

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 778

(Ano IX)

(11/01/2017)

ISSN - 1984-0454



**Conteúdo
Jurídico**
www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2017

Conselho Editorial

**COORDENADOR GERAL (DF/GO/ESP) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:**
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional Universidade
Granda/Espanha.*

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

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

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

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

País: *Brasil.* Cidade: *Brasília – DF.* SHN. Q. 02. Bl. F, Ed.
Executive Office Tower. Sala 1308.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



11/01/2017 Sérgio Henrique da Silva Pereira
» [O poder do mercado sobre as Constituições democráticas](#)

ARTIGOS

- 11/01/2017 Pedro Henrique Neves Coutinho da Silva
» [A inexigibilidade de conduta diversa como excludente supralegal da culpabilidade: algumas hipóteses e a \(não\) aplicação nos casos de apropriação indébita previdenciária](#)
- 11/01/2017 Arthur Marcel Batista Gomes
» [A utilização do Direito Processual Civil no Direito Processual do Trabalho através da interpretação do artigo 769 da CLT em relação ao novo Código de Processo Civil](#)
- 11/01/2017 Thiago Conde Ferreira Farias
» [A nova sistemática operacional de infiltração de agentes pela lei 12.850/13](#)
- 11/01/2017 Igor Andrade Moroni Valença
» [Foro por prerrogativa de função: definição e histórico na legislação brasileira - uma breve análise desprovida de preconceitos](#)
- 11/01/2017 Diogo Santiago Barbosa Pontes
» [As excludentes de ilicitude na lavratura de auto de prisão em flagrante](#)
- 11/01/2017 Rômulo Inácio da Silva Caldas
» [A moeda, a economia e o poder: Império Romano](#)
- 11/01/2017 Tauã Lima Verdán Rangel
» [O Provimento nº 52/2016 do Conselho Nacional de Justiça e a Concreção Plena do Direito Humano ao Registro de Nascimento](#)

O PODER DO MERCADO SOBRE AS CONSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

SÉRGIO HENRIQUE DA SILVA PEREIRA:

Jornalista, professor, produtor, articulista, palestrante, colunista. Articulista nos sites: Academia Brasileira de Direito (ABDIR), ABJ (Associação Brasileira dos Jornalistas), Âmbito Jurídico, Conteúdo Jurídico, Editora JC, Fenai/Faibra (Federação Nacional da Imprensa), Investidura - Portal Jurídico, JusBrasil, JusNavigandi, JurisWay, Observatório da Imprensa.

O CDC é sem qualquer dúvida uma conquista dos consumidores. Antes do CDC, os consumidores vagavam no deserto das lamentações. Vários abusos à dignidade humana eram cometidos pelos fornecedores de produtos e serviços.

Sensíveis aos apelos dos consumidores contra os abusos dos fornecedores, o Poder Constituinte Originário criou norma constitucional para defender, com maestria, os consumidores:

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

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

A proteção ao consumidor ganhou status prioritário na CRFB de 1998, pois outras normas reforçavam [hermenêutica e silogismo] à defesa do consumidor:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V - defesa do consumidor;

Historicamente, a partir da Revolução Industrial, a produção passou a ser vertiginosa. Em pouco tempo, quando comparado com o quanto de produção era feita pelas mãos habilidosas dos artesões, os produtos eram produzidos mais rápidos em escalas inimagináveis. Beneficiou alguns, prejudicou outros. É a vida. Maior produção e maior consumo favorece o preço baixo? Somente nas utopias dos grandes filósofos e economistas. A natureza humana é diversa do que é escrito e pensado, pois o ser humano não é máquina. Em tempos de crises humanas, como guerras e efeitos destrutivos climáticos ou geológicos, os fornecedores veem tais acontecimentos como oportunidades de alavancarem seus ganhos, mesmo que seja pela dor alheia — exemplo, que cito, do caso em Mariana, em MG, onde os preços das águas minerais triplicaram; comerciantes de outras cidades viram, na desgraça dos moradores com lama até os seus pescoços, oportunidades de lucrarem através da "necessidade e desespero". O lado "moral" do Livre Mercado!

OS PREÇOS DIFERENCIADOS

Habitual o consumidor ter que decidir — faça na goela — a "liberdade" de escolha sobre a forma de pagamento:

- a) Com cartão de crédito ou débito — R\$ 100,00 [cem reais];
- b) Pagamento em espécie [cédula ou moeda] — R\$ 150, 00 [cento e cinquenta reais].

OS fornecedores alegavam que o pagamento por cartão de crédito ou débito, pelos consumidores, não era compensador, pois as operadoras de cartões cobravam um percentual — taxas pagas às administradoras. Assim, o fornecedor não poderia ser lesado, mas o consumidor poderia. Tal prática assemelha-se ao caso que contei alhures sobre os moradores de Mariana e fornecedores que viram na desgraça imensas oportunidades de lucros.

Em algumas lojas, para o conforto do consumidor, tabelas explicando os preços conforme os tipos de pagamentos. Já presenciei muito, e avisei que era contra o CDC — quem tem smartphone com Android recomendo instalação do aplicativo Avogrado, o qual tem todos os códigos e leis internacionais sobre direitos humanos. É possível atualizá-los. É gratuito o aplicativo. Também tem o pago.

A discussão sobre diferenciação de preço na forma de pagamento não é recente. Em 2009, os parlamentares já articulavam — favorecer quem realmente? — para permitir os preços diferenciados quanto às formas de pagamentos. Neste ano de 2016, pela crise econômica desencadeada pelas inúmeras corruptelas, na PPPI [Parceira Público-Privada Ímproba], a União e, principalmente, os Municípios e Estado, não têm dinheiro nos [roubados] cofres públicos. Mensalão do PT, falta outros Mensalões para demais partidos políticos, a Lava Jato, e tantas outras operações desencadeadas pela Polícia Federal e Ministério Público, não desmentem que a PPPI confirma à necessidade de ampla mobilização social cobrando aplicação imediata e eficiente da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção [DECRETO Nº 5.687, DE 31 DE JANEIRO DE 2006].

Retornando à questão dos preços diferenciados. A tutela dos consumidores é um direito que mostra a posição de inferioridade do consumidor em face ao poder econômico do fornecedor.

A Lei [8.078/90](#) foi criada por expressa disposição constitucional, e a Lei é uma cláusula pétrea: a defesa do consumidor. Destarte, qualquer modificação na Lei que retire ou diminua seu princípio [hermenêutico e silogístico] constitucional à defesa do hipossuficiente consumidor, para favorecer os fornecedores, é inconstitucional. Se os comerciantes

reclamam das altas taxas cobradas pelas instituições financeiras nas operações com cartões, que podem ser de 4%, 5%, 8%, ou sabe lá mais quanto, o Estado não deve proteger os comerciantes? Vejam que os juros no Brasil não são baixos, mas astronômicos quando comparados com demais países. Se o crédito facilitou o consumidor, já que não tem ativo para comprar à vista, por outro lado criou superindivíduos.

Fico perplexo quando economistas brasileiros dizem que o brasileiro não sabe controlar seus gastos. O mínimo existencial, para o cidadão ter padrão médio de vida — geladeira, fogão, máquina de lavar roupa, televisão etc. —, ainda está longínquo da realidade brasileira. A partir da década de 1990, os programas sociais permitiram que a maioria dos brasileiros (párias) conseguisse alcançar um padrão médio de vida. E os programas sociais foram duramente criticados pelos brasileiros utilitaristas "Chicote no lombo ou trabalho". Repergunto: o Estado não deve proteger os comerciantes contra as altas taxas cobradas pelas instituições financeiras nas operações com cartões? Digo que sim, pois muitos dos comerciantes são hipossuficientes diante das instituições financeiras.

INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, OS DONOS DO PODER

A Crise de 2008 trouxe prejuízos aos direitos humanos por empréstimos de valores fictícios [passivo], sem qualquer reserva [ativo] para eventuais oscilações do mercado. É uma lição de que algo tem que ser feito em relação ao poder das instituições financeiras diante das constituições democráticas. A renda do trabalhador, no caso do Brasil e dos EUA, não aumentou. A possibilidade de aquisição de moradia e compra de eletroeletrônicos e eletrodomésticos se dá por, na maioria das vezes, por empréstimos ou créditos conseguidos nas instituições bancárias ou financeiras. Ou seja, o trabalhador não tem ativo. No Brasil, o cartão de crédito era um luxo para poucos brasileiros. A partir da década de 1990, a aquisição de crédito se tornou menos burocrático. Na década de 2000, quase qualquer brasileiro possuía um cartão de crédito. As operadoras de cartão ligavam para os possíveis clientes, ou mandavam cartões sem o devido pedido do cidadão. Tal prática, de envio sem autorização, causou vários aborrecimentos, pois ao chegar do cartão na

residência da vítima [consumidor], esta, mesmo não usando o cartão, era cobrada pelas operadoras.

Transcrevo do elucidativo livro Obamanomics:

Além dos benefícios fiscais corporativos, como créditos fiscais diretos, benefícios de depreciação acelerada, créditos fiscais R&D e outras deduções de impostos generosas, os enormes subsídios pagos à indústria, pelo Congresso, assumem muitas formas, inclusive apoios a preços mínimos e a subsídios, proteção tarifária, lucros de monopólio, proteção favorável a patente, liberação de fundos de pensão, legislação antissindicalista e liberação em relação a leis onerosas que dizem respeito ao consumidor, ao trabalho e ao ambiente.

E impossível medir a magnitude da colheita dos grandes esforços do lobismo nos negócios e na contribuição para campanhas. Mas, para demonstrar como funciona o lobby, vamos examinar cada dólar das economias salariais resultante dos grandes esforços dos negócios na luta contra aumentos salariais em Washington. Vamos presumir que, como **resultado** dos esforços corporativos para quebrar os sindicatos e estimular a imigração de mão de obra barata do exterior, a exportação de empregos manufatureiros para países emergentes, a contratação de serviços pela internet e a luta contra o aumento do salário mínimo, cada empregado nos Estados Unidos receba US\$ 1 a menos por hora—uma transferência de riqueza da ordem de US\$ 250 bilhões por ano do trabalhador norte-americano diretamente aos donos de negócios norte-americanos. Um cálculo conservador referente à diminuição de US\$ 1 nos salários, capitalizada em relação a 12 vezes de ganhos, mostra que isso causaria um aumento real aproximado de US\$ 3 trilhões nas capitalizações de mercado dos negócios norte-americanos. Não é coincidência que o mercado de ações' tenha subido mais de US\$ 3 trilhões em termos reais ao longo dos últimos sete anos. Em vez de felicitar os negócios pelo trabalho tão bom que fizeram abrindo novos mercados e desenvolvendo novos produtos, parece que muito de seu sucesso proveio do lobismo junto ao governo para manter o custo da mão de obra baixo e, com efeito, transferir US\$ 3 trilhões de salários de seus trabalhadores para seus acionistas. E claro, o impacto real pode ser muito mais de US\$ 1 por hora e pode explicar todo

o aumento conjunto no valor do mercado acionário nos últimos quarenta anos, um período de tempos difíceis para os trabalhadores e os sindicatos norte-americanos.

Esse é apenas o impacto de US\$ 1 por hora economizado com a mão de obra. Quando se incluem as economias que os Estados Unidos corporativos alcançaram por meio do lobismo e das contribuições de campanha em relação a outras atividades, os números tornam-se verdadeiramente assombrosos. Centenas de bilhões de dólares de economias corporativas são realizadas a cada ano, impedindo o Congresso de promulgar a legislação ambiental necessária e permitindo às empresas controlarem as pensões dos trabalhadores e evitarem a responsabilidade pela saúde do trabalhador. Os grupos corporativos evitam centenas de bilhões de dólares de perdas potenciais e responsabilidade pelo produto por meio da nomeação de juízes a favor dos negócios nos tribunais. E os grupos corporativos colhem centenas de bilhões de dólares de economias porque o Congresso afrouxou a pressão sobre organismos reguladores como a Occupational Safety and Health Administration (OSHA ou Administração da Saúde e da Segurança Ocupacional norte-americana), a Food and Drug Administration (FDA, cargo de alimentos e remédios) a Security and Exchange Commission (SEC, ou Comissão de Títulos e Câmbio), responsável pela regulamentação da área de valores mobiliário) e outras. (1)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como bem salientou Milton Friedma em “Capitalismo e Liberdade”, num mundo de homens imperfeitos não pode ter plena liberdade (Livre Mercado). Adam Smith dizia que a “mão invisível” coordenaria as escolhas individuais e que os indivíduos tornar-se-iam em "seres éticos". Uma filosofia moral de Smith muito utópica. Smith também dizia que a competição ou concorrência forçariam os preços dos produtos para baixo até seus níveis "naturais" — custo de produção. Na prática, o lado sombrio da Máquina Antropofágica.

Notem que o Estado em si é benevolente com as operadoras de cartão de crédito, do contrário limitaria as taxas. O Estado já fez isso

no CDC — art. 52, § 1º, na redação dada pela Lei nº 9.298, de 1º.8.1996. O fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor prejudicou o desenvolvimento econômico? Não. Isso mostra que é a ganância que prejudica a dignidade no Livre Comércio. Para saber se o desconto fornecido pelo comerciante é razoável, ele teria que mostrar ao consumidor por quanto comprou e por quanto está vendendo, para que o consumidor possa analisar se o ganho não é exorbitante. Para isso, o Estado deveria manter um banco de dados (site) informando se o preço é exorbitante. Aí sim, o consumidor tem a certeza de estar com poder de barganha em mãos. Por exemplo, alguns PROCONs divulgam listas comparativas de preços em algumas localidades, de forma que o consumidor possa ter noção prévia de preço justo. (2) Poderia também ter Associação de Moradores — como tem em muitos países — para monitorar os preços na região e, através de aplicativo de celular, mostrar os estabelecimentos comerciais com os preços mais atrativos para os consumidores. Essa iniciativa também favoreceria aos PROCONs e aos MPs (Ministérios Públicos) para combaterem a formação de cartel, que não é incomum, e a prática de aumento de preço sem justificativa (art. 39, V e X, do CDC).

Acho mais justo que o Estado Democrático de Direito, através das instituições de ensino, sejam particulares ou não, ensinem aos consumidores as noções básicas de economia, principalmente quanto à pesquisa de preços e formação de Associações Civas com capacidade técnica para monitorarem os preços abusivos. Por exemplo, em Portugal as domésticas contam com Associações que avisam sobre preços abusivos. O comerciante que tem o preço alto perde clientela para o comerciante que tem preço mais atrativo para as domésticas.

Com a tecnologia contemporânea é possível criar aplicativos aos quais informam, com a participação dos consumidores, dos preços abusivos em certos estabelecimentos, além de verificar a formação de cartel. O MP-RJ possui site Consumidor Vencedor que permitem aos consumidores enviarem imagens, documentos e vídeos sobre violações aos direitos dos consumidores. É uma parceria interessante que fortalece o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de Direito do consumidor esquematizado / Fabrício Bolzan de Almeida. – São Paulo: Saraiva, 2013.

Country studies. The Role of the Government in the Economy. Disponível em: <http://countrystudies.us/united-states/economy-6.htm>

Global Research. The Failure to Prosecute Leading US Banks. Disponível em: <http://www.globalresearch.ca/the-failure-to-prosecute-leading-us-banks-the-abuse-of-power-by-government-and-big-business/5404445>

Global Research. Who are the Architects of Economic Collapse? Disponível em: <http://www.globalresearch.ca/who-are-the-architects-of-economic-collapse/10860>

Franklin D. Roosevelt:" Message to Congress on Curbing Monopolies., "April 29, 1938. Online by Gerhard Peters and John T. Woolley, The American Presidency Project.

NY Times. Why Only One Top Banker Went to Jail for the Financial Crisis. Disponível em: https://www.nytimes.com/2014/05/04/magazine/only-one-top-banker-jail-financial-crisis.html?_r=0

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor / Rizzatto Nunes. – 7. Ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

Seu History. 7 - Documentário Gigantes Da Indústria 'Tomando a Casa Branca' 07 history channel. Disponível em: http://www.youtube.com/embed/rWH_rq_21il

(1) — TALBOTT, John R. Obamanomics: como a economia da justiça pode mudar o mundo / John R. Talbott; tradução Clara A. Colotto e Adriana Colotto.— São Paulo: Saraiva, 2009.

(2) — Procon Goiânia realiza pesquisa de preços de cadeirinhas, assentos de elevação e bebês conforto. Disponível em: <http://www.goiania.go.gov.br/shtml/procon/matriz.shtml?var=67>

A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO EXCLUDENTE SUPRALEGAL DA CULPABILIDADE: ALGUMAS HIPÓTESES E A (NÃO) APLICAÇÃO NOS CASOS DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

PEDRO HENRIQUE NEVES COUTINHO DA SILVA:
Advogado atuante na área de Direito Administrativo Militar, Administrativo e Penal. Graduação: Universidade Federal Fluminense. Áreas de preferência: Penal, Processo Penal, Criminologia, Constitucional e Administrativo.

RESUMO: O artigo objetiva, através de revisão bibliográfica e jurisprudencial, analisar sucintamente o instituto da inexigibilidade de conduta diversa como excludente supralegal de culpabilidade, as hipóteses de maior destaque na doutrina. A pesquisa realizada restringe-se à possibilidade de aplicação nos casos de apropriação indébita previdenciária.

Palavras-chave: Direito Penal. Culpabilidade. Inexigibilidade de conduta diversa. Causa supralegal de exculpação. Apropriação indébita previdenciária.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. 1.2. UM BREVE CONTEXTO HISTÓRICO. 1.3. COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCULPAÇÃO. 1.3.1. O fato (ou cláusula) de consciência. 1.3.2. A desobediência civil. 1.3.3. Provocação de legítima defesa. 1.3.4. O conflito de deveres. 1.3.5. Excesso exculpante. 1.3.6. À apropriação indébita previdenciária aplica-se a inexigibilidade de conduta diversa? 2. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Para a moderna teoria analítica o crime é composto de fato típico, ilícito e culpável. Esta, por sua vez, abarca os seguintes elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa. No presente artigo será analisada a possibilidade de afastar este último elemento da culpabilidade em situações não previstas no Código Penal.

Será apresentada uma sucinta introdução histórica da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exculpação junto com o posicionamento doutrinário relativo ao tema.

Posteriormente serão tratadas criticamente algumas hipóteses suscitadas pela doutrina, como: fato de consciência, excesso exculpante, conflito de deveres, desobediência civil, provocação de legítima defesa.

A pesquisa jurisprudencial se restringiu à apropriação indébita previdenciária e a aplicação do referido instituto, bem como sua (não) aceitação e requisitos. Ressalta-se que a pesquisa foi mais ampla, mas se optou por não incluir outras aplicações, como aos crimes dolosos contra a vida, crime de deserção, porte de arma, falsificação de documentos, pois estenderia demais o objeto do presente trabalho.

1. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

1.2. UM BREVE CONTEXTO HISTÓRICO

A inexigibilidade de conduta diversa como excludente de culpabilidade, antes de ser objeto de estudo doutrinário, surgiu no seio do Tribunal de Cassação de Berlim (*Reichsgericht*) e, segundo consta, a primeira decisão a usá-la data de 23/05/1897^[1], no famoso caso *del Leinenfunger* (cavalo sem rédeas). Conta-se que um cocheiro mandou um empregado seu atrelar um rebelde cavalo a uma de suas carruagens a fim de efetuar serviços habituais. Tendo em vista o forte temperamento e desobediência do animal, o empregado desacatou as ordens de seu patrão, tendo sido por ele repreendido e ameaçado de demissão. Sem escolhas, o empregado acatou a ordem. Contudo, o cavalo saiu em

disparada e se chocou contra um ferreiro que estava na calçada, ocasionando-lhe uma fratura na perna. O Tribunal alemão absolveu o cocheiro, sob o fundamento de que não era exigível dele a perda de seu emprego e sustento[2].

No campo doutrinário, Luiz Jiménez de Asúa resume as transformações ocorridas:

O ponto de partida da doutrina da não exigibilidade como motivo de exclusão da culpa acha-se nas doutrinas de Frank sobre a referência pessoal do autor ao ato; assim como nas concepções normativas da culpabilidade, de J. Goldschmidt. Porém quem edifica com maior extensão a teoria aplicando-a amplamente no dolo, por entender que o que é justo e correto na culpa há de sê-lo também na forma mais grave de culpabilidade foi Freudenthal, em sua famosa monografia de 1922 (tradução livre).[3]

Frank, ao formular a teoria psicológico-normativa da culpabilidade introduziu a ideia de reprovação sobre o dolo e a culpa, que deixavam de ser espécies da culpabilidade e passaram a ser objetos de valoração. Em sua primeira construção doutrinária ele considerava como objetivos do juízo de culpabilidade a posição do sujeito de acordo com as “circunstâncias concomitantes” (circunstâncias influentes no comportamento do agente), e do outro lado, a norma jurídica. De forma mais clara, Frank considerava acontecimentos fora do dolo do agente, mas participantes em sua formação, ou seja, reprovava-se a formação de vontade desencadeadora do ilícito cometido.

A “normalidade das circunstâncias” foi inserida como elemento da culpabilidade, ao lado da imputabilidade, do dolo e da culpa; era, ainda, o elemento responsável tanto pela graduação da culpa (*lato sensu*), quanto pela sua exclusão. Circunstâncias “anormais”, “incomuns”, que impedissem que o agente atuasse de acordo com o direito, inviabilizariam a punição do sujeito, como ocorria no estado de necessidade.

Devido a não aceitação do conceito normativo de “circunstâncias concomitantes” como dado objetivo estranho ao agente, Frank considerou a influência desses acontecimentos sobre a motivação do agente e substituiu a “normalidade das circunstâncias” pela “normal motivação”, ressaltando a formação da vontade do agente[4].

