma mais direta e contundente. Ou seja, o inciso III do art. 7º, não serve para colmatar a lacuna de uma previsão expressa da “violação da intimidade” de cunho sexual. Essa previsão expressa é feita pela inclusão do termo no inciso II do mesmo artigo pela Lei nº 13.772/18. Antes disso, seria possível a configuração de violência doméstica e familiar contra a mulher mediante violação de sua intimidade, seja sexual ou de outra natureza, por aplicação de outras figuras, não do inciso III, mas do próprio inciso II (“violência psicológica”) ou então, lançando mão da expressão “entre outras” constante da parte final do “caput” do art. 7º, por interpretação analógica.

Uma indagação ainda ficaria. Se realmente o intento do legislador era a previsão da “violação da intimidade” sob o estrito aspecto sexual, tendo em vista o conteúdo geral da Lei nº 13.772/18, por que então não incluiu a nova forma de violência no inciso III, que trata exatamente da “violência sexual” e sim no inciso II, que trata da “violência psicológica”? Essa escolha legislativa não estaria a indicar que a expressão “violação da intimidade” teria um sentido amplo e não restrito à questão sexual?

A resposta a essa indagação é negativa. Ocorre que a “violação da intimidade”, ainda que seja a sexual, se coaduna muito mais com o conceito de “violência psicológica” do que sexual. Note-se, como já foi exposto, que os casos previstos no inciso III são muito mais diretos e graves no que tange às violações sexuais propriamente ditas. É claro que a exposição da intimidade sexual, também tem reflexos sobre a dignidade sexual da mulher ou de qualquer pessoa. Mas, o dano é claramente muito mais psicológico e próximo ao que trata o inciso II, inclusive em outras figuras que falam de “humilhação”, “dano emocional”, atingimento da “autoestima” etc. A proximidade da “violação da intimidade” à “violência psicológica” é sensivelmente maior do que à da “violência sexual”, ao menos de acordo com as redações dadas aos incisos II e III do art. 7º, da Lei nº 11.340/06. É evidente que a violação da intimidade sexual atinge também a dignidade sexual, tanto é fato que isso permite que a mesma Lei nº 13.772/18 crie o novo tipo penal do art. 216-B, CP e o Capítulo I – A no Código Penal Brasileiro, como integrante do Título “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”. Isso, entretanto, não afasta, antes confirma, o fato de que a Lei 13.772/18 é voltada para o aspecto da intimidade sexual, impondo sua interpretação sistemática neste sentido, assim como não altera a configuração mais contundente, visceral mesmo da “violência sexual” prevista no inciso III do art. 7º, da Lei Maria da Penha, e a conformação de violações mais sentimentais, emocionais, abstratas na “violência psicológica” delineada no inciso II do mesmo dispositivo.

Por derradeiro, em pesquisa no site do Congresso Nacional é possível acessar à proposição que originou a Lei nº 13.772/18, qual seja, o Projeto de Lei nº 555/13 do Deputado Federal João Arruda. Ali se constata que desde a “Justificação” do referido Deputado Federal, passando por 24 pareceres e alterações diversas na

conformação original do projeto, grande destaque é dado à intimidade em seu aspecto sexual, havendo sempre e invariavelmente uma ligação entre a previsão da “violação da intimidade” como forma de violência doméstica e familiar contra a mulher e as condutas que ferem essa intimidade com coleta ou exposição de fotos, filmagens, imagens, vídeos etc. de cunho sexual. Os assuntos são tratados em todas as manifestações do Processo Legislativo de forma conjunta, deixando bastante claro que o intento do legislador era realmente a tutela da “intimidade sexual” da mulher no âmbito doméstico.⁵

O CRIME DE REGISTRO NÃO AUTORIZADO DA INTIMIDADE SEXUAL

A Lei nº 13.772/18 também cria um novo “Capítulo I – A” no Título VI do Código Penal – “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”. Esse novo capítulo tem o “nomen juris” seguinte: “Da Exposição da Intimidade Sexual”.

O mencionado novo capítulo é composto de tão somente um crime, descrito no art. 216-B, CP e seu Parágrafo Único. Tal crime não descreve a conduta de “exposição”, “veiculação”, “distribuição”, “divulgação” etc. de cenas íntimas relativas a nudez, ato sexual ou ato libidinoso. Na verdade, prevê a conduta de “produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes”. Também incrimina, em seu Parágrafo Único, por equiparação, a conduta da realização de “montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo”.

Assim sendo, o “nomen juris” escolhido para o novo capítulo já se mostra inadequado, eis que não há ali qualquer descrição de conduta referente à “exposição da intimidade sexual”, mas sim ao seu registro desautorizado. Na verdade, a “exposição” dessas cenas é prevista em outro tipo penal anteriormente criado, não pela Lei nº 13.772/18, mas pela Lei nº 13.718/18 (art. 218-C, CP).

Na realidade, a Lei nº 13.718/18 criou inicialmente o art. 218-C, CP, versando sobre a prática criminosa de divulgação de cenas sensuais e não previu na época a simples captação das imagens sem a respectiva divulgação. Essa lacuna é colmatada então pela Lei nº 13.772/18. Agora, tal qual no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), não somente a divulgação de cenas sensuais é incriminada, mas também sua captação sem o consentimento dos ofendidos.⁶

Aliás, é bom lembrar que se as práticas previstas no art. 216-B, CP tiverem por sujeitos passivos crianças ou adolescentes esse tipo penal comum fica afastado, prevalecendo a tipificação da Lei nº 8.069/90 por força do Princípio da Especialidade. Inclusive, corretamente, as penas previstas para esse tipo de conduta, envolvendo crianças e adolescentes são mais rigorosas (vide artigo 240 do ECA – Lei 8.069/90).

O crime do art. 216-B, CP é de ação múltipla, conteúdo variado ou tipo misto alternativo, pois composto de vários núcleos verbais, os quais, se praticados num mesmo contexto não conduzem à multiplicidade de crimes. Também se trata de crime de forma livre, pois a produção, fotografia, filmagem ou registro podem ser feitos “por qualquer meio”.

O conteúdo dos registros deve ser de cenas de nudez ou ato sexual ou libidinoso. Sempre de caráter íntimo ou privado, o que vale dizer que se a pessoa se posta nua

na via pública e é filmada, por exemplo, não há ilícito. A intimidade e a vida privada são bens jurídicos disponíveis. Outro aspecto relevante é que o consentimento da vítima afasta a prática criminosa. Se a suposta vítima autoriza a filmagem, registro etc., não há ilícito, conforme expressamente previsto no tipo penal.

A legislação menciona cenas de “caráter íntimo e privado”. Tendo em vista, a distinção que se costuma fazer na doutrina entre “intimidade” e “privacidade”, é de se entender que a conjunção aditiva “e” ali foi empregada de forma inadequada. Na verdade, as cenas miradas pela legislação serão de “caráter íntimo ou privado”. A conhecida Teoria dos Círculos Concêntricos faria com que a lei contivesse uma palavra inútil, eis que o íntimo é algo mais restrito ainda do que o privado. Então ao dizer privado, já se abarca o íntimo, de modo que haveria redundância. Ou seja, se não posso violar o privado, muito menos poderei o íntimo.

Para melhor entendimento, mister se faz uma breve digressão.

A chamada “Teoria dos Círculos Concêntricos” ou “Teoria das Esferas da Personalidade”, tem seu surgimento no ano de 1953 por elaboração do alemão Heinrich Hubmann. Ela foi divulgada no Brasil inicialmente por Elimar Szaniawski, sendo acatada minoritariamente na dogmática jurídica. No entanto, com a reelaboração procedida por Heinrich Henkel, já pelos idos de 1957, tornou-se entendimento majoritário na doutrina.⁷

Vale transcrever o ensinamento de Costa Júnior:

“A esfera da vida particular poderia ser subdividida em esferas outras, de dimensões progressivamente menores, na medida em que a intimidade se for restringindo.

Assim, o âmbito maior seria abrangido pela esfera privada *stricto sensu* (*Privatsphäre*). Além da esfera privada, situam-se os processos, episódios e condutas de natureza pública. Acham-se eles ao alcance da coletividade em geral, de um círculo indeterminado de pessoas. Por estarem fora da esfera privada, tais fenômenos encontram-se juridicamente excluídos do campo dos chamados delitos de indiscrição.

No bojo da esfera privada está contida a esfera da intimidade (*Vertrauenssphäre*) ou esfera confidencial (*Vertraulichkeitssphäre*). Dela participam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade. Fazem parte desse campo conversações ou acontecimentos íntimos, dele estando excluídos não só o *quivis ex populo*⁸, como muitos membros que chegam a integrar a esfera pessoal do titular do direito à intimidade. Vale dizer, da esfera da intimidade resta excluído não apenas o público em geral, como é óbvio, bem assim determinadas pessoas que privam com o indivíduo num âmbito mais amplo.

Por derradeiro, no âmago da esfera privada, está aquela que deve ser objeto de especial proteção contra a indiscrição: a esfera do segredo (*Geheimisphäre*). Ela compreende aquela parcela da vida particular que é conservada em segredo pelo indivíduo, do qual compartilham uns poucos amigos, muito chegados. Dessa esfera não participam sequer pessoas da intimidade do sujeito. Consequentemente, a necessidade de proteção legal contra a indiscrição, nessa esfera, faz-se sentir mais intensa” (grifos no original).⁹

Na mesma linha Nunes Júnior se vale dos ensinamentos de UadiLammêgoBulos:

“A vida privada e a intimidade são os outros nomes do *direito de estar só*, porque salvaguardam a esfera de reserva do ser humano, insuscetível de intromissões externas (aquilo que os italianos chamam de *rezervatezza* e os americanos *privacy*). (...). Amiúde, a ideia de

vida privada é mais ampla do que a de *intimidade*. Vida privada envolve todos os relacionamentos do indivíduo, tais como suas relações comerciais, de trabalho, de estudo, de convívio diário etc. Intimidade diz respeito às relações íntimas e pessoais do indivíduo, seus amigos, familiares, companheiros que participam de sua vida pessoal. Dessa maneira, podemos afirmar que *intimidade* e *vida privada* são dois círculos concêntricos que dizem respeito ao mesmo direito: o direito à privacidade ou direito de estar só. A intimidade é um círculo menor, que se encontra no interior do direito à vida privada, correspondendo às relações mais íntimas da pessoa” (grifos no original).¹⁰

O legislador sequer chega a tratar da esfera do “segredo”, mas como se refere à esfera do “privado”, isso não deixa o “segredo” desprovido de tutela. Se a esfera mais externa, que é a privada, está protegida, então, obviamente, o estão também as esferas mais internas da intimidade e do segredo. A conjunção aditiva “e” torna-se sem sentido, porque sua interpretação literal nos conduziria a uma semântica absurda a exigir que a violação tivesse que se dar, concomitantemente, na esfera privada e íntima, sendo que é notório que atingimento seja da privacidade, seja da intimidade justificam a repressão legal. Reiterando ainda que, mesmo diante do silêncio da lei, está abrangida a esfera do segredo.

Nessa senda, haverá violação da intimidade nas chamadas práticas de “upskirting”, consistentes em “fotografar e registrar imagens por debaixo da saia ou vestido de uma pessoa sem o seu consentimento”, configurando-se o art. 216-B, CP.¹¹ Poderá haver quem objete que a vítima normalmente será registrada em roupas íntimas. Não haverá, é claro, ato sexual ou libidinoso. E se questionará a configuração da “nudez”. Entende-se, contudo, que a nudez a que se refere a lei não precisa ser completa, aliás não há essa exigência de completude na letra da legislação. A nudez pode ser completa ou parcial (semi – nudez). Ninguém pode duvidar que a filmagem, fotografia etc., de uma mulher em trajes íntimos, sem sua autorização configura o tipo penal em questão, não havendo necessidade de que não esteja vestida com nenhuma peça de roupa. O caso concreto deverá ser analisado. Possivelmente uma pessoa de pijamas ou camisola comprida não servirá, mas um homem de cuecas ou uma mulher somente com calcinha parecem se enquadrar na previsão legal. Ademais, no caso do “upskirting” há que levar em conta que em certos casos a vítima poderá estar desprovida de roupas íntimas e então a nudez será realmente completa nas imagens, fotos ou registros obtidos.

No que diz respeito aos casos de exposição sensual ou de nudez de crianças e adolescentes, já se tem interpretado, inclusive o STJ, que quando o art. 241-E do ECA (Lei nº 8.069/90) se refere à exposição de órgãos genitais, estes podem estar recobertos ou totalmente em exibição, o que importa é o caráter de exploração da sensualidade. Parece óbvio que a exposição e uma menina trajando apenas calcinhas em circunstâncias insinuantes se adequa aos tipos penais do Estatuto. “Mutatis mutandis” parece que o mesmo entendimento, por interpretação sistemática do nosso ordenamento jurídico, pode ser perfeitamente aplicável ao art. 216-B, CP nos casos de “upskirting” e outras situações de registro de semi – nudez sensual.

Eis um trecho esclarecedor da decisão do STJ:

“A definição legal de pornografia infantil apresentada pelo art. 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente não é completa e deve ser interpretada com vistas à proteção da criança e do adolescente em condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (art.

6º do ECA), tratando-se de norma penal explicativa que contribui para a interpretação dos tipos penais abertos criados pela Lei nº 11.829/2008, sem contudo restringir-lhes o alcance.

É típica a conduta de fotografar cena pornográfica (art. 241-B do ECA) e de armazenar fotografias de conteúdo pornográfico envolvendo criança ou adolescente (art. 240 do ECA) na hipótese em que restar incontroversa a finalidade sexual e libidinosa das fotografias, *com enfoque nos órgãos genitais das vítimas – ainda que cobertos por peças de roupas –, e de poses nitidamente sensuais, em que explorada sua sexualidade com conotação obscena e pornográfica*” (grifo nosso) (STJ, RE 1.543.267/SC (2015/0169043-1), Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 03.12.2015).

Ademais o significado de nudez é algo oscilante cultural, socialmente e na análise do caso concreto. Senão vejamos:

“A palavra nudez ou somente nu, também é correto dizer, diz-se do estado de uma pessoa não estar vestida. Por diversas vezes, faz referência ao estado de *desgaste, da pouca roupa, ou até mesmo das convenções ou regras de uma determinada cultura ou de uma determinada situação que tenha sido estabelecida (...)*. A nudez em algumas culturas ocidentais pode ser considerada erótica e em outro ponto é considerada como sendo um estado normal, ao qual não é atribuído qualquer sentimento ou qualquer emoção. Mesmo que exista muitas definições da palavra nudez, esta, na maioria das vezes, significa que o corpo não é coberto com roupas. (...) *a sua definição tem diferentes conotações que são subjetivas*. A palavra nudez que tem sua origem etimológica no latim “nudus” é a tradução literal de alguém que está sem roupa. *Um estado de nudez completa, é aquele em que não existem pessoas vestidas com cobertura das partes do corpo mais íntimas, ou seja, estão totalmente sem roupas. Já a nudez parcial pode se referir a alguém vestido apenas com uma canga cobrindo os órgãos genitais*. Como exemplo da nudez parcial pode-se mencionar algumas tribos de índios, espalhados por algumas regiões do Brasil. No antigo Egito um ato de nudez feminina era considerado a maneira com que as mulheres exibiam seus cabelos naturais. (grifos nossos)”¹²

O parágrafo único do art. 216-B, CP prevê uma equiparação com a previsão de pena idêntica se ocorre “montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro”, incluindo pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo. Nesses casos, a vítima, na verdade, não se envolveu nas cenas realmente, mas foi prejudicada por uma contrafação, uma montagem, perfeitamente possível com os recursos técnicos hoje disponíveis. É o caso de obter uma imagem na internet, por exemplo, de uma modelo nua e nela colar o rosto de outra mulher. Não houvesse a previsão expressa do Parágrafo Único ora em estudo, certamente a conduta seria considerada atípica. No entanto, o legislador foi previdente.

Observe-se que no Parágrafo Único não há a ressalva de que a autorização da suposta vítima desconfigura a infração penal. Porém, é claro que se a pessoa permite esse tipo de montagem, abre mão de seu direito à intimidade ou vida privada e de sua imagem, que são direitos disponíveis, como já visto. Assim sendo, o crime do art. 216-B, parágrafo único, CP, também se desnatura se há consentimento da aparente vítima. Isso não vale, por obviedade, se a vítima é criança ou adolescente, configurando-se o crime do art. 241-C, do ECA (Lei nº 8.069/90) por força do Princípio da Especialidade. Tanto no “caput” como no Parágrafo Único,

também não servirá o suposto “consentimento” de pessoa vulnerável, embora não menor, desde que não tenha condições de emitir seu juízo (incapacidade de resistência por qualquer causa) ou seja deficiente mental sem discernimento para o ato (situações de vulnerabilidade). Em sendo pessoas nessas condições, mas maiores de idade, o crime será mesmo o do art. 216-B, “caput”, CP ou seu Parágrafo Único, conforme o caso. Ocorre que o consentimento, mesmo de pessoas maiores, deve ser válido, livre, informado e consciente. Então, se alguém filma uma pessoa em estado de coma nua, comete o crime. Se fotografa um deficiente mental sem a menor compreensão do ato, também comete o mesmo crime. Não se configurará o chamado “Estupro de Vulnerável” (art. 217-A, CP) porque não se pode dizer que houve prática de conjunção carnal ou de outro ato libidinoso com a mera filmagem, fotografia, registro etc., existindo, ademais, tipo especial prevendo tal conduta.

Importante lembrança é feita por Leitão e Oliveira acerca de “*Fake news* e vídeo de sócia”. Toma-se a liberdade de transcrever:

“Salienta-se que a divulgação de imagens de nudez ou de atos sexuais de pessoas sócias – através de mensagens ‘fakenews’, informando se tratar de A, quando na verdade é B, não estaria abarcado pelo tipo penal em comento. Afinal, não houve montagens em vídeo, fotografia, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo. Isso obviamente, não faz descartar a incidência de outras tipificações legais que se amoldem ao caso concreto”.¹³

Note-se que no caso de uso de sócias com a indicação falsa de que seria uma determinada pessoa em atos sexuais ou condição de nudez, haverá atipicidade relativa, ou seja, com relação ao crime do art. 216-B, CP, tendo em vista o Princípio da Legalidade Estrita. A conduta, infelizmente, não é prevista no tipo penal em questão, configurando a nosso ver uma desastrosa lacuna. Mas, não haverá atipicidade absoluta, pois pode haver configuração, por exemplo, de crimes contra a honra nessas circunstâncias. Ocorre que para que exista crime contra a honra ou qualquer outra tipificação subsidiária, será necessário que, além da filmagem, fotografia, áudio ou registro, o agente a disponibilize. No caso de somente proceder à montagem e guardar para si o fato será realmente absolutamente atípico.

Trata-se de um crime plurissubsistente, de modo que o “*iter criminis*” é fraçãoável, admitindo a figura da tentativa. Imagine um homem que está escondido num armário de um banheiro para filmar uma mulher que está prestes a se desnudar para tomar banho. Mas, essa mulher percebe um barulho e descobre o infrator sem que este consiga fazer qualquer registro. O crime subsiste, mas em sua forma tentada.

O crime é comum, podendo ser perpetrado por qualquer pessoa, também pode ter por vítima qualquer pessoa, inclusive de qualquer sexo, chegando a falar Cunha em um “crime bicomum”.¹⁴ O fato de que a Lei nº 13.772/18 se refira à violência contra a mulher em nada altera a dicção sem restrições do tipo penal nela criado, de forma que não se trata de um crime que somente tutele as mulheres. Aliás, isso seria uma infração ao princípio da igualdade e configuraria insuficiência protetiva evidente.

A infração penal é unissubjetiva, podendo ser praticada por uma ou mais pessoas, ou seja, o concurso não é necessário, mas somente eventual. Quanto

aos sujeitos passivos, a lei se refere a “participantes” no plural. Entretanto, isso não impede que uma única pessoa seja vitimizada. Não há exigência de pluralidade de vítimas para configuração do delito.¹⁵ Aqui a lei disse menos do que queria ao utilizar o plural (“lexminus dixit quamvoluit”). Fenômeno semelhante ocorre com o crime de “Bigamia” (art. 235, CP). Embora o “nomen juris” use o prefixo “bi” que tem significado de “dois”, é claro e evidente que se o indivíduo se casa com três, quatro ou mais pessoas, lesando seus interesses, também responde normalmente pelo crime de “Bigamia”. No caso do artigo 216-B, CP apenas mudam os vetores da situação, a lei utiliza o plural, mas a vítima pode ser singular, enquanto na “Bigamia” a ideia seria de apenas duas pessoas lesadas, mas podem ser mais.

Trata-se de crime doloso, sendo atípica a conduta eventualmente culposa. O dolo é genérico, pois o tipo penal não exige especial fim de agir do autor.

A previsão da sanção penal para a conduta ora em estudo parece bastante tímida (“detenção, de 6 meses a 1 ano, e multa”). A infração é, portanto, de menor potencial ofensivo, sendo abrangida pela Lei 9.099/95, a não ser que seja perpetrada em circunstância de violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 41 c/c 5º, I, II ou III e 7º, II (violação da intimidade) da Lei nº 11.340/06). Acontece que a Lei Maria da Penha impede (art. 41) a aplicação das normas da Lei nº 9.099/95 para os casos por ela tratados. Não nos parece que esse tipo de conduta devesse ser elencado como infração de menor potencial, seja em que caso for, seja quem for a vítima ou a circunstância. A violação da intimidade, da vida privada e da imagem são muito graves para um tratamento tão brando.

Já foi visto que o crime do art. 216-B, CP se diferencia do artigo 218-C, CP porque no segundo não há o simples registro, mas a divulgação da cena ou imagem. Cabe dirimir a dúvida quanto ao caso em que o mesmo agente, nas mesmas circunstâncias, fizer a captação sorrateira das imagens, fotos etc. e, em seguida, sua divulgação. Tendo em vista que o bem jurídico tutelado é o mesmo, qual seja, a dignidade sexual da vítima, e que o crime do art. 216-B, CP é infração de menor potencial ofensivo, entende-se que o art. 218-C, CP absorverá o art. 216-B, CP como “crime – meio”. Para Cunha, porém, quando o mesmo agente faz o registro e a posterior divulgação “deve responder pelos crimes dos arts. 216-B e 218-C em concurso material”.¹⁶

Entende-se, respeitosamente, não assistir razão à tese do concurso material sempre que houver conexão teleológica entre a captação das imagens e a sua divulgação. Por exemplo: se um indivíduo filma uma pessoa em ato sexual, exatamente com a finalidade de divulgar tais cenas na rede mundial, há conexão teleológica, ou seja, relação de meio e fim. O crime – meio (menor) deve ser absorvido pelo crime – fim (maior), mesmo porque, como já dito, se versa sobre o mesmo bem jurídico, mesmas circunstâncias e mesma vítima.

Doutra banda, é claro que se não houver conexão teleológica, relação de meio e fim entre os crimes dos arts. 216-B e 218-C, CP, será o caso de concurso material realmente. Exemplificando: digamos que um indivíduo filma uma mulher nua e guarda consigo essas cenas. Depois fotografa outra mulher e um homem em ato sexual e divulga tais cenas na internet. Ora, houve dois crimes independentes, praticados mediante duas ações, sendo o caso de concurso material. Não há conexão teleológica, não há relação de meio e fim. No máximo, há uma conexão ocasional, que não é suficiente para convolar o concurso material em consunção ou absorção.


A ação penal é pública incondicionada. Leitão e Oliveira chamam a atenção para o fato de que a Lei nº 13.718/18 converteu a ação penal de todos os crimes contra a dignidade sexual em pública incondicionada (art. 225, CP). Não obstante, a Lei nº 13.772/18, ao criar o novo Capítulo I-A, olvidou de acrescentar sua menção no art. 225, CP, que trata da ação penal e somente se refere aos então existentes à época de sua redação pela Lei nº 13.718/18, Capítulos I e II. Essa falha, contudo, não prejudica a conclusão pela ação penal pública incondicionada, na medida em que não consta no Capítulo I-A, em qualquer parte do art. 216-B, CP que ação seja privada ou pública condicionada. Então, cabe a aplicação da regra geral do Código Penal que estabelece que no silêncio da lei, a ação penal é pública incondicionada (inteligência do artigo 100, CP).¹⁷

Tratando-se de “novatio legis” incriminadora, o art. 216-B, CP não se aplica a casos pretéritos, somente valendo para casos ocorridos após a publicação da Lei nº 13.772/18.

CONCLUSÃO

No decorrer deste texto foi estudada a Lei nº 13.772/18. Verificou-se que houve a criação, na Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) de mais uma modalidade expressa de violência doméstica e familiar contra a mulher. Essa nova modalidade se estabeleceu como forma de “violência psicológica” no art. 7º, II, da Lei nº 11.340/06, consistindo na “violação da intimidade”.

A maior discussão a respeito se refere ao alcance dessa violação que poderia restringir-se ao aspecto sexual ou ampliar-se para quaisquer atingimentos da intimidade. Entendeu-se que, por interpretação sistemática da Lei nº 13.772/18, a intimidade visada no dispositivo é aquela sexual. Outras violações de intimidade, podem ser abrangidas no próprio art. 7º, II, da Lei Maria da Penha em outras figuras ali existentes ou mesmo no seu “caput” que promove abertura para interpretação analógica. A depender do caso, também é possível vislumbrar “violência moral”, nos termos do art. 7º, V, da Lei nº 11.340/06.

Em seguida foi procedido ao estudo do novo crime de “Registro não autorizado da intimidade sexual” (art. 216-B, CP). Foram expostos o tipo objetivo e todos os demais elementos e respectivas discussões, bem como lacunas legais. Fato é que o novo art. 216-B, CP complementa a criminalização da conduta de quem registra por qualquer meio ato sexual ou de nudez sem a autorização da vítima, fato este até então atípico, pois que o art. 218-C, CP, criado pela Lei nº 13.718/18 somente previa a divulgação. 

NOTAS

- 1 O único crime hoje previsto na Lei nº 11.340/06, o qual não a integrava originalmente, mas foi ali incluso pela Lei 13.641/18, é o de “Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência” (art. 24-A da Lei nº 11.340/06), que nada mais é que um tipo especial de crime de desobediência, portanto, contra a administração da justiça.
- 2 LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, OLIVEIRA, Marcel Gomes de. *Comentários à Lei nº 13.772 de 2018 – O novo conceito de violência psicológica da Lei Maria da Penha e o novo delito do art. 216-B do Código Penal Brasileiro*. Disponível em www.amdepol.org, acesso em 16.01.2019.
- 3 Op. cit.

- 4 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 128.
- 5 ARRUDA, João. *Projeto de Lei nº 555/13*. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5C1DBF8B5B9AF351341B27D7A38AE07D.proposicoesWebExterno?codteor=1087309&filename=Tramitacao-PL+5555/2013, acesso em 17.01.2019.
- 6 É claro que nos crimes do ECA não importa em nada o consentimento das crianças ou adolescentes.
- 7 ROSSONI, Caroline, BOLESINA, Iuri. *A teoria dos círculos concêntricos e a proteção à vida privada: análise do caso Von Hannover vs. Alemanha*, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Disponível em <file:///C:/Users/Eduardo%20Cabette/Downloads/11672-3830-2-PB.pdf>, acesso em 17.01.2019.
- 8 Aquilo que é objeto de comentário popular.
- 9 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O Direito de estar só. A tutela penal do direito à intimidade*. 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, p. 34-35.
- 10 NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2017, p. 873.
- 11 LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, OLIVEIRA, Marcel Gomes de, Op. cit.
- 12 O QUE é nudez? Disponível em <https://oquee.com/nudez/>, acesso em 17.01.2019.
- 13 LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, OLIVEIRA, Marcel Gomes de, Op. cit.
- 14 CUNHA, Rogério Sanches. *Breves Comentários às Leis nºs 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (Feminicídio) e 13.772/18 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual)*. Disponível em www.meusitejuridico.com.br, acesso em 17.01.2019.
- 15 Neste sentido: LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, OLIVEIRA, Marcel Gomes de, Op. cit., secundando CUNHA, Rogério Sanches, Op. cit.
- 16 CUNHA, Rogério Sanches, Op. cit. *No mesmo sentido, inclusive citando o entendimento advogado por Cunha*: LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, OLIVEIRA, Marcel Gomes de, Op. cit.
- 17 Cf. LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, OLIVEIRA, Marcel Gomes de, Op. cit.

REFERÊNCIAS

- ARRUDA, João. *Projeto de Lei nº 555/13*. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5C1DBF8B5B9AF351341B27D7A38AE07D.proposicoesWebExterno?codteor=1087309&filename=Tramitacao-PL+5555/2013, acesso em 17.01.2019.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O Direito de estar só. A tutela penal do direito à intimidade*. 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Breves Comentários às Leis nºs 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (Feminicídio) e 13.772/18 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual)*. Disponível em www.meusitejuridico.com.br, acesso em 17.01.2019.
- LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, OLIVEIRA, Marcel Gomes de. *Comentários à Lei nº 13.772 de 2018 – O novo conceito de violência psicológica da Lei Maria da Penha e o novo delito do art. 216 – B do Código Penal Brasileiro*. Disponível em www.amdepol.org, acesso em 16.01.2019.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2017.
- O QUE é nudez? Disponível em <https://oquee.com/nudez/>, acesso em 17.01.2019.
- ROSSONI, Caroline, BOLESINA, Iuri. *A teoria dos círculos concêntricos e a proteção à vida privada: análise do caso Von Hannover vs. Alemanha*, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Disponível em <file:///C:/Users/Eduardo%20Cabette/Downloads/11672-3830-2-PB.pdf>, acesso em 17.01.2019.



ARQUIVO PESSOAL

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



Ameaças de ex-namorado à mulher via Facebook e o crime à distância com pedido de medida protetiva de urgência ao Poder Judiciário brasileiro e a aplicação da Lei Maria da Penha

■ POR ANDERSON COUTO DO AMARAL

“Compete à Justiça Federal apreciar o pedido de medida protetiva de urgência decorrente de crime de ameaça contra a mulher cometido, por meio de rede social de grande alcance, quando iniciado no estrangeiro e o seu resultado ocorrer no Brasil.”

A violência contra mulheres ganhou visibilidade no Brasil, na década de 70, com a mobilização dos movimentos de mulheres e feministas que se organizavam e denunciavam os atos violentos praticados contra elas, em função de sua condição de ser mulher. Relacionada à construção social do masculino e do feminino e à desigualdade de poder nas relações entre os gêneros, que repercute profundamente nas condições de saúde da população feminina.

As políticas públicas dirigidas às mulheres, formuladas a partir da década de 80, no Brasil, deram grande destaque ao tema da violência e da saúde. Contudo, nesse momento, a questão da violência contra as mulheres não era vista como um problema de saúde pública. Tal articulação somente começa a emergir no final da referida década, com o surgimento de algumas iniciativas, dentre as quais se destacam os programas de atenção à mulher vítima de violência em Centros de Saúde.

O entendimento da violência como um problema de saúde pública contribuiu para que diversas expressões desse fenômeno passassem a ser objeto de discussões e ações no campo da saúde coletiva. Em relação à violência contra as mulheres, ela é a causa reconhecida de morbidade e mortalidade feminina. O reconhecimento dessa forma de violência como um problema de saúde pública tem demandado resposta do setor da saúde, bem como de outros setores, voltadas para o seu enfrentamento. Esse entendimento reconhece as repercussões que a violência traz à qualidade de vida das mulheres agredidas, bem como os seus efeitos sobre os sistemas de assistência à saúde.

Estudos tem demonstrado que mulheres agredidas padecem de mais problemas de saúde, geram maiores custos com assistência e procuram os serviços desse setor com mais frequência do que aquelas que não sofrem maus-tratos. As mulheres são em geral agredidas na esfera doméstica por pessoas conhecidas, sendo mais frequentes agressões internas a relações familiares e amorosas. Essa violência que ocorre no âmbito de relações familiares ou afetivas tende a ser progressiva e rotineira, isto é, difere de episódios violentos específicos ou isolados, o que aumenta os seus impactos sobre a qualidade de vida das mulheres.

A violência é causa também de agravos à saúde mental das mulheres que as vivenciam. Além disso, a vivência de agressões influencia negativamente a confiança e a autoestima das mulheres, bem como o seu senso de segurança e competência, o que reduz a sua capacidade de reagir e de participar plenamente da sociedade e limita o seu desenvolvimento pessoal, profissional e afetivo. Isso demonstra que a violência traz implicações sociais às mulheres, sendo um limitante à sua participação na esfera produtiva da sociedade ao exercício de seus direitos de cidadania.

Vale frisar que, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Outrossim, toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes a pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

É importante salientar nesse contexto que, serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à

alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária; o que, na prática, em verdade, não ocorre.

A partir dos anos 2000, o enfrentamento da violência contra as mulheres passou a configurar-se como uma das áreas estratégicas de atuação do governo no que se refere às políticas públicas voltadas para as mulheres, elaborada pelo governo federal no ano de 2003 e atualizado em 2008. A partir do primeiro plano, foi criada a Política Nacional de enfrentamento à Violência contra as Mulheres, a qual é materializada pelo II PNPM.

Nesses planos se prevê uma intervenção pública de caráter multissetorial, para o enfrentamento a essa forma de violência, compreendendo as dimensões do combate e da prevenção da violência contra as mulheres, da assistência das mulheres que vivenciam essa situação e da garantia dos direitos das mulheres. Essa intervenção relaciona-se a uma atuação sistemática e continuada em diferentes áreas, a partir da constituição de uma rede integrada de ações e serviços que articulem assistência jurídica, social, serviços de saúde, segurança, educação e trabalho. Essa rede de atendimento às mulheres em situação de violência constitui – pelo mesmo em tese – uma estratégia fundamental para a resposta pública a esse grave problema social.

Até o advento da famosa Lei Maria da Penha, a violência doméstica não mereceu a devida atenção, nem da sociedade, nem do legislador e muito menos do judiciário. Como eram situações que ocorriam no interior do lar, ninguém interferia.

Em 1975 foi realizada no México, a I Conferência Mundial sobre a Mulher que teve como resultado a elaboração, em 1979, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra as Mulheres e que entrou em vigor no ano de 1981. A Convenção prevê a possibilidade de ações afirmativas abarcando áreas como trabalho, saúde, educação, direitos civis e políticos, estereótipo sexuais, prostituição e família. Esse foi o primeiro instrumento internacional que dispôs amplamente sobre os direitos humanos da mulher.

Somente em 1º de fevereiro de 1984 o Brasil subscreveu esta Convenção, também denominada Convenção da Mulher ou Convenção CEDAW (Decreto 4.377/2002), ainda assim com reservas na parte relativa ao direito de família. As reservas foram retiradas e a Convenção acabou sendo retificada plenamente em 1994. Aprovada pelo Congresso Nacional ((Decreto Legislativo 26/1994) e promulgada pelo Decreto 4.377/02.

Na luta pelos direitos fundamentais das mulheres do Estado do Amapá, por meio Delegacia de Crimes Contra a Mulher – DCCM, vem desenvolvendo trabalho de suma importância para a sociedade amapaense, no combate à violência doméstica no Estado do Amapá, com participação ativa nos movimentos em prol das mulheres, com palestras em diversos órgãos públicos acerca da legislação pertinentes aos direitos e garantias fundamentais das mulheres, dentre outras ações de cunho repressivo.

No atual estágio dos conhecimentos sobre o Direito é predominante o entendimento de que não há sociedade sem direito: *ubi societas ibi jus*. A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é critério

do justo e do equitativo, de acordo com a convicção prevalente em determinado momento e lugar.

Por isso, pelo aspecto sociológico, o Direito é geralmente apresentado como uma das formas – sem dúvida, a mais importante e eficaz dos tempos modernos – do chamado controle social, entendido como o conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que persegue, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios.

A relação entre a sociedade e o Direito apresenta um duplo sentido de adaptação: de um lado, o ordenamento jurídico é elaborado como processo de adaptação social e, para isto, deve ajustar-se às condições do meio; de outro, o Direito estabelecido cria necessidade de o povo adaptar o seu comportamento aos novos padrões de convivência. A vida em sociedade pressupõe organização e implica a existência do Direito.

A sociedade cria o Direito no propósito de formular as bases da justiça e segurança. Com este processo, as ações sociais ganham estabilidade. A vida social torna-se viável. O Direito, porém, não é uma força que gera, unilateralmente, o bem-estar social. Os valores espirituais que o Direito apresenta não são inventos do legislador. Por definição, o Direito deve ser uma expressão da vontade social e, assim, a legislação deve apenas assimilar os valores positivos que a sociedade estima e vive.

As necessidades de paz, ordem e bem comum levam a sociedade à criação de um organismo responsável pela instrumentalização e regência desses valores. Ao Direito é conferida esta importante missão. A sua faixa ontológica localiza-se no mundo da cultura, pois representa elaboração humana. O Direito não corresponde às necessidades individuais, mas a uma carência da coletividade. A sua existência exige uma equação social. Só se tem direito relativamente a alguém. O homem que vive fora da sociedade vive fora do império das leis. O homem só não possui direitos nem deveres.

As instituições jurídicas são inventos humanos que sofrem variações no tempo e no espaço. Como processo de adaptação social, o Direito deve estar sempre se refazendo, em face da mobilização social. A necessidade de ordem, paz, segurança jurídica, justiça que o Direito visa atender exige procedimentos sempre novos. Se o Direito envelhece, deixa de ser um processo de adaptação, pois passa a não exercer a função para a qual foi criado. Não basta, portanto, o *ser* do Direito na sociedade, é indispensável o *ser atuante*, o *ser atualizado*. Os processos de adaptação devem se renovar, pois somente assim o Direito será um instrumento eficaz na garantia do equilíbrio e da harmonia social.

Velho e nobre ideal humanístico, a total igualdade dos componentes de uma sociedade ou de um grupo não passou, até aqui, de um generoso projeto, realizado apenas parcialmente nas conquistas liberais de uma igualdade social dos sexos ou de uma igualdade formal de todos perante a lei. Todas as sociedades até hoje conhecidas e estudadas apresentam o fenômeno eminentemente político da hierarquia. Todas elas estão internamente divididas em estratos. Estratificação social, segundo definição de Fairchild, significa “a disposição dos elementos sociais em camadas situadas em diferentes planos”.

O respeito aos direitos humanos fundamentais, principalmente pelas autoridades públicas, é pilastra-mestra na construção de um verdadeiro Estado de Direito

Democrático. Como bem salientou o Ministro Marco Aurélio, em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, “reafirma-se a crença no Direito; reafirma-se o entendimento de que, sendo uma Ciência, o meio justifica o fim, mas não este aquele, advindo a almejada segurança jurídica da observância do ordenamento normativo. O combate ao crime não pode ocorrer com atropelo da ordem jurídica nacional, sob pena de vir a grassar regime totalitário, com prejuízo para toda a sociedade” (HC nº 74.639-RJ, DJ 31.10.96). A previsão dos direitos humanos fundamentais direciona-se basicamente para a proteção à dignidade humana em seu sentido mais amplo.

O que não admitimos é a desigualdade no ponto de partida, que assegura tudo a alguns, desde melhor condição econômica até o melhor preparo intelectual, negando tudo a outros, mantendo alguns em situação de privilégio mesmo que sejam socialmente inúteis ou negativos. A igualdade de possibilidades não se baseia, portanto, em critério artificial, admitindo realisticamente que há desigualdades entre os homens, mas exigindo que também as desigualdades sociais não decorram de fatores artificiais.

O respeito dos direitos humanos das mulheres, principalmente pelas autoridades públicas, é pilastra na construção de um verdadeiro Estado de direito democrático. A previsão dos direitos humanos das mulheres direciona-se basicamente para proteção à dignidade humana em seu sentido mais amplo.

O novo crime (art. 147, § 1º CP) será processado mediante representação do ofendido, tratando-se de ação penal pública condicionada à representação. Tal previsão é salutar, haja vista caber ao destinatário da violência a ponderação sobre os custos pessoais a serem enfrentados pelo processamento da demanda, uma vez que, em regra, o agente provocador é pessoa de convívio próximo da vítima.

A palavra *stalking* deriva da tradução do verbo *to stalk*, que pode ser entendido como ficar à espreita, vigiar, espiar. Trata-se de uma situação bastante comum após o desfecho de um relacionamento amoroso, no qual uma das partes não se conforma com a decisão tomada pela outra pessoa.

Em regra, a vítima da referida síndrome é a mulher. O homem, geralmente, não aceita a separação da ex-companheira, pois no auge da patologia do apego, enxerga a mulher como sua propriedade na equivocada coisificação do sentimento. Entretanto, nada impede que a mulher pratique tais condutas em face de um homem.

As condutas perpetradas pelo agente acometido pela síndrome de *stalking* perfazem um contexto de perseguição, como por exemplo: inúmeras chamadas no celular; espera na saída do trabalho; envio de presentes indesejados, como flores no trabalho da mulher; encontros provocados para constranger a vítima; envio de mensagens no celular; e outras tantas formas inconvenientes de impor a presença refutada e agredir psicologicamente a vítima.

O *stalking* pode ocorrer por intermédio da internet, caracterizando-se o que se chama de *cyberstalking*. Na forma virtual acontece com o envio de mensagens eletrônicas, recados, convites insistentes ou ofensas e perseguição nas redes sociais, na busca incessante de manter-se próximo à vítima.

Devemos frisar que, segundo o art. 109, V, da Constituição Federal, aos juízes federais compete processar e julgar “os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando iniciada a execução no País, o resultado tenha

ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente”. Encontrando-se o suposto autor das ameaças em território estrangeiro, uma vez que não tendo notícia do seu ingresso no país, tem-se um possível crime à distância, tendo em vista ameaças praticadas em outro país, mas a suposta vítima tomando conhecimento do teor no Brasil.

Em um dos últimos atos de seu Governo, o então Presidente da República Michel Temer sancionou a lei 13.771, que prevê aumento de pena para autor de feminicídio que tiver descumprido alguma medida protetiva, como, por exemplo, distância mínima de 200 metros da vítima ou de seus familiares e, ainda, inclui outra hipótese que é na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima.