Foi a partir do trabalho desenvolvido por Berthold Freudenthal (*Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, 1922) que se incluiu de fato na culpabilidade um comportamento em conformidade com o direito, sob o fundamento do poder atuar de maneira diferente. Em sua obra ele cita diversos casos em que a jurisprudência alemã se utiliza da tese de inexigibilidade de um comportamento como excludente de culpabilidade. O jurista alemão afirma categoricamente que a exigibilidade de uma conduta deve ser examinada individualmente, em cada caso, e propõe sua aplicação também aos delitos dolosos[5].

Ao longo das várias transformações ocorridas, a doutrina se dividiu quanto à sua incidência. Muitos autores sugerem-na como excludente não só de culpabilidade, mas de antijuridicidade[6][7]. Porém, uma análise dogmática penal acaba por afastar a incidência da inexigibilidade também como excludente de antijuridicidade, porque o juízo de culpabilidade só pode existir posteriormente ao de ilicitude. No momento em que se age em estado de necessidade, por exemplo, o fato típico não é contrário ao ordenamento jurídico. Logo, sendo a culpabilidade a reprovação pessoal pelo injusto penal praticado, não havendo fato injusto por ausência de ilicitude, não há que se falar em afastamento do crime por não ser exigível tal comportamento, porque este é elemento da culpabilidade, que sequer será analisada.

Em relação à natureza jurídica, as doutrinas estrangeira e nacional se dividem. Há certa unanimidade em admiti-la como fundamento de certas dirimentes positivadas, a exemplo da coação moral irresistível (art. 22 do Código Penal). Ao revés, quando tratada como causa supralegal de afastamento da culpabilidade (como princípio), parece haver uma controvérsia infundável. Em geral, os autores positivistas costumam rechaçá-la de imediato.

Heinrich Henkel foi o pioneiro ao consagrar a exigibilidade como princípio regulativo para a determinação concreta dos limites do dever contido no juízo de reprovação. O autor alemão elaborou a diferenciação entre os princípios normativos (aqueles que comportam em si mesmos um juízo de valor, como boa-fé, bons costumes) e os princípios regulativos, que são de caráter formal e carecem de conteúdo valorativo[8].

No Brasil, Néelson Hungria posicionava-se contra excludentes supraleais e a concepção do referido instituto como princípio:

“ Não há causas supra, extra ou meta-legais. A teoria da ‘conduta adequada à realização de um fim reconhecido pelo Estado’, de Von Liszt, ou a do ‘meio justo para um fim justo’ (princípio de justiça) de Graf zu Dohna (inspirada na teoria do direito justo, de Stammler) ou a das ‘normas de cultura’, de M. E. Meyer, não podem ser admitidas de *jure constituto*. (...) As ‘normas de cultura’, do mesmo modo que o ‘princípio de justiça, ou estão apoiadas pela lei, e são normas jurídicas, ou não estão, e redundam em princípios ajurídicos. O supralealismo de Mezger, defendido entre nós por Stevenson, é incompatível com o positivismo jurídico. O que está acima do *hortus clausus* das leis é um ‘nada jurídico’. (...)”

O nosso Código assimilou explicitamente o critério da ‘não exigibilidade’, mas para reconhecer, segundo a maior ou menor premência das circunstâncias, ora uma discriminante, isto é, identificando-a como própria essência do ‘estado de necessidade’ (art.20, *caput*), ora simples minorante (artigo 20, § 2º)[9].”

O próprio pai do finalismo, Hans Welzel, admite a existência de situações em que não pode ser exigido do sujeito atuar conforme o direito, mas afirma que em se tratando de crimes dolosos o direito obriga de maneira mais enérgica que autor se determine de forma adequada. Por isso, não se reconhece nos delitos dolosos um fundamento geral de

desculpa pela não-exigibilidade de um atuar adequado ao direito, por salvaguardar interesses aceitáveis[10].

A inadmissibilidade de se aceitar a não exigibilidade como princípio (causa supralegal de exculpação) tem por primordial argumento a insegurança jurídica e a prevenção geral, sugerindo alguns autores que a sua adoção prejudicaria toda a sistemática da culpabilidade atualmente adotada, sendo desnecessária a busca por uma eximente autônoma de inexigibilidade de conduta diversa, porque esta já teria atendido as suas exigências históricas, por ora, superadas[11].

Em relação à possível impunidade advinda da adoção da não exigibilidade de um comportamento como exclusão supralegal de culpabilidade, o ex-ministro do STJ Assis Toledo[12] aduz brilhantemente:

“ Muito se tem discutido sobre a extensão da aplicação do princípio em foco, entendendo alguns autores que sua utilização deva ser restringida às hipóteses previstas pelo legislador para evitar-se mais uma alegação de defesa que poderia conduzir à excessiva impunidade dos crimes. Não vemos razão para esse temor, desde que se considere a ‘não-exigibilidade’ em seus devidos termos, isto é, não como um juízo subjetivo do próprio agente do crime, mas, ao contrário, como um momento do juízo de reprovação da culpabilidade normativa, segundo o qual, conforme já salientamos, compete ao juiz do processo e a mais ninguém”.

Portanto, acredito que a razão está com Francisco de Assis Toledo e Aníbal Bruno[13] que afirmam sê-la uma causa geral de exclusão da culpabilidade e que tal princípio estaria implícito no Código, indo além das hipóteses tipificadas.

1.3. COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCULPAÇÃO

A doutrina nacional não é muito farta no que se refere às causas de exculpação supraleais. Os que ousam tratar do tema citam: fato (ou

cláusula) de consciência, provocação da situação de legítima defesa, desobediência civil, conflito de deveres e os excessos nas causas de justificação[14], que serão doravante analisadas.

1.3.1. O fato (ou cláusula) de consciência

A decisão de consciência é caracterizada por seu caráter existencial, por um sentimento e dever internos, vinculantes e incondicionais[15]. É produto de decisão moral e assegurado pela garantia constitucional de liberdade de crença e consciência (artigo 5º, inciso VI, da CF/88) e, no ordenamento jurídico brasileiro é facultado à prestação de serviços alternativos no caso de recusa ao serviço militar obrigatório (art.143, §1º da CF/88)[16] e recusa ao serviço do júri (art. 438 do CPP)[17]. A objeção de consciência encontra limitação em outros direitos fundamentais, como: a vida, a liberdade, a integridade ou direitos coletivos (paz interna, estado democrático de direito), pois nenhum direito se reveste de caráter absoluto. Quando em confronto com outros direitos no caso concreto sofre incidência do princípio hermenêutico-constitucional da harmonização (concordância prática ou cedência recíproca).

Leciona Juarez Cirino dos Santos[18]:

“(…) a exculpação do fato de consciência é condicionada à proteção do bem jurídico por uma alternativa neutra: por exemplo, a recusa do pai à necessária transfusão de sangue no filho menor, por motivos religiosos, é suprida por determinação do Curador de Menores ou pela ação do médico, sob estado de necessidade; a recusa do médico, por motivo de consciência, de realizar aborto necessário, é suprida pela ação de outro médico etc. Em nenhuma hipótese o fato de consciência exculpa a efetiva lesão de bens jurídicos individuais fundamentais - como a vida, por exemplo - porque a omissão da ação protetora privaria a vítima de todos os direitos: os pais deixam morrer o filho menor porque sua consciência religiosa impede transfusão de sangue; o médico deixa morrer a paciente porque

sua consciência pessoal não permite realizar aborto. Exceções seriam as chamadas lesões periféricas de bens jurídicos, que preservam a livre decisão da vítima: o marido desaconselha a esposa, por motivos religiosos, a realizar transfusão de sangue”.

Por não haver nenhum dispositivo regulamentando a cláusula de consciência no âmbito penal que os autores sugerem a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa nos casos em que houver violação à norma penal em razão dela.

Há o que se chama de “autoria por convicção”. O agente não desconhece a norma, mas descumpra por um fator interno de consciência religiosa, filosófica[19].

Nas lesões periféricas a conduta seria atípica, pois a decisão da pessoa em perigo é livre (no caso do marido que recomenda a esposa que não faça transfusão de sangue por convicções religiosas). A influência moral não seria capaz de tornar o fato criminoso, pois no exemplo dado a esposa é maior, capaz e dotada de autonomia.

Ainda trabalhando com o exemplo do autor, caso a esposa estivesse inconsciente, sem poder de manifestação e o marido não autorizasse a transfusão, caso os médicos realizassem o fato seria atípico da mesma maneira. Seria a hipótese já mencionada em que há “alternativa neutra” de proteção do bem jurídico. Porém, ocorrendo efetiva lesão a algum bem jurídico individual fundamental haverá crime.

Penso que, por mais que a Constituição Federal e a legislação permitam a invocação da cláusula de consciência para a recusa de prestação de um ou outro múnus público, não há como transportar totalmente esta escusa para o direito penal. O sincretismo cultural da nossa sociedade brasileira comporta inúmeras visões políticas, filosóficas, religiosas e, permitir que as leis penais sejam particularizadas a cada visão de mundo seria torna-las inaplicáveis.

Portanto, conforme explicitado, não vislumbro a objeção de consciência como causa de exculpação havendo, a depender do caso, crime (com a efetiva lesão) ou atipicidade do fato.

1.3.2. A desobediência civil

O maior representante do movimento de desobediência civil foi o advogado Mohandas (Mahatma) Gandhi que, partidário da não-violência, liderou o processo de independência da Índia no começo da década de 1920, com uma greve geral. O ápice do movimento se deu em 1930, quando, violando as leis de monopólio da produção de sal pelos ingleses, Gandhi convocou a população indiana para sua produção independente e, caminhando vários quilômetros, exibiu em suas mãos o sal produzido como símbolo do movimento de resistência ao domínio britânico.

Desobediência civil ou gândhica é aquela que se refere ao direito da sociedade de negar cumprimento às leis ou às ordens ilegítimas[20], por meio de ocupações de prédios públicos, bloqueios de estradas e passeatas, em defesa de questões fundamentais à vida social, comunitária, ao bem comum.

Aponta a doutrina que a exculpação somente será reconhecida quando não houver violência, grave ameaça contra a pessoa, resistência ativa contra a ordem constitucional vigente e a paz pública. Deve ser a desobediência, ainda, fundada na proteção de direitos fundamentais e os danos decorrentes dela juridicamente irrelevantes[21]. O fundamento seria baseado na existência objetiva de injusto mínimo e na relevante motivação subjetiva ou na desnecessidade de prevenção especial e geral, pois que os autores não seriam criminosos e os objetivos de integração e prevenção não poderiam ser cumpridos pela simples intimidação, mas pela solução social dos conflitos.

Isoladamente em relação aos danos causados, penso que o requisito da irrelevância atenderia à própria exclusão de atipicidade por afastamento da tipicidade material (insignificância do bem jurídico lesado). Em relação aos demais crimes, com as exigências já apontadas, haveria a exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de outra conduta contida na desobediência civil.

1.3.3. Provocação de legítima defesa

Com um sumário exame do que seja legítima defesa, o Código Penal brasileiro em seu artigo 25 a prevê como uma causa de justificação, ou seja, excludente da ilicitude da conduta praticada. Age respaldado por ela quem, usando moderadamente os meios necessários repele injusta agressão atual ou iminente a direito seu ou de outros.

Juarez Cirino dos Santos, Assis Toledo e Claus Roxin consideram que a provocação de situação de legítima defesa é passível de exculpação desde que o agente provocador não possa desviar-se da justa agressão do provocado, sob o fundamento de que “a renúncia à vida não pode ser exigida de ninguém” [22]. Exemplificando, João pretende matar Pedro e, para isso, desfere nele um tapa no rosto para criar uma situação na qual seja agredido injustamente e possa revidar, matando-o sob o pretexto de legítima defesa. De acordo com os renomados autores, se João puder desviar da agressão perpetrada por Pedro e não o fizer, sua conduta não será desculpável. Ao revés, se só restar a João a opção de matar Pedro, sua culpabilidade seria afastada pela não exigibilidade de seu comportamento em conformidade com o direito.

Acreditamos que a razão esteja com Muñoz Conde , que afirma:

“quando a agressão foi provocada intencionalmente para logo invocar a legítima defesa (*actio ilícita in causa*), porque mais que de um direito, se trata de um abuso de direito e de uma manipulação do agressor. A impunidade buscada de propósito para matar ou lesionar a alguém é uma ‘perversão’ do direito de defesa ou um abuso desse direito e não pode ser coberta por essa causa de justificação” [23].

Embora o autor espanhol se refira ao não reconhecimento da causa de justificação, o raciocínio deve ser aplicado ao afastamento da culpabilidade, porque reconhecê-la seria caminhar totalmente ao contrário dos fins de justiça inerentes ao instituto. O possível resultado

morte ou lesão deve ser imputado ao agente provocador, cabendo tão somente a análise das circunstâncias para fins de aplicação da pena.

1.3.4. O conflito de deveres

O ordenamento jurídico impõe aos cidadãos determinados deveres (prestar socorro, salvo impossibilidade, sob pena de omissão; evitar o resultado quando em posição de garantidor, etc). Não raro surgem situações em que existe conflito de tais deveres, com o sacrifício de uns bens em prol de outros.

A doutrina costuma apontar as seguintes situações^[24]: a) para evitar a colisão com trem de passageiros, sob o risco de muitas mortes, funcionário da ferrovia desvia trem de carga desgovernado para trilho diferente, causando a morte de alguns poucos trabalhadores; b) um médico que troca o único respirador de um paciente com menores chances de sobrevivência e colocar em um com maiores chances.

Francisco de Assis Toledo adverte que, havendo conflito entre deveres de igual valor, predomina a manutenção da situação preexistente. O médico não poderia, diante de dois pacientes necessitados do socorro, e só dispendo de um único aparelho salvador, cessar o socorro já iniciado em relação a um para instalar o aparelho no que chegou por último, com sacrifício da vida do primeiro^[25].

Penso que ambas as situações hipotéticas (e os conflitos de deveres) devem ser resolvidas no campo da antijuridicidade. No caso “a” o bem jurídico vida está em jogo, variando apenas no aspecto quantitativo. Embora um tanto utilitarista a conclusão a que se chega é que o sacrifício de bem jurídico menor (alguns trabalhadores) para salvar um maior (trem com centenas de passageiros), em uma situação não criada pelo funcionário que fez a árdua opção atende aos requisitos do estado de necessidade (art. 24, *caput*, do CP).

Em “b”, haveria o mesmo tratamento, porque o nosso código penal adotou a teoria unitária, que permite o sacrifício de bem de igual ou menor valor àquele salvo. Assim, os casos apontados devem ser resolvidos em sede de ilicitude, não de culpabilidade.

Havendo sacrifício de bem jurídico maior para salvaguardar bem menor, a depender do caso, a culpabilidade pode ser afastada pela inexigibilidade de outra conduta (como estado de necessidade exculpante, supralegalmente), como por exemplo um guia de alpinismo que abandona dez pessoas à morte certa para salvar seu filho que também corre perigo de morrer. Dez vidas são superiores a uma vida, porém, não é razoável exigir de um pai o perecimento do filho[26].

Juarez Cirino dos Santos reconhece, ainda, no conflito de deveres a tese da co-culpabilidade do Estado. Quando as condições de existência social adversas deixam de ser a exceção transitória para ser a regra constante da vida das massas excluídas e miserabilizadas pelo sistema, então o crime pode transformar-se numa resposta normal dos sujeitos em situação social anormal. A tese abarca uma valoração compensatória da responsabilidade de indivíduos diminuídos pelas condições sociais determinados por uma anormal motivação da vontade. O Estado renuncia ao dever de punição por ter deixado de cumprir com seus deveres essenciais e basilares de assistência social às classes necessitadas[27].

1.3.5. Excesso exculpante

Exceder é ultrapassar, ir além de determinada barreira ou limite. O Código Penal vigente após disciplinar as causas de justificação prevê no parágrafo único do artigo 23, sob a rubrica “excesso punível” que “ o agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”. É possível afirmar que age em excesso quem ultrapassa os limites das causas de justificação.

Aponta a doutrina que o excesso pode ser: doloso/consciente ou culposo/inconsciente[28] e exculpante. No excesso doloso o agente percebe que a situação de defesa cessou e decide continuar agindo, agora de forma ilícita, ou atua em erro quanto aos limites ou extensão da causa de justificação (erro de proibição indireto – art. 21, *caput*, do CP). Em sendo culposo/não intencional, o agente ou avaliou mal a situação e incorreu em erro (art. 20, § 1º do CP) ou agiu negligentemente, desatento e, mesmo visando um meio necessário, extrapolou os limites legais.

Exculpante é o excesso que decorre de alteração significativa de ânimo, de enorme abalo, surpresa, em decorrência de uma determinada situação. Nestes casos diz-se que a culpabilidade é afastada, porque não se poderia nas circunstâncias do caso exigir uma postura conforme e a norma penal. Algumas legislações tratam esta dirimente de forma abrangente e outras restringem-na ao excesso na legítima defesa, como o Código Penal português, que prevê em seu artigo 33, 2 que *“o agente não é punido se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto, não censuráveis”*. Do mesmo modo o Código Penal Alemão prevê em seu § 33[29] que se o autor excede os limites da legítima defesa por confusão, temor ou medo, então não será castigado.

Especificamente em relação à legítima defesa importante a advertência feita por Muñoz Conde ao se referir ao medo insuperável: *“nesta eximente podem ser incluídos alguns casos de excesso na legítima defesa, quando aquele que se defende ultrapassa os limites dela, por uma situação de medo, mas não quando inexistente agressão injusta ou esta já tenha cessado”*[30].

Já o Código Penal Espanhol trata da eximente de maneira mais ampla. O artigo 20, 6º isenta de pena quem age estimulado por um insuperável medo. Santiago Mir Puig, com maestria, discorre sobre o tema:

“O espaço próprio da eximente do medo insuperável só se encontra entendendo a eximente 6ª do art. 20 como uma causa de inexigibilidade, distinta tanto das que excluem a imputabilidade – como o transtorno mental transitório – como do estado de necessidade do art. 20, 5º. (...).

Já que, como se viu, a presente eximente não se deve entender como causa de imputabilidade, o medo não tem por que chegar a constituir uma situação subjetiva, cuja vivência prive o sujeito de sua lucidez ou força de vontade ao modo de uma espécie de transtorno mental transitório. Medo não há de se

entender como terror. Basta que concorra um temor insuperável. (...).

Será insuperável em sentido estrito, quando não se puder suportar sua pressão motivadora nem se deixar, portanto, de realizar sob seu efeito a conduta antijurídica. (tradução livre). [31]”.

No Brasil existe previsão expressa no Código Penal Militar (art.45, parágrafo único). Sob a rubrica de excesso escusável, determina: “*não é punível o excesso quando resulta de escusável medo, surpresa, ou perturbação de ânimo em face da situação*”.

Código Penal de 1969, que nunca entrou em vigor, tinha previsão idêntica à do COM. A reforma 1984 não tratou do tema, mas não significa que no caso concreto em que haja uma situação de excesso na legítima defesa ou estado de necessidade fundados em um medo descomunal o agente não possa ser isentado de culpa invocando-se o princípio da inexigibilidade de conduta diversa ou aplicando o Código Penal Militar por analogia *in bonam partem* para suprir a lacuna normativa.

1.3.6. À apropriação indébita previdenciária aplica-se a inexigibilidade de conduta diversa?

A contribuição previdenciária é uma espécie de tributo (art. 195 da CF/88) com finalidade específica e, por conseguinte, o produto de sua arrecadação tem uma destinação vinculada. O código penal, em seu art.168-A tipifica a conduta de não repassar aos cofres públicos os valores recolhidos a título de contribuição previdenciária:

“ Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, o prazo e forma legal ou convencional:

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

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, terceiros ou arrecadada do público;

II – recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III – pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

O tipo penal em comento é omissivo próprio, somente se admitindo a modalidade dolosa das condutas de “deixar de repassar”, “deixar de recolher”, “deixar de pagar” e, segundo a doutrina majoritária, independe de especial finalidade de fraudar a Previdência Social[32]. A pesquisa jurisprudencial realizada no âmbito dos cinco Tribunais Regionais Federais demonstrou a possibilidade de afastar o crime de apropriação indébita com base na inexigibilidade de conduta diversa. Confira-se:

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. DIFICULDADES FINANCEIRAS DA PESSOA JURÍDICA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUCTA DIVERSA. ABSOLVIÇÃO. SENTENÇA REFORMADA. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Apesar de ter restado demonstrada a materialidade e a autoria do delito imputado aos acusados, ora apelados, verifica-se que o não recolhimento da contribuição previdenciária em discussão, deveu-se às dificuldades financeiras por que passava a pessoa jurídica em questão.

2. **É de se ter por demonstrada as dificuldades financeiras por que passava a pessoa jurídica Palmer Indústria e Comércio de Alimentos Ltda., pelo que se entende**

dever ser reformada a v. sentença apelada, diante do fato de não poder ser exigida dos acusados, ora apelantes, conduta diversa.

Assim, merece reforma a v. sentença apelada para absolver os apelantes da prática da conduta delituosa que lhes foi imputada na denúncia, com fundamento no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

3. Sentença reformada. Apelação provida.

(TRF-1 - ACR: 200738010060652 MG 2007.38.01006065-2, Relator: Desembargador Federal Italo Fioravanti Sabo Mendes, Data de Julgamento: 04/02/2014, Quarta Turma, Data de Publicação: e-DJF1 p.105 de 20/02/2014). (Grifo meu).

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. CRISE FINANCEIRA. RECURSO PROVIDO. I - Apropriação indébita previdenciária. Materialidade e autoria bem demonstradas. Inexigibilidade de conduta diversa. **Dificuldades financeiras fincadas em boa base documental apontando atraso no pagamento de salários. Causa supralegal de exclusão da culpabilidade.** II - Recurso provido.