A nova norma prevê que a pena para o crime de feminicídio será aumentada de um terço a metade se o crime for praticado contra menor de 14 anos, maior de 60 anos, contra pessoa com deficiência ou portadora de doenças degenerativas. A pena também será aumentada no caso de o crime ser cometido na presença física ou virtual de descendente ou ascendente da vítima ou em descumprimento de medidas protetivas.

De forma inovadora, o diploma passou a prever como causa de aumento uma especial condição da vítima, qual seja, o fato de tratar-se de pessoa portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental, tal como sói acontece com o Mal de Alzheimer, reumatismo, glaucoma, entre outras. Em virtude da maior vulnerabilidade física ou mental da vítima, o legislador optou por majorar a pena aplicável ao agente.

Feminicídio é o homicídio doloso praticado contra a mulher por “razões da condição de sexo feminino”, ou seja, desprezando, menosprezando, desconsiderando a dignidade da vítima enquanto mulher, como se as pessoas do sexo feminino tivessem menos direitos do que as do sexo masculino.

O legislador, reconhecendo a necessidade de melhor esclarecer o que se entende por matar uma mulher por razões da condição de sexo feminino, optou por uma interpretação autêntica, descrevendo, no parágrafo segundo do artigo em comento, as duas hipóteses de enquadramento: a) violência doméstica e familiar; e b) menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

A violência no âmbito da unidade doméstica é aquela realizada dentro do espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas, independentemente dos laços, se familiar ou não. A violência no âmbito da família é aquela compreendida como ocorrida no seio de uma comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa, independentemente de coabitação.

Por menosprezo temos a possibilidade de alguém matar uma colega de trabalho, apenas por ela alcançar uma função de confiança por ele pretendida, despertando sentimento de repulsa e inconformismo, como se uma mulher não tivesse a capacidade laboral igual ao do homem.

O aumento de pena previsto é de 1/3 até a 1/2, aumento este que incide na terceira fase da dosimetria da pena, podendo, então, ultrapassar o limite da pena do delito de feminicídio 30 (trinta) anos, que é considerado homicídio qualificado e etiquetado como hediondo. Outra lei também sancionada foi a 13.773, reconhecendo


a violação da intimidade da mulher configurando violência doméstica e familiar. Esta última lei também criminaliza o registro, não autorizado, da intimidade sexual, passando nosso Código Penal Brasileiro a prever no art. 216-B, o delito com pena de reclusão de seis meses a um ano.

Houve a previsão de causa de aumento de pena em 1/3 no feminicídio praticado contra portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental; em contexto de descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 22 da Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006; e na presença – ainda que virtual – de descendente ou de ascendente da vítima.

Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro, com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo. Tal tipificação visa exatamente permitir um melhor enquadramento de situações que se tornaram rotineiras, nas quais um sujeito instala uma câmera em um vestiário, banheiro, escadas, ou mesmo no quarto de sua companheira (sem a sua anuência, é claro) e começa a registrar imagens, seja por meio de fotos ou vídeos. Como podemos observar, há o elemento normativo que o diferencia de situações genéricas, como mencionado acima é exatamente a anuência, ou seja, a autorização dos participantes, configurando a conduta penal somente se não houver a mesma

Observe-se que, de fato, não se tem, propriamente, crime previsto em tratado ou convenção internacional. Isto porque, embora o Brasil seja signatário de acordos internacionais que asseguram os direitos das mulheres, tais convenções não descrevem tipos penais. Em outras palavras, referidas convenções apenas apresentam conceitos e recomendações sobre a erradicação de qualquer forma de discriminação e violência contra as mulheres. Entretanto, em situação semelhante, o argumento de ausência de tipificação em convenção internacional foi derrubado pelo Supremo Tribunal Federal, quando da análise de crimes de pedofilia na Internet (RE 628.624).

Segundo a tese vencedora, o Estatuto da Criança e do Adolescente é produto de tratado e convenção internacional subscritos pelo Brasil. Destarte, à luz do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, embora as convenções internacionais firmadas pelo Brasil não tipifiquem ameaças à mulher, a Lei Maria da Penha, que prevê medidas protetivas, veio concretizar o dever assumido pelo Estado Brasileiro de proteção à mulher. Assim, é evidente a internacionalidade das ameaças que tiverem início em outro país, por meio de rede social de grande alcance, o que resulta na competência da Justiça Federal.

Portanto, compete à Justiça Federal apreciar o pedido de medida protetiva de urgência decorrente de crime de ameaça contra a mulher cometido, por meio de rede social de grande alcance, quando iniciado no estrangeiro e o seu resultado ocorrer no Brasil. 



ARQUIVO PESSOAL

ANDERSON COUTO DO AMARAL é Advogado, Procurador do CAU/AP, Sócio do Escritório Amaral & Colares Advogados, Consultor Jurídico do Escritório Fonseca Santos, ex-Procurador do CRO/AP, ex-Membro do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Amapá. Conselheiro de Saúde do Município de Macapá/AP. Pós-Graduado em Direito Público. Ex-Professor de Ética do curso de Odontologia da Faculdade IMMES. Professor Convidado de Ética Odontológica dos cursos de pós-graduação da Associação Brasileira de Odontologia – Seção do Amapá, Ganhador da Menção Honrosa do Prêmio Conciliar é Legal do Conselho Nacional de Justiça. Autor Colaborador do JORNAL JURID. Autor Colaborador do JusBrasil, Autor Colaborador da Editora Consulex com mais de 20 artigos jurídicos publicados e Autor Colaborador da Editora Zakarewicz.



Revenge Porn e a Lei nº 13.718/2018

■ POR ALEXSANDER CARVALHO

“Os casos mais graves se espalham pelo noticiário em todo o mundo. Algumas vítimas não resistem aos impactos diretos em suas vidas pessoais, resultando em dados preocupantes sobre suicídio.”

A Lei nº 13.718 publicada em 25 de setembro de 2018, nos traz importantes alterações ao Código Penal Brasileiro no que tange a dignidade sexual, com reflexos principalmente para a área do Direito Digital. O referido texto normativo trata de crimes já reclamados há muito pela comunidade jurídica, tais como importunação sexual (Art. 215-A), estupro coletivo (Art. 226, IV, a), estupro corretivo (Art. 226, IV, b) etc. Todavia, aqui iremos nos centrar na pornografia da vingança, ou comumente já conhecido em inglês como “revengeporn” ou “sexting”, uma derivação do cyberbullying que geralmente tem a Internet como meio para seu acometimento.

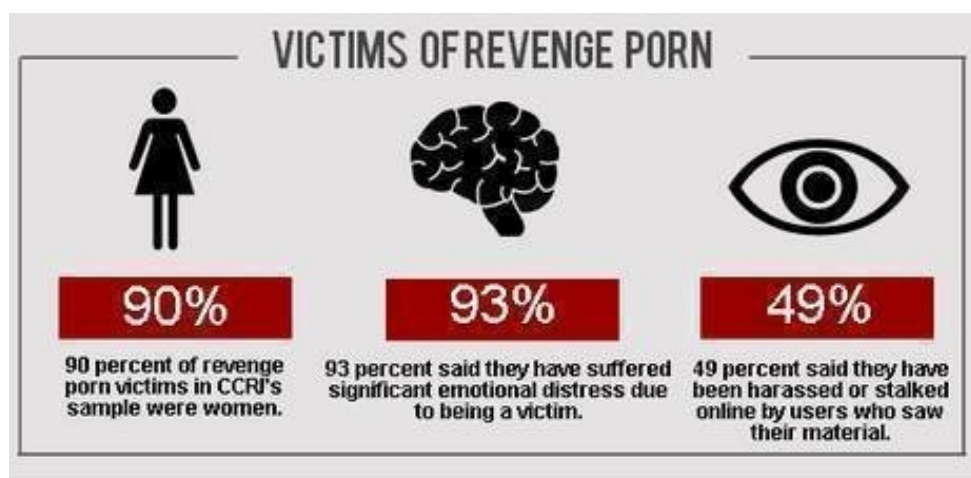
Segundo o professor Marcelo Crespo (2014),

“é uma forma de violência moral (com cunho sexual) que envolve a publicação na internet (principalmente nas redes sociais) e distribuição com o auxílio da tecnologia (especialmente com smartphones), sem consentimento, de fotos e/ou vídeos de conteúdo sexual explícito ou com nudez. As vítimas quase sempre são mulheres e os agressores, quase sempre são ex-amantes, ex-namorados, ex-maridos ou pessoas que, de qualquer forma, tiveram algum relacionamento afetivo com a vítima, ainda que por curto espaço de tempo.”

Mas não para por aí, as consequências danosas para as vítimas conforme Tatiane Paiva “pode significar danos emocionais permanentes, uma vez que a forma de atingir a vítima vai de encontro direto a sua moral, podendo ter consequências e transtornos no ambiente familiar, entre amigos e principalmente na carreira profissional” culminando por vezes com o suicídio.

Ainda segundo Tatiana Paiva (2018), “Os casos mais graves se espalham pelo noticiário em todo o mundo. Algumas vítimas não resistem aos impactos diretos em suas vidas pessoais, resultando em dados preocupantes sobre suicídio”. Conforme Marina Castro (2013), “Em novembro de 2013, ao menos três casos de meninas que cometeram suicídio por causa de revengeporn foram divulgados pela mídia.”

Desta feita, temos que “no Brasil, somente no ano de 2016, 300 pessoas tiveram suas imagens nuas vazadas, sendo destas 202 mulheres, segundo o Canal de Ajuda da Safenet, ONG para promoção dos direitos humanos na internet.” (PAIVA, Tatiana. 2018)



Os dados, conforme exposto, são alarmantes. “A psicóloga Tamirys Oliveira de Mattos cita ainda quadros de depressão, ansiedade e dificuldades afetivas como parte do trauma de quem sofre com o revengeporn.” (PAIVA, Tatiana. 2018).

“De acordo com o Jornal The Guardian, apenas o Facebook recebeu mais de 50 mil relatórios de revengeporn em janeiro de 2017, o que o levou a desativar mais de 14 mil contas.” (SALIM, Alexandre. 2017).

Como observamos, já era tempo do legislador voltar-se a essa prática e sancionar mecanismos afim de coibi-la. Mas, vale lembrar ainda que, diferente de outros crimes cibernéticos comuns – onde a internet surge apenas como um facilitador – tal conduta não encontrava até então aparo em nossa legislação. Nosso código penal data de 1940 e, à época não era muito típico se ver pornografia caseira, bem como seus efeitos são agora potencializados em uma Sociedade da Informação.

(...) para o mencionado rol de condutas não há que se falar na criação de novos tipos penais em razão do fator tecnológico. Crimes que a tecnologia funciona, repita-se, apenas como veículo ou meio para cometimento de condutas claramente definidas na legislação penal vigente ou seja, hipóteses em que o bem jurídico aviltado já está devidamente tutelado pela lei. (DAOUN, 2012, p.07).

Registra-se ainda, as palavras de Patrícia Peck Pinheiros ao dizer que “a educação na ética e segurança digital exige trabalho contínuo desde a inclusão tecnológica e precisa ser algo que o jovem percebe ao seu redor.”

O que nos leva a crer que, não basta uma tipificação penal para combater tal prática, esta deve ser sempre aliada a uma política educacional focada em

educação digital. Ante o exposto, “nosso maior desafio será educacional” (PINHEIRO, 2016. p. 93).

Passemos a seguir, a uma análise do artigo:

Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia.

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática –, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Conforme leciona Rogério Sanches (2018), referido artigo visa a coibir a prática do compartilhamento de registros que contenham cena de estupro, ou de estupro de vulnerável, ou que faça apologia, ou induza a sua prática, ou ainda sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia. Não se tratando – na sua segunda parte – de cenas de violência sexual, mas de sexo, nudez ou pornografia sem que a pessoa fotografada ou gravada tenha dado consentimento para a difusão.

É crime de ação múltipla (vários núcleos) e, tipo penal misto alternativo (não configura pluralidade de delitos, mas crime único). Expressamente subsidiário, tendo lugar apenas se a conduta não constitui crimes mais graves, que, no caso, são os artigos 241 e 241-A do ECA.

O crime se consuma no momento em que é praticada uma das ações típicas (núcleos). E certas modalidades podem fazer com que o crime seja permanente, como a exposição à venda, a disponibilização e a divulgação.

A tentativa se afigura possível, exceto na conduta de oferecer, não sendo passível de fracionamento (até o ato de oferecimento, há apenas preparação).

Trazendo ainda dois parágrafos, a saber:

Aumento de pena

§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.

A majorante no caso do § 1º consiste em aumento da pena de um a dois terços se cometido por quem mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima.

Sendo entendido por relação íntima de afeto o casamento, a união estável ou o namoro. Não inseridos nesta definição relações casuais, sem maior vínculo entre o agente e a vítima, situações que são tratadas na forma básica do caput. Afinal, o fundamento da punição mais severa é a traição da confiança existente em um relacionamento.


Já no caso da finalidade de vingança ou humilhação, por outro lado, não há necessidade de prévia relação íntima de afeto. O aumento pode incidir ainda que o autor e a vítima tenham tido apenas um encontro casual.

Exclusão de ilicitude

§ 2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no *caput* deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos.

Nota-se que, o § 2º estabelece uma excludente da ilicitude para as situações em que o fato é praticado em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica, desde que sejam adotados recursos que impossibilitem a identificação da vítima.

Inserindo-se também na justificante as condutas praticadas com prévia autorização de quem foi registrado nas imagens, desde que maior de dezoito anos. Se menor, o consentimento não tem relevância e incidem as regras do ECA.


Ficando, portanto, o alerta àqueles que sentem prazer em enviar vídeo e fotos com conteúdo sexual via WhatsApp e outras mídias, ou mesmo àqueles que inconformados com término do relacionamento – ou meramente para se gabar – expõe companheiras(os), a lei alcança a todos. 

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Renan. *Lei nº 13.718/18 – Alterações nos crimes contra a dignidade sexual – Importunação sexual, vingança pornográfica e mais!* Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/lei-13-718-18-alteracoes-nos-crimes-contra-a-dignidade-sexual-importunacao-sexual-vinganca-pornografica-e-mais/> Acessado em 11/11/2018
- SANCHES, Rogério. *Atualização da Lei dos Crimes Contra Dignidade Pessoal*. Disponível em: <https://www.cers.com.br/curso/curso-gratuito-de-atualizacao-da-lei-137182018--lei-contra-dignidade-sexual--prof-rogerio-sanches-> Acessado em: 23/10/2018
- CASTRO, Marina. *Consequências psicológicas de revengeporn são maiores em mulheres, afirma professora*. Disponível em: <http://www.jornaldocampus.usp.br/index.php/2013/12/consequencias-psicologicas-de-revenge-porn-sao-maiores-em-mulheres-afirma-professora/> Acessado em 11/11/2018
- CRESPO, Marcelo Xavier Freitas. *Revengeporn: a pornografia da vingança*. Disponível em: <https://marcelocrespo1.jusbrasil.com.br/artigos/153948423/revenge-porn-a-pornografia-da-vinganca> Acessado em 11/11/2018
- DAOUN, Alexandre Juan; LIMA, Gisele Truzzi de. *Crimes Informáticos o Direito Penal na Era da Informação, 2012*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/crimes-inform%C3%A1ticos-o-direito-penal-na-era-da-informa%C3%A7%C3%A3o> Acessado em: 25/09/2018
- Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm Acessado em 11/11/2018
- PAIVA, Tatiana. *Revengeporn pode causar danos emocionais permanentes*. Disponível em: <https://www.violenciasocial.com/revenge-porn/> Acessado em 11/11/2018
- PINHEIRO, Patrícia Peck. *Mais da metade dos colégios no País registram incidentes envolvendo cyberbullying, aponta estudo*. Disponível em: <https://jovempan.uol.com.br/programas/jornal-da-manha/mais-da-metade-dos-colegios-no-pais-registram-incidentes-envolvendo-cyberbullying-aponta-estudo.html> Acessado em: 04/10/2018
- SALIM, Alexandre. *RevengePorn: Prática de exposição sexual não consentida e consequências para o agressor*. Disponível em: <https://www.saraivaaprova.com.br/revenge-porn-pratica-de-exposicao-sexual-nao-consentida-e-consequencias-para-o-agressor/> Acessado em 11/11/2018
- _____. *Statisticsonrevengepornvictims*. (online image) Cyber Civil Rights. Disponível em: <https://www.cybercivilrights.org/> Acessado em 04/10/2018



ALEXSANDER CARVALHO é advogado, Presidente da Comissão de Tecnologia e Segurança da Informação na OAB/MG.



Art. 152 do Código Penal português (violência doméstica) pode ajudar mulheres no Brasil

■ POR CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL

“Nosso País, às pressas, deve copiar o modelo português de enfrentamento à violência doméstica.”

No sistema penal e processual penal brasileiro proferida a sentença condenatória em desfavor do agressor a consequência imediata deste veredicto será a extinção das medidas protetivas de urgência. A medida protetiva de urgência, de natureza inibitória ou cautelar, é acessória da ação principal, a ação penal. De modo que a ação instrumental segue a sorte da ação principal. É a consagração do brocardo latino *accessorium sequitur suum principale*.

Destarte, recordando que a pena da violência doméstica no Brasil é uma afronta à dignidade da mulher, ou seja, que a maioria esmagadora das condenações é um mero convite ao regime aberto, a prolação da inócua sentença penal deixará a mulher vítima de violência doméstica sem qualquer tipo de proteção, uma vez que automaticamente encerrada a vigência das medidas protetivas de urgência.

Mas em Portugal a situação é bem diferente.

O Código Penal português expressamente consigna que são penas acessórias à condenação criminal a proibição de contato do agressor com a vítima e a proibição do uso de armas (art. 152, nº 4).


O Código Penal português vai além, no art. 152, nº 5, esclarecendo que a pena acessória de proibição de contato com a vítima deverá incluir o afastamento da residência e do local de trabalho desta e o seu cumprimento deverá ser fiscalizado por meios técnicos de controle à distância.

Como se vê, o quê aqui no Brasil é tutelado via medida protetiva de urgência (ação), em Portugal é tutelado via pena acessória, no corpo da sentença penal condenatória.

Uma vez condenado o agressor por violência doméstica em Portugal a mulher continuará a ser protegida pela pena acessória de proibição de contato (residência e local de trabalho) através de monitoramento eletrônico. O que não acontece no Brasil, uma vez que pela nossa legislação o juiz poderá, no máximo, determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação, sem nenhuma restrição ou mitigação em seu direito de ir e vir.

Desnecessário, aqui, tecer quaisquer considerações a respeito dos elevados e intoleráveis índices de violência doméstica no Brasil.

Nosso País, às pressas, deve copiar o modelo português de enfrentamento à violência doméstica (art. 152, nºs 4 e 5), erigindo a proibição de contato com a vítima (residência e local de trabalho) em pena acessória, inclusive através de fiscalização eletrônica de seu cumprimento. Deixando, assim, a sentença penal de meio aberto de ser um prêmio à violência e crueldade do agressor.

Com a palavra, o Congresso Nacional. 



CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL é Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

A ilusão liberal

■ POR ANDRÉ NASSIF



“Como o setor de *commodities* agrícolas e industrializadas é incapaz de absorver o enorme contingente de mão de obra de uma economia das dimensões do Brasil, uma redução dos níveis de proteção tarifários para gravames próximos ao livre comércio puro poderá dizimar segmentos industriais inteiros e seus benefícios esperados no longo prazo não passam de ilusão liberal.”

Em livro recente, Jaime Ros¹ mostra que o desenvolvimento econômico replica sete regularidades empíricas:

i) intenso deslocamento de mão de obra da agricultura tradicional para a indústria de transformação;

ii) à medida que absorve trabalhadores do setor agrícola, de baixa produtividade, o setor industrial, por contar com maior intensidade de capital e gerar e difundir progresso tecnológico, comanda o incremento da produtividade média da economia como um todo;

iii) enquanto o país não alcança estágio de “maturidade” industrial e elevados níveis de renda per capita, seguem persistindo as diferenças de produtividade entre a agricultura, indústria e serviços;

iv) caso o processo seja interrompido pela desindustrialização prematura, a economia perde tração estrutural para continuar crescendo com avanços positivos e sustentáveis da produtividade no longo prazo;

v) a realocação prematura de trabalhadores para o setor de serviços só não será problemática se este engendrar forte sinergia com a indústria de transformação, o que depende de que o crescimento daquele setor seja comandado pelos segmentos de maior produtividade, vinculados à indústria de tecnologia da informação e demais tecnologias digitais, e não pelos de baixa produtividade, como comércio, varejo e serviços domésticos;

vi) para que o processo de desenvolvimento não seja recorrentemente abortado por crises do balanço de pagamentos, o país deverá diversificar sua cesta de exportações em bens com maior dinamismo nos mercados globais que sua cesta de importações; e

vii) não existe experiência histórica em que o desenvolvimento econômico tenha resultado de práticas de *laissez-faire* ou adesão incondicional ao livre comércio nos planos bilateral, regional ou multilateral.

O governo Bolsonaro sinaliza que um dos pilares de sua política econômica será uma nova rodada de liberalização comercial unilateral. Considerando o perfil ultraliberal do ministro da Fazenda, Paulo Guedes, a nova reforma comercial deverá seguir as recomendações de um estudo recente² propondo que, no próximo triênio, as tarifas médias de importação de bens de capital e bens intermediários convirjam para as mesmas alíquotas médias praticadas nos Estados Unidos da América? O principal argumento é que os gravames tarifários no Brasil, por serem superiores aos praticados nos países desenvolvidos, dificultam a inserção brasileira nas cadeias globais de valor.