(TRF-2 - ACR: 200451050009567 RJ 2004.51.05.000956-7, Relator: Juiz Federal Convocado Marcello Ferreira de Souza Granado, Data de Julgamento: 25/08/2010, Primeira Turma Especializada, Data de Publicação: E-DJF2R - Data::20/09/2010 - Página::59). (Grifo meu).

PENAL E PROCESSO PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ARTIGO 168-A DO CÓDIGO PENAL. CONSTITUCIONALIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADOS. DOLO

PRESENTE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. ABSOLVIÇÃO. APELO PROVIDO. 1. Não há violação ao princípio da isonomia pelo art. 168-A do Código Penal em face do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, uma vez que as normas tutelam bens jurídicos diversos e as condutas têm potencialidade lesiva muito desigual, o que justifica diferença dos preceitos secundários dos tipos penais, não sendo o momento processual adequado para sustentar a inconstitucionalidade do preceito. 2. Os diversos documentos que instruem os autos comprovam a materialidade delitiva que, ademais, é inconteste. 3. Autoria atestada pelo interrogatório e cópias dos instrumentos particulares de constituição da sociedade. 4. O elemento subjetivo do tipo descrito no artigo 168-A do Código Penal é o dolo genérico, assim entendido a vontade livre e consciente de descontar contribuição previdenciária da folha de salário dos empregados e deixar de repassar os valores à Previdência Social, o que esteve demonstrado nos autos. **5. Existência de provas substanciais quanto à alegada dificuldade financeira da empresa, no período em que foi administrada pelo apelante, reconhecendo-se a causa excludente de sua culpabilidade, qual seja, inexigibilidade de conduta diversa.** 6. Recurso a que se dá provimento para absolver o réu da imputação contida na denúncia, com supedâneo no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

(TRF-3 - ACR: 7859 SP 0007859-27.2003.4.03.6181, Relator: Desembargador Federa José Lunardelli, Data de Julgamento: 15/10/2013, Primeira Turma). (Grifo meu).

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. COOPERATIVA. Diante da completa inatividade da cooperativa gerida pelos

réus, resta absolutamente prejudicado o ciclo produtivo e, por conseguinte, as condições de recolher contribuições sociais regularmente, devendo, pois, ser prestigiada a sentença absolutória que reconheceu a inexigibilidade de conduta diversa.

(TRF-4 - ACR: 7107 RS 5003309-62.2010.404.7107, Relator: Paulo Afonso Brum Vaz, Data de Julgamento: 20/06/2012, Oitava Turma, Data de Publicação: D.E. 25/06/2012).

PENAL E PROCESSO PENAL. ART. 168-A C/C ART. 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE COMPROVADA. EMPRESA ENFRENTAVA DIFICULDADES FINANCEIRAS, TENDO QUE OPTAR ENTRE PAGAR OS FUNCIONÁRIOS OU REPASSAR AS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS À PREVIDÊNCIA SOCIAL. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. ABSOLVIÇÃO NOS TERMOS DO ART. 386, VI, DO CPP. RECURSO NÃO PROVIDO.

1 - Aduz o apelante, em síntese, que o único fundamento para a absolvição do réu - o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa, causa supralegal da exclusão da culpabilidade -, não condiz com os fatos apurados nos autos. Isto porque, muito embora tenha Valmir Francisco alegado que o aumento da concorrência no mercado e a diminuição dos lucros da empresa o levaram a optar entre o repasse das contribuições previdenciárias ou o pagamento dos funcionários e a própria manutenção da atividade empresária, o acusado não obteve êxito em comprovar a desfavorável conjuntura econômico-financeira.

2 - Os documentos acostados aos autos comprovam a dificuldade financeira da empresa

GÁS MOTORS DO BRASIL LTDA. até os dias atuais, confirmando os apontamentos levantados pelo réu em seu interrogatório. O denunciado também apresentou uma gama de comprovantes de demandas trabalhistas ajuizadas em desfavor da empresa, sendo a maioria delas datadas entre os anos de 2004 a 2011. 3 - **É plausível aceitar que as consequências de uma crise financeira apareçam em momento posterior à própria crise, haja vista o lapso temporal necessário para que surjam demandas contra a empresa, tais como reclamações trabalhistas, protestos, penhoras, entre outras.** Ademais disso, além de ter o réu confessado não ter repassado as contribuições sociais à Previdência Social, embasando-se na inexigibilidade de conduta diversa, e juntado documentação comprovando a situação financeira da empresa, o débito existente foi devidamente executado junto à 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, cujo escopo é a satisfação do crédito tributário, não restando caracterizado prejuízo ao erário. 4 - **Aplicação da exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa e absolvição do réu,** nos termos do art. 386, VI, do Código de Processo Penal; 5 - Recurso não provido.

(TRF-5 - ACR: 200684000089520 AL , Relator: Desembargador Federal Lázaro Guimarães, Data de Julgamento: 20/01/2015, Data de Publicação: 29/01/2015, Quarta Turma). (Grifo meu).

Apesar de não haver fórmula apriorística capaz de abarcar todas as situações de incidência, alguns critérios objetivos podem ser exigidos a fim de não banalizar o instituto e criar insegurança jurídica.

É primordial que haja prova cabal da péssima situação financeira da empresa a ponto de o(s) sócio(s) não terem outra alternativa que não a falta de repasse daquela verba destinada à Previdência Social. Além disso devem estar presentes alguns requisitos, como: a) má situação financeira não decorrente de gestão temerária, fraudulenta, de qualquer espécie de crime; b) a apropriação indevida dos valores seja utilizada no pagamento dos empregados e/ou para manter funcionamento da empresa; c) a situação financeira precária possa ser documentalmente comprovada, através de qualquer demonstrativo contábil (balancete de verificação, por exemplo).

Penso ser dispensável a comprovação de que a precária situação financeira tenha causa externa, bastando que não seja oriunda de crime[33]. Isto porque não há fórmula semelhante à do estado de necessidade, de que o perigo não possa ter sido criado pelo agente.

Caso derive de fatores externos, como políticas governamentais ou crises macroeconômicas, ousou sustentar o afastamento da ilicitude da conduta pelo estado de necessidade justificante, sobretudo quando a apropriação indébita objetivar o pagamento de um ou mais funcionários. Neste caso em específico haveria o sacrifício de um bem jurídico de menor valor (seguridade social) em prol de um bem jurídico de maior valor (pagamento dos empregados). Interpretação conjunta do art. 186 do CTN[34] com o princípio da função social da empresa e o artigo 170 da CF/88 permite concluir pela razoabilidade do sacrifício para atender ao débito trabalhista.

2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço das doutrinas pós-positivas reacende a discussão a respeito da inexigibilidade de conduta diversa como excludente supralegal de culpabilidade e sua função principiológica.

A busca bibliográfica trouxe algumas hipóteses de aplicação do referido instituto com o escopo de afastar a culpabilidade e, conseqüentemente, tornar o fato não criminoso (segundo a doutrina majoritária). O conflito de deveres e alguns aspectos da desobediência

civil podem ser discutidos nos campos do afastamento da tipicidade e da antijuridicidade.

Em relação à pesquisa realizada, a jurisprudência tem aceitado a aplicação do instituto aos crimes de apropriação indébita previdenciária, mediante cabal comprovação de má situação financeira da empresa e de que os recursos apropriados indevidamente estão sendo revertidos para a manutenção da empresa e/ou o pagamento dos trabalhadores. A depender da causa da crise na empresa, conclui-se que pode haver um afastamento da ilicitude por estado de necessidade ou da culpabilidade com base na inexigibilidade de outro comportamento.

Diante de todo o exposto conclui-se que a inexigibilidade de conduta diversa tem natureza principiológica, porque funciona como mandamento nuclear da culpabilidade e possui caráter geral, com grau elevado de abstração, não se esgotando nas dirimentes positivadas.

REFERÊNCIAS

ASÚA, Luiz Jiménez de. *El criminalista*. t. 2. Buenos Aires: Argentina, 1950.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*, tomo II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CONDE, Francisco Muñoz. *Teoría Geral do Delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Frabris, 1988. Tradução de *Teoría general del delito*.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal – Parte Especial*. 6ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Low. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004.

FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*. Trad. José Luis Guzman Dalbora. Buenos Aires: Julio César Faira, 2003.

GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Trad. Margarethe de Goldshmidt e Ricardo C. Núñez. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 18ª Ed. Niterói: Impetus, 2016.

HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Trad.

José Luis Guzman Dalbora. Buenos Aires: Julio César Faira, 2005.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal – Parte Geral*, volume 1. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal, t.I*. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, v. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

MASSON, Cléber. *Direito Penal Esquemático*, v.1. 9ª ed. São Paulo: GEN, 2015.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v.2. 4ª ed. São Paulo: RT, 2005.

PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal – Parte general*. 7ª ed. Buenos Aires: Júlio Cesar Faira, 2005.

RODRIGUES, Cristiano. *Teorias da Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte general*. Tomo 1. Fundamentos. La estructura de la teoría do delito. Trad. e notas Diego Manuel Luzón Pena e outros. Madri: Civitas, 2000.

ROXIN; ARZT; TIEDEMANN. *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*. Barcelona: Ariel, 1989.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 15ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1998.

TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: RT, 1980.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal*. 4ª ed. Saraiva: Rio de Janeiro, 1991.

VELO, Joe Tennyson. *O juízo de censura penal: o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

VELOSO, Roberto Carvalho. Crimes tributários e inexigibilidade de conduta diversa. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4185, 16dez. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31626>>. Acesso em: 01 jan. 2017.

WELZEL, Hans; *Direito Penal*. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003. Tradução de *Strafrechts*.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da inexigibilidade de conduta diversa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOTAS:

[1] YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da inexigibilidade de conduta diversa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

p. 36-37.

[2] Ibidem.

[3] ASÚA, Luiz Jiménez de. *El criminalista*. t.2. Buenos Aires: Argentina, 1950. p. 329-330.

“El punto de arranque da la doctrina de la no exigibilidad, como motivo de exclusión da la culpa se halla en las doctrinas de Frank sobre la referencia personal del autor al acto; así como em las concepciones normativas de la culpabilidad, de J. Goldschmidt. Pero quien edifica com más extensión la teoria aplicándola ampliamente en el dolo, por entender que ló que es justo y correcto em la culpa habría de serlo también em la más grave forma de culpabilidad, fué Freudenthal, em su famosa monografía de 1922”.

[4] VELO, Joe Tennyson. *O júizo de censura penal: o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 41.

[5] FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*. Trad. José Luis Guzman Dalbora. Buenos Aires: Julio César Faira, 2003. p. 29-30 e 77-90.

[6] José Frederico Marques afirma que “em determinadas situações, a inexigibilidade de outra conduta torna esta lícita, excluindo assim a antijuridicidade do fato típico: é o que ocorre com

o estado de necessidade, o qual existe, consoante se vê do artigo 20, do Código Penal, quando não era razoável exigir-se do agente, o sacrifício de direito próprio ou alheio. Disto se infere que no direito pátrio, quando a ordem jurídica não pode exigir do indivíduo outra conduta, esta pode tornar-se lícita, ou não culpável”. MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, v. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1965., p. 225.

[7] Para Paulo César Busato as causas supralegais de justificação e exculpação são tratadas como permissões fracas e afastam a pretensão da ilicitude BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 485.

[8] HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Trad. José Luis Guzman Dalbora. Buenos Aires: Julia César Faira, 2005.

[9] HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1949. p. 199-202.

[10] WELZEL, Hans; *Direito Penal*. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003. Tradução de *Strafrechts*.p. 255-257.

[11] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 627.

[12] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal*. 4ª ed. Saraiva: Rio de Janeiro, 1991. p.329.

[13] BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*, tomo II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 101-106.

[14] DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.p. 426 – 429 e SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014. p. 332.

[15] ROXIN, Strafrecht, 1 997, § 22, n . 109- 111 , p. 872-873, e n . 115- 116, p. 874-875. *Apud* SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op.cit.*, 332.

[16] CF/88: Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

§ 1º Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar

[17] CPP: Art. 438. A recusa ao serviço do júri fundada em convicção religiosa, filosófica ou política importará no dever de prestar serviço alternativo, sob pena de suspensão dos direitos políticos, enquanto não prestar o serviço imposto.

[18] *Ibidem*, p. 333.

[19] GREGO, Rogério. *Op. Cit.* p. 544.

[20] SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 15ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1998.

[21] DOTTI, René Ariel. *Op.cit.* 428.

[22] DOTTI, René Ariel. *Op.cit.*, p. 428; ROXIN, Claus. *Strafrecht*, 1997, § 22, n.100, p. 865 *Apud* SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op.cit.*, 334.

[23] CONDE, Francisco Munõz; BITENCOURT. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000. *Apud* GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte geral*. 18ª Ed. Niterói: Impetus, 2016. p. 450.

[24] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 335-336.

[25] TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. Cit.* p. 187-188.

[26] BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2008. *APUD* BUSATO, Paulo César. *Op.cit.* p. 516

[27] *Ibidem*, p. 337-338.

[28] JESUS, Damásio de. *Direito Penal – Parte Geral*, volume 1. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 408 – 409.

[29] § 33. Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schercken, so wird er nicht bestraft.

[30] CONDE, Francisco Muñoz. *Op. cit.*, p. 165.

[31] PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal – Parte general*. 7ª ed. Buenos Aires: Júlío Cesar Faira, 2005. p. 598- 600. *“El espacio propio de la eximente de miedo insuperable sólo se encuentra concibiendo la eximente 6ª del art.20 como una causa de inexigibilidad, distinta tanto de las que excluyan la imputabilidad – como el trastorno mental transitório – como del estado de necesidad del art. 20, 5º. (...) Puesto que, como se há visto, la presente eximente no debe entenderse como causa de inimputabilidad, el miedo no tiene por qué llegar a consistir em uma situación subjetiva, cuya vivencia prive al sujeto de su lucidez o fureza de voluntad, al modo de uma espécie de trastorno mental transitório. Miedo no há de entenderse como ‘terror’. Basta que concurra um temor insuperable. (...) Será insuperable em sentido estricto, cuando no pueda superarse su presión motivador ni dejarse, por tanto, de realizar bajo su efecto la conducta antijurídica”*.

[32] Por todos: CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal – Parte Especial*. 6ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 168 e STJ, AgRg no REsp 1265636/SP, 18/02/2014.

[33] Em sentido contrário VELOSO, Roberto Carvalho. Crimes tributários e inexigibilidade de conduta diversa. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4185, 16dez. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31626>>. Acesso em: 01jan. 2017.

[34] CTN, art. 186: *o crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho*.

A UTILIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO ATRAVÉS DA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 769 DA CLT EM RELAÇÃO AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ARTHUR MARCEL BATISTA GOMES: Bacharel em Direito pela UFPE (2014), Servidor Público Federal.

Resumo: O presente trabalho tem por escopo explorar o tema da utilização subsidiária e/ou suplementar do processo civil no processo do trabalho. Dessa forma, o tema abordado remete a lacunas do sistema jurídico bem como às previsões constantes no artigo 769 da CLT e 15 do CPC/15. Para tal, foram utilizados teóricos tanto da filosofia do direito, a fim de estruturar a questão da existência de lacunas no ordenamento jurídico bem como doutrinadores da área do direito processual trabalhista e civil. A utilização da jurisprudência como forma de observar o comportamento dos tribunais (principalmente do Tribunal Superior do Trabalho) frente aos casos concretos também foi recorrente no estudo. Portanto, objetiva-se realizar uma sucinta abordagem das correntes que dão suporte à utilização do direito processual civil como recurso subsidiário e suplementar ao direito processual do trabalho, seus fundamentos e inserção no debate jurídico.

Palavras-chave: subsidiário, suplementar, processo civil e processo do trabalho

1 Introdução

O direito processual do trabalho prevê no artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que, em havendo omissão desse diploma, será possível a utilização do direito processual civil como fonte subsidiária para suprir os vazios da legislação laboral, excetuando os casos em que houver

incompatibilidade entre as normativas do processo civil e do processo trabalhista. Ao passo que o Novo Código de Processo Civil (CPC/2015) prevê em seu artigo 15 a possibilidade de servir de forma subsidiária e supletiva ao Processo do Trabalho, dispositivo esse inexistente no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973). Percebe-se que existem pontos críticos e observáveis em uma hermenêutica desses dois dispositivos a respeito das lacunas no direito processual do trabalho.

Portanto, o exercício interpretativo desses dois dispositivos diante de casos concretos envolvem questões que vão desde a necessidade de um direito processual trabalhista específico, diante de demandas especializadas em conteúdo laboral (afinal, a justiça do trabalho tem uma função bastante delimitada diante da justiça comum), até a funcionalidade de um novo Código de Processo Civil que aparece priorizando tanto a efetividade da tutela jurisdicional quanto a desburocratização de institutos que serviam como obstáculos à obtenção da demanda material, sem perder de vista princípios básicos como o da segurança jurídica.

A utilização subsidiária e/ou suplementar do Processo Civil como método interpretativo nos casos omissos do Processo do Trabalho envolve desse modo, pontos controversos que necessitam ser analisados. Nesse sentido, a presente pesquisa estará centrada no diálogo entre esses dois dispositivos interpretativos, o artigo 769 da CLT bem como o artigo 15 do CPC/2015. Não está a se descartar assim outros dispositivos que por ventura venham a incrementar as possibilidades de utilização do Processo Civil de forma subsidiária e suplementar ao Processo do Trabalho, mas há o foco nesses dois pontos dogmáticos por compreender que são desses que irradiam os princípios norteadores da hermenêutica de um eventual método interpretativo de preenchimento de lacunas no processo trabalhista.

Desse modo, uma vez estabelecido o local das lacunas dentro do direito dogmaticamente organizado, parte-se para a previsão específica do artigo 769 da CLT em consonância com o artigo 15 do CPC/15. Ao realizar a análise dentro desse corte

epistemológico, serão utilizadas fontes da doutrina processualística tanto laboral quanto civilista. Além de entendimentos jurisprudenciais a respeito do assunto, afinal, será considerado no decorrer da pesquisa que a questão das lacunas no direito se dá principalmente nos momentos de decisão/interpretação de casos concretos.

Logo, tem-se por objetivo genérico realizar, no presente estudo, um levantamento das principais correntes que dão suporte à utilização do direito processual civil como recurso subsidiário e/ou complementar ao direito processual do trabalho, seus fundamentos e inserção no debate jurídico. Além de identificar na doutrina processualista civil e trabalhista os debates acerca do alcance que as lacunas da CLT implicam na utilização do direito processual comum à esfera laboral; bem como a repercussão do debate na jurisprudência, com especial atenção às decisões do Tribunal Superior do Trabalho, tendo em vista a força dos precedentes judiciais oriundos dos tribunais superiores.

O estudo ora em questão, então, mostra-se necessário, uma vez que revela-se imperativa uma apreciação de como interagem as diversas vertentes a respeito da utilização do processo civil de forma subsidiar e complementar no processo do trabalho, e identificar se existe alguma que disponha de posição hegemônica.

2 Os diálogos possíveis/existentes entre o artigo 769 da CLT e o artigo 15 do CPC/2015: a construção interpretativa na utilização do processo civil de forma subsidiária e complementar no processo do trabalho.

2.1 A existência de lacunas no ordenamento jurídico e a previsão do artigo 769 da CLT

Inadmitindo-se o dogma da completude do sistema jurídico, tem-se em questão, como o intérprete deve proceder a casos de lacunas jurídicas. Nesse sentido, aborda-se a previsão estabelecida no artigo 769 da CLT. Porém, antes de inter-relacionar diretamente a teoria das lacunas jurídicas ao processo do trabalho,

vale introduzir as fontes e a função do processo do trabalho no ordenamento jurídico.

Primeiramente, destaca-se a autonomia da dogmática processualista frente a material, o que não implica dizer que estão ambas dissociadas. Desse modo, o direito processual do trabalho está regido por um tronco estrutural, qual seja, a teoria geral do processo:

(...) a teoria geral do processo permite, a um só tempo, o livre transito de ideias entre os diversos ramos do direito processual, propiciando uma fonte permanente de atualização dos diferentes subsistemas processuais, bem como as noções gerais das finalidades do direito processual. (LEITE, 2010, p. 40).

A respeito das fontes do direito processual do trabalho, adota-se a classificação realizada por Carlos Henrique Leite em fontes materiais e fontes formais diretas/indiretas/de explicitação. As fontes materiais são aquelas que emergem do próprio direito material do trabalho, logo, aquelas oriundas das relações sociais. Já as fontes formais são as que estão positivadas no ordenamento jurídico e se subdividem em fontes formais diretas (as que abrangem a lei em sentido genérico – incluindo atos normativos e administrativos editados pelo Poder Público – e o costume); fontes formais indiretas (aquelas extraídas da doutrina e da jurisprudência); e fontes formais de explicitação (fontes integrativas tais como a analogia, os princípios gerais de direito e a equidade). (LEITE, 2010, p. 48-49).

Para o presente estudo e conforme a referida classificação, as fontes formais de explicitação se destacam. Isso porque, as fontes integrativas uma vez assim consideradas, servem como critério de decibilidade para o intérprete em casos de lacuna no ordenamento jurídico. Para além das fontes de explicitação já

consideradas, na CLT, fonte formal direta básica do direito processual do trabalho, existe a previsão do artigo 769:

Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

Tal dispositivo trata de critério previsto pelo próprio código para sanar/colmatar eventuais casos de lacunas, utilizando de maneira subsidiária legislação já existente de forma sistemática no ordenamento jurídico. Ou seja, o próprio código prevê critérios válidos para decidir qual norma deve ser aplicada em casos de lacuna, deixando para que o intérprete, uma vez identificando a omissão do direito processual trabalhista (inexistência de previsão), utilize de forma subsidiária o direito processual comum. Esse dispositivo pode ser também associado à previsão mais específica do artigo 889 da CLT, veja-se:

Art. 889 - Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.

Ambos os artigos preveem a mesma técnica para solucionar a questão da existência de lacunas no ordenamento jurídico, qual seja, a utilização do critério de aplicação subsidiária de legislação comum frente a casos de omissão do direito processual do trabalho. De acordo com André Luiz Paes de Almeida (2010), a aplicação subsidiária de legislação comum aos casos omissos na CLT já é um princípio consagrado no processo do trabalho. Acontece que a utilização subsidiária prevista no artigo 769 da CLT só ocorrerá caso os seguintes requisitos sejam preenchidos: a) omissão do direito processual do trabalho; b) compatibilidade com os princípios do processo do trabalho. Ou seja, não será em todos os casos de

lacunas no processo do trabalho que haverá a aplicação da legislação comum de forma subsidiária. Nesses termos, a previsão de condições para a aplicação da legislação comum de forma subsidiária ao processo do trabalho foi necessária principalmente pelo viés da especialidade^[1] que o direito do trabalho tem em relação à justiça comum: exige-se do interprete uma postura comprometida com o direito material do trabalho. Carlos Henrique Leite ainda complementa:

Dai a necessidade de uma cláusula de contenção das normas do processo civil, o qual somente seria aplicado subsidiariamente em duas situações: existência de lacuna no sistema processual trabalhista e compatibilidade da norma a ser transplantada com os seus princípios peculiares (CLT, art. 769). Afinal, quando o art. 769 da CLT foi editado (1943), o 'direito processual comum', que poderia ser utilizado como 'fonte subsidiária' do processo do trabalho, era o Código de Processo Civil de 1939. (LEITE, 2010, p. 97).

A necessidade de observação das condições expostas para a incidência do art. 769 da CLT foi utilizada enquanto argumento para afastar, por exemplo, a aplicação do artigo 475-J do CPC/1973 ao processo trabalhista. Esse dispositivo prevê em legislação comum a aplicação da multa de dez por cento sobre o valor da condenação em caso de não pagamento pelo devedor no prazo de quinze dias. Após muitas discussões em torno do tema, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) estabeleceu a tese de que o artigo 475-J do CPC/1973 só poderia ser aplicado caso houvesse omissão (lacuna) na legislação processualista trabalhista, o que não é o caso. Segue:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA

DA LEI Nº 13.015/2014. FASE DE EXECUÇÃO. MULTA PREVISTA NO ARTIGO 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO. Agravo de instrumento a que se dá provimento para determinar o processamento do recurso de revista, em face de haver sido demonstrada possível afronta ao artigo 5º, LIV, da Constituição Federal. RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. FASE DE EXECUÇÃO. MULTA PREVISTA NO ARTIGO 475-J DO CPC/1973. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO. Ressalvado o meu posicionamento quanto ao tema, de acordo com a jurisprudência prevalecente desta Corte, **a multa prevista no artigo 475-J do CPC/1973 não se aplica ao processo do trabalho, já que a CLT não é omissa e possui disciplina própria, consubstanciada nos seus artigos 880 e seguintes, que estabelecem a garantia da dívida por depósito ou pela penhora de bens bastantes ao pagamento da condenação. Precedentes.** Recursos de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (RR-477-56.2011.5.01.0043, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 08/06/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/06/2016)[2].

Nesses termos, o conceito de subsidiariedade, por sua vez, está associado na doutrina processualista trabalhista à aplicação da legislação comum quando as leis do direito do trabalho (na CLT ou em leis extravagantes) não preveem específico instituto processual. Esses casos de utilização subsidiária poderiam ser constatados na

utilização de tutelas de urgência, ação recisória, ordem preferencial de penhora, hipóteses legais de impenhorabilidade, etc. (SCHIAVI, 2016, p. 156). Ou seja, havendo o instituto na doutrina processual trabalhista, a legislação comum deverá ser afastada. Assim, observa-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FINALIDADE. **A teor do que dispõe o artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao Processo Trabalhista (art. 769 da CLT)**, os Embargos de Declaração somente se prestam a sanar omissão, obscuridade ou contradição da decisão hostilizada. Embargos Declaratórios aos quais se nega provimento. (ED-ROAR - 268165-35.1996.5.08.5555 , Relator Ministro: Valdir Righetto, Data de Julgamento: 28/03/2000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 28/04/2000)

RECURSO DE EMBARGOS. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MULTA. PRESSUPOSTO. OBJETIVO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. NÃO- RECOLHIMENTO. Esta SBDI-1 vem-se pronunciando no sentido de que o não recolhimento da multa por litigância de má-fé, aplicada com base no artigo 18 do CPC, não pode ser exigido como pressuposto objetivo de admissibilidade recursal, porque **no processo do trabalho as custas estão reguladas pelo artigo 789 da CLT e incisos, não se admitindo a aplicabilidade de forma subsidiária de normas de direito processual comum, em especial a norma do artigo 35 do CPC.** Recurso de Embargos não conhecido. (RR - 635500-13.2003.5.12.0035 , Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento:

22/10/2007, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 30/11/2007)

2.2 O artigo 769 da CLT em consonância com o artigo 15 do CPC/2015

Havendo a existência do critério previsto no artigo 769 da CLT para os casos de omissão na legislação processual trabalhista, ou seja, nas situações de lacunas jurídicas, tem-se que o Código de Processo Civil é uma das principais fontes ao qual se recorre para suprir tal demanda. Nesse sentido, com a aprovação e sanção do Projeto do Código Civil, tornando-se Lei n.13.105/15, de 16.3.2015, publicada em 17.3.2015, com vigência inicial para 17 de março de 2016 (art. 1.045, do CPC), há uma necessária revisão da aplicação do artigo 769 da CLT bem como dos novos institutos e dispositivos que o CPC/2015 prevê. Anterior a tal revisão, observa-se a orientação que esse novo código de processo civil segue.

Em Teoria Geral do Processo, tem-se que “(...) as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo em empírico, por meio de um processo.” (SCHIAVI, 2016, p. 158). Foi nesse contexto que o Projeto do Novo Código de Processo Civil se estruturou: tem por escopo garantir maior celeridade, justiça e muito menos complexidade. Desse modo, muitos institutos dogmáticos foram repensados a fim de atualizar a doutrina processual civilista, e que, por serem utilizados também de forma subsidiária ao processo do trabalho, há impactos nesse campo:

Há muitos impactos da nova legislação nos sítios do processo trabalhista. (...) de outro lado há um estimulante desafio: utilizar o novo CPC também como forma de transformar o direito do trabalho em algo mais célere, justo e efetivo. (SCHIAVI, 2016, p. 159).

Relativo à questão de lacunas jurídicas, o CPC/2015 traz uma inovação não constante no código de 1973 e que afeta objetivamente a utilização desse no processo do trabalho em casos de lacunas. A disposição está colocada no artigo 15 do CPC/2015, veja-se:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Observa-se que o dispositivo inova ao prever que o CPC além de servir como fonte subsidiária para colmatar eventuais lacunas no direito processual do trabalho, também deverá ser utilizado de forma supletiva. A subsidiariedade da utilização da legislação comum no processo do trabalho já estava prevista no artigo 769 da CLT: seria necessário apenas o preenchimento dos dois requisitos de aplicabilidade desse dispositivo, quais sejam a omissão do direito do trabalho e a compatibilidade com os seus princípios. Assim seguiu também a jurisprudência do TST ao consolidar que o CPC só seria aplicado em casos que houvesse especificamente omissão por parte da legislação processual trabalhista. A utilização supletiva prevista no artigo 15 do CPC/2015 traz, portanto, amplo debate jurisprudencial.

Primeiramente, é importante estabelecer o que seria/como se daria tal utilização supletiva, ou seja, qual o conceito. Nesses termos, observa-se:

(...) supletivamente: significa aplicar a CPC quando, **apesar da lei processual trabalhista disciplinar o instituto processual, não for completa**. Nesta situação, o Código de Processo Civil será aplicado de forma complementar, aperfeiçoando e propiciando maior efetividade e justiça ao processo do

trabalho. Como exemplos: hipóteses de impedimento e suspeição do Juiz que são mais completas no CPC, mesmo estando disciplinada na CLT (artigo 802, da CLT), ônus da prova previsto no CPC, pois o artigo 818, da CLT é muito enxuto e não resolve questões cruciais como as hipóteses de ausência de prova e prova dividida; o depoimento pessoal previsto no CPC, pois a CLT disciplina apenas o interrogatório (artigo 848, da CLT), sendo os institutos são afins e propiciam implementação do contraditório substancial no processo trabalhista, etc; (SCHIAVI, 2016, p. 156, grifos nossos)

Inclui-se, portanto, além da utilização subsidiária do CPC nos casos de omissão da legislação processual trabalhista, também a utilização desse diploma em situações que os institutos do direito processual do trabalho se mostram insuficientes ou desatualizados (sem necessariamente haver a omissão), questão já aludida antes mesmo do CPC/15:

(...) para permitir a aplicação subsidiária do CPC não somente na hipótese (tradicional) de lacuna normativa do processo laboral, mas também quando a norma do processo trabalhista apresentar manifesto envelhecimento que, na prática, impede ou dificulta a prestação jurisdicional justa e efetiva deste processo especializado. (LEITE, 2010, p. 153)

Sublinha-se, porém, que sendo o caso da aplicação supletiva do CPC, essa deverá ser realizada observando o requisito da compatibilidade com os princípios e diretrizes do processo do trabalho tendo em vista o alcance de melhores resultados à jurisdição trabalhista. Nesse sentido:

O fato do novo código se aplicar *subsidiária e supletivamente* (art. 15 do

CPC) ao Processo Trabalhista não significa que seus dispositivos sejam aplicados, simplesmente, nas omissões da lei processual do trabalho, ou incompletude de suas disposições, mas somente quando forem compatíveis com sistema trabalhista e também propiciarem melhores resultados à jurisdição trabalhista. (SCHIAVI, 2016, p. 155)

Importante destacar, desse modo, que a previsão estabelecida no artigo 15 do CPC/2015 não revoga aquela já consagrada no artigo 769 da CLT^[3]. Esses dois dispositivos deverão ser alinhados às necessidades orientadas pelos princípios da Teoria Geral do Processo bem como de cada jurisdição:

Há certo consenso no sentido de que todas as fases reformistas tiveram por escopo a *efetividade do processo*, o que implica, em certa medida, o reconhecimento da relativização do dogma da autonomia do processo do trabalho nos casos em que o art. 769 da CLT representar, na prática, descompromisso com a efetividade, porquanto a morosidade processual favorece os mais ricos (empregadores) em detrimento dos mais pobres (trabalhadores), sendo estes últimos certamente os mais prejudicados com a intempestividade da prestação jurisdicional. (LEITE, 2010, p. 152).

Observa-se ainda que o CPC legisla a respeito de uma jurisdição comum, enquanto que a existência da Justiça do Trabalho está associada à especialidade das relações sociais objetos de tal direito. Ou seja, de acordo com o estabelecido na “Teoria do Ordenamento Jurídico”, para solucionar a questão de eventual antinomia entre os dois dispositivos, o artigo 15 do CPC e o art. 769 da CLT, deve-se aplicar o critério da especialidade: *lex specialis derogat generali*. A situação antinômica, criada pelo relacionamento entre uma lei geral e uma lei especial, deverá ser

resolvida pela prevalência da lei especial frente à geral. (BOBBIO, 1995 P. 96). É certo que os dois dispositivos legislativos em questão estabelecem critérios para a solução de lacunas jurídicas, mas havendo conflito de aplicação, na justiça do trabalho, deverá ser compreendido o critério da subsidiaridade. Tem sido, portanto, esse o entendimento mantido pelo Tribunal Superior de Justiça mesmo na vigência do CPC/2015.

Retomando a questão das lacunas, percebe-se que, uma vez desconsiderando o dogma da completude do sistema jurídico, ou seja, admitindo a existência de lacunas, traçam-se critérios para a atuação frente aos casos em que essas se apresentam. Os artigos 769 da CLT e 15 do CPC/15 em termos dogmáticos são exemplos do estabelecimento desses critérios. Mas, percebe-se que, mesmo com a consolidação de tais limites à interpretação livre quando em casos de lacunas jurídicas, esses são insuficientes por si só. Ou seja, mesmo com o estabelecimento de tais critérios, será possível que esses sejam insuficientes para sanar a questão. Isso porque a própria consolidação de um Novo Código de Processo Civil já traz para a realidade jurídica, por exemplo, situações até então não previstas/previsíveis.

Nesse sentido, devido às novas perspectivas na Justiça do Trabalho em face do Novo Código de Processo Civil, o Tribunal Superior do Trabalho elaborou a Instrução Normativa 39/16 (IN 39/16) a fim de orientar os casos mais controversos e as eventuais situações de omissão (que se renovam frente à nova legislação). Essa é uma estratégia também para estabilizar as interpretações que estariam atreladas à inserção dos institutos/procedimentos previstos pelo CPC/15. Desse modo, a IN 39/16 elenca 15 dispositivos do novo código que não são aplicáveis, por omissão ou por incompatibilidade, ao processo do trabalho. Outros 79 dispositivos são listados como aplicáveis, e 40 têm aplicação em termos.^[4] Assim, tal instrução normativa vem com um objetivo precípuo: delimitar quais os artigos do CPC/2015 são admitidos como aplicáveis no processo do trabalho.

Evidentemente, a IN 39/16 não prevê todos os casos, e, portanto, a respeito do posicionamento em muitas situações, resta omissa. A exemplo, tem-se o caso da inaplicabilidade da multa de 10%. Como já referido no presente trabalho, o entendimento do TST em vistas de tal aplicabilidade consagrada no artigo 475-J do CPC/1973 havia sido por nega-la sob o fundamento de que não existe omissão por parte da CLT a respeito do referido instituto, não sendo, portanto, o caso do artigo 769 da CLT. Acontece que com o artigo 15 do CPC/15, surgiu a tese de que nesse caso específico, mesmo não havendo a omissão a respeito do instituto na CLT, haveria a possibilidade da aplicação da multa de 10% aludida no então artigo 523 § 1º do CPC/15 de forma supletiva, servindo, inclusive, como forma de atualização do instituto no processo do trabalho. (NÓBREGA, 2016)^[5] A respeito do assunto, a IN 39/16 não firma posicionamento, apesar dos tribunais já terem entendimento consolidado por ainda assim, não admitir a aplicabilidade da multa de 10% prevista no artigo 523 §1º do CPC, veja-se:

INAPLICABILIDADE DO ART. 523 DO NCPD AO PROCESSO DO TRABALHO - JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. Em homenagem ao quanto deliberado reiteradamente pelo E. TST, até mesmo na SDI-I, é de se dar provimento ao recurso patronal para **afastar da condenação dos presentes autos a multa prevista no art. 523 do Novo Código de Processo Civil**, assim como a aplicação do prazo previsto para pagamento no citado verbete, devendo ser aplicado o prazo de 48 horas constantes do art. 880 da CLT. (TRT-20 00005120920145200002, Relator: JORGE ANTONIO ANDRADE CARDOSO, Data de Publicação: 19/05/2016)

AGRAVO DE PETIÇÃO. APLICABILIDADE DO ART. 523, § 1º, DO NCPC (ART. 475-J DO CPC/73) NO PROCESSO TRABALHISTA. O entendimento da maioria dos eminentes desembargadores da egrégia 2º Turma deste TRT da 16ª Região, seguindo jurisprudência majoritária do c. Tribunal Superior do Trabalho, é pela **não aplicabilidade da multa do artigo 523, § 1º, do NCPC (art. 475-J do CPC/73), no processo trabalhista.** Agravo de Petição provido na espécie para excluir a multa prevista no mencionado dispositivo legal.(TRT-16 01361002020105160008 0136100-20.2010.5.16.0008, Relator: JAMES MAGNO ARAÚJO FARIAS, Data de Publicação: 11/08/2016)

Nesses termos, percebe-se que a questão das lacunas jurídicas e os seus respectivos critérios de solução (como os estabelecidos no artigo 769 da CLT e 15 do CPC/2015) envolvem questões densas: demonstra-se que para além de critérios estabelecidos em dispositivos legais, a jurisprudência, e a doutrina serão elementos indispensáveis para se pensar a respeito das lacunas no sistema jurídico.

4 Conclusões

Observa-se que ao analisar os artigos 769 da CLT e 15 do CPC/15, apesar desses preverem critérios para a solução de casos lacunosos, são insuficientes diante da ampla complexidade apresentada. Porém, ainda assim, ambos os dispositivos legislativos, tanto o artigo 769 da CLT quanto o artigo 15 do CPC/15, estabelecem critérios para a solução de situações lacunosas.

A questão é que os dispositivos legais não são suficientes. Isso porque até mesmo o exercício de interpretá-los traz diversas dúvidas a respeito da aplicação dos critérios de supressão das

lacunas. Nesse sentido, conclui-se que para além de um estudo atrelado à harmonização do artigo 769 da CLT com o artigo 15 do CPC/15 é necessário ter princípios do direito material como norteadores do conteúdo processual:

Não se pode olvidar, todavia, que a própria finalidade social do direito processual do trabalho exige do interprete uma postura comprometida com o direito material do trabalho e com a realidade econômica e social, o que lhe impõe a adoção da técnica da interpretação teleológica, buscando, sempre, a verdade real e, com isso, promovendo a justiça social no campo das relações decorrentes do conflito entre o capital e o trabalho. (LEITE, 2010, p. 153)

Revela-se, portanto, que o diálogo entre esses dois dispositivos interpretativos, o artigo 769 da CLT bem como o artigo 15 do CPC/2015 diz respeito a como as diversas vertentes interagem entre si em relação à utilização do processo civil de forma subsidiar e complementar no processo do trabalho. Existem posições hegemônicas a respeito da utilização dos institutos, mas essas se dão em decorrência da análise de casos concretos, ou seja, não existe uma norma genérica que irá definir quais os institutos do CPC/15 irão ser utilizados pela justiça do trabalho. A IN 39/16 serve apenas como norteadora de alguns entendimentos já observados pelo TST, mas que, ainda assim, não reflete todos os posicionamentos a respeito da harmonização dos dois dispositivos.

Desse modo, a conciliação entre os artigos 769 da CLT e 15 do CPC/15 se dará diante de casos concretos que envolvem questões que vão desde a necessidade de um direito processual trabalhista especializado, até a instrumentalidade de um novo Código de Processo Civil que prioriza tanto a efetividade da tutela jurisdicional quanto a desburocratização de institutos que serviam como obstáculos à obtenção da demanda material. Ou seja, se por um lado para colmatar as lacunas do art. 769 da CLT "(...) torna-se

necessária uma nova hermenêutica que propicie um novo sentido ao seu conteúdo devido ao peso dos princípios constitucionais do acesso efetivo a justiça” (LEITE, 2010, p. 150), por outro, a utilização subsidiária ou supletiva de institutos do CPC/15 não poderá interferir na essência da justiça do trabalho, especializada em dissídios trabalhistas.

Referências

ALMEIDA, André Luiz Paes de. **Processo do trabalho**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010 - (Coleção elementos do direito ; v17)

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 8ª Ed. São Paulo: LTr, 2010.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **A radicalidade do artigo 769 da CLT como salvaguarda da justiça do trabalho**. Em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225926,11049-A+radicalidade+do+art+769+da+CLT+como+salvaguarda+da+Justica+do>, acessado em 26/10/2016

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. **Alguns reflexos do CPC/15 no processo do trabalho: considerações sobre a instrução normatina 39/2016 do TST**. Em <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI242631,71043-Alguns+reflexos+do+CPC15+no+processo+do+trabalho+consideracoes+sobre>, acessado em 26/10/2016.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10ª Ed. São Paulo: LTr, 2016.

NOTAS:

[1] “O processo do trabalho surgiu da necessidade de se implementar um sistema de acesso a Justiça do Trabalho que fosse a um só tempo simples, rápido e de baixo custo para os seus atores sociais”. (LEITE, 2010, p. 97).

[2] Em <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>, acessado em 25/10/2016.

[3] Em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225926,11049-A+radicalidade+do+art+769+da+CLT+como+salvuarda+da+Justica+do> (acessado em 26/10/2016)

[4] http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/tst-regulamenta-pontos-do-novo-cpc-relativos-ao-processo-do-trabalho?redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fnoticia-destaque%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_NGo1%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state (acessado em 26/10/2016)

[5] <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI242631,71043-Alguns+reflexos+do+CPC15+no+processo+do+trabalho+consideracoes+sobre>(acessado em 26/10/2016)

A NOVA SISTEMÁTICA OPERACIONAL DE INFILTRAÇÃO DE AGENTES PELA LEI 12.850/13

THIAGO CONDE FERREIRA FARIAS: Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (UES/PE) e Advogado.

Resumo: A presente obra visa explicar detalhadamente a sistemática atual acerca da operacionalidade, conceitos e características do instituto da infiltração de agentes no âmbito das organizações criminosas em obediência ao texto normativo da lei 12.850/13.

Abstract: The present work aims to explain in detail the current systematics about the operability, concepts and characteristics of the institute of the infiltration of agents within the scope of criminal organizations in obedience to the normative text of law 12.850 / 13.

Palavras Chave: Organização – Criminosa – Direito – Penal – Infiltração – Agentes

Sumário: Introdução. 1. Da infiltração e seus parâmetros legais. 2. Conclusão. 3. Referências Bibliográficas.

Introdução

Observada a evolução legislativa do tema em comento, denota-se que o legislador vem caminhando bem na busca pela excelência nos meios de persecução criminal e combate ao crime organizado. Destaca-se que o legislador tem tentado acompanhar as inovações artificiosas da sociedades criminosas, contrapondo medidas eficazes em contraponto as novas modalidades operacionais infracionais. Destaque merecido, a infiltração de agentes, medida persecutória essencial para compreensão

da atuação criminosa em tempo real. Tem-se que o legislador preocupou-se em fornecer aparato legal de combate, como também mostrou um olhar atento para a proteção do agente que é colocado em campo para realizar estas operações que foram criadas.