Embora seja defensável a reestruturação do sistema de proteção aduaneira no Brasil, há razões suficientes para que a reforma seja conduzida de forma gradual e diferenciada, e não “*across-the-board*”, em que as alíquotas seriam ajustadas linearmente para o mesmo nível médio praticado em países desenvolvidos.

Primeiro, porque os modelos de simulação superestimam os efeitos positivos decorrentes de uma reforma linear, já que se baseiam na hipótese irrealista de que os mercados são formados por uma diversidade de pequenas empresas sujeitas às mesmas condições competitivas.


Segundo, porque, como as indústrias-alvo da reforma são oligopólios cujas condições de competitividade dependem fortemente da capacidade

de explorar maiores economias de escala, não se pode comparar as dimensões gigantescas dos mercados com que contam as empresas norte-americanas com os tamanhos bem mais reduzidos dos mercados à disposição das empresas brasileiras.

E, finalmente, porque, embora o processo de globalização das duas últimas décadas tenha acarretado a fragmentação global da produção, o fato é essas cadeias globais de valor são comandadas pelas grandes empresas multinacionais.

Os países asiáticos têm sido os mais exitosos na inserção nas cadeias globais de valor, porque têm justamente combinado liberalização comercial gradual com políticas industriais que privilegiam a incorporação de serviços de informação e tecnologia digital nos processos de fabricação industrial. Essa região tem sido a única no mundo a ficar imune à desindustrialização prematura, uma vez que a participação média de sua indústria de transformação aumentou de 16% para 28% no PIB da região entre 1980 e 2013, ao passo que no Brasil este mesmo indicador mostrou retração média de 21% para 13% em igual período.

Além disso, frente à intensa reprimarização da pauta de exportações ocorrida no Brasil, onde a participação de produtos primários e manufaturados intensivos em recursos naturais no total exportado avançou de 49% para 66% entre 1990 e 2016, uma rápida equalização das tarifas de importação para os níveis médios praticados nos Estados Unidos implicaria uma inserção passiva nas cadeias globais de valor e perpetuaria nossa especialização em *commodities*.

Depois do desastroso experimento ultraliberal de reforma comercial no Chile, capitaneado pelos economistas da Universidade de Chicago que assessoraram o governo Pinochet em meados da década de 1970, a literatura sobre liberalização comercial a recomendar reduções de tarifas graduais e diferenciadas. A redução dos níveis de proteção comercial deveria, portanto, respeitar as diferentes características estruturais e o potencial competitivo de cada setor no Brasil. Como o setor de *commodities* agrícolas e industrializadas é incapaz de absorver o enorme contingente de mão de obra de uma economia das dimensões do Brasil, uma redução dos níveis de proteção tarifários para gravames próximos ao livre comércio puro poderá dizimar segmentos industriais inteiros e seus benefícios esperados no longo prazo não passam de ilusão liberal. 

NOTAS

- 1 ROS, J. Rethinking economic development, growth, and institutions. Oxford University Press, 2013.
- 2 FERRAZ, L., Ornelas, E. e Pessoa, J. P. *Política comercial brasileira: estratégias de inserção internacional*. Escola de Economia de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas, FGV-SP, Julho de 2018.
- 3 BAGWATTI, J. Anatomy and consequences of exchange control regimes. Ballinger Publisher Co, 1979; e Michaely, M., Papageorgiu, D. e Choski, A. Liberalizing foreign trade: Three lessons of experience in the developing world. Vol. 7, Basil Blackwell, 1991.



ANDRÉ NASSIF é Doutor em Economia pelo Instituto de Economia da UFRJ, pós-graduado em Planejamento e Políticas Públicas pelo ILPES/CEPAL, Naciones Unidas (Santiago do Chile). É professor-adjunto de economia internacional da Universidade Federal Fluminense (UFF) e do MBA em Comércio Exterior da Fundação Getúlio Vargas e economista do BNDES.



Caso Brumadinho e a responsabilidade penal da pessoa jurídica

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

“Somente haverá a persecução penal contra a pessoa jurídica se o ato delituoso for perpetrado em seu benefício e por pessoa física que mantenha estreita ligação com o ente moral ou coletivo, e com o auxílio da influência ou poderio da empresa não se deixará de verificar a existência de um concurso de pessoas, terminando o legislador por adotar respostas penais específicas e adequadas à punição das pessoas jurídicas, somente pecando ao deixar de estabelecer mecanismos mais concretos no plano procedimental.”

O povo brasileiro, atônito mais uma vez, ainda com as recentes notícias da tragédia de Mariana, assiste diariamente às imagens aéreas dos bombeiros se arrastando na pesada lama garimpando corpos das vítimas soterradas em razão do rompimento da barragem de Brumadinho. Pode se dizer que se trata de uma tragédia anunciada, em razão da negligência com os protocolos básicos de segurança e falha no gerenciamento de risco, que também provocaram a catástrofe anterior, ceifando vidas humanas e deteriorando o meio ambiente em toda sua extensão. Tanto é que o presidente da Vale, após constatar a precariedade do sistema adotado, afirmou que dez barragens a montante da companhia, como as duas que romperam, serão desativadas, justamente porque o reservatório é construído “em degraus”, quer dizer, é edificado de acordo com o volume maior de rejeitos que vão se acumulando.

Foi desencadeada pelo Ministério Público de Minas Gerais uma operação para perquirir os crimes de homicídio qualificado, ambientais e falsidade ideológica, com a expedição de ordem de prisão temporária para os engenheiros e funcionários responsáveis por atestarem recentemente a idoneidade e a segurança da barragem que ruuiu.

Mas, indaga-se, qual a providência criminal com relação à pessoa jurídica que representa a empresa, já que dela deriva toda iniciativa de ação ou omissão?

Controvérsia momentosa e acalorada que tem sido travada entre os juristas que se dedicam ao estudo da matéria ambiental é justamente a admissibilidade, à luz de vigente comando constitucional e do texto expresso da Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), da responsabilização penal de pessoas jurídicas poluidoras ou degradadoras do meio ambiente.

Prima facie, tem-se que a pessoa jurídica pode ser definida com base na Teoria da Realidade Objetiva (ou Teoria Orgânica), adotada por Pontes de Miranda e Beviláqua, nos moldes do direito alemão, no sentido de que as pessoas jurídicas são compostas por órgãos, que por sua vez são representados por pessoas físicas que expressam a vontade da pessoa jurídica. Ou seja, pode-se afirmar que as pessoas jurídicas possuem vida própria, cuja existência é totalmente distinta das pessoas físicas que a compõem, de acordo com a inteligência do art. 45, do Código Civil. A Carta Magna brasileira de 1988, no art. 125, § 3º, preceitua que:

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A interpretação de precitado dispositivo constitucional tem cindido a doutrina pátria.

Juristas da maior nomeada têm sustentado que aludido comando constitucional encerra uma norma de eficácia contida e de imediata e plena aplicabilidade, tornando possível a sujeição criminal das pessoas jurídicas que atuem de forma lesiva ao meio ambiente, sugerindo a sua natureza de bem

jurídico difuso indispensável à sadia qualidade de vida a adoção imediata, ampla, efetiva e eficaz tutela jurídica, inclusive penal, com imposição de sanções pecuniárias e de medidas restritas de direitos (interdição de atividade, do estabelecimento, etc.) às pessoas jurídicas, sob pena de manifesta inutilidade de questionado preceito constitucional.

Já outros autorizados lidadores do direito ambiental afirmam que referido dispositivo constitucional contém uma norma de eficácia programática, revelando-se necessária a superveniência de legislação infraconstitucional para que as pessoas jurídicas possam ser processadas no âmbito criminal, até mesmo em obediência ao cristalizado e precedente princípio constitucional da legalidade ou da reserva legal (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal).

De outra parte, há também juristas que dizem não ter a Constituição Federal previsto a responsabilização penal da pessoa jurídica, entes morais destituídos da capacidade de ação, de culpabilidade e de pena. Ausentes tais requisitos, não há margem no direito brasileiro para amparar excogitada responsabilidade criminal. Tal posicionamento, todavia, parece não mais se sustentar ante a expressa previsão constitucional (arts. 173, § 5º e 125, § 3º).

O fato é que, seguindo a tendência da legislação e doutrina estrangeira, surge no plano nacional um movimento doutrinário inclinado ao reconhecimento e consagração da responsabilidade penal da pessoa jurídica no tocante às infrações ambientais e relativamente aos delitos contra o mercado de consumo e contra a ordem financeira e tributária. Assim é que a citada Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, contempla explicitamente a responsabilização penal das pessoas jurídicas, dispondo textualmente no seu art. 3º:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

Saliente-se que, a despeito de aludidas disposições legais, a responsabilidade penal das pessoas coletivas continua sendo tema conflituoso em nosso sistema penal, permanecendo a doutrina reticente quanto ao seu fundamento jurídico, uma vez que impera no Direito Penal o princípio da culpabilidade.

A corrente de estudiosos contrária a tal ideia sustenta, basicamente, que se o crime pressupõe uma conduta (*nullum crimen sine conducta*), é possível afirmar que a pessoa jurídica não pode delinquir, porque lhe falta capacidade de conduta. Que ação ou omissão poderia cometer? Como ficaria o princípio da relação de causalidade se *societas delinquere non potest*? Ademais, dizem os adeptos desse pensamento, a vontade humana é um fenômeno psíquico inconcebível na pessoa jurídica, faltando-lhe também a capacidade de culpabilidade (agir com dolo ou culpa no sentido estrito) e somente por arte mágica

é que se lhe pode imputar a prática de crime. Como suportaria o ente coletivo o caráter aflitivo da sanção penal?

O próprio legislador reconheceu que a pessoa jurídica não pode sozinha delinquir, ao preceituar que ela somente será penalmente responsabilizada se a infração for cometida por decisão do seu representante legal ou contratual e desde que no interesse ou benefício da sua entidade (art. 3º, Lei 9.605/98). A responsabilização surge, pois, por via oblíqua.

Entretanto, não há como não reconhecer que certos crimes admitem, pela sua própria formatação típica, que a pessoa jurídica possa ser sujeito ativo do delito, justamente porque atua por meio de seus órgãos, representados por pessoas físicas, plenamente aptas a realizar determinada conduta típica. Logo, mister a incidência de uma sanção penal – posto restar caracterizada a subsunção do fato à norma – que pode ser perfeitamente conjugada com outras medidas administrativas como, por exemplo, as medidas compensatórias firmadas em Termo de Ajustamento de Conduta ou então a responsabilização civil e administrativa das pessoas jurídicas ligadas à corrupção, conforme a Lei nº 12.846/2013.

Enfim, segundo o escólio dessa respeitável corrente de juristas que se posicionam contrários à ideia da responsabilização penal da pessoa jurídica, somente após profundas alterações de toda uma construção lógico-jurídica do Direito Penal pátrio, fundada na capacidade de conduta, culpabilidade e imputabilidade, é que seria concebível tal proposta.

Já os corifeus da corrente contrária sustentam, em minoria, que a Constituição Federal de 1988 (art. 125, § 3º) e a Lei nº 9.605/98 (art. 3º) consagra a responsabilidade penal das pessoas jurídicas no plano ambiental e, isso, mediante a adoção do sistema de dupla imputação ou da coautoria entre agente individual e coletivo. A empresa, por si mesma, não pratica diretamente atos delituosos e sim por intermédio de uma pessoa natural que com ela mantenha vínculo (representante legal ou contratual), sem a exclusão da responsabilidade penal deste último, considerado coautor. Vislumbra-se com bastante clareza que nosso legislador reconhece que um órgão da pessoa jurídica é quem toma as decisões e que pratica atos. Mesmo assim, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a da pessoa natural que tenha atuado no mesmo contexto fático.

Assim, somente haverá a persecução penal contra a pessoa jurídica se o ato delituoso for perpetrado em seu benefício e por pessoa física que mantenha estreita ligação com o ente moral ou coletivo, e com o auxílio da influência ou poderio da empresa não se deixará de verificar a existência de um concurso de pessoas, terminando o legislador por adotar respostas penais específicas e adequadas à punição das pessoas jurídicas, somente pecando ao deixar de estabelecer mecanismos mais concretos no plano procedimental. **C**



EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR é promotor de justiça aposentado, mestre em direito público, pós-doutorado em ciências da saúde, reitor da Unorp, advogado.

Franquias: perspectivas para 2019 e os cuidados contratuais

■ POR DANIEL ALCÂNTARA NASTRI CERVEIRA

“Quem pretende investir em franquias deve estar ciente e analisar as questões contratuais para a prosperidade do negócio.”

As perspectivas para o mercado de franquias no Brasil são positivas em 2019. O setor cresceu 6,3% no terceiro trimestre do ano na comparação com o mesmo período do ano passado, com o faturamento passando de R\$ 41,850 bilhões para R\$ 44,479 bilhões. Nos últimos 12 meses, a elevação foi de 7%, de R\$ 159,826 bilhões para R\$ 170,988 bilhões. Os dados são da Associação Brasileira de Franchising (ABF).

Os dados revelaram também que a abertura de lojas cresceu 1,4% no período – sendo 3% de abertura e 1,6% de fechamento de unidades. A pesquisa indicou também alta de 6,7% no número de postos de trabalho, o que equivale a mais de 80 mil pessoas contratadas. O número de vagas passou de 1,205 milhão para 1,286 milhão. Na comparação com o segundo trimestre, o crescimento foi de 5%. O segmento com maior crescimento no período foi entretenimento e lazer, com alta de 25,2%. Em segundo, aparecem serviços e outros Negócios, com 10,3% de crescimento, impulsionado, principalmente, pelos serviços logísticos. O terceiro melhor colocado foi saúde, beleza e bem-estar, com 9,7%, alavancado pela venda de produtos de higiene e beleza e o desempenho de redes de depilação e demais serviços estéticos e alimentação ficou em 4º lugar (6,7%).

Necessário destacar que, por sua própria natureza e de modo geral, o risco empresarial na franchising é reduzido em comparação com os negócios tradicionais, visto que engloba, entre outros fatores, a utilização de um modelo de negócio testado, uma marca consolidada no mercado e a assistência contínua prestada pelo franqueador ao franqueado. Ademais, importante esclarecer que o franqueador não garante o sucesso do franqueado, ou seja, caso o negócio não prospere, o detentor da marca não tem responsabilidade direta pelo ocorrido. Sob este ponto de vista, como regra, pode-se afirmar que as condutas caracterizadas como infrações contratuais graves são passíveis de justificar a responsabilização dos franqueadores pelo resultado negativo obtido pelo empresário que investiu na franquia, no sentido de ser necessário a devida comprovação do comportamento culposo ou o abuso de direito. Temos como exemplos práticos destas hipóteses o

erro grosseiro na determinação de políticas de preço e falhas reiteradas no abastecimento de produtos.


Ainda para aqueles que tem interesse em adquirir uma franquia, cumpre registrar que é essencial que estudem com atenção o negócio como um todo, bem como analisem previamente os documentos e contratos disponibilizados pelo franqueador, com a finalidade de evitar arrependimentos futuros. Vale lembrar que os contratos de franquia têm certas particularidades, tais como, obrigação de não-concorrência e da participação ativa no negócio pelo franqueado, cláusulas de exclusividade e preferências, regras sobre o ponto comercial onde se encontra a unidade, entre outras

Além do mais, cabe salientar que, como regra, o contrato de franquia poderá ser rescindido livremente por quaisquer das partes, caso o seu prazo esteja vencido. Caso ainda estiver em vigor o prazo, a rescisão deverá ser motivada ou justificada por previsão contratual e/ou embasada na culpa da parte contrária (em suma, por descumprimento do contrato ou conduta que impossibilite a continuidade do negócio).

Da parte do franqueado, normalmente, os contratos estabelecem multa a ser paga na hipótese deste decidir encerrar a operação com a franquia, através da consequente rescisão do pacto. Desta forma, inclusive do lado do franqueador, é preciso ter atenção no que se refere ao valor da multa rescisória a ser delimitada no contrato de franquia e se a mesma poderá ser cumulada ou não com pedido de indenização.


Cabe destacar que, como impõe a lei, antes de ser assinado o contrato de franquia – ou o eventual pré-contrato ou do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado – deverá ser entregue a ele a circular de oferta de franquia com antecedência mínima de 10 dias.

A circular de oferta de franquia tem como função transmitir todas as informações necessárias ao candidato e assim possibilitar que o negócio seja concretizado com a devida ciência das regras e condições. O art. 3º, por sua vez, elenca quais informações devem obrigatoriamente constar da circular de oferta de franquia, tais como o histórico da franquia, balanços e demonstrações financeiras da empresa franqueadora dos últimos dois anos de exercícios, perfil do franqueado ideal, total estimado do investimento inicial, a remuneração periódica pelo uso do sistema (royalties), taxa de publicidade, supervisão da rede, entre outros, além de ser necessário a inclusão na circular dos modelos do contrato-padrão e do pré-contrato de franquia, com os respectivos anexo e prazo de validade.

Por fim, impõe ressaltar que o parágrafo único, do art. 3, da referida Lei, determina que, em havendo falha na entrega da Circular de Oferta de Franquia, o franqueado “poderá arguir a anulabilidade do contrato e exigir a devolução de todas as quantias que já houver pago ao franqueador ou terceiros por ele indicados, a título de taxa de filiação e ‘royalties’, devidamente corrigidas, pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança mais perdas e danos. Assim, quem pretende investir em franquias deve estar ciente e analisar as questões contratuais para a prosperidade do negócio. 



DANIEL ALCÂNTARA NASTRI CERVEIRA é advogado, pós-graduado em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas – SP, sócio do escritório Cerveira Advogados Associados, professor do curso MBA em Gestão em Franquias e em Varejo da FIA – Fundação de Instituto de Administração – SP; de Pós-Graduação de Especialização em Direito Imobiliário da PUC-RJ; de Pós-Graduação em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e autor do livro “Shopping Centers - Limites na liberdade de contratar”, São Paulo, 2011, Editora Saraiva.



A desconsideração da personalidade jurídica e a luta contra a blindagem patrimonial

■ POR PAULO ANDRÉ M. PEDROSA

“A desconsideração da personalidade jurídica e a desconsideração inversa da personalidade jurídica são poderosos instrumentos à disposição do credor na luta contra a blindagem patrimonial e contra as fraudes perpetradas pelos devedores para não pagarem suas dívidas.”

“ O Brasil é o país dos devedores”. Certamente você, leitor, já ouviu esta frase e possivelmente até concorda com ela.

Quem já precisou acionar a justiça para receber um crédito sabe o quão tortuoso é o caminho entre uma sentença de procedência da ação e o efetivo recebimento dos valores a que se faz jus. No judiciário brasileiro “ganhar e não levar” é mais comum do que se imagina, fato que não só eleva o custo-Brasil como também desacredita a já tão desgastada imagem do Poder Judiciário.

As dificuldades enfrentadas para se receber valores na justiça tem vários motivos, boa parte deles relacionados com a “esperteza” dos devedores que escondem seu patrimônio em nome de terceiros, impossibilitando a justiça de acessar tais bens.

Quando a devedora é uma empresa, é comum que os sócios “esvaziem” os bens da pessoa jurídica, transferindo tudo para o CPF dos sócios. Quando é feita busca de valores em conta corrente, aplicações, imóveis, veículos, absolutamente nada é encontrado no CNPJ da devedora.

O caminho inverso também é comum. Quando o devedor é o próprio sócio, na pessoa física, frequentemente o patrimônio é transferido e movimentado apenas em uma pessoa jurídica de titularidade do devedor, de modo que, ao se realizar penhora de bens em seu CPF, nenhum valor ou bem é localizado.

Esta “blindagem” é possível, pois a lei expressamente determina que, salvo algumas exceções, o patrimônio dos sócios não se confunde com o patrimônio das empresas, ou seja, não é possível a princípio, penhorar bens da empresa em razão de dívida do sócio e vice-versa.


Apesar desta regra, a própria lei traz uma importante solução, muitas vezes subestimada pelos credores, a desconsideração da personalidade jurídica (DPJ) e a desconsideração inversa da personalidade jurídica (DIPJ).

A primeira, tem aplicação quando a devedora é a empresa (pessoa jurídica) e, na ação judicial, não são encontrados bens em seu nome, embora muitas vezes a empresa tenha atividade e visivelmente tenha faturamento. É comum nestes casos que os sócios ostentem grande patrimônio (vindo da empresa), porém está nada possui cadastrado em seu CNPJ.

Já a segunda tem espaço quando o devedor, pessoa física, “blinda” seu patrimônio em uma pessoa jurídica, muitas vezes através de estruturas complexas de holdings e off shores. É comum nesses casos que o devedor coloque em nome da empresa ou grupo de empresas todos os seus veículos, imóveis, aplicações e dinheiro, movimentando os recursos, por exemplo, através de um cartão corporativo, não deixando nada em seu CPF.

Em ambas as situações, a lei determina ser possível desmontar esta “blindagem”, por meio do instituto da desconsideração. Para tanto, o credor deve comprovar no processo a existência de alguns requisitos, quais sejam o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade (uso da empresa para cometer ilegalidades ou fraudes) ou confusão patrimonial entre sócio e empresa (como ocorre quando o sócio usa a empresa para ocultar seu patrimônio pessoal e vice-versa).

Se a dívida for em razão de uma relação de consumo, relação trabalhista, ou matéria ambiental, a desconsideração da personalidade jurídica é ainda mais simples: basta comprovar que a empresa não tem patrimônio para arcar com suas obrigações para então atingir os bens dos sócios e vice-versa.

Não é difícil concluir que a desconsideração da personalidade jurídica e a desconsideração inversa da personalidade jurídica são poderosos instrumentos à disposição do credor na luta contra a blindagem patrimonial e contra as fraudes perpetradas pelos devedores para não pagarem suas dívidas, devendo seu uso ser difundido e ampliado, reduzindo-se, desta forma, a sensação de que o Brasil é um paraíso para quem não arca com suas obrigações financeiras. 



PAULO ANDRÉ M. PEDROSA é advogado sócio do escritório Battaglia & Pedrosa, especialista em Processo Civil pela PUC/SP e LL.M. Master of Laws em Direito Societário pelo INSPER/SP.



Qualidade de atendimento em Escritórios de Advocacia – Rever conceitos

■ POR JOSÉ PAULO GRACIOTTI

“Tradicionalmente, escritórios de advocacia tratam os consumidores de seus serviços como **CLIENTES**, onde nessa relação há o pressuposto da fidelização e não como **CONSUMIDORES** onde não há esse pressuposto (ou é muito baixo) e a cada intervenção o “fornecedor” deve cativar seu potencial consumidor.”

Nesta discussão, vou me apropriar de duas observações feitas por dois outros profissionais (créditos abaixo) para elaborar um raciocínio sobre o conceito de qualidade no atendimento de serviços jurídicos terceirizados.

No último dia 23 de novembro, eu lí um *tweet* postado por Patrick Lamb (auto-denominado Designer of Legal services) onde estava escrita a seguinte frase:

“When I review invoices from outside counsel, I find it incredible that senior partners not assigned to a matter bill time to it for “reviewing” something. Instead of making me think “value,” it makes me think “greed.” It also makes me wonder how to eliminate the firm!”

Com meus 30 anos de experiência, vivendo dentro de escritórios de advocacia, sei muito bem que essa prática é bastante comum e também bastante discutível. Se por um lado o cliente se sente “abusado” por ter que pagar por dois profissionais para fazer o trabalho que foi contrato com uma entidade (o escritório), que

tem a notada expertise naquela área, tem no outro lado a necessidade de garantir que o trabalho seja feito corretamente pelo mais júnior e portanto necessitando de uma revisão por parte do mais experiente.

Sem entrar no mérito de qual pensamento é o correto, o problema reside, no meu ponto de vista, na forma arcaica e acomodada (da parte do escritório) de cobrança “por tempo” dispendido em cada tarefa.

Por ser um serviço caro, o sistema de horas seria, teoricamente, o mais justo a ser praticado, pois o cliente só pagaria o tempo que determinado profissional se dedicou a ele. Com o passar do tempo, já que essa prática é antiga, metodologia essa que acabou criando uma geração de escritórios despreocupados com seus custos, pois o mercado era francamente consumidor e a oferta escassa.

A realidade hoje é que o mercado é exatamente oposto, ou seja, há muita oferta de bons serviços jurídicos e o mercado consumidor desses serviços está em crise financeira.

Resultado é que o cliente não quer mais pagar por isso!

Hoje, lendo na última edição da revista NEXT Magazine o artigo intitulado “Building Customer Delight into Your Company DNA”, o autor, David Sangster (Nutnix) faz a seguinte citação:

“92% of consumers say they would stop purchasing from a company after three or fewer poor customer service experiences. 26% would stop after just one bad experience” cuja fonte é www.conversocial.com/blog/the-top-5-customer-service-stats-and-trends-for-2018.

Novamente trago à tona a discussão se escritórios de advocacia tem cliente ou consumidores.


Tradicionalmente, escritórios de advocacia tratam os consumidores de seus serviços como CLIENTES, onde nessa relação há o pressuposto da fidelização e não como CONSUMIDORES onde não há esse pressuposto (ou é muito baixo) e a cada intervenção o “fornecedor” deve cativar seu potencial consumidor.

No meu livro “Governança Estratégica para Escritórios de Advocacia, no Capítulo Primeiro, elaboro uma discussão onde discuto a “consumerização” dos serviços jurídicos e a necessidade de se começar tratar cliente como consumidor.

Já sabemos que o mercado atual é muito mais competitivo que aquele de existia há 30 anos e que a concorrência também é muito maior (existem centenas de bons escritórios de advocacia) e juntando todas as afirmações e observações contidas envolvidas neste raciocínio, restam para mim duas perguntas que precisam ser muito bem pensadas e respondidas:

Os escritórios estão cientes do nível de desagrado causado a seus “clientes” pela prática da cobrança dessas revisões de trabalho e outros costumes só existentes nesse mercado (como repassar custo internos)?

Será que têm em suas carteiras 92% de clientes satisfeíííssimos?

Vale a pena uma profunda reflexão e revisão nos conceitos sobre a qualidade no atendimento de serviços jurídicos prestados. 



JOSÉ PAULO GRACIOTTI é consultor, autor do livro “Governança Estratégica para escritórios de Advocacia”, já editado em 3 idiomas, sócio da GRACIOTTI Assessoria Empresarial, membro da ILTA – International Legal Technology Association e da ALA – Association of Legal Administrators. Há mais de 30 anos implanta e gerencia escritórios de advocacia.

A Medida Provisória 871 e a desconstrução da Previdência Social

■ POR SÉRGIO HENRIQUE SALVADOR

“Inevitavelmente a temática ora tratada deve ser enfrentada, sob diversos aspectos, não sendo simples e de baixa complexidade alterar um modelo previdenciário como o brasileiro no apagar das luzes, no estalar de um dedo ou em um curtíssimo semestre legislativo e sim ouvindo todos, sem retóricas partidárias, com compromisso único ao que restou assentado em 1988 que fixou um horizonte de conquistas, inclusão e de bem-estar, aspectos esses que a previdência social traz em seu bojo em alto e bom som, cuja MP 871 preferiu esquecer.”



Como de costume e sem o esperado debate democrático que caracteriza os sistemas jurídicos contemporâneos que foram apoiados no bem-estar e nas cartas constitucionais, em repetido ato normativo, mais uma vez, lançou-se a pretensão em realizar uma mini-reforma previdenciária por meio de medida provisória, o que ocorreu através da MP de número 871, de 18 de janeiro de 2019.

De longe, todo o seu conteúdo possui campo de pouso no excepcionalíssimo caminho das medidas provisórias, seja quanto a profundidade desse complexo tema de política pública e social, como também, pela ausência clara das elementares “relevância” e “urgência” que justificam esse trajeto normativo.

A bem da verdade espera-se há muito uma reforma ou ainda, se assim não ocorrer, a necessária atualização das bases da previdência nacional, a revisão de suas premissas e adequação aos fenômenos modernos, dentre eles, por exemplo o envelhecimento do contingente populacional e a baixíssima taxa de fecundidade. Entretanto, também se espera um amplo debate democrático a respeito, sem desnaturar sua essência; sem olvidar dos destinatários da sua atuação e sobretudo sem afastar o ideário social que estrutura todo o próprio ordenamento jurídico arquitetado em pilares do bem-estar, do modelo constitucional e da democracia republicana.

Assim, repetidas são as minirreformas, mudanças sazonais e alterações face-tárias que não representam os desejos de aprimoramento, evolução e ampliação de qualquer técnica protetiva constitucional e social, fundamental por excelência e que retrate o corolário da dignidade humana.

Aqui, algumas e pequenas reflexões sobre o que trouxe mais uma medida provisória no campo previdenciário tupiniquim, de novo, na contramão dos ideários de um povo, distantes do trajeto democrático e a revelia do que constitui o texto magno ou que assim deveria ser, o paradigma a ser seguido.

José Afonso da Silva registra a esse respeito que:

No Estado Democrático de Direito, é a Constituição que dirige a marcha da sociedade e vincula, positiva e negativamente, os atos do Poder Público. Assenta-se na técnica da rigidez constitucional, que decorre da maior dificuldade para a mudança formal da Constituição que para a alteração da legislação ordinária ou complementar. Da rigidez decorre, como primordial consequência, o princípio da supremacia constitucional, que – no dizer de Pinto Ferreira – “é um princípio basilar do direito constitucional moderno”. Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do País, ao qual confere validade, e que todos os Poderes estatais só são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção em que por ela distribuídos. Nisso se consubstancia o princípio da conformidade dos atos do Poder Público às normas e princípios constitucionais.¹

Em contundente voz doutrinária que defende, dia e noite, a observância primeira e fidedigna ao que reza a Constituição, Lenio Streck assevera que:

A Constituição não é simples ferramenta; não é uma terceira coisa que se interpõe entre o Estado e a Sociedade. A Constituição dirige; constitui. A força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento *ad hoc* de dispositivos menos signi-

ficantes da Lei Maior e o descumprimento sistemático daquilo que é mais importante – o seu núcleo essencial fundamental.²

Por assim verificar, ao relegar o desejo de reforma ou de atualização das bases previdenciárias através de reiteradas medidas provisórias, essencialmente, distante se está do que pretendeu o Texto Maior sobre esse autêntico modelo protetivo, inclusivo, social por excelência, que encontra no primado do trabalho sua fonte e na dignidade humana seu vetor máximo.

Também, desprezou-se o caráter democrático, político e de gestão registrado no art. 194, VII da Constituição, garantindo a tudo e a todos um colegiado para gerir e direcionar as políticas previdenciárias em solo nacional, o que nem sempre é debatido ou mesmo concretizado, infelizmente.

E os dizeres constitucionais não devem ser desprezados, sob pena da inversão da programação firmada a partir do horizonte de 1988, tempo esse de conquistas, especialmente as sociais.

Pontualmente, descreve o inciso VII do texto constitucional antes citado que: “caráter democrático e descentralizado da administração, mediante uma gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo”.

Tem-se aqui, claramente, mais uma exigência democrática fundamental e não observada no correto uso de medidas provisórias previdenciárias, pois esse o formato político adotado que não pode ser desnaturado por meras deliberações administrativas de agentes políticos, cujo intento da preservação, expansão e o futuro do plano de proteção social há de contar com efetiva participação gerencial dos atores sociais, seus destinatários, cuja perspectiva democrática se apresenta como o trajeto construtivo de aprimoramento das conquistas sociais.

Desta forma, em sentido contrário e agindo na contramão da gestão partilhada idealizada na dimensão constitucional, se nota um pleno retrocesso do ideal democrático em se negar a gestão quadripartite para a construção de um novo modelo previdenciário, exaustivamente debatido por todos.

Portanto, não se pode tratar a política previdenciária de maneira apressada, superficial e unilateral no campo de medidas provisórias, trazendo assim sérios impactos cotidianos aqueles destinatários desse programa de proteção, com redução de direitos e dificuldade de acessibilidade a um pacote protetivo adjetivado pelo Texto Maior de universalizado.

Em seu bojo, traz a Medida Provisória duras regras contra beneficiários e benefícios específicos, fazendo com que pressupostos de jubilação mudem drasticamente e no meio do jogo.

Por exemplo, criou esse abreviado ato normativo atípico e excepcional a figura da suspensão cautelar de benefícios previdenciários por indícios de fraude ou suspeita de irregularidade, conferindo extremado poder aos agentes públicos e fomentando ainda, vale dizer, premiando os servidores através de incrementos financeiros na hipótese de convalidação das suspensões administrativas.

Esqueceu o texto que a relação, atos, fases e os processos administrativos existem em favor do administrado, a fim de criar um elo jurídico entre ambos e também para que a relação desigual seja equilibrada, sob a inspiração do princípio


constitucional da eficiência dos órgãos públicos, além do inusitado fato que a MP ora sucintamente comentada não definiu claramente o conteúdo e extensão do que se tratam essas suspeitas ou indícios de fraudes, o que certamente produzirá abusos e excessos, invertendo a ordem do trato administrativo para a superposição daquele que já possui há muito diversas prerrogativas funcionais e no descompasso do texto maior. Registre-se que toda a fraude, ilicitude e outras irregularidades devem sim serem combatidas, mas dentro de uma razoabilidade jurídica que garantam ferramentas iguais de controle, inspirados nas bases constitucionais da “ampla defesa” e do “devido processo legal”.

Não bastassem essas inconsistências, na contramão da doutrina especializada, aliás, sequer convocada para o debate coletivo e democrático a respeito, criou a MP prazos fatais para o exercício de certas prestações, cuja essência jurídica da natureza que antecede qualquer análise indicavam e há muito, que a busca, o exercício e o gozo de prestações previdenciárias não se sujeitam a qualquer lapso temporal, tendo em vista que traduzem, essencialmente o núcleo dos direitos fundamentais.

Portanto, evidentemente que a Medida Provisória invade cenário estruturante da teoria geral das prestações previdenciárias relativizando seus aspectos e produzindo no ambiente jurídico coletivo uma perigosa fragilização de conquistas sociais.

Ainda, modificou a MP 871 sobre determinados prazos, criando vários, alterando o já complexo art. 103 da Lei nº 8.213/91, impactando sobremodo o elo previdenciário nas hipóteses de busca, cobrança e revisão de direitos previdenciários, alocando-os em um mesmo pacote como se estivessem na mesma direção.

Alterações outras restaram introduzidas por conta dessa nova medida provisória, como a retomada do prazo de carência na nova filiação, a necessidade de prova documental para a comprovação da união estável, mudanças com referência a comprovação da atividade rural e outras mais de grande impacto no trato previdenciário diário e que aqui estenderiam sobremaneira esse pequeno e modesto texto.

Inevitavelmente a temática ora tratada deve ser enfrentada, sob diversos aspectos, não sendo simples e de baixa complexidade alterar um modelo previdenciário como o brasileiro no apagar das luzes, no estalar de um dedo ou em um curtíssimo semestre legislativo e sim ouvindo todos, sem retóricas partidárias, com compromisso único ao que restou assentado em 1988 que fixou um horizonte de conquistas, inclusão e de bem-estar, aspectos esses que a previdência social traz em seu bojo em alto e bom som, cuja MP 871 preferiu esquecer. 

NOTAS

- 1 SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro – evolução institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 99.
- 2 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermeneutica e Teorias Discursivas da possibilidade de respostas corretas ao direito*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 112.



SÉRGIO HENRIQUE SALVADOR é Mestre em Direito (Constitucionalismo e Democracia) pela FDSM (Capes 4). Pós-Graduado em Direito Previdenciário pela EPD/SP e em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Conselheiro da 23ª Subseção da OAB/MG. Professor Universitário. Escritor. Membro da Rede Internacional de Excelência Jurídica. Advogado em Minas Gerais.



ICMS – ST 2019: como transformar ressarcimento tributário em receita?

■ POR LEONEL SIQUEIRA

“Com a nova regra, as empresas devem se atentar para o tempo de recolhimento do ICMS e ao rígido controle que é feito pela Receita Federal, que passa a ter uma ferramenta para ampliar a visibilidade e a transparência das informações prestadas durante o processo de ressarcimento.”

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) tornou-se obsoleto? Há uma tendência em dizer que sim se usarmos como base os avanços tecnológicos e as mudanças em curso da nossa economia. Mas para ter certeza, é preciso olhar para a arrecadação. Então, vamos lá. O estudo “ICMS – crise federativa e obsolescência”, do Instituto Brasileiro de Economia (IBRE), aponta que nos últimos 30 anos, a fatia do imposto na Carga Tributária Brasileira caiu de 24% para 20% em 2017. A redução parece pouca para você? Se analisarmos a evolução história do ICMS x Carga Tributária, a participação do imposto era de 33% em 1970.


Além de ter o um pedaço de bolo cada vez menor, o procedimento de ressarcimento do ICMS ainda é um obstáculo – do ponto de vista de controle de dados e segurança jurídica – para contribuintes e Fisco. E o ano de 2019 começa com algumas novidades no regime de substituição tributária que impactarão a rotina das empresas.

A publicação do Convênio ICMS 142/2018, que substituiu o Convênio ICMS 52/2017, parcialmente suspenso por decisão do STF, trouxe mudanças no regime de substituição tributária e de antecipação de recolhimento do imposto sobre operações interestaduais, que serão tratados em convênios específicos celebrados entre as unidades federativas e segmentos de mercadorias. Com a nova regra, as empresas devem se atentar para o tempo de recolhimento do ICMS e ao rígido controle que é feito pela Receita Federal, que passa a ter uma ferramenta para ampliar a visibilidade e a transparência das informações prestadas durante o processo de ressarcimento.

Os Estados que já adotaram as novas regras, que estão em vigor desde 1º de janeiro de 2019, foram São Paulo, Minas Gerais, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Essas unidades federativas representam um grupo que mais arrecadam o imposto. São Paulo, possui a CAT 42/2017, portaria que prevê a regulamentação do procedimento de ressarcimento do imposto retido por substituição tributária no estado, é o campeão em arrecadação do referido imposto e somou R\$ 116 bilhões entre janeiro e agosto do ano de 2018.

Todas essas mudanças colocam mais um ponto de atenção para as empresas brasileiras, que se acostumaram, obrigatoriamente, a lidar com o caótico sistema tributário do Brasil e as sucessivas alterações de normas fiscais. De acordo com o Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT), editamos uma média de 760 normas por dia e, ao longo de um ano, as companhias gastam 1.958 horas/mês para atender as exigências do Fisco. Se esses números não assustam, saiba que pagar imposto no setor privado consome R\$ 60 bilhões de seus orçamentos por ano.

Como evitar esse gargalo e reduzir esses custos? A alternativa é investir em inteligência tributária para ajudar na gestão fiscal e na otimização de processos manuais, que têm grande potencial para gerar inconsistências no momento da apuração e do envio à Administração Pública. Quem optar por esse caminho entrará em uma jornada de segurança de dados e compliance fiscal.

Todos esses benefícios irão trazer maior controle e confiabilidade das informações, mas não é só isso, com apoio da tecnologia, será possível diminuir a incidência de erros e dará musculatura para as companhias que estão em busca de potencializar o regime de substituição tributária e engajar-se em uma nova cultura: a de pagar menos impostos. O resultado dessa ação é imediato: aumento de produtividade e de receitas, ao mesmo tempo em que ficam livres da ameaça constante de autuação do Fisco. Outra vantagem é a possibilidade de realocar recursos para outras áreas mais estratégicas da empresa, visando a um ganho em competitividade. 



LEONEL SIQUEIRA é gerente tributário da Synchro.



A ilegalidade da possível demissão em massa dos funcionários da Ford em São Bernardo do Campo

■ POR GUSTAVO HOFFMAN

Muito se tem noticiado acerca da possível demissão em massa dos funcionários da Ford Motor Company Brasil em razão do fechamento da unidade de produção da empresa em São Bernardo do Campo, no estado de São Paulo, dado o iminente fim da produção dos veículos Fiesta e derivados. A possível dispensa de aproximadamente 3 mil empregados da Ford, viola as Convenções Internacionais, que preveem a nulidade de qualquer forma de dispensa coletiva de forma unilateral, sem a prévia negociação com o respectivo sindicato profissional, bem como a garantia de todos os direitos previstos nas Leis Trabalhistas e respectivas normas coletivas.

Diversas Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificadas e vigentes no Brasil, tais como a Convenção nº 98, determinam a necessidade de negociação coletiva e o direito de sindicalização. Além disso, a Convenção

nº 154 incentiva a utilização da negociação coletiva para solução dos problemas sociais, onde justamente se enquadra a possível demissão em massa por parte da Ford em São Bernardo do Campo.

Além disso, a Coordenação Nacional de Promoção da Liberdade Sindical do Ministério Público do Trabalho (CONALIS) possui enunciado expresso sobre a necessidade de negociação coletiva em casos similares:


ORIENTAÇÃO Nº 06. Dispensa coletiva. DISPENSA COLETIVA. “Considerando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da democracia nas relações de trabalho e da solução pacífica das controvérsias (preâmbulo da Constituição Federal de 1988), do direito à informação dos motivos ensejadores da dispensa massiva e de negociação coletiva (art. 5º, XXXIII e XIV, art. 7º, I e XXVI, e art. 8º, III, V e VI), da função social da empresa e do contrato de trabalho (art. 170, III e Cód. Civil, art. 421), bem como os termos das Convenções números. 98, 135, 141 e 151, e a Recomendação nº 163 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a dispensa coletiva será nula e desprovida de qualquer eficácia se não se sujeitar ao prévio procedimento da negociação coletiva de trabalho com a entidade sindical representativa da categoria profissional.

Nesse sentido, dada a iminência do encerramento das atividades em questão, com graves consequências para os trabalhadores, familiares, fornecedores e municipalidade, o Ministério Público do Trabalho (MPT) recentemente informou que adotará as medidas que visam a busca por meios alternativos às demissões em massa.

Possivelmente, a Ford venha a se valer do texto constante no artigo 477-A da CLT, introduzido pela Reforma Trabalhista, o qual estabelece que não há necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para a sua efetivação.