Assim, observa-se o desenvolvimento de uma obra completa e cirurgicamente implementada para um combate eficaz contra os organismos criminosos encrustados na sociedade. Trata-se de uma verdadeira armadura, montada com a espada e o escudo, visando um melhor combate as organizações criminosas.

Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

§ 1º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 2º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.

§ 3º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade.

§ 4º Findo o prazo previsto no § 3º, o relatório circunstanciado será apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público.

§ 5º No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar,

a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração.

Art. 11. O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.

Art. 12. O pedido de infiltração será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado.

§ 1º As informações quanto à necessidade da operação de infiltração serão dirigidas diretamente ao juiz competente, que decidirá no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, após manifestação do Ministério Público na hipótese de representação do delegado de polícia, devendo-se adotar as medidas necessárias para o êxito das investigações e a segurança do agente infiltrado.

§ 2º Os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente.

§ 3º Havendo indícios seguros de que o agente infiltrado sofre risco iminente, a operação será suspensa mediante requisição do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, dando-se imediata ciência ao Ministério Público e à autoridade judicial.

Art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a

finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.

Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa.

1. Da infiltração e seus parâmetros legais

No tocante a possibilidade de infiltração de agentes em meio a sociedade criminosa, o legislador trouxe a possibilidade de um dos agentes da lei se trouxe a permissão para que estes persecutores atuassem no cerne da organização, e uma vez incorporados verificariam com maior propriedade o sistema de funcionamento e amplitude de todos os delitos por ela praticados, sua possível cadeia de ramificação e rotas de atuação criminosa, ou seja, estariam observando o empreendimento criminoso ao vivo.

Observa-se, que neste ponto o elaborador da norma priorizou a efetivação de melhores mecanismos de colheitas de provas e bases para sustentar a investigação policial, bem como compreensão e melhor combate ao crime organizado.

Passando para um enfrentamento realista, considera-se que o agente de policia judiciária tem por obrigação funcional investigar o cometimento de infrações penais e as suas respectivas autoridades, compreendendo-se logicamente que tal instituto de infiltração apenas se aplica aos agentes públicos competentes para estas funções investigativas. Em ótica inversa, a legislação em comento não concede aos particulares tal prerrogativa, vez que resta ausente esta previsão normativa.

Adiante, conseqüentemente necessário, o sigilo da medida consta como imprescindível para a eficácia da própria medida, como também como fator crucial no tocante a proteção do próprio agente infiltrado. Assim, uma vez representada ao juiz pela autoridade policial para a concessão da medida de infiltração, ocorrerá a necessidade da manifestação do órgão ministerial, órgão este que deverá verificar a

regularidade da medida, bem como verificar o atendimento dos requisitos legais.

Prosseguindo na compreensão do texto legal, observa-se que restou estabelecido, ainda, que uma vez autorizada a infiltração, esta ficará condicionada a existência de indícios de prova da existência da materialidade do cometimento de infrações penais pela organização criminosa alvo das investigações.

Finalizada a leitura do presente instituto, observa-se que o normativista optou pela subsidiariedade do presente instituto, vez que, derradeiramente, a infiltração somente poderá ser deferida pelo juiz quando não houver qualquer outro método de produção de prova disponível para o caso. Este caráter escalonado da medida, deverá ser devidamente fundamentado e demonstrado quando da representação policial ou do requerimento realizado pelo órgão do ministério público.

Outrora, não se pode deixar passar despercebido o lapso temporal que limita a manutenção da medida em estudo, prazo expresso no próprio texto legal e que aparece estabelecido no valor de 06 (seis) meses com possibilidade de renovação da medida desde que reste comprovada sua necessidade.

Não afastada dos demais institutos formadores do conjunto probatório, a infiltração de agentes também necessita de elaboração de um termo circunstanciado ao final de toda sua execução, tratando-se de um relatório de toda a atuação policial executada, contendo todas as informações obtidas através dos mecanismos de investigação do presente instituto.

Neste contexto, faz-se pertinente tecer comentários sobre a disposição normativa dos parágrafos quarto e quinto do texto legal, em que deve ser observada a latente diferença dos relatórios ali presentes. Consta no quinto parágrafo que poderá solicitado e elaborado relatório sobre o andamento das atividades da medida a, que pode ser solicitado a qualquer tempo das investigações e mesmo durante a execução da infiltração de agentes, que em nada se confunde com o relatório disposto

no quarto parágrafo, tratando-se, este, de um relatório circunstanciado e final de fechamento da própria medida.

Com efeito, este último resta como procedimento final que é elaborado após a conclusão e encerramento das atividades da medida de infiltração, ou seja, findo os seis meses originários e suas possíveis prorrogações realizadas, colacionando em seu bojo todos os elementos colhidos durante a infiltração.

Outrossim, observa-se ainda, restar como necessário demonstrar o alcance das tarefas desempenhadas pelos agentes infiltrados. Neste ponto, não se tem por lógico descrever as tarefas a serem desempenhadas pelos infiltrados antes de dar andamento a própria infiltração no corpo criminoso, seja por causa da impossibilidade de poder realizar esta previsão, como também pelo fato de ao se infiltrar, o agente ficará condicionado a atuação dentro das normas de conduta da própria organização criminosa, não sendo crível premeditar quais serão estas atividades.

Assim, fica proibido, ao juiz competente, negar a concessão da presente medida tomando como justificativa exclusiva a ausência da enumeração das tarefas a serem desempenhadas pelo agente.

Em oportuno, é necessário comentar acerca da responsabilidade penal em virtude de eventuais excessos cometidos pelos agentes infiltrados quando de sua atuação dentro do corpo organizacional da sociedade criminosa. Desta forma, compreende-se que o legislador estabeleceu a devida responsabilização do agente infiltrado nos casos de excessos que não guardem paridade com a manutenção da medida investigativa concedida. Outrossim, é importante lembrar a presença do princípio da proporcionalidade na conduta do agente infiltrado no tocante a finalidade de sua atuação e se esta roga pela preservação da medida instalada. Toda e qualquer atuação dos agentes infiltrados devem guardar devida proporcionalidade e pertinência com os objetivos investigativos da medida, reforçando o caráter de estrita legalidade e imparcialidade da atuação do agente no desempenhar de suas funções.

2. Conclusão

Não distante do contexto principal da legislação em comento, é evidente que ao tornar-se membro de uma organização criminosa, o agente infiltrado deve manter-se atuando o mais próximo possível da legalidade. Tem o dever de preservar seu disfarce para fiel andamento das investigações e conseqüentemente sua própria proteção, é legalmente reconhecida a possibilidade da atuação do agente infiltrado de maneira criminosa para manter tal requisito protegido. Contudo, quando tal necessidade restar latente, não se poderá atribuir quaisquer responsabilidade penal ao agente infiltrado pelos delitos que vierem a serem cometidos, tendo em vista que o mesmo atuará em munido de uma causa de exclusão da culpabilidade, presente na faceta da inexigibilidade de conduta diversa.

Aduz-se do instituto analisado, que o corpo legal restou bastante eficiente na concessão de ferramentas de combate, bem como de guarida protetiva do agente executor das medidas, tornando-se uma ferramenta de extrema valia para o combate contra o crime organizado. Relembra-se que tais medidas foram acertadamente elaboradas e bem amarradas no bojo legal, como forma de priorizar a realização de uma investigação limpa e eficiente, facilitando a vida dos agentes persecutores, quer operacionais, quer julgadores.

3. Referencias Bibliográficas

PACELLI, Eugenio. **A Lei de Organizações Criminosas – Lei 12.850/13** Disponível em: <http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2/>>. Acesso em 13.09.2013.

SANCHES, Rogério. Manual de Direito Penal Parte Geral. 2 ed. São Paulo: Jus Podivm Editora, 2016.

HABIB, Gabriel; GARCIA, Leonardo de Medeiros. Leis Penais Especiais, TOMO II, 5 ed. São Paulo: Jus Podivm Editora, 2014.

HABIB, Gabriel; GARCIA, Leonardo de Medeiros. Leis Penais Especiais, Volume Único, 1 ed. São Paulo: Jus Podivm Editora, 2016.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 9 ed. São Paulo: Jus Podivm, 2016.

FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: DEFINIÇÃO E HISTÓRICO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA - UMA BREVE ANÁLISE DESPROVIDA DE PRECONCEITOS

IGOR ANDRADE MORONI VALENÇA: Graduado em Direito pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió - CESMAC (2008), Pós-graduando em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes - UCAMPROMINAS (2016/2017), Ex-Advogado (2009), Ex-Agente Federal de Execução Penal (Agente Penitenciário Federal) do DEPEN/MJ (2010-2012), aprovado e nomeado em concurso para Delegado de Polícia Judiciária Civil do Estado do Mato Grosso (2012), aprovado no II concurso para Defensor Público do Estado do Rio Grande do Norte (2016), aprovado no concurso para Delegado de Polícia Judiciária Civil do Estado de Pernambuco (2017 - concurso na fase de títulos), atualmente Técnico Judiciário na Justiça Federal em Alagoas desempenhando a função de Assessor (Oficial de Gabinete do Juízo Federal Titular) na 5ª. Vara Federal (2012-2017).

RESUMO: A Constituição Federal brasileira de 1988, assim como as suas precursoras, disciplina com pouca minúcia o tema referente ao foro por prerrogativa de função. Daí a problemática acerca da matéria gerar tanta discussão. Abordaremos, de forma desprendida e técnica, o que vem a ser o referido instituto, bem como seu histórico. Somente com essa base teórica é possível compreender as discussões atuais sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVES: foro por prerrogativa de função. “Foro privilegiado”. Definição. Histórico. Constituições brasileiras. Doutrina.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Definição. 3. Natureza Jurídica. 4. Histórico na legislação brasileira. 5. Conclusão.

1. Introdução

O foro por prerrogativa de função é na atualidade um tema ao qual os estudiosos do Direito têm prestado importantes considerações, pois é cada vez maior a discussão acerca da sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, a partir da construção de um Estado Democrático de Direito delineado pela Constituição de 1988, passaram a ser freqüentes os casos de autoridades políticas envolvidas em escândalos criminosos os mais diversos. Paralelamente, tem-se observado uma atuação das Polícias Judiciárias e do Ministério Público crescente no que tange à fiscalização dos nossos agentes políticos, e a cada novo escândalo, instaura-se uma nova investigação para apuração de irregularidades.

É nesse terreno minado para a explosão de crises políticas que a questão do foro por prerrogativa de função tem sido tratada com mais seriedade não só pelos juristas pátrios como também pela classe política. Alvitre-se que não apenas aos cargos eletivos ou políticos (Ministro de Estado, p. ex.) é conferida a prerrogativa, mas também aos cargos públicos de grande importância na estrutura política do Estado, como juízes, promotores, desembargadores, ministros de tribunais superiores, etc.

Por isso, faz-se necessária a compreensão histórica do instituto, bem como uma análise do que a doutrina pátria discorre sobre o tema na sua parte conceitual.

2. Definição

O foro privilegiado, também denominado de foro especial ou foro por prerrogativa de função, é considerado como sendo “aquele que se atribui competente para certas espécies de questões ou ações, ou em que são processadas e julgadas certas pessoas”, segundo DE PLÁCIDO E SILVA^[1]. Ele decorre sempre de disposição legal. Tratando-se de foro para processar e julgar determinadas pessoas, em razão da importância das funções do cargo exercidas, só a Constituição é quem pode (?) fixá-lo. É foro determinado “em razão da pessoa” (*ratione personae*), tendo em

vista a importância da atividade desempenhada. Por essa razão, é chamado, com mais acerto, de foro por prerrogativa de função.

3. Natureza Jurídica

Doutrinariamente tem sido consagrado o entendimento de que o foro especial garantido para o processamento e julgamento de crimes cometidos por determinados agentes do poder não constitui, em si, um privilégio. Mas, acima de qualquer coisa, uma garantia. Os pronunciamentos de eminentes juristas sobre o tema refletem essa compreensão. Senão vejamos.

EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA^[2], ao comentar as regras que dispõem sobre foro especial afirmou:

Tendo em vista a relevância de determinados cargos ou funções públicas, cuidou o constituinte brasileiro de fixar *foros privativos* para o processo e julgamento de infrações penais praticadas pelos seus ocupantes, atentando-se para as graves implicações políticas que poderiam resultar das respectivas decisões judiciais.

Outro elemento que compõe a natureza jurídica do foro privilegiado é a sua característica imperativa, ou seja, não pode ser renunciado pela autoridade que dele goza, nem pode ser afastado pela vontade de terceiros. Por ser uma garantia de natureza constitucional seus efeitos são produzidos com a intensidade da carga que a própria Constituição lhe confere, dando-lhe plena eficácia e efetividade.

O foro por prerrogativa de função visa garantir aos agentes políticos determinada segurança nascida do fato de que passam a ser julgados por um órgão colegiado (tribunal), para cuja composição concorrem magistrados mais experientes e que atuam de modo coletivo.

No mais, diga-se de passagem, tal instituto (garantia) jurídico harmoniza-se, ao nosso sentir, perfeitamente com o regime democrático em que vivemos. Este exige julgamentos com absoluta segurança jurídica para os que são julgados, bem como para a sociedade como um todo.

Portanto, com razoabilidade, o constituinte previu as hipóteses em que, por decorrência da função pública que exerce, o agente deveria ser julgado por um órgão colegiado.

4. Histórico na legislação brasileira

Doutrinariamente identifica-se a seguinte evolução histórica acerca do foro privilegiado, no Brasil:

I) Vigorou, durante a fase do Império, a Constituição outorgada em 25.03.1824^[3]. Esta Carta Magna, em seu art. 47, concedia foro privilegiado aos membros da Família Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, Senadores e Deputados, estes durante o mandato, bem como, aos Secretários e Conselheiros de Estado para os crimes de responsabilidade. Essas pessoas, em razão do relacionamento que tinham com o Estado, eram julgadas pelo Senado, conforme o artigo mencionado da referida Constituição.

II) A Constituição de 1824 determinou, ainda, privilégio absoluto à pessoa do Imperador; este não estava sujeito a nenhum tipo de responsabilidade. (art. 99).

III) A Constituição de 24.02.1891^[4], primeira Republicana, previa que competia ao Senado julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade e ao Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns, cabendo, nos dois casos, à Câmara dos Deputados a acusação (art. 53 c/c 29 e 59, I, a).

IV) A Constituição de 1934^[5] não mais deu competência ao Senado para julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade. Em tal caso, o julgamento seria feito por um Tribunal Especial, constituído para esse fim (art. 58). Ela determinou, ainda, que a Corte Suprema, nome dado ao hoje Supremo Tribunal Federal, seria a competente para processar e julgar, pela prática dos crimes comuns: Presidente da República, Ministros da Corte Suprema, Ministros de Estado, Procurador-Geral da República, Juizes dos Tribunais Federais e das Cortes de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, Ministros do Tribunal de Contas, Embaixadores e Ministros diplomáticos.

V) A Carta de 10.11.1937^[6] foi inovadora. Deu competência originária a um denominado Conselho Federal, órgão composto por representantes dos Estados e por dez membros nomeados pelo Presidente da República (art. 50), para processar e julgar o Presidente da República por crimes de responsabilidade (art. 86).

VI) A partir da Constituição Federal de 1946^[7], em face do processo de democratização, foram configuradas várias situações de foro privilegiado, as quais permanecem hoje definidas, expressamente, na Constituição Federal de 1988.

VII) O foro por prerrogativa de função deu origem à Súmula nº 394 do STF, que o alongava ao ex-agente público, para os casos de fatos ilícitos penais tentados ou consumados durante o exercício do mandato, ainda que o inquérito ou a ação penal fossem iniciados após a cessação daquele exercício. A referida Súmula resultou de interpretação dada pela jurisprudência aos artigos 59, I, 62, 88, 92, 100, 101, a, b e c, 104, II, 108, 119, VII, 124, IX e XII, da CF de 1946, e, ainda, das Leis nº 1.079/50 e nº 3.258/59.

VIII) Na Constituição de 1967^[8] (EC nº 1 /69), o foro por prerrogativa de função restou disciplinado com pequenas variações do sistema adotado na atualidade.

IX) A Carta Magna de 1988^[9] concede o foro privilegiado segundo as regras que passamos a citar:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos

serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

§ 4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

§ 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da

República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

b) os mandados de segurança e os habeas data contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal;

c) os habeas corpus, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea a, ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

Art. 29 O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça.

X) Em 2002 o Congresso Nacional, em “resposta” à mudança jurisprudencial e cancelamento da súmula 394 pelo STF, editou a Lei nº 10.628/2002^[10], que modificou o artigo 84 do Código de Processo Penal, com o seguinte teor:

Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.

A referida lei teve vigência até 15 de setembro de 2005, quando foi declarada inconstitucional, por maioria, pelo Supremo Tribunal Federal.

E não se diga que tal prerrogativa (garantia) fere o princípio constitucional da igualdade. A doutrina é assente no sentido da sua constitucionalidade. Senão vejamos os dizeres de FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO^[11]:

(...)poderá parecer, à primeira vista, que esse tratamento especial conflitaria com o princípio de que todos são iguais perante a lei, e, ao mesmo tempo, entraria em choque com aquele outro que proíbe o foro privilegiado. (...) O que a Constituição veda e proíbe, como consequência do princípio de que todos são iguais perante a lei, é o foro privilegiado e não o foro especial em atenção à relevância, à majestade, à importância do cargo ou função que essa ou aquela pessoa desempenhe. (...) O privilégio decorre de benefício à pessoa, ao passo que a prerrogativa envolve a função.

Esse entendimento foi seguido pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal Sidney Sanches, no voto que proferiu na Questão de Ordem levantada no Inquérito nº 687-SP, julgada em 30 de abril de 1997, quando foi revogada a Súmula nº 394/STF: “(...)a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce.” [\[12\]](#)

Ensino de fundo consistente fez, também, JÚLIO FABBRINI MIRABETE [\[13\]](#):

Há pessoas que exercem cargos e funções de especial relevância para o Estado e em atenção a eles é necessário que sejam processadas por órgãos superiores, de instância mais elevada. O foro por prerrogativa de função está fundado na utilidade pública, no princípio da ordem e da subordinação e na maior independência dos tribunais superiores.

O Ministro Sepúlveda Pertence, no voto proferido no Inquérito nº 687-4-SP/STF, afirmou que “por conseguinte, mais que apanágio do poder atual, a prerrogativa de foro serve a libertar o dignitário dos medos do ostracismo do futuro”. [\[14\]](#)

5. Conclusão

O foro por prerrogativa de função é um importante instrumento de garantia da segurança jurídica para a sociedade e para as estruturas estatais.

Não visa estabelecer privilégios a quem quer que seja.

Cabe aos órgãos competentes combater e declarar ilegal o uso do foro por prerrogativa como escudo para a punibilidade estatal. Há meios processuais para isso.

A simples extirpação do instituto ou sua *capitis diminutio*, como alguns propõem não resolverá os problemas de corrupção e impunidade sofridos pelo Brasil.

NOTAS:

[1] SILVA, Plácido e, **Vocabulário Jurídico**, p. 715.

[2] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, **Curso de Processo Penal**, p. 179.

[3] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm.

[4] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm.

[5] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm.

[6] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm.

[7] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm.

[8] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm.

[9] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

[10] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10628.htm.

[11] FILHO, Fernando da Costa Tourinho, **Processo Penal – v. 2**, p. 109.

[12] Inteiro teor disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id>

[=80757&codigoClasse=361&numero=687&siglaRecurso=QO&classe=Inq.](#)

[13] MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Processo Penal**, p. 187.

[14] Idem, 4.

AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE NA LAVRATURA DE AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE

DIOGO SANTIAGO BARBOSA PONTES:
Assessor de Magistrado no Tribunal de Justiça de Pernambuco desde 22/10/2014. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Maurício de Nassau. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Joaquim Nabuco em parceria com a OAB/PE.

RESUMO: Trabalho descritivo, que tem como objetivo a divergência doutrinária a respeito da possibilidade de consideração de excludentes de ilicitude pelo Delegado de Polícia na ocorrência de prisão em flagrante. Seu objetivo foi comprovar a sua regularidade perante o ordenamento jurídico. O recurso metodológico escolhido para a apresentação temática foi o de pesquisa bibliográfica. Explanamos as diversas opiniões de doutrinadores a respeito do tema. Concluimos com reflexões sobre a atuação da Autoridade Policial na verificação da ocorrência de infrações penais.

Palavras-chave: Delegado de Polícia. Excludentes de ilicitude. Reconhecimento. Possibilidade.

INTRODUÇÃO

Corriqueiramente presenciamos discussões acerca da adequação do ato de Autoridade Policial que deixa de ratificar a prisão em flagrante quando o conduzido agiu amparado por excludente de ilicitude.

Eventualmente nos deparamos, seja em noticiários, seja na prática policial, com afirmação de que não cabe ao delegado verificar a presença de discriminantes ou justificantes penais, pois ele deve se restringir apenas a averiguar a adequação entre conduta do agente e o tipo penal (tipicidade formal).

Neste trabalho veremos os argumentos a favor e contra tal assunto, pois caloroso é tal debate.

Portanto, este trabalho visa levar o leitor a se questionar, considerando todos os pontos relevantes se, de fato, é esta a intenção do legislador e juntos chegarmos a uma conclusão serena e responsável sobre a presente contenda.

DESENVOLVIMENTO

Parte relevante da doutrina defende a impossibilidade de o Delegado de Polícia deixar de realizar a prisão em flagrante delito em razão da aplicação dos excludentes de ilicitude, afirmando que esta verificação é atribuição do Juiz no instante em que recepciona a comunicação do Auto de Prisão em Flagrante, considerando o que prevê o Código de Processo Penal em seu artigo 310, III: "Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: [...] III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança".