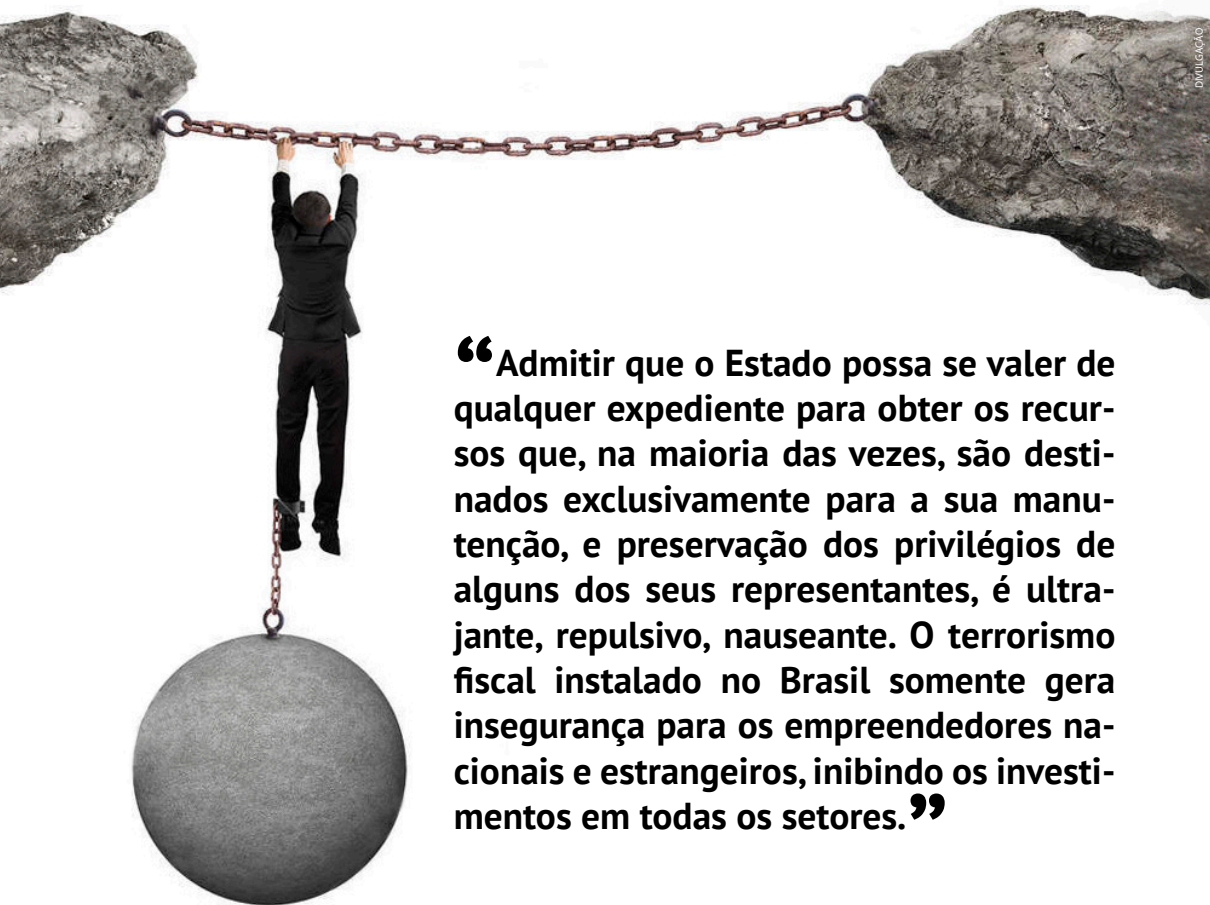
Contudo, podemos concluir que essa “inovação” (a exemplo de tantas outras) são contrárias às normas internacionais da OIT (que possuem o Brasil como país signatário), bem como à própria Constituição Federal, que prevê como direito fundamental a negociação coletiva, em seu artigo 8º, inciso IV: é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho. Assim, podemos afirmar a inconstitucionalidade da demissão em massa sem prévia negociação coletiva.

Logo, ainda que o texto da Reforma Trabalhista seja mais recente do que as normas protecionistas, o fato é que o mesmo não pode ir em sentido contrário à Constituição Federal, bem como ao próprio princípio da vedação ao retrocesso das normas trabalhistas.

Por fim, lembramos que recentemente outras dispensas coletivas foram objeto de discussão na Justiça do Trabalho, sendo que, inclusive, recentemente, os Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) da 4ª e da 15ª Regiões (responsáveis pelo RS e pelo interior de SP, respectivamente), bem como o próprio TRT da 2ª Região (com competência estabelecida na Capital e Grande SP, o que inclui São Bernardo do Campo) se posicionaram pela ilegalidade das dispensas em massa sem a anterior negociação sindical em casos análogos. 



GUSTAVO HOFFMAN é especialista em Direito do Trabalho da Aith, Badari e Luchin Advogados.



“Admitir que o Estado possa se valer de qualquer expediente para obter os recursos que, na maioria das vezes, são destinados exclusivamente para a sua manutenção, e preservação dos privilégios de alguns dos seus representantes, é ultrajante, repulsivo, nauseante. O terrorismo fiscal instalado no Brasil somente gera insegurança para os empreendedores nacionais e estrangeiros, inibindo os investimentos em todas os setores.”

Terrorismo fiscal O Direito Penal do “quinto dos infernos”

■ POR SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL

De todos os fatores que determinaram insurreições e revoluções na história da civilização ocidental, nenhum deles teve tanta relevância quanto às questões que envolvem a sobrecarga de impostos. As desavenças a respeito de convicções políticas e religiosas serviram apenas como pano de fundo para as mais variadas declarações de guerra. A certeza quanto ao injusto cometido por aqueles cujos desígnios deveriam voltar-se para o bem comum já inspirou multidões na luta contra os seus governantes.

Os romanos foram responsáveis pelo aperfeiçoamento do sistema tributário desenvolvido com bastante propriedade pelos egípcios. Os *publicanus* desempenhavam com maestria o papel de cobradores de impostos em favor de uma nação que a tudo sobretaxava. Até mesmo objetos como portas (*ostiarium*) e janelas (*vectival sericum*) não escapavam da tributação, e só perderam o destaque quando a ganância arrecadatória do Império recaiu sobre fezes e urinas dos cidadãos. Apesar da coincidência, não foi esse o motivo da conclusão de Vespasiano sobre o aspecto inodoro do dinheiro (*pecunia non olet*). O referido Imperador, cuja lição subsiste até hoje em nossa Constituição, pretendia apenas demonstrar sua indiferença quanto à origem do bem passível de tributação, se lícita ou ilícita.

Levando em conta toda essa volúpia em subtrair dinheiro alheio, fica fácil compreender o porquê de os *publicanus* terem sido tão odiados durante a dominação romana, especialmente pelos povos estrangeiros que capitularam diante do exército mais eficiente do mundo. A repulsa era tão grande que dos doze seguidores de Jesus de Nazaré nenhum foi recebido com tanta desconfiança quanto Mateus, o cobrador de impostos. Eram tão desprezados pelos judeus que nem seus dízimos e ofertas eram aceitos nas sinagogas.

Entretanto, o que mais desperta curiosidade está na queda do Império Romano do Ocidente ocorrida na segunda metade do século V, posto que sua derrocada ocorreu graças a execução dos mesmos métodos que costumavam utilizar contra os seus inimigos. Os povos bárbaros que tanto combatiam igualmente desenvolveram a técnica de fragilizar e subjugar uma nação inteira por intermédio da cobrança de impostos. Átila (406-453), conhecido como a “Praga de Deus”, não se destacou somente por ceifar impetuosamente a vida dos seus opositores, mas principalmente por ter promovido um gigantesco saque ao tesouro imperial mediante achарques sucessivos em troca de segurança. Contudo, foi a Genserico (428-477), Rei dos Vândalos, que o destino concedeu a glória de marchar sobre Roma depois de numerosos assaltos aos cofres romanos com suas aleatórias e exorbitantes tarifas aduaneiras. Para a glória de alguns e desgraça de outros, havia chegado o momento de Roma provar do seu próprio veneno.

As gerações seguintes, que sobreviveram às trevas da Idade Média, não obstante os intermináveis conflitos armados seguidos de pestes avassaladoras, igualmente sentiram o dissabor de ver suas riquezas serem expropriadas de forma legítima pelos seus senhores. E nesse período em que a Igreja Católica despontava como uma grande força política, clérigos e nobres mantinham uma união promíscua que mais tarde resultaria nas chamadas Monarquias Absolutas do Direito Divino. Obviamente, a montagem de uma estrutura burocrática muito bem organizada, acompanhada da unidade monetária, bem como do sistema de pesos e medidas, os métodos de arrecadação se aprimoraram de forma espetacular. O montante angariado era mais do que o suficiente para cobrir os custos da uma nobreza pródiga e ainda financiar os projetos expansionistas dos grandes reinos.

Foi assim que o tráfico negreiro se destacou como o negócio mais lucrativo da época. Mesmo com os impostos incidentes sobre cada escravo, as castas representadas no ápice da pirâmide social podiam enriquecer do jeito como outrora haviam ousado sonhar. O sangue derramado de milhões de negros não passava de um detalhe desagradável, mas nada capaz de tirar o sono. Para os senhores de engenho o que realmente importava era saber se conseguiriam burlar o fisco omitindo o número real de cativos em suas declarações de renda. Ao mesmo tempo,

na América Espanhola, a *encomienda* teve um papel fundamental na consecução do maior genocídio da história da humanidade. Indígenas quedavam brutalmente assassinados quando se recusavam a pagar os impostos cujo fato gerador era a simples impotência frente às armas do homem branco europeu.

Apesar de toda a opulência do período, não demorou muito para que o Antigo Regime entrasse em total contradição, criando dentro de si mesmo o gérmen que o conduziria à destruição: a burguesia mercantil. Com ela veio a Fisiocracia, sob a liderança de François Quesnay, que se opunha aos exageros tributários do Mercantilismo, no qual os impostos tinham papel exponencial. Os arranjos políticos promovidos pelos Déspotas Esclarecidos não foram suficientes para conter o inevitável. Os ideais do *laissez-faire* e *laissez-passé* eram, indubitavelmente, incompatíveis com o modelo vigente.

Na França, a cada derrota nos campos de batalha, Luiz XVI procurava manter seus privilégios onerando ainda mais os seus súditos com uma carga tributária impagável. E enquanto a população fazia dos ratos que habitavam os esgotos de Paris a principal fonte de proteína, os valores acumulados pelos burocratas se destinavam ao financiamento de novas batalhas, sem contar os vultosos banquetes palacianos. Em resposta, os franceses voltaram suas armas para a realeza de Versailles: *revolución!*

Nos dias atuais, o Presidente Emmanuel Macron vem constatando que o ímpeto francês de se rebelar violentamente contra os impostos abusivos não se degenerou com o passar do tempo. No final de 2018, um movimento articulado pelos “coletes amarelos” mobilizou cerca de 130 mil pessoas em um só dia na avenida Champs-Élysées para protestar contra o aumento dos impostos sobre o combustível, deixando mais de 130 feridos, além de 400 detidos. Rodovias, estradas e acessos a complexos petrolíferos foram totalmente bloqueados.

A Inglaterra sempre teve a fama de ser precursora dos principais processos de transformação. O pioneirismo britânico já havia sido demonstrado no século XIII com a elaboração da invejável *Magna Charta Libertatum*, que, só para variar, também fora motivada pelo excesso de tributos criados pelo Rei João Sem Terra. Todavia, em que pese a vasta experiência no âmbito fiscal, os ingleses viriam a cometer um erro imperdoável em suas posses ultramarinas nas últimas décadas do século XVIII. Depois de armar os habitantes das Treze Colônias no intuito de conter o avanço das tropas francesas na América durante a Guerra dos Sete Anos, passou a cobrar dos colonos o pagamento dos custos gerados pelo conflito. Nesse sentido foi editada uma série de leis estabelecendo novos impostos, como a Lei do Açúcar, Lei do Selo e a Lei do Chá. Irredutível em relação às reivindicações das câmaras coloniais, a Coroa Inglesa ousou agravar ainda mais a situação pondo em vigor as chamadas Leis Intoleráveis, transformando o pacote de encargos em um verdadeiro acinte. O resultado não poderia ser outro: *civil war!*

A experiência negativa adquirida em suas conquistas além-mar não foi suficiente para evitar a grande derrota inglesa no protetorado indiano diante da onda de desobediência civil organizada em repúdio aos injustos impostos. As articulações lideradas por Mahatma Ghandi em uma luta na qual abdicou do uso da violência culminaram com a libertação da Índia em relação ao controle direto da Inglaterra.

Os levantes ocorridos no mundo em reação às medidas expropriativas do Estado tiveram grande influência no Brasil desde o período colonial. O legado da cobrança de impostos durante a atividade mineradora pode ser percebido até

hoje no linguajar nacional. Muitos podem não saber a origem, mas é difícil imaginar alguém que nunca tenha mandado um desafeto para o “quinto dos infernos” ou se referido ao sono como “santinho do pau oco”. Na região das Minas Gerais eclodiu o movimento de sedição em consequência dos aviltantes tributos. O dia da derrama havia sido escolhido para o início da guerra de libertação. Porém, diante do amadorismo dos inconfidentes, somado ao malogro da traição, venceram aqueles que se empenharam em implantar o medo de insurgir contra as medidas do governo. Certamente, os efeitos desta lição perduraram no inconsciente coletivo das gerações seguintes.

De acordo com os dados recentes do IBPT – Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, o brasileiro precisa trabalhar cerca de 153 dias por ano somente para o pagamento de impostos. E o fato de o Brasil ocupar o 14.º lugar no *ranking* dos países com a maior carga tributária do mundo, não o coloca em posição de vantagem em relação àqueles que se encontram na dianteira, pois em todos eles a população vê seus esforços retornarem em benefícios para o bem-estar social, a exemplo da Finlândia, Suécia, Noruega etc. Em contrapartida, ao brasileiro resta apenas assistir pela televisão as notícias sobre o destino do seu dinheiro que é desperdiçado de diversas formas. No campo da ilicitude, dispensável listar os infinitos escândalos envolvendo desvio de dinheiro público no contexto dos crimes funcionais. Por outro lado, os recursos obtidos com o suor dos contribuintes acabam se esvaindo dentro da legalidade, embora sem qualquer compromisso moral, como o auxílio paletó aos parlamentares e outros tipos de subsídios inexplicáveis.

A incongruência da política fiscal adotada por qualquer governo pode ser observada pelos crescentes índices de sonegação, tanto no âmbito das pessoas físicas quanto das pessoas jurídicas. A grande maioria dos devedores não se entrega à inadimplência por opção, mas por nítida incapacidade financeira. Com exceção do mal pagador contumaz e dos fraudadores do fisco, todos querem caminhar dentro da legalidade. Inconcebível é o governo chamar de renda aquilo que o cidadão produz para prover o seu próprio sustento e de sua família, e, mesmo assim, muito aquém do que poderia ser considerado digno. E no mundo empresarial, a ideia de que o regular cumprimento das obrigações tributárias inviabilizaria qualquer negócio vem se tornando verdade absoluta, independentemente de quem esteja no comando do país.

Infelizmente, todas as propostas razoáveis para a construção de um sistema tributário mais justo vêm sendo engavetadas ou desvirtuadas no Congresso Nacional. Aliás, não é muito diferente do que tem ocorrido em relação a uma série de outros problemas de mais alta relevância no Brasil. As únicas soluções apresentadas são de natureza penal, o que aliás nem merecem assim serem consideradas. Atualmente, tudo acaba se precipitando no âmbito do Direito Penal. Jamais se viu um surto punitivo dessa ordem dentro de um regime dito democrático. Parece que colocar todo mundo na cadeia virou um lema, uma missão, um triunfo. O que poucos percebem é que, se dermos continuidade a essa histeria coletiva, em breve, estaremos vivendo o mesmo dilema que afeta o governo de Donald Trump a respeito da construção de um gigantesco muro na fronteira dos Estados Unidos da América com o México. A única diferença está no fato de que no Brasil um muro poderá um dia ser levantado para proteger o mundo de nós mesmos, porque estamos nos tornando uma sociedade de delinquentes, assim considerados pela legislação vigente.

No caso específico dos tributos, a legislação penal nunca se prestou exatamente a suprimir a liberdade dos devedores do fisco, como se pode extrair da análise do conjunto normativo editado sobre o tema. Nota-se, facilmente, que o Estado pretende apenas receber os valores que lhe são devidos. Além do mais, o encarceramento do contribuinte frustraria de uma vez por todas os planos estatais voltados para a recuperação de seus ativos. Por essa razão, as leis penais desempenham o papel fundamental no sentido de implantar o chamado terrorismo fiscal, no qual se comina a pena privativa de liberdade pura e simplesmente como meio de intimidar o contribuinte ao pagamento do tributo ou viver sob a ameaça do cárcere. Enfim, trata-se de uma forma velada de se legitimar a prisão por dívida, ao arripio da Constituição da República e dos Tratados de Direitos Humanos dos quais somos signatários.

Logo que entrou em vigor a Lei nº 8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo) alguns autores, imediatamente, passaram a suscitar a tese supracitada. Entretanto, os Tribunais Superiores argumentavam que não se tratava de prisão por dívida, visto que a lei não pune o mero devedor. Trata-se, na realidade, de resposta penal ao “estelionatário do fisco”, que, mediante condutas fraudulentas, contidas nos incisos expostos nos dois primeiros artigos da referida lei, suprime ou reduz tributo ou contribuição social, ou ao menos, dirige o seu comportamento para tal fim.

Em que pese a jurisprudência ter sido fundamentada em argumentos bastante convincentes, as leis que se sucederam no tempo revelaram justamente o contrário. A Lei nº 9.249/1995 trouxe em seu texto uma causa de extinção da punibilidade para aquele que efetuasse e promovesse o recolhimento do tributo, como seus acessórios (multa, correção monetária e juros), antes do recebimento da denúncia. Isso significa que o Estado não teria o menor interesse em instaurar um processo criminal contra o sonegador caso fosse efetuado o pagamento até o último centavo. Haveria mesmo vontade do Estado em punir o “estelionatário do fisco” ou tudo não passaria de um artifício para receber o dinheiro? O contribuinte ao pagar a sua dívida, mesmo quando comprovada a conduta fraudulenta, consegue alterar o seu *status* de “estelionatário do fisco”? E por que autores de outros crimes de natureza patrimonial, sem violência ou grave ameaça, como o furto, apropriação indébita e estelionato, não têm o mesmo tratamento diante da hipótese de arrependimento posterior?

A alternativa de pagamento da dívida para não se ver processado evitou uma série de demandas criminais em face de contribuintes que de algum modo conseguiram liquidar seus débitos fiscais tempestivamente. Os demais, por estarem em situação econômica mais fragilizada, não puderam dessa forma escapar das humilhantes acusações em juízo. Por essa razão, reforçando o argumento de que o Estado não quer abarrotar ainda mais os tribunais com processos (atualmente ultrapassa a marca de cem milhões em trâmite, sendo que em mais da metade o Estado figura como autor ou réu), foi editada a Lei 9.964/2000 que implantou o sistema de parcelamento da dívida tributária (REFIS), acarretando a suspensão da pretensão punitiva enquanto o contribuinte estivesse atualizado no pagamento das respectivas prestações. Assim, quem não se revestisse de condições de quitar desde logo o seu débito, que tratasse de pedir o parcelamento.


Mesmo assim, não foi pequeno o número de contribuintes processados. Por variadas razões alguns não conseguiram sequer ingressar no plano de parcelamento, e isso se deu ou por total insolvência financeira, ou por não estar ciente

da oportunidade legal, ou por não possuir a documentação exigida pelo poder público. Sendo assim, acabaram figurando no polo passivo de uma ação penal. Todavia, sem perder de vista o desejo governamental de somente receber os valores inscritos na dívida ativa, entrou em vigor a Lei nº 10.684/2003, criando o parcelamento especial (PAES ou REFIS II). Com base no referido diploma legal, o contribuinte poderia requisitar o parcelamento mesmo no curso do processo. Com o pagamento a qualquer tempo, parcelado ou não, ocorreria a extinção da punibilidade. A regra se aplicaria não somente para os crimes tributários, mas também aos delitos previdenciários, como no caso dos crimes dos arts. 168-A e 337-A, ambos do Código Penal. Em suma, em defesa do contribuinte pode-se concluir o seguinte: se tem dinheiro, efetue o pagamento para não ser denunciado; se não tem, requeira o parcelamento; se denunciado, pague integralmente a dívida e verá o processo arquivado em razão da extinção da punibilidade; não sendo possível, peça o parcelamento para acarretar a suspensão do processo.

Posteriormente foram publicadas mais duas leis referentes ao assunto, como a Lei nº 11.941/2009 e a Lei nº 12.382/2011, que também versam sobre a possibilidade de suspensão e extinção da punibilidade, mediante parcelamento e pagamento da dívida. Finalmente, a Lei nº 13.254/2016 regulamentou o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária, na qual o art. 5º renova a figura das causas extintivas da punibilidade

Diante de tudo que foi exposto, não há como não concordar com o ilustre professor Hugo de Brito Machado, um dos mais renomados especialistas na área: “Constitui hipocrisia negar que a criminalização do ilícito tributário tem inegável caráter utilitarista, pois, se a razão de ser da criminalização é compelir as pessoas ao pagamento, como de fato é, pagar o tributo com os acréscimos legais satisfaz plenamente os objetivos da lei.” (MACHADO, Hugo de Brito. Estudos de Direito Penal Tributário, p. 231, Editora Atlas, São Paulo, 2002).