Inicialmente, devem-se considerar as atribuições da Autoridade Policial na condução de investigações sob sua responsabilidade. Determina o art. 4º do CPP que: "A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a **apuração das infrações penais e da sua autoria**" (grifo nosso).

Nessa toada, a Lei 12.830/2013, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida por Delegado de Polícia, assim trata do tema:

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

§ 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que **tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais**. (grifo nosso)

Vê-se que o legislador deixa clara a sua intenção de atribuir ao Delegado a responsabilidade da apuração de infrações penais

(autoria, materialidade e circunstâncias), vontade esta que, associada à terminologia usada no comando legal, é o pressuposto do presente trabalho.

Entende-se infração penal toda ação ou omissão definida como ilícita através de preceito legal e pressupõe dolo ou culpa – esta, caso haja previsão legal- do agente (culpabilidade). Subdivide-se ainda em crime e contravenção, a depender do tratamento que der o legislador, com a cominação de prisão, detenção ou multa para aquele; de prisão simples ou multa para esta.

Em continuação, adota-se no Brasil, segundo doutrina majoritária e Tribunais Superiores, a teoria analítica tripartida do crime, na qual se exige para a sua configuração a existência de: fato típico, fato ilícito e culpabilidade do agente. Outrossim, destrinchando-o um pouco mais, o integram estes três elementos citados, respectivamente: conduta, tipicidade – estes, essenciais -, nexos causal e resultado – aqui, eventuais, pois presentes apenas nos crimes materiais -; conduta típica injustificada e antinormatividade; e imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

As excludentes de ilicitude, que eliminam o fato antijurídico e, conseqüentemente, o crime, são a legítima defesa, o estado de necessidade, o exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal. Portanto, para ao diagnóstico da existência ou não de uma transgressão penal, é indispensável a verificação da presença ou não destas justificantes/discriminantes penais.

Sobre o assunto, leciona o ilustre Miguel Reale Jr.:

Para que se qualifique uma ação como crime, é necessário, segundo a doutrina predominante, que não só haja identidade entre a conduta paradigmática e a conduta concreta, mas é preciso também que essa conduta seja antijurídica e culpável. (REALE JÚNIOR, Miguel. Teoria do Delito. p. 38.)

Retomando os deveres legais atribuídos ao Delegado de Polícia, deve ele, que atua em um primeiro momento da persecução penal em contato hodierno com as provas da infração, deve

averiguar autoria, materialidade e todas as circunstâncias do crime. Então, considerando que as excludentes de ilicitude integram o crime e cujos aspectos são circunstâncias deste, é evidente que elas devem ser averiguadas pelo Delegado e consideradas em suas deliberações, pois a esta autoridade cabe a análise, como um todo, da existência ou não do crime.

Nesta linha, asseveram os doutrinadores:

Certo é que não se encontra proibição para que o delegado de polícia faça uma avaliação do fato levando em consideração elementos que apontem para as excludentes de ilicitude. Na verdade, a lei adjetiva, por diversos dispositivos, refere-se à infração penal ou crime, nunca aos componentes do crime (tipicidade, ilicitude, culpabilidade e outros), não se mostrando indevida a incursão pela autoridade policial nessa seara, mesmo que de modo superficial. [...] O delegado de polícia, importa enfatizar, possui grande importância no sistema penal, sendo a primeira autoridade que o ordenamento jurídico determina que analise o fato criminoso. Não é ele um frio e inveterado aplicador das normas estabelecidas, sendo permitido interpretar e aplicar o seu entendimento e, conquanto possa estar sujeito a eventuais críticas, tomando posições sólidas e bem fundamentadas, deverá ter em mente que emprestou sua colaboração para que se viva em um Estado Democrático de Direito, que é o fim último de todo agente do Estado. (BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luis; GOMES, Luiz Flavio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio. Prisão e medidas cautelares. p. 139.)

Não pode haver situação de flagrante de um crime que não existe (considerando-se os elementos de informação existentes no

momento da decisão da autoridade policial). O delegado de polícia analisa o fato por inteiro. A divisão analítica do crime em fato típico, ilicitude e culpabilidade existe apenas para questões didáticas. Ao delegado de polícia cabe decidir se houve ou não crime. (AVENA, Norberto. Processo penal esquematizado. p. 889-890.)

Todavia, parte considerável da doutrina sustenta, numa posição conservadora, que a atuação da Autoridade Policial de se restringir a verificação da presença da tipicidade formal (que é a adequação da conduta à previsão legal como infração penal).

Vejam os a lição de Nucci: "[...] confirmado o fato, a autoridade policial deve lavrar, sempre, o auto de prisão em flagrante tão logo tome conhecimento da detenção ocorrida, realizando apenas o juízo de tipicidade, sem adentrar as demais excludentes do crime.". (NUCCI. Código de Processo Penal Comentado. 2015. p. 716).

Segundo o raciocínio supracitado, caso o Delegado se depare com, por exemplo, um cenário de flagrante de um policial que, em evidente situação de legítima defesa, matou o algoz de terceiro, ou ainda de uma mulher para não ser estuprada ceifa seu agressor, deverá a autoridade prendê-los para que, só após, o juiz conceda-lhes a liberdade provisória.

Não parece que seja este o desejo do legislador, pois uma análise através de interpretação isolada, em sentido contrario, de um artigo do CPP pode levar a situações esdrúxulas como as acima apontadas. O ordenamento jurídico deve ser interpretado como um todo, conforme ensinam os mestres, além de que a atividade do Delegado de Polícia (função de caráter jurídico, conforme art. 3º da Lei 12.830/13) não deve ser resumir a uma associação automática dos tipos penais, pois a ele incumbe a missão de velar pela boa aplicação do direito em um quadro amplo.

Caso o delegado entenda que não há crime (de acordo com a teoria analítica tripartida), deverá ele determinar a insubsistência do flagrante e efetivar a soltura do conduzido, através de leitura do art. 304 §1 CPP, a *contrario sensu*: "Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará

recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.".

Neste sentido, afirma Capez que:

A autoridade policial, sendo autoridade administrativa, possui discricionariedade para decidir acerca da lavratura ou não do auto de prisão em flagrante. Sempre considerando que, nessa fase, vigora o princípio *in dubio pro societate*, e que qualquer juízo exculpatório se reveste de arrematada excepcionalidade, o delegado de polícia pode recusar-se a ratificar a voz de prisão emitida anteriormente pelo condutor, deixando de proceder à formalização do flagrante e, com isso, liberando imediatamente o apresentado. Não se trata aqui, a nosso ver, de relaxamento de prisão, uma vez que ela não chegou sequer a ser efetivada, tampouco formalizada. Melhor definir tal hipótese como recusa em iniciar a prisão, ante a ausência de requisitos indiciários mínimos da existência de tipicidade ou antijuridicidade. Evidentemente, a autoridade policial não precisa prender em flagrante, vítima de estupro ou roubo que, claramente em situação de legítima defesa, matou seu agressor. O juízo sumário de cunho administrativo pode ser efetuado, ainda que isso só possa ocorrer em situações absolutamente óbvias e claras de ausência de infração penal. (CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. Pág.261.)

Percebe-se que o pensamento do autor supracitado se alinha com a visão mais moderna sobre a liça, pois enxerga o Delegado de Polícia como sujeito da persecução penal capaz e imbuído da missão de velar pela integral aplicação do direito ao caso palpável.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, concluímos que o ordenamento jurídico brasileiro, de forma integrada, possibilita a análise de eventual causa que exclua a ilicitude do fato (e, conseqüente, também o crime) pelo Delegado de Polícia no momento da lavratura de Auto de Prisão em Flagrante.

Exige-se da citada autoridade uma atuação efetiva na verificação da presença de todos os elementos do crime, pressupostos de sua existência. Portanto, não se demonstra correto que determinado agente que amparado por legítima defesa, por exemplo, seja submetido ao cárcere até que seja seu caso apreciado pela Autoridade Judicial, considerando ainda que, apesar da importantíssima inovação através das audiências de custódia, grande parte dos rincões do nosso país ainda não conta com o referido instituto.

Então, através de simplório silogismo, partimos das seguintes premissas: se o agente atua amparado em excludente de ilicitude, não há crime; e ao delegado de polícia cabe averiguar a prática do crime, ratificando a prisão em flagrante caso positivo. Logo, não havendo crime, não deverá a Autoridade Policial ratificar a prisão que lhe foi apresentada.

Adotando a prática aqui defendida, evitam-se enormes distorções que verificamos em nosso sistema carcerário, onde, não muito raramente, pessoas se veem tolhidas de sua liberdade e aguardam meses ou até anos para que tenham seus casos analisados pelo judiciário quando, na verdade, deveriam desfrutar de sua liberdade.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. São Paulo: Método, 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001

BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luis; GOMES, Luiz Flavio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio. **Prisão e medidas cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 de dezembro de 2016.

_____. **Código de Processo Penal**, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 01 de dezembro de 2016.

_____. **Código Penal**, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 de dezembro de 2016.

_____. **Lei N° 12.830, de 20 de junho de 2013**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm>. Acesso em: 01 de dezembro de 2016.

_____. **Lei N° 12.830, de 20 de junho de 2013**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm>. Acesso em: 01 de dezembro de 2016.

_____. **Lei N° 12.830, de 20 de junho de 2013**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm>. Acesso em: 01 de dezembro de 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 10ª edição. Editora Saraiva, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 716.

A MOEDA, A ECONOMIA E O PODER: IMPÉRIO ROMANO

RÔMULO INÁCIO DA SILVA CALDAS:
Graduando em Direito pela Universidade Federal
de Minas Gerais;

RESUMO: Este artigo se propõe a, após breve contextualização histórica social e econômica em relação às sociedades antigas, mas especificamente sobre Roma e englobando questões como mercado e trabalho, traçar um paralelo entre a concentração do poder político, ou Imperium, nas mãos de uma figura central e os andares da economia romana – chegando-se a questionar mesmo acerca da existência de uma “economia” – considerando aspectos como a cunhagem de moedas, levando em conta o significado social da própria moeda e constatações acerca da competência da cunhagem; analisando-se, também, o estabelecimento do controle econômico enquanto ferramenta de uso com propósitos políticos em um processo de paulatina consolidação da noção de controle político absoluta na figura do imperador.

Palavras-chave: Economia; Oikonomia; Roma; Imperium; Império Romano.

ABSTRACT: This research, after a brief social, economical, and historical, contextualization about ancient societies, specifically Rome, including the analysis about market and work; aims to comprehend the connections between the concentration of political power, or Imperium, on the hands of a central figure and its relations with the roman economy - questioning, also, the very existence of the concept of an "economy" - taking in consideration aspects such as the coinage of money, its social meaning and considerations about the competency of minting money; and analysing, also, economic control as tool for political ends in a slow process of consolidation of the notion of absolute political control on the hands of the emperor.

Keywords: Economy; Oikonomia; Rome; Imperium; Roman Empire.

1. INTRODUÇÃO

Da Antiguidade à Contemporaneidade, a moeda, tal qual a conhecemos hoje, passou da total inexistência a um dos pilares de sustentação da sociedade humana, perpassando por períodos de menor ou maior proximidade em relação ao Poder, a organização política social.

Evidências indicam que a humanidade vem comerciando entre si pelo menos desde a última Idade Glacial (HEILBRONER, 1972, pág. 34), mas é só por volta do século XI ou V a.C. que a moeda é introduzida como meio de pagamento, havendo incerteza quanto a sua invenção. (CRABBEN, 2011).

A função da moeda como meio geral de troca teve origem no comércio exterior, com soberanos trocando presentes - com caráter comercial - de forma mútua. A paz entre as duas soberanias requeria a constante troca destes presentes; a interrupção dos presentes significava guerra. (WEBER, 1968, pág. 227).

Percebe-se, pois, uma intrínseca relação entre a moeda, a economia e o poder político, podendo tal relação ser identificada em escritos que reconhecem que "...sustentam alguns que a moeda cunhada é uma mera ficção, algo sem nenhum fundamento na natureza, mas apenas convencional". (ARISTÓTELES, 2014, pág. 69).

Com o referido filósofo, há de se falar na impossibilidade da cisão entre o econômico e o político, pois que a atuação do homem enquanto animal político contém a própria síntese do agir econômico, que se dá na comunidade (LIPOVETSKI, 2016, pág. 11), constatação que serve de apoio para a constatação da íntima relação entre o contexto político, especialmente naquilo que se relaciona ao poder, e o contexto econômico.

Assim, o presente trabalho tem por objetivos contextualizar, de forma breve, a realidade econômica e social romana, assim como

estabelecer um vínculo entre a cunhagem de moedas, o controle econômico, o poder e a concentração do Imperium, ou a noção do poder supremo, em uma única figura central. Não há pretensão de esgotar os temas.

2. ECONOMIA OU OIKONOMIA?

Há economia na Antiguidade? O termo “economia”, nos moldes modernos em que indica a ciência que estuda a produção, consumo, gastos, relações fiscais e etc., não é observado sob os mesmos aspectos durante a Antiguidade.

Nas regiões em que se falava grego durante dito período, referia-se ao termo *oikonomia*, comumente, para se designar, em grande parte dos casos, a administração prudente de recursos referente ao âmbito político, militar, do Direito, da medicina, etc. (LESHEM, 2013, pág. 29).

Ainda, os vocábulos que compõe a palavra *oikonomia*, *oikos* e *nomos*, implicam um sentido de normas referentes à casa, à família, e ao bom uso dos meios disponíveis para a manutenção e sustento da casa. (LIPOVETSKI, 2016, pág. 9).

Assim, no contexto da polis grega, o excesso de produção gerado pelo trabalho seria empregado pelo chefe da casa, ou *oikodespotes*, em uma vida de lazer, quer filosófica, quer politicamente falando, de forma que o domínio da *oikonomia* apresentava-se como pré-requisito para exercer tais atividades, sendo o bom administrador de recursos considerado um bom *oikonomicos*. (LESHEM, 2013, pág. 31).

Contudo, na trindade da vida dos antigos - *oikonomia*, filosofia e política – a política foi a primeira a transcender as barreiras da polis em ímpeto expansionista, e se concretizando ao longo do tempo, até consolidar-se o Império Romano.

Tal expansão política dependeu de uma sustentação nos pilares do Direito para adquirir legitimidade. Igualmente e desde então, tal política expansionista passou a necessitar de uma nova forma de *oikonomia* para sustentar-se nos períodos de paz, e é por isso que, na vasta maioria das

vezes, os aparecimentos da *oikonomia* no Direito tomarão lugar na presença de autoridade governante, tanto em um ato direto de governo – como a tributação – quanto uma ação fiscalizada por tal autoridade. (LESHEM, 2013, pág. 37).

3. CONTEXTO SOCIAL ECONÔMICO DA ANTIGUIDADE

Primeiramente, é necessário observar que a economia de Roma era predominantemente agrária e fundada no arrendamento da terra, de forma que o bem-estar dos donos da terra estava necessariamente ligado à sorte dos trabalhadores e pequenos fazendeiros. Assim, a agricultura empregava a vasta maioria dos cidadãos do Império, sendo tal organização um dos pilares dos esforços governamentais de Roma. (KEHOE, 2007, pág. 1).

É interessante notar que, apesar da pobreza generalizada nos campos, os centros urbanos eram vistosas expressões de acúmulo de riquezas, de excedentes produtivos. O vigente Direito Romano – especificamente o Direito Privado - embora com incentivos de, em algum grau, colocar donos da terra e arrendatários em pé de igualdade, criando incentivos para que ambos dividissem investimentos na terra; acabava, de forma recorrente, perpetrando substancial iniquidade: o arrendante, gozando de superioridade econômica e social, acabava por exigir maior parcela da produção do arrendatário. (KEHOE, 2007, pág. 129).

De forma geral, os excessos de riquezas – proveniente das conquistas através da guerra ou extraída da população agrícola - canalizavam-se para atividades que transmitiam maior noção de dignidade em um contexto de turbulência social: a liderança política, a tutela religiosa e as façanhas militares, mas não à atividade econômica. Acontece que, na Antiguidade, a riqueza tendia a seguir o poder (HEILBRONER, 1972, pág. 42), sendo necessário observar, igualmente, que o acesso às magistraturas poderia exigir patrimônio mínimo. De forma similar, as campanhas eleitorais, durante o período republicano, exigiam recursos.

4.1 MERCADO E TRABALHO

O mercado da antiguidade não era o instrumento de resolução de problemas econômicos, era antes um integrante marginalizado do processo de produção e distribuição (HEILBRONER, pág. 35, 1972), e embora alguns camponeses vendessem suas mercadorias de forma livre nas praças dos mercados das cidades, a maior parte dos produtores agrícolas quase nunca comparecia ao mercado. Os camponeses eram exemplos fundamentais deste aspecto de não-mercado destas economias. (HEILBRONER, 1972, pág. 38).

Neste sentido, é de suma importância notar que, no contexto romano, a mentalidade dos círculos dirigentes seguia contaminada por um “...velho desprezo patricio pelas atividades comerciais, que remontava às origens de Roma” (ROULAND, 1997, pág. 247). Estima-se que tal desprezo deriva de uma relação mística entre o homem e a terra, esta última uma espécie de “deusa” e que não pode ser privatizada. (ROULAND, 1997, pág. 248).

Assim, a vida devotada ao trabalho, ao comércio, almejando lucros, era vista como uma vida sem nobreza, hostil em relação à perfeição do caráter dispendo de um aspecto sórdido. A herança deste pensamento encontra-se na própria etimologia da palavra “trabalho”, que deriva do latim “tripalium”, um instrumento de tortura composto por três paus; argumenta-se que daí surgiu o termo “tripaliare”, ou submeter alguém ao tripalium (UFRGS, [20--?]). Arelava-se a ideia de escravidão ao custo de uma vida devotada ao dinheiro. (HEILBRONER, 1972, pág. 43).

Contudo, já no século final da República de Roma, as barreiras psicológicas em relação ao avanço do domínio mercantil anteriormente retratadas serão paulatinamente desobstruídas, pois que o volume de dinheiro proveniente destas atividades financeiras é tal que passa a ser necessário relativizar a rigidez do menosprezo em relação a tal atividade. (ROULAND, 1997, pág. 250).

Neste sentido, ressaltam-se os trabalhos dos pais da patrística cristã, dentre os quais Santo Ambrósio, já no final do século IV reconhece no trabalho uma relação com uma noção de direitos e dignidade necessários à vida (RIVAS, 1995, pág. 8). Já no século XIII, podemos

constatar a total inversão em relação aos valores do trabalho na Antiguidade por meio dos filósofos da escolástica, como São Boaventura e Santo Tomás de Aquino, cujos escritos retratam o trabalho enquanto obrigatoriedade natural e instrumento de dignificação e, conseqüentemente, salvação. (RIVAS, 1995, pág. 14).

5. CAI A REPÚBLICA, ASCENDE O IMPÉRIO

Durante seu período republicano, Roma possuía os princípios da *Res Publica* enquanto pilares da organização política, dentre os quais o repúdio pela apropriação da máquina estatal e pela concentração de poderes. Neste sentido, uma série de cargos – ou magistraturas – foram estabelecidas no decorrer da República.

O consulado, neste sentido, consistia a magistratura suprema, sendo dois cônsules eleitos anualmente pelo povo. A soma dos poderes dos cônsules consistia naquilo a que nos referimos enquanto Imperium e que não deve ser confundido com império ou governo imperial. O Imperium consiste em possuir atribuições militares, administrativas e judiciárias. (PEIXOTO, 1960, pág. 29).

No período republicano, o exercício do Imperium consular, contudo, deveria respeitar uma série de limitações, tais como o caráter anual da magistratura; o revezamento mensal no exercício do governo entre os cônsules e a possibilidade de um cônsule exercer o poder de *intercessio*, anulando o ato de outro cônsul. (PEIXOTO, 1960, pág. 31).

Além destas limitações, o exercício do poder política permeava outras magistraturas, como a pretura, responsável pela jurisdição civil contenciosa; e a censura, encarregada da fiscalização moral dos cidadãos.

Igualmente, as instituições políticas compartilhavam do exercício do poder político: por exemplo, os comícios centuriados e por tribos compartilhavam competências eleitorais, legislativas e judiciárias. O cargo de cônsul, por exemplo, era votado pelos comícios centuriados. (PEIXOTO, 1960, pág. 58).

Nos anos finais da República, o Senado elege Pompeu para o exercício da magistratura de cônsul, mas sem um par. Tal acontecimento fora inédito na história romana: Pompeu exercia o poder supremo sob o consentimento dos órgãos constitucionais de Roma. (PEIXOTO, 1960, pág. 88). Aqui, o Imperium começa a convergir em direção a uma figura central.

Em 49 a.C., César apodera-se de Roma à força, tendo como ideal político o regime monárquico absolutista de Alexandre. Cesar usurpa e afasta o poder de outros magistrados em casos importantes, estabelece-se vitaliciamente no poder e toma para si a faculdade de fazer leis. Neste ponto, Cesar já não usava mais a toga branca dos cônsules, mas a toga vermelha dos antigos reis. (PEIXOTO, 1960, pág. 89).

Quando Cesar é assassinado, é criado o triunvirato para comandar Roma, composto por Marco Antônio, Lépido e Otaviano, sobrinho de Cesar e seu filho adotivo. Os triúnviros se estabelecem com poder consular e um plebiscito legaliza a instituição do triunvirato. Eventualmente, apenas Otaviano permanece no poder. (PEIXOTO, 1960, pág. 90).

No ano de 38 a.C., possivelmente já em 40, Otaviano assume o título de *imperator*, que servia para designar o detentor do poder público, ou Imperium. Em 27 a.C., Otaviano vai ao Senado: “A sua obra, disse ele, estava terminada; os assassinos de seu pai, punidos e a ordem, reestabelecida; pelo que, resolvendo recolher-se à vida privada, renunciava os seus poderes extraordinários” (PEIXOTO, 1960, pág. 92).

O Senado, então, reclama e suplica a Otaviano que desistisse de tal pretensão e, partilhando a competência administrativa entre ele o Senado, e restringindo seu governo por um decênio, Otaviano aceita, sendo então investido legalmente de poder supremo e com o nome de príncipe. Três dias depois, o Senado conferiu a Otaviano o título de *augusto*, o que o revestia de caráter divino (PEIXOTO, 1960, pág. 94). Considera-se o ano de 27 a.C. como o ano do nascimento do Império Romano.

Passaremos agora ao estudo das relações entre moeda, economia e poder, observando as contribuições destes itens em relação à concentração da noção de Imperium.

6. A MOEDA, A ECONOMIA E O PODER: A CONCENTRAÇÃO DO IMPERIUM

No início da República Romana, não se fala em moeda, mas em *aes rude*, ou bronze não trabalhado, que consiste em peças deste metal usadas em comércio. Roma se expande, e no ano de 221 a.C. é introduzido um novo sistema de cunhagem de moedas, onde o denário aparece pela primeira vez. (ANCIENT HISTORY ENCYCLOPEDIA, 2013).

A cunhagem romana, assim como a cunhagem na antiguidade, baseava-se na ideia de valor intrínseco: a moeda deveria ser feita de um metal idêntico ao seu valor. A moeda era trocada exatamente pelo valor do metal nela contido. Os metais mais importantes para as moedas antigas eram a ouro e prata, mas bronze e cobre também eram utilizados para trocas de menor valor. (BEDOYERE, 2013, pág. 114).

Como observa Hayek (pág. 33, 2011), desde seus primórdios, a cunhagem da moeda não fora tratada como elemento que servisse ao bem geral, mas como instrumento essencial ao poder dos governos. Isso se nota já na República Romana, ao se observar que a cunhagem de moedas era levada a cabo, virtualmente, pelos chefes militares, cujos nomes aparecem quase sempre nas moedas de prata e de ouro, com o objetivo não de atender às necessidades da economia, mas sim para o pagamento de tropas. (WEBER, 1968, pág. 227).

Assim, a cunhagem da moeda e seu posterior controle vêm a desempenhar função essencial na formação do conceito de Imperium. Assevera de Jouvenel (2010, pág. 47) que o poder só adquire legitimidade por estar conforme com o que os homens acreditem ser o modo legítimo de poder, de forma que a obediência está atrelada a tal crença, à confiança e ao crédito que se atribui à fonte que emana comandos. Igualmente, reconhece o autor que o poder pode se fundamentar apenas na força, mas que não pode crescer senão pelo crédito. Vejamos parte dos fatos contextuais que contribuíram para a construção deste crédito.

6.1 A CONCENTRAÇÃO DO IMPERIUM: PERSONIFICAÇÃO DO PODER ESTATAL

É no ano de 46 a.C. que a cunhagem de moedas vem a flertar com a ideia de um poder central personificado, quando Júlio Cesar ordena a cunhagem de moedas com seu perfil em suas moedas. Outros nomes de relevância histórica igualmente cunhavam imagens de si próprios em suas moedas particulares. Brutus, por exemplo, possuía uma moeda com seu perfil de um lado e duas adagas do outro, simbolizando seu papel no assassinato de Júlio Cesar. (ANCIENT HISTORY ENCYCLOPEDIA, 2013).

Por cerca de 500 anos, as moedas romanas retrataram eventos, esperanças, ambições, vidas e mentiras de seus governantes (DAVIES, 2002, pág. 91), de forma tal que é possível concluir que a importância histórica de tais moedas é essencial para a compreensão da história romana, mas há outra faceta relacionada à importância deste tipo de retratação na moeda.

É necessário observar que, durante o Império, a moeda era uma espécie de afirmação do indivíduo, de forma que quase todo novo aspirante ao trono ordenava a cunhagem de moedas próprias em sinal de ambição. Assim, a moeda apresentava uma espécie de conexão com a potência do indivíduo, razão pela qual era alvo de destruição pelos rivais políticos, como observado através da decisão do senado em ordenar que fossem derretidas as moedas de Calígula após seu assassinato. (DUNCAN-JONES, 2006, pág. 98).

O poder da propaganda emanado pela moeda era de suma importância para o conhecimento e reconhecimento do imperador vivo, razão pela qual não só moedas velhas eram recunhadas com a figura do novo imperador, mas também, em certas ocasiões, as moedas eram deliberadamente cunhadas com menores quantidades de materiais padrões com o propósito da produção de mais moedas, expandido o potencial desta propaganda. (DUNCAN-JONES, 2006, pág. 105).

6.2 A CONCENTRAÇÃO DO IMPERIUM: PERSONIFICAÇÃO DO PODER RELIGIOSO

Os antecedentes da relação hostil à riqueza monetária já se encontravam permeando a cultura grega, através, por exemplo, do mito do rei Midas, que após adquirir a habilidade sobrenatural de transformar

tudo o que tocasse em ouro, arrepende-se, livra-se desta habilidade e passa a viver como camponês adorador de Pã, deus dos campos, rebanhos e pastores. (DANTAS, 2016).

Assim, quando Constantino proclama o Édito de Milão em 313, garantindo a liberdade de culto religioso, o processo de difusão do ideário cristão – em especial no que diz respeito ao Novo Testamento, que toma por mundana a vida profissional terrena (WEBER, 2014, cap. 3) – vem a consolidar a noção de que aquele que vende tudo e dá aos pobres terá seu lugar garantido no reino dos céus, ou ainda de que é mais fácil passar um camelo pelo fundo de uma agulha do que entrar um rico no reino de Deus, como visto no evangelho de Mateus, perpetuando a aversão ao comércio. Formalmente, o processo se completa quando da adoção da religião cristã como a religião oficial do Império, ação promovida por Teodósio I, em 380 d.C.

Ao longo do Império, contudo, o imperador passará a ser retratado não só como magistrado máximo, mas, simultaneamente, como sacerdote, sendo comumente reproduzido operando rituais religiosos, inclusive na moeda, servindo de reforço à ideia do governante enquanto máxima autoridade dirigente tanto no campo político quanto espiritual. (MANDERS, 2012, pág. 134).

É necessário ressaltar, ainda, que os impostos do Império estavam ligados, em parte, a obrigações religiosas. Igualmente, segundo a própria cultura da Antiguidade, contava-se com o favor dos deuses para se obter sucesso – como se observa na influência grega de Platão, que relaciona a retidão na efetivação de um contrato com a necessidade de proteção divina (PLATÃO, 2006, livro 5) – de forma que matérias religiosas seguiam lado-a-lado às questões de Estado.

Neste sentido, quando Jesus afirma que é necessário dar a César o que é de César e a Deus o que é de Deus, há interpretações que apontam a responsabilidade tributária no pagamento de impostos como um dever que, também lado-a-lado às questões de Estado, serve à satisfação de questões religiosas, haja vista que

parte dos tributos financeira festivais religiosos. (KIRKEGAARD, 2006).

6.3 A CONCENTRAÇÃO DO IMPERIUM: CONTROLE ECONÔMICO

A nascente República Romana era dependente de pouca taxaço, pois era baseada em trabalho livre. Os maiores custos vinham da manutenção de exércitos. Contudo, os exércitos dos tempos republicanos eram compostos por cidadãos livres que possuíam propriedades e que serviam um ano sem pagamentos, além de pagar por seu próprio equipamento. (ADAMS, 2001, pág. 79).

Uma das primeiras mençoens a impostos em Roma vem de 199 a.C., quando censores fiscalizavam a aplicação da *portoria*, latim para alfândega, e que se tratava justamente de um imposto sob uma transação comercial. (KAY, 2014, pág. 74).

6.3.1. CONTROLE ECONÔMICO: REFORMAS DE AUGUSTO

No engatinhar do Império, um conturbado período de recrudescimento de impostos vem à tona com Sulla e Pompeu instituindo pagamentos altos para o financiamento de exércitos. Júlio Cesar, na contramão, institui um sistema mais brando e flexível de cobrança até sua morte, quando Brutus e Marco Antônio instituindo novo período de “terror tributário” (ADAMS, 2001, pág. 95). Por certo, impostos fixos existiam e permanecerem, como o imposto por transação de escravos.

Neste sentido, tido por alguns como o mais brilhante estrategista de impostos de todos os tempos, Augusto destrói o poder da República Romana redirecionando o fluxo de caixa proveniente dos impostos. No passado, este dinheiro seria destinado ao Senado. Com suas reformas, passou a ir para o Primeiro Cidadão: o próprio Augusto. (ADAMS, 2001, pág. 97).

Estima-se que o sistema de taxaçoes romano tenha sido o mesmo por geraçoens, quiçá séculos, até o derradeiro momento em que os tributos externos deixaram de fluir em direção a Roma, revelando sua insustentabilidade fiscal. (Davies, 2002, pág. 96).

Assim, Augusto estabelece uma reforma tributária com a criação de três novos impostos: a cobrança de 1% sobre todas as transações comerciais; *tributum soli*, cobrança de 1% baseado no valor da terra; e *tributum capitis*, uma taxa fixa de cobrança par adultos. Com eventuais ajustes, este novo modelo também permaneceu por gerações. (Davies, 2002, pág. 96).

Mas uma de suas reformas mais importantes foi a criação de um “escritório” para lidar com impostos, sob o comando, igualmente do próprio Augusto. No governo de Pompeu e César, o poder de governo residia na mão dos militares, pois que o dinheiro de impostos não mais passava pelas mãos do Senado, mas ia diretamente aos generais.

Pode-se, assim, atribuir como um dos motivos da queda do Senado e da República a transferência da competência administrativa para o Primeiro cidadão (ADAMS, 2001, pág. 98), ficando claro, também, a crescente competência monopolística do governante máximo em assuntos de Estado.

6.3.2. CONTROLE ECONÔMICO: FERRAMENTA POLÍTICA

Nos tempos imperiais, a moeda cunhada por imperadores era disseminada através do gasto público, que se dava, essencialmente, para a manutenção de exércitos e para demais gastos do imperador.

Como observa Weber (2006, pág. 228), “A Antiguidade impôs, de modo rigoroso, o monopólio monetário do Estado”. Desta sorte, a cunhagem local seguia um processo paulatino de desaparecimento, havendo estimativas que apontam para sua total extinção já na morte de Cláudio, em 54 d.C. (DUNCAN-JONES, 2006, pág. 107). A cunhagem, em momento posterior, tornou-se competência de órgãos centrais, mas a cunhagem de moedas de ouro e de prata tornaram-se competência direta e personalíssima do imperador. (Davies, 2002, pág. 95).

Em adição, enquanto ferramenta de política fiscal, apesar de relatos que afirmam que Nero foi o primeiro imperador a desvalorizar moedas de ouro e prata com o intuito de equilibrar o balanço comercial (ROUX, 2009, cap. III), não é claro se a manipulação da moeda era

estrategicamente efetuada em momentos anteriores ao governo da Dinastia Severa, mas é certo que a diluição de matérias que a compõe tende a ocorrer em momentos de rigores econômicos, servindo como indícios neste sentido.

Em todo caso, nota-se que o gasto público poderia incentivar setores específicos e de forma direcionada na sociedade romana, pois que os impostos poderiam contribuir para o estímulo ou desestímulo do comércio (HOPKINS, 1980, pág. 103). Tendo em vista o crescente acúmulo de domínio financeiro nas mãos do imperador, nota-se crescente formação e concentração de poder na mão do governante máximo.

6.3.3. CONTROLE ECONÔMICO: AUTOSSUFICIÊNCIA ESTATAL

Em contraste com os tempos republicanos, em que, como observado anteriormente, os exércitos eram compostos por cidadãos que chegavam mesmo a pagar por seus próprios equipamentos, o tardio Império Romano agora manufaturava armas, armaduras e uniformes em suas próprias fábricas. (JONES, 1986, pág. 839)

Além de ser dono de minas de extração de ouro, agora o Estado romano também produzia o próprio mármore para a produção de obras públicas. Aqui se nota um esforço rumo à centralização da produção e, para aquilo que o Estado romano não produzia, instituía impostos.

Estima-se que, do final do século terceiro em diante, o Império supria suas necessidades através da instituição de impostos relacionados à terra: assegurando não só a alimentação para sustentar tropas, funcionários públicos, a população da capital e todos os animais que auxiliavam estes mencionados; mas também assegurando a matéria prima necessária ao funcionamento das próprias fábricas do Estado romano.

De forma idêntica, a construção e reparo, em relação a prestações de matérias e de trabalho, igualmente foram estabelecidas na forma de impostos em relação à terra, o que veio a reduzir de forma significativa a atividade mercante. No final do século quarto, contudo, estes impostos passam a ser substituídos por mera prestação pecuniária. (JONES, 1986, pág. 840).

Convém notar um grande esforço em direção não só da autossuficiência da máquina estatal, mas um enorme avanço em direção ao controle econômico que, em última instância, resultaria em grande competência administrativa ao governante máximo, expandido o alcance e influência de seu poder político.

7. CONCLUSÃO

Neste sentido, observa-se que o conceito de economia na Antiguidade não é, de fato, idêntico ao que se concebe modernamente, mas aparenta ser um período ainda embrionário quando comparado ao significado moderno. Tal conceito antigo seguiu em conflito provocado por transformações que emanaram tanto de demandas sociais e amplas, quanto por decisões unilaterais de um imperador.

De uma sociedade que desprezava o comércio, o acúmulo de riquezas e o trabalho como meio de vida – essencialmente por razões místicas e tradicionais – surge e se sobrepõe sobre aquela, paulatinamente, a concepção, ainda embrionária, de que a propriedade não é meramente um pedaço sagrado de solo, e isto veio a afetar toda a estruturação da sociedade romana, que passa a tornar-se cada vez mais dependente do comércio dentro da vastidão do império; afetando ainda o próprio governo romano, com espécies de tributações inicialmente na forma de produtos prontos ou mesmo matérias primas, até sua substituição pela cobrança de impostos em forma de moeda, nos moldes modernos.

Em consequência, a própria concepção de trabalho, com isso, ganhará novos significados graças às contribuições dos pais da patrística, sofrendo uma mudança completa de significado já no tempo dos filósofos da escolástica, que retratarão o trabalho enquanto instrumento de salvação terrena e como meio de se obter dignidade.

Igualmente a seara política será tomada por perturbações: do período republicano romano, em que o esforço da *res publicae* apontava em direção à divisão de competências e capacidades como meio de se atingir o ideal republicano de não apropriação do bem público em prol de

fins privados, vemos o Estado republicano ruir para dar lugar um novo: o império.

No império, o domínio do imperador, ao longo do tempo, muito se aproximará do domínio dos senhores absolutistas medievais, pois que o Estado igualmente se aproximará do conceito de algo que se possui, algo que o imperador poderá, dentro de mínimas limitações, dispor como quiser.

Para compreender esta transformação radical, é essencial atentar-se às previas modificações e novos usos da moeda e, no geral, da economia romana. Para início de conversa, a moeda passou a adquirir uma característica não econômica de suma relevância para a consolidação e centralização de um poder central: tornou-se instrumento de propaganda ideológica.

Sendo a moeda instrumento de amplo acesso em uma época distante das impressões e facilidades gráficas modernas, a retratação da figura na moeda é símbolo de afirmação da ambição do indivíduo, as moedas romanas recriaram eventos, esperanças, ambições, vidas e mentiras de seus governantes.

Em um segundo momento, as mesmas moedas passam a retratar, igualmente, a figura do governante executando rituais religiosos na condição de máximo sacerdote. Assim, o imperador passa a ser não somente a autoridade política central máxima, mas igualmente a máxima autoridade religiosa, o que logo traz à mente a figura do leviatã de Hobbes, que traz, em cada uma de suas mãos, uma espada e um cetro, aludindo ao controle absoluto do governante em ambas as searas.

Em adição, partindo de um sistema aberto em que múltiplas cunhagens eram permitidas, a administração foi recrudescendo ao ponto de firmar o monopólio da cunhagem quanto competência exclusiva e personalíssima do imperador. Tal instrumento de propaganda fora tão importante que os próprios imperadores ordenavam a diluição de metais para que mais moedas fossem cunhadas, aumentando o potencial de divulgação.

A moeda certamente presta sua contribuição instituindo um simbolismo e mesmo um misticismo acerca da figura do imperador, mas as reformas econômicas aproximam, igualmente, o exercício do poder máximo das mãos do imperador.

A partir das reformas de Augusto, o orçamento de Roma passa não mais a ser controlado pelo Senado, mas pelo próprio príncipe, e posteriormente imperador. O imperador, então, terá acesso direto ao financiamento de tropas e às construções públicas de seu interesse em um crescente processo de centralização que perpassará mesmo pela posse de fábricas para manter toda a estrutura do império em um esforço por autossuficiência.

Desta longa jornada investigativa, conclui-se que, para se compreender o conturbado momento de transformações culturais e políticas que se passaram nos séculos iniciais depois de Cristo, é essencial assimilar as mudanças que se relacionam e permeiam a realidade econômica do império romano e que parecem caminhar para a consolidação do poder político nas mãos de um soberano supremo.

8. BIBLIOGRAFIA

ADAMS, Charles. **For good and evil – The impact of taxes on the course of civilization**. New York: Madison Books, 2001.

ANCIENT HISTORY ENCYCLOPEDIA. **Roman Coinage**. 2013. Disponível em <http://www.ancient.eu/Roman_Coinage/>. Acesso em 18 out. 2016.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret. 2014.

BEDOYERE, Guy de La. **Os romanos para leigos**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2013.

CRABBEN, Jan Van Der. **Coinage**. Disponível em <<http://www.ancient.eu/coinage/>>. Acesso em 21/08/2016.

DANTAS, Tiago. **Midas**. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/mitologia/midas.htm>>. Acesso em 21/08/2016.

DAVIES, Glyn. **A history of Money – from ancient times to presente day**. Cardiff: University of Wales Press, 2002.

DUNCAN-JONES, Richard. **Money and government in the Roman Empire**. New York: Cambridge University Press, 2006.

HAYEK, Friedrich August. **Desestatização do dinheiro: uma análise da teoria e prática das moedas simultâneas**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2011.

HEILBRONER, Robert L. **A formação da sociedade econômica**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1972.

HOPKINS, Keith. **Taxes and Trade in the Roman Empire (200 B.C. – A.D. 400)**. The journal of roman studies, v. 70, p. 101-125, 1980.

JONES, Arnold Hugh Martin. The Later Roman Empire, 284-602: A Social, Economic, and Administrative Survey. 2 Vol. Maryland: The Johns Hopkins University Press, 1986.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. **Curso de Direito Romano – Tomo 1: partes introdutória e geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1960.

PLATÃO. **The Laws**. New York: Dover Publications, 2016.

RIVAS, Leon Gomes. **“Trabajo” y mercado laboral en el pensamiento medieval y la escolastica tardia (S. XVI – XVII)**. Madrid: Universidad Complutense: Facultad de Ciencias Economicas y empresariales, 1995.

LESHEM, Dotan. **Oikonomia in the age of empires**. History of Human Sciences. California: Sage Publishing, v. 26, n.1, p. 29-51, 2013.

LIPOVETSKY, Nathalia. **Efetividade da justiça no mundo contemporâneo: entre ética e economia**. 2016. 168 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Minas Gerais, Belo Horizonte. 2016.

JOUVENEL, Bertrand de. **O poder – história natural de seu crescimento**. São Paulo: Peixoto Neto, 2010.

KAY, Philip. **Rome's economic revolution**. New York: Oxford University Press, 2014.

KIRKEGAARDS, Brad. **Rendering to Caesar and to God: Paying taxes in the roman Wolrd**. Disponível em: < <https://www.elca.org/JLE/Articles/605>>. Acesso em 1 nov. 2016.

MANDERS, Erika. **Coining images of power – Patterns in the representation of romam emperros on imperial coinage, A.D. 193-284**. Boston: Brill, 2012.

ROULAND, Norbert. **Roma, democracia impossível?** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1977.

ROUX, Patrick le. **Império Romano**. São Paulo: LP&M, 2009.

KEHOE, DENNIS P. **Law and the rural economy in the Roman Empire**. Michigan: The University of Michigan Press. 2007.

UFRGS. **A etimologia do trabalho**. [20--?]. Disponível em <http://www.ufrgs.br/e-psico/subjetivacao/trabalho/etim_trab.htm>. Acesso em 21/08/2016.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras. 2014.

WEBER, Max. **História geral da economia**. São Paulo: Editora Mestre Jou. 1968.

O PROVIMENTO Nº 52/2016 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A CONCREÇÃO PLENA DO DIREITO HUMANO AO REGISTRO DE NASCIMENTO

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: Imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutivarumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos. Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade. Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de

ideologia e da reflexão antiliberal. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Palavras-chaves: Direitos Humanos. Direito ao Registro de Nascimento. Uniões Homoafetivas.

Sumário: 1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna; 3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade; 4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade; 5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade; 6 O Provimento nº 52/2016 do Conselho Nacional de Justiça e a Concreção Plena do Direito Humano ao Registro de Nascimento.

1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da

população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*^[1]. Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (*“Olho por olho, dente por dente”*), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primacialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, *“o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”*^[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que

apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, *“esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”* [3]. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna

Ao ter como substrato de edificação as ponderações estruturadas, imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. *“A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade”* [4], como bem observam Silveira e Piccirillo. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos.

Nesta perspectiva, ao se estruturar uma análise histórica sobre a construção dos direitos humanos, é possível fazer menção ao terceiro milênio antes de Cristo, no Egito e Mesopotâmia, nos quais eram difundidos instrumentos que objetivavam a proteção individual em relação ao Estado. *“O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes”*, como bem afiança Alexandre de Moraes[5]. Em mesmo sedimento, proclama Rúbia Zanotelli de Alvarenga, ao abordar o tema, que:

Na antiguidade, o Código de Hamurabi (na Babilônia) foi a primeira codificação a relatar os direitos comuns aos homens e a mencionar leis de proteção aos mais fracos. O rei Hamurabi (1792 a 1750 a.C.), há mais de 3.800 anos, ao mandar redigir o famoso Código de Hamurabi, já fazia constar alguns Direitos Humanos, tais como o direito à vida, à família, à honra, à dignidade, proteção especial aos órfãos e aos mais fracos. O Código de Hamurabi também limitava o poder por um monarca absoluto. Nas disposições finais do Código, fez constar que aos súditos era proporcionada moradia, justiça, habitação adequada, segurança contra os perturbadores, saúde e paz[6].