Admitir que o Estado possa se valer de qualquer expediente para obter os recursos que, na maioria das vezes, são destinados exclusivamente para a sua manutenção, e preservação dos privilégios de alguns dos seus representantes, é ultrajante, repulsivo, nauseante. O terrorismo fiscal instalado no Brasil somente gera insegurança para os empreendedores nacionais e estrangeiros, inibindo os investimentos em todas os setores. As dívidas contraídas pelas empresas que se aventuraram a produzir em território nacional, com todos os riscos oriundos da instabilidade política e econômica, não se comunicam com o patrimônio dos seus sócios, mas, em contrapartida, podem sujeitá-los às sanções penais e aos demais efeitos da condenação. Um contrassenso que precisa ser reavaliado.

As leis devem ser boas para o homem. Se não está a serviço do indivíduo, então desvirtuou-se de sua natureza. É por essas e por outras particularidades que os povos do mundo inteiro estão começando a desacreditar na democracia, e muitas vezes no próprio Estado. Movimentos de desobediência civil tendem a se proliferar, como em tempos remotos, quando Henry David Thoreau (1817-1862) preconizava que “o melhor governo é o que não governa”. 



A Obra Coletiva na Sociedade da Informação

■ POR ALINE PRETEL GIUSTI



“Os impactos da sociedade da informação sobre a obra coletiva são vários, podemos dizer que não há qualquer óbice para a digitalização da obra, havendo tendência de transição do meio impresso para o meio eletrônico e mesmo assim há completa harmonia na coexistência do impresso e digital.”

A obra coletiva sempre foi de grande importância em relação ao tema de direito de autor, porém poucos são os autores que se debruçam sobre o assunto, daí a dificuldade de desenvolvimento de um tema pouco estudado.

O debate fica ainda mais acirrado quando há uma discussão em sede doutrinária quando envolve pessoa jurídica. Será que a pessoa jurídica pode ser autora de obra coletiva? E mais. Será que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral em relação aos direitos autorais desrespeitados?

Estas duas questões centram o presente artigo, porém sem esquecer de que serão abordados outros pontos para que o leitor possa se situar no tema, sendo necessário fazer uma breve abordagem sobre a obra coletiva, passando pelos aspectos gerais, espécies de obra coletiva, as leis brasileiras que disciplinam a obra coletiva e comparativo da obra coletiva na América Latina.

Outro aspecto tão importante quanto os dois temas que centram o artigo, é a análise da obra coletiva na sociedade da informação. A evolução da sociedade e com ela a internet, trouxe para a sociedade um novo estilo de vida, um novo jeito de ver as coisas e os impactos que esta tecnologia traz para a obra coletiva.

Verifica-se que no Brasil não é dada a relevância que deveria ter, talvez por isso a lei de direitos autorais (lei 9610/98) não é respeitada. Exemplo bem claro do desrespeito ao direito do autor é a cópia desenfreada e sem qualquer controle de livros, músicas, dentre outros, sem que haja punição àquele que desrespeitou os direitos autorais.

O que antigamente já era considerado problema, com a sociedade da informação percebe-se que o problema agravou. Antes, o problema estava na copiadora ou na fita que poderia gravar a música que tocava no rádio. Hoje com a tecnologia, com a velocidade da informação, a reprodução tornou-se quase que imbatível, é o que também abordaremos no presente artigo.

DESENVOLVIMENTO

Obra coletiva pode ser conceituada como a junção dos esforços dos elaboradores que são reunidos e remunerados por uma pessoa que será a responsável pela coordenação.

Carlos Alberto Bittar¹ bem define como: “aquela em cuja realização ingressam várias pessoas, cabendo a organização à pessoa natural ou jurídica, que em seu nome a utiliza posteriormente” (BITTAR, 2015, p. 61).

Já para Eduardo Vieira Manso², a obra coletiva é

não porque tenha sido criação de várias pessoas, mas porque é fruto de uma coleção de obras que não se contemplam, nem que são, umas, frutos das outras; nem que resultem de uma contribuição pessoal de uma para outro autor, como se dá nos casos de obra em colaboração (MANSO, 1989, p. 61)

Assim, podemos definir a obra coletiva como que, vários autores escrevem sobre um determinado tema que serão reunidos (organizados) por outra pessoa formando o livro. A obra coletiva é composta por diversos autores sob a direção de uma pessoa. O coordenador (ou organizador) é fundamental para o impulso

da obra, pois a obra coletiva é uma obra conjunta e cabe ao coordenador definir os capítulos e a organização em si da obra.

Há uma característica bastante peculiar nas obras coletivas que é a indivisibilidade permanente. Há um conjunto distinto das participações individuais, ou seja, cada autor escreve um determinado artigo, capítulo que serão reunidos, todos eles em uma única obra. Só haverá obra na reunião destes escritos, por isso se trata de indivisibilidade permanente. É como se a obra dependesse – para ser considerado obra – de cada manuscrito de cada autor e os autores dependessem da obra para publicação e divulgação de seus escritos.

Ademais interessante destacar a natureza jurídica da obra coletiva. Obra coletiva é espécie do gênero de direito do autor. O Direito do autor já foi considerado como direito de propriedade depois alocado como direito de personalidade. Atualmente o direito do autor- que se aplica também para obra coletiva- vem sendo considerado um direito especial, “*sui generis*, que não se insere dentro das colocações assinaladas, mas ao revés, reclama a sua consideração como Direito Autônomo” (BITTAR, 2015, p. 29).

A obra coletiva parte de um esforço intelectual, é resultado da produção intelectual da pessoa e deve ser merecidamente protegida para que outras pessoas não copiem como se fossem sua. Advém de pesquisa, concentração de esforço intelectual para se chegar a um resultado.

BITTAR (2015, p. 30) bem veio definir a natureza de direito de autor – que conforme dito anteriormente, se aplica também as obras coletivas:

São direitos de cunho intelectual, que realizam a defesa dos vínculos, tanto pessoais como patrimoniais, do autor com sua obra, de índole especial, própria, ou *sui generis*, a justificar a regência específica que recebem nos ordenamentos jurídicos do mundo atual, também considerado o interesse cultural que se deposita sobre a obra de espírito.

Importante ressaltar que antes do lançamento da obra coletiva, nenhum dos participantes poderá divulgar seu trabalho sozinho pois este ato poderia prejudicar o lançamento da obra coletiva. Após a divulgação da obra coletiva é autorizado a cada um dos autores, se quiserem, fazer a própria divulgação de seu trabalho, o que terá uma vantagem para a venda da obra coletiva, aumentando seus lucros.

Em relação às espécies de obra coletiva, ASCENSÃO³ (1997, p. 32) cita como exemplo a obra jornalística, em que:

Há neles uma pluralidade de obras, cada uma com o respectivo autor, que é reduzida a uma unidade de orientação, de tratamento dos temas, de significado, através de uma entidade central – a empresa jornalística.

Porém MORATO⁴ (2007, p. 155) faz uma observação importante sobre a obra jornalística em que, caso o artigo não seja assinado ou sem sinalização de seu autor, será considerado o detentor daquela matéria o editor, conforme explica:

... trata somente da participação individual em obra coletiva, distinta da obra coletiva em si, na qual, no caso da obra jornalística, artigos não assinados ou sem sinal de reserva per-

tencem ao editor, ressalvando-se a possibilidade de que as partes convençionem em sentido contrário.

Outro exemplo dado pela doutrina sobre obra coletiva é o dicionário e enciclopédias, apesar de hoje quase já extintos no formato impresso, mas que mesmo na formatação digital é considerada obra coletiva- em que a editora criará a obra, observado que os “editores somente receberão o reconhecimento pelos direitos conexos” (MORATO, 2007, p. 157), sendo que os autores poderão fazer a reprodução de sua obra separadamente.

MORATO (2007, p. 159) faz uma observação importante referente aos dicionários e enciclopédias:

Dentro de tal contexto, a edição de dicionário, enciclopédia ou compilação reveste-se inegavelmente de criatividade, pois se reconhecemos que a criatividade existe na atividade própria da editora (ainda que atuando na finalização de obra manifestamente individual), não há como negá-la na obra coletiva.

A doutrina ainda nos dias atuais discute se a pessoa jurídica pode ser detentora de obra coletiva e há controvérsias sobre a questão.

COSTA NETTO⁵ (1990, p. 200) admite o conceito de obra coletiva mas não atribui a sua autoria à empresa que organizou, a CF/88 garante a proteção às participações individuais em obra coletiva e mesmo a subordinação hierárquica e pagamento de salário não interferem na criação intelectual, bem como não propicia titularidade ao empregador, tendo em vista que o esforço mental vem do criador e não da pessoa jurídica.

PONTES⁶ (2007, p. 133) possui o mesmo entendimento de Costa Netto, reforçando a idéia que a pessoa jurídica não pode ser detentora de obra coletiva, afirmando que:

Transferir o exercício do direito de paternidade para o organizador da obra coletiva, em última análise, seria desconstituir um direito que só pode ser reconhecido em favor dos criadores, não sendo direitos legítimos e nem próprios da pessoa jurídica... o que se vê pelo art. 5º, VIII, h CF/88, segundo meu entendimento é tão somente a definição de obra coletiva: nada mais.

De outra banda, MANSO (1989, p. 58) e MORATO (2007, p. 60) entendem que pessoa jurídica pode ser detentora de obra coletiva, argumentam estes autores que se fosse por obra coletiva bastaria o constituinte ter dito que o direito autoral pertenceria aos autores das partes que as constituem. Ademais a lei de direito autoral (Lei nº 9.610/98) no art. 11 não faz referência expressa à pessoa jurídica, mas o parágrafo único dispõe que a proteção concedida ao autor poderá ser aplicada às pessoas jurídicas nos casos previstos em lei.

Interessante a observação feita por CHINELLATO⁷ (2008, p. 209-210) que defende a idéia que pessoa jurídica pode ser detentora de obra coletiva, porém deve-se ponderar que a pessoa jurídica torna viável o investimento feito em obras de grande porte, conforme ensinamento:

Parece possível que a pessoa jurídica seja autora de obra coletiva, quanto ao todo, o conjunto da obra, que será por ela anunciada em seu nome e sob ela explorada, conforme o t IV do art. 88 com respaldo no art. 5º, VIII, h da lei 9610/98, uma vez que o nome do organizador é direito moral, o que indica que a Lei nº 9.610/98 admite a pessoa jurídica possa ser autora, sem prejuízo da autoria de cada contribuição individual, a cada um dos partícipes, o que é resguardado pela Constituição Federal (art. 5º, XXVIII,a). Não nos parece que a autoria conjunta da obra possa prejudicar o direito individual de cada autor. Por outro lado, deve-se ponderar que a atribuição de autoria de obra coletiva à pessoa jurídica torna viável o investimento feito em obras de grande porte, como foi a Enciclopédia Saraiva do Direito. O Código Civil, por meio do art. 52, pode auxiliar as discussões acerca da atribuição da autoria à pessoa jurídica, parecendo-nos que ampara a tese afirmativa.

Concordamos com o posicionamento de MORATO e MANSO, tendo em vista que na sociedade da informação a pessoa jurídica possui uma importância muito maior do que antigamente. Podemos dizer que a empresa possui função social dentro da sociedade contemporânea. A empresa hoje, dada a nova interpretação com fundamento constitucional é muito mais do que a obtenção de lucro e sim prestar um serviço para a sociedade.

Esta sociedade da informação cobra da pessoa jurídica que não pode mais hoje em dia exercer suas atividades única e exclusivamente baseada com a finalidade de lucro mas também cumprir sua finalidade social. Muitas vezes a pessoa jurídica sendo detentora de obra coletiva incentiva o autor que não possui recursos financeiros de produzir seu próprio material a fazer a venda deste material que sem a empresa ficaria inviável de transformar o estudo deste autor em obra.

A concepção de que a pessoa jurídica não pode ser detentora de obra coletiva, data máxima vênua, é uma concepção que não se ajusta a sociedade da informação. É rechaçar a pessoa jurídica e impedir que cumpra seu papel na sociedade. Verifica-se que a questão não decorre da letra expressa da CF/88 ou da lei de direitos autorais, mas de interpretação da CF/88 com influências retrógradas, beneficiando apenas os autores e excluindo a pessoa jurídica como se não tivesse contribuído na obra coletiva, sendo que muitas vezes o sucesso da obra quem faz é a pessoa jurídica que divulga e investe financeiramente para que a obra coletiva pudesse ser realizada, enquanto que o autor “apenas” contribuiu escrevendo uma determinada matéria.

Ainda sobre a pessoa jurídica, outra questão polêmica é sobre o dano moral. Antes de analisar este tema é necessário esclarecer que o dano moral é atribuído para que o autor possa ter a defesa da sua obra. O dano moral em relação à obra coletiva pode abranger entre outros, o direito à divulgação, direito ao arrependimento, direito à integridade da obra e o direito de paternidade.

COSTA NETTO (1990, p. 197) como não reconhece a pessoa jurídica como detentora de obra coletiva, logo também não reconhece que a pessoa jurídica possa sofrer dano moral.

A Lei nº 9.610/98 admite a autoria quando utiliza a expressão “nos casos previstos em lei”, assim, a lei de direitos autorais amplia seu rol, anda que não expressamente, mas permite fazer o alargamento do entendimento que a pessoa jurídica possa ser indenizada por dano moral.

Ademais o Código Civil admite que as pessoas jurídicas possam ser titulares de direito da personalidade, utilizando a expressão “no que couber”. O art. 52 do referido diploma diz que a pessoa jurídica não tem direito à vida ou integridade física, mas há o direito à honra objetiva e direito à imagem. Como não bastasse o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a Súmula 227 reconhecendo a honra objetiva da pessoa jurídica.

É de se entender que a lei de direito autoral, o Código Civil e inclusive o Tribunal Superior tem reconhecido que a pessoa jurídica tem honra objetiva e uma vez atingida, é passível de indenização por dano moral.

Entendimento contrário não estaria de acordo com o direito civil contemporâneo, adotada pela sociedade da informação, devendo estender os efeitos da pessoa física para a pessoa jurídica no que couber e neste caso, caberia perfeitamente dizer que a pessoa jurídica tem honra objetiva, é a reputação da pessoa jurídica perante a sociedade da informação e sendo assim ela (pessoa jurídica) tem uma imagem a zelar.

Na sociedade da informação prevalece a Teoria da Realidade Técnica, que nada mais é a técnica do legislador para criar a pessoa jurídica para explicar a existência da pessoa jurídica, ou seja, a pessoa jurídica como realidade se sobrepondo a Teoria da Ficção em que verifica-se que a pessoa jurídica é apenas uma ficção, um “faz de conta” em que a pessoa jurídica não existe.

Os impactos da sociedade da informação sobre a obra coletiva são vários, podemos dizer que não há qualquer óbice para a digitalização da obra, havendo tendência de transição do meio impresso para o meio eletrônico e mesmo assim há completa harmonia na coexistência do impresso e digital. Ademais, os livros impressos não conseguem avançar com velocidade suficiente para se manter atualizado. Tem-se também a questão custo, normalmente o e-book é mais barato, pois tira o intermediário que é a gráfica, além da preocupação socioambiental.

Outro aspecto importante é que o meio digital não interfere no reconhecimento da autoria do organizador, pois coexiste com as participações individuais. Outra contribuição da sociedade da informação é que as obras coletivas, principalmente no meio acadêmico permite a difusão do conhecimento para todo o mundo, o conhecimento é disseminado, levando informação para qualquer pessoa, sem restrição o que não é possível com o meio impresso que muitas vezes encontra barreira geográfica. E por último a percepção da relevância da obra coletiva em razão da titularidade originária, como por exemplo a Revista da Faculdade de Direito da USP.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto no artigo apresentado percebe-se a importância do tema obra coletiva.. Necessário seria os estudiosos do Direito abraçarem o direito do autor, conferindo também importância a esta área do Direito.

A obra coletiva precisa estar em sintonia com a sociedade da informação, pensamentos contemporâneos que só tem a acrescentar nos estudos sobre esta área. Abordou-se, conforme deve-se esperar da sociedade da informação que a

pessoa jurídica é muito mais do que uma mera empresa onde se busca somente o lucro, mas também que a própria sociedade da informação espera, novas posturas da pessoa jurídica para que possa cumprir seu papel na sociedade a sua função social.

Por isso hoje é plenamente possível uma pessoa jurídica ser detentora de obra coletiva, sem ferir os direitos individuais de cada autor, bem como ter sua honra objetiva atingida, passível de ação por danos morais.

Creemos que este pensamento se coaduna com a sociedade da informação, com o direito civil contemporâneo em que a pessoa jurídica possa cumprir sua finalidade social em detrimento da mera interpretação legislativa fechada, com entendimento retrógrado que é incompatível com a sociedade da informação. **C**

NOTAS

- 1 BITTAR, Carlos Alberto-*Direito de Autor*. 6 ed. Ver., atual. e ampl. por Eduardo C.B. Bittar- Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- 2 MANSO, Eduardo Vieira. *Contratos de Direito Autoral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- 3 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- 4 MORATO, Antonio Carlos. *Direito de Autor em Obra Coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- 5 COSTA NETTO, José Carlos. Os direitos de autor e os que lhes são conexos sobre obras intelectuais criadas ou interpretadas sob o regime de prestação de serviços. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 107.
- 6 PONTES, Hildebrando. *Autoria e obra coletiva. Direitos Autorais: estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos*. Coordenação Eduardo Salles Pimenta. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- 7 CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. Tese (Concurso para Titular)- Departamento de Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2008.

REFERÊNCIAS

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 6. ed. Ver., atual. e ampl. por Eduardo C.B. Bittar, Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. Tese (Concurso para Titular) Departamento de Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2008.
- COSTA NETTO, José Carlos. Os direitos de autor e os que lhes são conexos sobre obras intelectuais criadas ou interpretadas sob o regime de prestação de serviços. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 107, p. 195-202, jul/set. 1990.
- MANSO, Eduardo Vieira. *Contratos de Direito Autoral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- MORATO, Antonio Carlos. *Direito de Autor em Obra Coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PONTES, Hildebrando. *Autoria e obra coletiva. Direitos Autorais: estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos*. Coordenação Eduardo Salles Pimenta. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 133-147.



ALINE PRETEL GIUSTI é Mestranda em Direito da Sociedade da Informação pela Faculdades Metropolitanas Unidas-FMU. Pós-graduanda em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Pós-graduada em Direito Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Comercial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada.Consultora Jurídica. Professora Universitária.

Recurso Extraordinário com repercussão geral. Exclusão do ICMS-ST da base de cálculo do PIS e da COFINS (RE 574706). Efeitos da decisão em face do art. 102, § 2º da CF. Oferecimento de embargos de declaração pela União com efeitos infringentes para sanar eventuais imprecisões do julgado. Pedido de modulação. Solução de Consulta nº 13 emanada da COSIT. Necessidade de se aguardar a decisão dos aclaratórios para que o contribuinte possa, sem riscos, proceder à exclusão autorizada no acórdão. Opinião legal

■ POR IVES GANDRA DA SILVA MARTINS E FÁTIMA FERNANDES RODRIGUES DE SOUSA



“Embora consideremos razoável o entendimento sustentado pela franqueadora, na linha dos Arestos, não entendemos prudente que os distribuidores passem a excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, sem decisão judicial em ação individual que o autorize, tendo em vista que, a teor da Solução de Consulta, a Receita Federal certamente os atuará.”

CONSULTA

Relata-nos, a consulente, por seu eminente advogado, Dr. Ataíde Gil Guerreiro, dificuldades que estão sendo enfrentadas por seus associados para calcular corretamente o PIS/COFINS sobre o faturamento, explicitando que:

“o franqueador – no caso – obteve liminar que lhe permite excluir o ICMS incidente sobre os insumos utilizados no processo produtivo, da base de cálculo do PIS/COFINS.

Da mesma forma, alguns distribuidores estão pleiteando judicialmente a exclusão do valor correspondente ao ICMS da substituição tributária da base do cálculo do PIS/COFINS.

A franqueadora como remunera os distribuidores sem considerar os impostos, tem interesse em que os distribuidores considerem a exclusão do ICMS substituição tributária no cálculo do PIS/COFINS, com o que manterá a margem dos distribuidores e o ganho com esta redução passará a aumentar o seu resultado financeiro. Pretende, portanto, que os distribuidores, a partir de 1º de novembro último, passem a excluir o ICMS substituição tributária da base de cálculo do PIS/COFINS, a pretexto de que estudaram detalhadamente a legislação e que esta nova sistemática poderá ser aplicada sem qualquer infração às leis em vigor.

Para orientar os distribuidores, a consulente, vem consultá-lo sobre como agir, tendo em vista que:

- 1 – Há distribuidores que recolhem normalmente o PIS/COFINS sem considerar a exclusão do ICMS substituição tributária.
- 2 – Há distribuidores que conseguiram liminar para excluir o ICMS substituição tributária do cálculo do PIS/COFINS, mas estão aguardando decisão final para aplicação deste novo cálculo.
- 3 – Há distribuidores que conseguiram liminar para excluir o ICMS substituição tributária do cálculo do PIS/COFINS e já estão recolhendo com esta exclusão.
- 4 – Há distribuidores que tentaram liminar para a exclusão do ICMS substituição tributária do cálculo do PIS/COFINS e não conseguiram”.

RESPOSTA

Tendo em vista a urgência que nos foi comunicada pelo cliente, responderemos à consulta sob a forma de opinião legal.

O Judiciário vem reconhecendo que, no exercício de atividades sujeitas ao pagamento do ICMS sob o regime de substituição tributária, os contribuintes devem excluir o imposto estadual da base de cálculo do PIS e da COFINS, reconhecendo inclusive o direito de restituir ou compensar os valores recolhidos indevidamente nos últimos 5 anos, pelo fato de tal exclusão não ter sido feita oportunamente.

Tais decisões têm por base o que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 574.706, julgado em 15 de março de 2017, quando ficou estabelecido que, por não caracterizar faturamento nem ingresso de receita – bases de cálculos do PIS e da COFINS –, o ICMS não deve compor as bases de cálculo das respectivas contribuições. Veja-se a ementa desse julgado, da relatoria da Ministra Carmen Lúcia:

– Recurso Extraordinário 574.706 Paraná:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE PATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1 – Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada medida ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante do ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total dos créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS

2 – A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inciso I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3 – O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

4 – Se o art. 3º, § 2º, inciso I, in fine, da Lei nº 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

5 – Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.”

Em 24/04/2008, a Ministra Cármen Lúcia, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional envolvida nesse recurso, que, àquele tempo, pendia de julgamento no Plenário do Supremo Tribunal Federal também no Recurso Extraordinário 240.785. A repercussão foi acolhida pelos demais Ministros e incluído o Tema sob nº 69.

A proclamação da existência de repercussão geral do tema constitucional suscitado em recurso extraordinário implica, a teor do que dispõe o art. 1035 do CPC, o sobrestamento dos processos em que se discute a mesma matéria nas instâncias ordinárias, por determinação do Ministro Relator do STF

No entanto, o art. 102, § 2º, da CF¹ e, bem assim, o parágrafo único do art. 28, da Lei 9868/99 somente atribuem efeitos *erga omnes* e vinculantes relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, às decisões definitivas de mérito proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) e ações diretas de constitucionalidade (ADC), remanescendo dúvidas sobre se tais efeitos também são produzidos pela decisão proferida em recurso extraordinário onde se reconheceu a repercussão geral.

Doutrinadores, como Kiyoshi Harada,² dão resposta positiva a essa questão, observando que, “embora omissa tanto a Constituição, quanto a Lei nº 9.868/99, não há dúvida de que a decisão proferida no Recurso Extraordinário com reconhecimento de repercussão geral vincula os demais órgãos do Judiciário, independentemente da existência ou não de Súmula Vinculante a respeito. A natureza vinculativa dessa decisão resulta implícita da própria técnica de seleção dos temas constitucionais que devem ser examinados pela Corte Suprema”.

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal, por suas duas Turmas, possui entendimento no sentido de que a existência de precedente firmado pelo Plenário da

Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do *leading case*.

Veja-se a ementa do ARE 781.214-AgR/SP, Relator o Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma:

“Agravamento regimental no recurso extraordinário com agravo. Recurso contra decisão em que se aplicou o entendimento firmado no julgamento de mérito do RE nº 635.688/RS, submetido à sistemática da repercussão geral Trânsito em julgado. Ausência. Precedente do Plenário. Aplicação imediata. Possibilidade. Precedentes.

1 – A existência de precedente firmado pelo Tribunal Pleno da Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre a mesma matéria, independente de publicação ou do trânsito em julgado do paradigma.

2 – Agravo regimental não provido.”

E a ementa do ARE 930.647-AgR/PR, relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. LEGITIMIDADE. POLO PASSIVO. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. REPERCUSSÃO GERAL. INSURGÊNCIA VEICULADA CONTRA A APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO IMEDIATA DOS ENTENDIMENTOS FIRMADOS PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM REPERCUSSÃO GERAL.

1 – A existência de precedente firmado pelo Plenário desta Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema, independente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes.

2 – Agravo regimental a que se nega provimento.”

No mesmo sentido, ARE 673.256-AgR/RS Rel. Min Rosa Weber; AI 823.849-AgR/DF Rel. Min. Luiz Fux; ARE 686.607-ED/RS, Rel. Min. Dias Toffoli; ARE 707.863-ED/RS Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

No caso da Consulta, não há notícia de que, em função do julgamento do Recurso Extraordinário 574.706, tenha havido o sobrestamento dos processos em que se discute a mesma matéria nas instâncias ordinárias, por determinação do Ministra Relatora do STF, possivelmente porque a União ofereceu, tempestivamente, embargos de declaração com efeitos infringentes.

Allegando que a retroatividade da decisão seria suscetível de gerar enorme controvérsia jurídica, por atingir o sistema tributário, alcançando outros tributos, projetar consequências nos preços relativos da economia; impor uma reforma tributária, e possibilitar vultosas repetições de indébito – a União pleiteia a modulação dos seus efeitos, sob o fundamento de que “teria restado definido no acórdão embargado que o debate sobre a matéria teria sido diferido para o momento da análise e apreciação desses embargos”.

Na linha dessa argumentação, a Receita Federal emitiu, em 18 de outubro de 2018, a Solução de Consulta Interna nº 13, da Coordenação-Geral de Tributação (Cosit) determinando que deve ser usado no cálculo da exclusão, “o ICMS a recolher” e não “o ICMS total” destacado na nota fiscal, que tem sido adotado pela maioria dos contribuintes. Veja-se a ementa do ato:

“Solução de Consulta Interna nº 13 – Cosit

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO

EMENTA:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO. Para fins de cumprimento das decisões judiciais transitadas em julgado que versem sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep, no regime cumulativo ou não cumulativo de apuração, devem ser observados os seguintes procedimentos:

a) o montante a ser excluído da base de cálculo mensal da contribuição é o valor mensal do ICMS a recolher, conforme o entendimento majoritário firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, pelo Supremo Tribunal Federal;

b) considerando que na determinação da Contribuição para o PIS/Pasep do período a pessoa jurídica apura e escritura de forma segregada cada base de cálculo mensal, conforme o Código de Situação tributária (CST) previsto na legislação da contribuição, faz-se necessário que seja segregado o montante mensal do ICMS a recolher, para fins de se identificar a parcela do ICMS a se excluir em cada uma das bases de cálculo mensal da contribuição;

c) a referida segregação do ICMS mensal a recolher, para fins de exclusão do valor proporcional do ICMS, em cada uma das bases de cálculo da contribuição, será determinada com base na relação percentual existente entre a receita bruta referente a cada um dos tratamentos tributários (CST) da contribuição e a receita bruta total, auferidas em cada mês;

d) para fins de proceder ao levantamento dos valores de ICMS a recolher, apurados e escriturados pela pessoa jurídica, devem-se preferencialmente considerar os valores escriturados por esta, na escrituração fiscal digital do ICMS e do IPI (EFD-ICMS/IPI), transmitida mensalmente por cada um dos seus estabelecimentos, sujeitos à apuração do referido imposto; e

e) no caso de a pessoa jurídica estar dispensada da escrituração do ICMS, na EFD-ICMS/IPI, em algum(uns) do(s) período(s) abrangidos pela decisão judicial com trânsito em julgado, poderá ela alternativamente comprovar os valores do ICMS a recolher, mês a mês, com base nas guias de recolhimento do referido imposto, atestando o seu recolhimento, ou em outros meios de demonstração dos valores de ICMS a recolher, definidos pelas Unidades da Federação com jurisdição em cada um dos seus estabelecimentos.

Dispositivos Legais: Lei nº 9.715, de 1998, art. 2º; Lei nº 9.718, de 1998, arts. 2º e 3º; Lei nº 10.637, de 2002, arts. 1º, 2º e 8º; Decreto nº 6.022, de 2007; Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal do Brasil nº 1.009, de 2009; Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal do Brasil nº 1.252, de 2012; Convênio ICMS nº 143, de 2006; Ato COTEPE/ICMS nº 9, de 2008; Protocolo ICMS nº 77, de 2008.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO.

Para fins de cumprimento das decisões judiciais transitadas em julgado que versem sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins, no regime cumulativo ou não cumulativo de apuração, devem ser observados os seguintes procedimentos:

a) o montante a ser excluído da base de cálculo mensal da contribuição é o valor mensal do ICMS a recolher, conforme o entendimento majoritário firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, pelo Supremo Tribunal Federal;

b) considerando que na determinação da Cofins do período a pessoa jurídica apura e escritura de forma segregada cada base de cálculo mensal, conforme o Código de Situação tributária (CST) previsto na legislação da contribuição, faz-se necessário que seja segregado o montante mensal do ICMS a recolher, para fins de se identificar a parcela do ICMS a se excluir em cada uma das bases de cálculo mensal da contribuição;

c) a referida segregação do ICMS mensal a recolher, para fins de exclusão do valor proporcional do ICMS, em cada uma das bases de cálculo da contribuição, será determinada com base na relação percentual existente entre a receita bruta referente a cada um dos tratamentos tributários (CST) da contribuição e a receita bruta total, auferidas em cada mês;

d) para fins de proceder ao levantamento dos valores de ICMS a recolher, apurados e escriturados pela pessoa jurídica, devem-se preferencialmente considerar os valores escriturados por esta, na escrituração fiscal digital do ICMS e do IPI (EFD-ICMS/IPI), transmitida mensalmente por cada um dos seus estabelecimentos, sujeitos à apuração do referido imposto; e

e) no caso de a pessoa jurídica estar dispensada da escrituração do ICMS, na EFD-ICMS/IPI, em algum(uns) do(s) período(s) abrangidos pela decisão judicial com trânsito em julgado, poderá ela alternativamente comprovar os valores do ICMS a recolher, mês a mês, com base nas guias de recolhimento do referido imposto, atestando o seu recolhimento, ou em outros meios de demonstração dos valores de ICMS a recolher, definidos pelas Unidades da Federação com jurisdição em cada um dos seus estabelecimentos.

Dispositivos Legais: Lei nº 9.718, de 1998, arts. 2º e 3º; Lei nº 10.833, de 2003, arts. 1º, 2º e 10; Decreto nº 6.022, de 2007; Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal do Brasil nº 1.009, de 2009; Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal do Brasil nº 1.252, de 2012; Convênio ICMS nº 143, de 2006; Ato COTEPE/ICMS nº 9, de 2008; Protocolo ICMS nº 77, de 2008”.

É bem de ver que o Supremo Tribunal Federal tem considerado cabível o pedido de modulação dos efeitos de decisão que reconhece a inconstitucionalidade de lei, sempre que haja a demonstração da excepcionalidade da situação ou a possibilidade de insegurança jurídica, como observou a Ministra Carmen Lúcia no RE 377.457.

Não se sabe, por ora, se a Corte vai considerar demonstrada essa excepcionalidade, no caso do RE 574.706, para o fim de modular os efeitos da decisão.

Outrossim, o Tribunal tem considerado cabível a formulação do pedido de modulação dos efeitos da decisão por meio de embargos de declaração, como demonstra a decisão cuja ementa é transcrita abaixo, parcialmente, naquilo que aqui interessa:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 79 E 85 DA LEI COMPLEMENTAR 64, DE 25 DE MARÇO DE 2002 DO ESTADO DE MINAS GERAIS (...) PRETENSÃO DE MODULAÇÃO DE EFEITOS. PROCEDÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS PARCIALMENTE.

1.(...)

2. A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional. (lei 9868/99, art. 27). Precedentes do STF; ADI nº 2.240; ADI nº 2.904; ADI nº 2907; ADI nº 3.022; ADI nº 3.315; ADI nº 3.316; ADI nº 3.430; ADI nº 3489; ADI nº 3660; ADI nº 3682; ADI nº 3.682; ADI nº 3.689; ADI nº 3.819; ADI nº 4.009; ADI nº 4029.

3. *In casu*, a concessão de efeitos retroativos à decisão do STF implicaria o dever de devolução por parte do Estado de Minas Gerais de contribuições recolhidas por duradouro período de tempo (...)

4. Embargos de declaração acolhidos parcialmente para: (i)....; (ii) conferir efeitos prospectivos (eficácia *ex nunc*) à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo

Tribunal Federal no julgamento do mérito da presente ação direta, fixando como marco temporal de início de sua vigência a data da conclusão daquele julgamento (14 de abril de 2010) e reconhecendo a impossibilidade de repetição das contribuições recolhidas junto aos servidores públicos do Estado de Minas Gerais até a referida data.”

A nosso ver, em matéria tributária, a modulação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade da exigência de tributo só poderia militar a favor do contribuinte, quer porque, de outra forma, caracterizar-se-ia locupletamento ilícito do Estado valendo-se da própria torpeza (o Estado age contrariamente à Constituição editando lei inválida e depois se beneficia disso, apropriando-se do que foi recolhido indevidamente), quer porque quem tem que ser protegido contra a insegurança jurídica é o contribuinte, e não o próprio Estado, responsável pela edição de norma inconstitucional.

No entanto, nem sempre tem sido assim, como se viu no caso da decisão proferida no ERESP nº 462.446-MA, acerca da contagem do prazo prescricional, nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação. O Tribunal assegurou o direito de repetir apenas aos contribuintes que haviam ingressado com ação para reaver o indébito até 9/6/2005.³

No caso do Recurso Extraordinário 574.706/P, a União sustenta que há dúvidas quanto ao momento a partir do qual a decisão produzirá efeitos. Não se sabe como o Supremo vai definir diversos aspectos do que restou decidido: se deve ser usado, no cálculo da exclusão, o ICMS a recolher ou o ICMS total destacado na nota fiscal (embora o voto da Ministra Cármen Lúcia tenha definido nesse sentido); se o Tribunal vai analisar a matéria à luz do princípio da não-cumulatividade (o que não teria sido feito no julgamento do mérito); se vai condicionar o direito ao ajuizamento de ação até a data do julgamento do mérito; ou se vai, eventualmente, analisar outros aspectos da decisão, que, alegadamente, não teriam ficado muito claros sobre a forma de apuração do montante a excluir e a repetir.

Assim, a nosso ver, até que tenha havido decisão definitiva nos embargos de declaração ofertados pela União, tornando intangível a decisão proferida no RE nº 574.706, o contribuinte deve agir com cautela, a) ingressando com a ação, se não o tiver feito; b) procedendo conforme decisão judicial que já tiver obtido; c) procedendo a provisão ou complementando-a, se a tiver feito, no caso de estar aproveitando o benefício ou se tiver baixado provisões anteriormente feitas, em face da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Por tudo isso, embora consideremos razoável o entendimento sustentado pela franqueadora, na linha dos Arestos acima transcritos, não entendemos prudente que os distribuidores passem a excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, sem decisão judicial em ação individual que o autorize, tendo em vista que, a teor da Solução de Consulta acima referida, a Receita Federal certamente os autuará.

A possibilidade de a franqueadora, eventualmente, firmar termos com os distribuidores, assumindo a responsabilidade pelas consequências tributárias, em caso de autuações, não lhes oferecerá segurança prestante, tendo em vista que tais acordos não são oponíveis ao fisco, em face do art. 123, do CTN, que dispõe:

“Art. 123 Salvo disposições em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes”.

É a nossa opinião, s.m.j.

São Paulo, 25 de outubro de 2018.

Ives Gandra da Silva Martins

OAB/SP 11.178

Fátima Fernandes Rodrigues de Souza

OAB/SP 26.689

P2018-020 via publica– ATAIDE GIL GUERREIRO – IVES E FAT

NOTAS

- 1 Reza o § 2º do art. 102 da CF; “§ 2º, As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”
- 2 (<http://www.haradaadvogados.com.br/artigos-e-pareceres/artigos/>)
- 3 “TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. COMPENSAÇÃO. PIS. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL DO PRAZO. LC Nº 118/2005. ART. 3º. NORMA DE CUNHO MODIFICADOR E NÃO MERAMENTE INTERPRETATIVA. INAPLICAÇÃO RETROATIVA. ENTENDIMENTO DA 1ª SEÇÃO. 1. Está uniforme na 1ª Seção do STJ que, no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo decadencial só se inicia após decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, a partir da homologação tácita do lançamento. Estando o tributo em tela sujeito a lançamento por homologação, aplicam-se a decadência e a prescrição nos moldes acima delineados. (...) Aplica-se, assim, o prazo prescricional nos moldes em que pacificado pelo STJ, id est, a corrente dos cinco mais cinco. 2. A ação foi ajuizada em 22/03/1999. Valores recolhidos, a título de PIS, no período de 10/88 a 09/95. Não transcorreu, entre o prazo do recolhimento (contado a partir de 03/1989) e o do ingresso da ação em juízo, o prazo de 10 (dez) anos. Inexiste prescrição sem que tenha havido homologação expressa da Fazenda, atinente ao prazo de 10 (dez) anos (5 + 5), a partir de cada fato gerador da exação tributária, contados para trás, a partir do ajuizamento da ação. Precedentes desta Corte Superior. 3. Quanto à LC nº 118/2005, a 1ª Seção deste Sodalício, no julgamento dos EREsp nº 327043/DF, finalizado em 27/04/2005, posicionou-se, à unanimidade, contra a nova regra prevista no art. 3º da referida Lei Complementar. Decidiu-se que a LC inovou no plano normativo, não se acatando a tese de que a mencionada norma teria natureza meramente interpretativa, restando limitada a sua incidência às hipóteses verificadas após a sua vigência, em obediência ao princípio da anterioridade tributária. 4. “O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a “interpretação” dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal. Tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência” (EResp nº 327043/DF, Min. Teori Albino Zavascki, voto-vista). 5. Embargos de divergência conhecidos e parcialmente providos para, com base na jurisprudência predominante da Corte, declarar a prescrição, apenas, das parcelas anteriores a 03/1989, concedendo as demais, nos termos do voto”. (EResp 462446/MA, Rel. E. Min. José Delgado, DJ 24.10.2005)

ARQUIVO PESSOAL



IVES GANDRA DA SILVA MARTINS é Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional.

ARQUIVO PESSOAL



FÁTIMA FERNANDES RODRIGUES DE SOUZA é Advogada em São Paulo e Professora do Centro de Extensão Universitária.

O colapso da advocacia no Brasil

■ POR JORGE CALAZANS

O mercado profissional do advogado no Brasil precisa de um novo caminho. Acabamos de eleger novos presidentes da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), no Conselho Federal e também nas regionais estaduais, mas o assunto mais importante da advocacia foi deixado de lado pelos candidatos. O exponencial crescimento do número de advogados cria, hoje, uma série de problemas de empregabilidade. E o atual ritmo de expansão vai levar a classe ao colapso.

Não se tem notícia, de uma classe profissional com diploma de nível superior que cresça tanto, no mundo inteiro, como crescem os advogados no Brasil. Em uma progressão geométrica, chegaremos a 2 milhões de advogados, em breve. E a consequência desse crescimento desordenado é a falta de oportunidade e um mercado incapaz de assimilar tantos novos profissionais.


Salários achatados, honorários substituídos pelo excesso de competição, poucos clientes e o advento da inteligência artificial já fazem parte do presente da advocacia, e com viés de piora do quadro. Hoje, temos um nítido crescimento de serviços de advogados correspondentes, que acabam sendo servos dos grandes escritórios do país.

A questão é lógica, hoje no Brasil 93% das empresas são micro e pequenas, soma-se também a esse número, os microempreendedores individuais (MEIs), contra apenas 7% de médias e grandes empresas. Quando a OAB, por exemplo, a do Estado de São Paulo coloca em sua tabela o mínimo para advocacia de partido (contratação pela empresa de escritório ou advogado) o valor de R\$ 2.041,00 ela exclui praticamente 14 milhões de empresas, que não podem pagar por esse serviço, deixando de dar oportunidade para milhares de advogados.

Levando-se em consideração que o país tem apenas 15% de famílias com renda acima de R\$ 5 mil, ao analisar a tabela da OAB do estado de Santa Catarina, em que a média dos serviços é em torno de R\$ 6 mil, notamos claramente a exclusão da classe C ao acesso a serviços jurídicos, a não ser que em situações emergenciais onde parcelamentos a perder de vista já são práticas usuais no mercado.

Está na hora de revolucionarmos o mercado. Abrir novos horizontes e acabar com os feudos da advocacia brasileira. Os dirigentes da OAB devem abrir, rapidamente, os olhos para esse problema com vontade de solucioná-lo. Não se pode falar em valorização da advocacia, sem acesso da massa aos advogados.

Cobrança de consulta é luxo para a minoria dos profissionais do país, a grande massa está em um leilão de honorários.

A democratização da advocacia é o caminho urgente para uma mudança no quadro, caso isso não aconteça, em um futuro próximo estaremos colocando no mercado uma imensa quantidade de profissionais com o rótulo do fracasso pela escolha do curso errado. 



JORGE CALAZANS é advogado criminalista, sócio do escritório Yamazaki, Calazans e Vieira Dias Advogados, conselheiro federal da Associação Nacional dos Criminalistas (Anacrim) e diretor-executivo da Plataforma AstreiaJus.

Na **Prática Forense** você estuda
com os grandes mestres do Direito.

QUER CONHECER A REVISTA?
Peça um exemplar gratuito no site zkeditora.com



(61) 3263-1362

 **zakarewicz**
editora