Ainda nesta toada, nas *polis* gregas, notadamente na cidade-Estado de Atenas, é verificável, também, a edificação e o reconhecimento de direitos basilares ao cidadão, dentre os quais sobressai a liberdade e igualdade dos homens. Deste modo, é observável o surgimento, na Grécia, da concepção de um direito natural, superior ao direito positivo, *“pela distinção entre lei particular sendo aquela que cada povo da a si mesmo e lei comum que consiste na possibilidade de distinguir entre o que é justo e o que é injusto pela própria natureza humana”* [7], consoante evidenciam Siqueira e Piccirillo. Prima assinalar, doutra maneira, que os direitos reconhecidos não eram estendidos aos escravos e às mulheres, pois eram dotes destinados, exclusivamente, aos cidadãos homens[8], cuja aceção,

na visão adotada, excluía aqueles. “É na Grécia antiga que surgem os primeiros resquícios do que passou a ser chamado Direito Natural, através da ideia de que os homens seriam possuidores de alguns direitos básicos à sua sobrevivência, estes direitos seriam invioláveis e fariam parte dos seres humanos a partir do momento que nascessem com vida” [9].

O período medieval, por sua vez, foi caracterizado pela maciça descentralização política, isto é, a coexistência de múltiplos centros de poder, influenciados pelo cristianismo e pelo modelo estrutural do feudalismo, motivado pela dificuldade de práticas atividade comercial. Subsiste, neste período, o esfacelamento do poder político e econômico. A sociedade, no medievo, estava dividida em três estamentos, quais sejam: o clero, cuja função primordial estava assentada na oração e pregação; os nobres, a quem incumbiam à proteção dos territórios; e, os servos, com a obrigação de trabalhar para o sustento de todos. “Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassallos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos humanos” [10], tendo como traço característico a limitação do poder estatal.

Neste período, é observável a difusão de documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos, mormente por meio de forais ou cartas de franquia, tendo seus textos limitados à região em que vigiam. Dentre estes documentos, é possível mencionar a *Magna Charta Libertati* (Carta Magna), outorgada, na Inglaterra, por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, decorrente das pressões exercidas pelos barões em razão do aumento de exações fiscais para financiar a estruturação de campanhas bélicas, como bem explicita Comparato [11]. A Carta de João sem Terra acampou uma série de restrições ao poder do Estado, conferindo direitos e liberdades ao cidadão, como, por exemplo, restrições tributárias, proporcionalidade entre a pena e o delito [12], devido processo legal [13], acesso à Justiça [14], liberdade de locomoção [15] e livre entrada e saída do país [16].

Na Inglaterra, durante a Idade Moderna, outros documentos, com clara feição humanista, foram promulgados, dentre os quais é

possível mencionar o *Petition of Right*, de 1628, que estabelecia limitações ao poder de instituir e cobrar tributos do Estado, tal como o julgamento pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções arbitrárias[17], reafirmando, deste modo, os princípios estruturadores do devido processo legal[18]. Com efeito, o diploma em comento foi confeccionado pelo Parlamento Inglês e buscava que o monarca reconhecesse o sucedâneo de direitos e liberdades insculpidos na Carta de João Sem Terra, os quais não eram, até então, respeitados. Cuida evidenciar, ainda, que o texto de 1.215 só passou a ser observado com o fortalecimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais, cenário no qual o absolutismo desmedido passa a ceder diante das imposições democráticas que floresciam.

Outro exemplo a ser citado, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, lei que criou o *habeas corpus*, determinando que um indivíduo que estivesse preso poderia obter a liberdade através de um documento escrito que seria encaminhado ao lorde-chanceler ou ao juiz que lhe concederia a liberdade provisória, ficando o acusado, apenas, comprometido a apresentar-se em juízo quando solicitado. Prima pontuar que aludida norma foi considerada como axioma inspirador para maciça parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como bem enfoca Comparato[19]. Enfim, diversos foram os documentos surgidos no velho continente que trouxeram o refulgir de novos dias, estabelecendo, aos poucos, os marcos de uma transição entre o autoritarismo e o absolutismo estatal para uma época de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais[20].

As treze colônias inglesas, instaladas no recém-descoberto continente americano, em busca de liberdade religiosa, organizaram-se e desenvolveram-se social, econômica e politicamente. Neste cenário, foram elaborados diversos textos que objetivavam definir os direitos pertencentes aos colonos, dentre os quais é possível realçar a Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776. O mencionado texto é farto em estabelecer direitos e liberdade, pois limitou o poder estatal, reafirmou o poderio do povo, como seu verdadeiro detentor[21], e trouxe certas particularidades como a liberdade de imprensa[22], por exemplo. Como bem destaca Comparato[23], a Declaração de Direitos do Bom Povo da

Virgínia afirmava que os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história[24]. “Basicamente, a Declaração se preocupa com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes”[25], como bem anota José Afonso da Silva.

Diferente dos textos ingleses, que, até aquele momento preocupavam-se, essencialmente, em limitar o poder do soberano, proteger os indivíduos e exaltar a superioridade do Parlamento, esse documento, trouxe avanço e progresso marcante, pois estabeleceu a viés a ser alcançada naquele futuro, qual seja, a democracia. Em 1791, foi ratificada a Constituição dos Estados Unidos da América. Inicialmente, o documento não mencionava os direitos fundamentais, todavia, para que fosse aprovado, o texto necessitava da ratificação de, pelo menos, nove das treze colônias. Estas concordaram em abnegar de sua soberania, cedendo-a para formação da Federação, desde que constasse, no texto constitucional, a divisão e a limitação do poder e os direitos humanos fundamentais[26]. Assim, surgiram as primeiras dez emendas ao texto, acrescentando-se a ele os seguintes direitos fundamentais: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, da liberdade religiosa, da livre manifestação do pensamento[27].

3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade

No século XVIII, é verificável a instalação de um momento de crise no continente europeu, porquanto a classe burguesa que emergia, com grande poderio econômico, não participava da vida pública, pois inexistia, por parte dos governantes, a observância dos direitos fundamentais, até então construídos. Afora isso, apesar do esfacelamento do modelo feudal, permanecia o privilégio ao clero e à nobreza, ao passo que a camada mais pobre da sociedade era esmagada, porquanto, por meio da tributação, eram obrigados a sustentar os privilégios das minorias que detinham o poder. Com efeito, a disparidade existente, aliado ao

achatamento da nova classe que surgia, em especial no que concerne aos tributos cobrados, produzia uma robusta insatisfação na órbita política[28]. O mesmo ocorria com a população pobre, que, vinda das regiões rurais, passa a ser, nos centros urbanos, explorada em fábricas, morava em subúrbios sem higiene, era mal alimentada e, do pouco que lhe sobejava, tinha que tributar à Corte para que esta gastasse com seus supérfluos interesses. Essas duas subclasses uniram-se e fomentaram o sentimento de contenda contra os detentores do poder, protestos e aclamações públicas tomaram conta da França.

Em meados de 1789, em meio a um cenário caótico de insatisfação por parte das classes sociais exploradas, notadamente para manterem os interesses dos detentores do poder, implode a Revolução Francesa, que culminou com a queda da Bastilha e a tomada do poder pelos revoltosos, os quais estabeleceram, pouco tempo depois, a Assembleia Nacional Constituinte. Esta suprimiu os direitos das minorias, as imunidades estatais e proclamou a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão que, ao contrário da Declaração do Bom Povo da Virgínia, que tinha um enfoque regionalista, voltado, exclusivamente aos interesses de seu povo, foi tida com abstrata[29] e, por isso, universalista. Ressalta-se que a Declaração Francesa possuía três características: intelectualismo, mundialismo e individualismo.

A primeira pressupunha que as garantias de direito dos homens e a entrega do poder nas mãos da população era obra e graça do intelecto humano; a segunda característica referia-se ao alcance dos direitos conquistados, pois, apenas, eles não salvaguardariam o povo francês, mas se estenderiam a todos os povos. Por derradeiro, a terceira característica referia-se ao seu caráter, iminentemente individual, não se preocupando com direitos de natureza coletiva, tais como as liberdades associativas ou de reunião. No bojo da declaração, emergidos nos seus dezessete artigos, estão proclamados os corolários e cânones da liberdade[30], da igualdade, da propriedade, da legalidade e as demais garantias individuais. Ao lado disso, é denotável que o diploma em comento consagrou os princípios fundantes do direito penal, dentre os quais sobreleva destacar princípio da legalidade[31], da reserva legal[32] e anterioridade em matéria penal,

da presunção de inocência[33], tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento[34].

Os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos de liberdade, tal como os direitos civis e políticos, estando acampados em sua rubrica os direitos à vida, liberdade, segurança, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo em decorrência de perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições. *“Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade”*[35], aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade

Com o advento da Revolução Industrial, é verificável no continente europeu, precipuamente, a instalação de um cenário pautado na exploração do proletariado. O contingente de trabalhadores não estava restrito apenas a adultos, mas sim alcançava até mesmo crianças, os quais eram expostos a condições degradantes, em fábricas sem nenhuma, ou quase nenhuma, higiene, mal iluminadas e úmidas. Salienta-se que, além dessa conjuntura, os trabalhadores eram submetidos a cargas horárias extenuantes, compensadas, unicamente, por um salário miserável. O Estado Liberal absteve-se de se imiscuir na economia e, com o beneplácito de sua omissão, assistiu a classe burguesa explorar e “coisificar” a massa trabalhadora, reduzindo seres humanos a meros objetos sujeitos a lei da oferta e procura. O Capitalismo selvagem, que operava, nessa essa época, enriqueceu uns poucos, mas submeteu a maioria[36]. A massa de trabalhadores e desempregados vivia em situação de robusta penúria, ao passo que os burgueses ostentavam desmedida opulência.

Na vereda rumo à conquista dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, surgiram alguns textos de grande relevância, os quais combatiam a exploração desmedida propiciada pelo capitalismo. É possível citar, em um primeiro momento, como proeminente documento elaborado durante este período, a Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 1848, que apresentou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais. *“Além dos direitos humanos tradicionais, em seu art. 13 previa, como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição, a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados”* [37]. Posteriormente, em 1917, a Constituição Mexicana [38], refletindo os ideários decorrentes da consolidação dos direitos de segunda dimensão, em seu texto consagrou direitos individuais com maciça tendência social, a exemplo da limitação da carga horária diária do trabalho e disposições acerca dos contratos de trabalho, além de estabelecer a obrigatoriedade da educação primária básica, bem como gratuidade da educação prestada pelo Ente Estatal.

A Constituição Alemã de Weimar, datada de 1919, trouxe grandes avanços nos direitos socioeconômicos, pois previu a proteção do Estado ao trabalho, à liberdade de associação, melhores condições de trabalho e de vida e o sistema de seguridade social para a conservação da saúde, capacidade para o trabalho e para a proteção à maternidade. Além dos direitos sociais expressamente insculpidos, a Constituição de Weimar apresentou robusta moldura no que concerne à defesa dos direitos dos trabalhadores, primordialmente *“ao instituir que o Império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade, um mínimo de direitos sociais”* [39], tal como estabelecer que os operários e empregados seriam chamados a colaborar com os patrões, na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas.

No campo socialista, destaca-se a Constituição do Povo Trabalhador e Explorado [40], elaborada pela antiga União Soviética. Esse Diploma Legal possuía ideias revolucionárias e propagandistas, pois não enunciava, propriamente, direitos, mas princípios, tais como a abolição da propriedade privada, o confisco dos bancos, dentre outras. A Carta do

Trabalho, elaborada pelo Estado Fascista Italiano, em 1927, trouxe inúmeras inovações na relação laboral. Dentre as inovações introduzidas, é possível destacar a liberdade sindical, magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais^[41].

Nota-se, assim, que, aos poucos, o Estado saiu da apatia e envolveu-se nas relações de natureza econômica, a fim de garantir a efetivação dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Sendo assim, o Estado adota uma postura de Estado-social, ou seja, tem como fito primordial assegurar aos indivíduos que o integram as condições materiais tidas por seus defensores como imprescindíveis para que, desta feita, possam ter o pleno gozo dos direitos oriundos da primeira geração. E, portanto, desenvolvem uma tendência de exigir do Ente Estatal intervenções na órbita social, mediante critérios de justiça distributiva. Opondo-se diretamente a posição de Estado liberal, isto é, o ente estatal alheio à vida da sociedade e que, por consequência, não intervinha na sociedade. Incluem os direitos a segurança social, ao trabalho e proteção contra o desemprego, ao repouso e ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde e o bem-estar individual e da família, à educação, à propriedade intelectual, bem como as liberdades de escolha profissional e de sindicalização.

Bonavides, ao tratar do tema, destaca que os direitos de segunda dimensão *“são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal”*^[42]. Os direitos alcançados pela rubrica em comento florescem umbilicalmente atrelados ao corolário da igualdade. Como se percebe, a marcha dos direitos humanos fundamentais rumo às sendas da História é paulatina e constante. Ademais, a doutrina dos direitos fundamentais apresenta uma ampla capacidade de incorporar desafios. *“Sua primeira geração*

enfrentou problemas do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais” [43], como bem evidencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade

Conforme fora visto no tópico anterior, os direitos humanos originaram-se ao longo da História e permanecem em constante evolução, haja vista o surgimento de novos interesses e carências da sociedade. Por esta razão, alguns doutrinadores, dentre eles Bobbio [44], os consideram direitos históricos, sendo divididos, tradicionalmente, em três gerações ou dimensões. A nomeada terceira dimensão encontra como fundamento o ideal da fraternidade (solidariedade) e tem como exemplos o direito ao meio ambiente equilibrado, à saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, a proteção e defesa do consumidor, além de outros direitos considerados como difusos. *“Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo” [45]* ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Os direitos de terceira dimensão são considerados como difusos, porquanto não têm titular individual, sendo que o liame entre os seus vários titulares decorre de mera circunstância factual. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o robusto entendimento explicitado pelo Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[46].

Nesta feita, importa acrescentar que os direitos de terceira dimensão possuem caráter transindividual, o que os faz abranger a toda a coletividade, sem quaisquer restrições a grupos específicos. Neste sentido, pautaram-se Motta e Motta e Barchet, ao afirmarem, em suas ponderações, que *“os direitos de terceira geração possuem natureza essencialmente transindividual, porquanto não possuem destinatários especificados, como os de primeira e segunda geração, abrangendo a coletividade como um todo”*[47]. Desta feita, são direitos de titularidade difusa ou coletiva, alcançando destinatários indeterminados ou, ainda, de difícil determinação. Os direitos em comento estão vinculados a valores de fraternidade ou solidariedade, sendo traduzidos de um ideal intergeracional, que liga as gerações presentes às futuras, a partir da percepção de que a qualidade de vida destas depende sobremaneira do modo de vida daquelas.

Dos ensinamentos dos célebres doutrinadores, percebe-se que o caráter difuso de tais direitos permite a abrangência às gerações futuras, razão pela qual, a valorização destes é de extrema relevância. *“Têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”*[48]. A respeito do assunto, Motta e Barchet[49] ensinam que os direitos de terceira dimensão surgiram como

“soluções” à degradação das liberdades, à deterioração dos direitos fundamentais em virtude do uso prejudicial das modernas tecnologias e desigualdade socioeconômica vigente entre as diferentes nações.

6 O Provimento nº 52/2016 do Conselho Nacional de Justiça e a Concreção Plena do Direito Humano ao Registro de Nascimento

Em um comentário introdutório à temática, cuida realçar que o registro de nascimento é o primeiro ato formal a documentar e, com isso, publicizar a existência de uma nova pessoa natural tanto para a sociedade quanto para o Estado. Apesar da pessoa natural já existir de fato, desde o nascimento com vida, ter o seu nascimento cadastrado, com todas as informações necessárias, junto ao cartório de registro civil das pessoas naturais, é *conditio sine qua non* para o reconhecimento perante Estado e sociedade. Assim, o registro civil de nascimento se afigura como direito humano indissociável do exercício da cidadania, conferindo ao indivíduo identidade enquanto pessoa natural. Assim, ao se considerar o registro de nascimento como sendo direito humano, não há como pensar em observância a tal direito sem que o Estado adote as providências imprescindíveis no sentido de assegurá-lo, propiciando, desta sorte, o que se convencionou chamar de padrão mínimo de dignidade humana. Com efeito, a ausência do registro civil de nascimento cria uma série de obstáculos para a inserção do indivíduo na sociedade e inviabiliza o exercício pleno da cidadania.

Verifica-se que, apesar de ser um ato essencialmente formal, o registro civil de nascimento da pessoa natural traz à reboque a garantia de concreção de uma série de direito, em especial aqueles vinculados diretamente à figura do cidadão, inserindo-o na sociedade e publicizando sua existência perante o Estado. Nesta esteira, o Provimento nº 52, de 14 de março de 2016^[50], que dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida, materializa instrumento de importância singular na concreção dos direitos humanos. O provimento em comento se arrima no reconhecimento das uniões homoafetivas e da igualdade entre os filhos, nos termos preconizados no artigo 227, §6º, do Texto de 1988 para

disciplinar a questão do registro civil de crianças nascidas de fertilização assistida:

Considerando o previsto no art. 227, §6º, da Constituição Federal, e no art. 1.609 do Código Civil; [...]

Considerando o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, em 05/05/2011, no julgamento conjunto da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4.277/DF, em foi reconhecida a união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo do mesmo sexo como família, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para toda a Administração Pública e os demais órgãos do Poder Judiciário;

Considerando o acórdão proferido pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 25/20/2011, no julgamento do REsp 1.183.378/RS, que garantiu às pessoas do mesmo sexo o direito ao casamento civil;

Considerando a necessidade de uniformização em todo território nacional do registro de nascimento e da emissão da respectiva certidão para os filhos havidos por técnica de reprodução assistida, de casais heteroafetivos e homoafetivos [...][\[51\]](#)

O provimento em comento configura verdadeiro instrumento de concreção dos direitos humanos, sobretudo quando traz, com clareza ofuscante, que o assento do registro de nascimento conterà o nome de ambos os genitores, em caso de pares homoafetivos. O texto diciona que, nas hipóteses de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem haver qualquer distinção quanto à ascendência paterna ou materna. Trata-se, com destaque, de orientação claramente inclusive, visando conferir tratamento digno aos pares homoafetivos, bem como sua prole, de maneira a assegurar a concretização do superprincípio da dignidade da

pessoa humana. Mais do que isso, a possibilidade de inclusão dos nomes de ambos pais ou mães no assento de nascimento encontra amparo, inclusive, na jurisprudência robustecida do Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: Recurso Especial. Ação declaratória de inexistência de filiação e anulatória de registro público. Duplo registro de paternidade. Multiparentalidade. Pai socioafetivo. Ausência de manifestação nos autos. Demonstração de interesse em figurar na certidão de nascimento do menor. Inocorrência. Disposição futura de bens. Possibilidade. Dispositivos constitucionais. Análise. Competência do STF. Legislação infraconstitucional não prequestionada. Incidência da súmula nº 211/STJ. Divergência jurisprudencial não demonstrada nos moldes legais. [...] 2. Esta Corte tem entendimento no sentido de ser possível o duplo registro na certidão de nascimento do filho nos casos de adoção por homoafetivos. Precedente. [...] (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 1.333.086/RO/ Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva/ Julgado em 06 out. 2015/ Publicado no DJe em 15 out. 2015).

Denota-se que o provimento em comento traz à baila o corolário da afetividade e da busca pela felicidade como concretizadores dos direitos humanos, em especial no que atina à possibilidade de inserção dos nomes dos pares homoafetivos no assento de nascimento. Impostergável faz-se o reconhecimento do afeto e da busca pela felicidade, enquanto valores impregnados de juridicidade, porquanto abarcam a todos os indivíduos, suplantando qualquer distinção, promovendo a potencialização do superprincípio em destaque. Ora, de tais dogmas decorre o direito constitucional de constituir família, sobretudo na visão contemporânea em que a célula familiar é o microambiente em que o ser humano se desenvolve. Ademais, em se tratando de temas afetos ao Direito de Família, o relevo deve ser substancial, precipuamente em decorrência da estrutura das relações

mantidas entre os atores processuais, já que extrapola a rigidez jurídica dos institutos consagrados no Ordenamento Pátrio, passando a se assentar em valores de índole sentimental, os quais, conquanto muitas vezes sejam renegados a segundo plano pela Ciência Jurídica, clamam máxima proteção, em razão das peculiaridades existentes. O patrimônio, *in casu*, não é material, mas sim de ordem sentimental, o que, por si só, inviabiliza qualquer quantificação, sob pena de coisificação de seu detentor e aviltamento à própria dignidade da pessoa humana.

Referências:

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 28 mar. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 28 mar. 2016.

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 28 mar. 2016.

_____. **Provimento nº 52, de 14 de março de 2016**. Dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>>. Acesso em 28 mar. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 mar. 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997.

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 28 mar. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **Direitos Humanos de 4ª Geração**. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5996>>. Acesso em 28 mar. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 28 mar. 2016.

_____. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 28 mar. 2016.

_____. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 28 mar. 2016.

_____. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 28 mar. 2016.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 28 mar. 2016.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 28 mar. 2016.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 28 mar. 2016.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 28 mar. 2016.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 mar. 2016.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 28 mar. 2016.

[5] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 06.

[6] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 28 mar. 2016, p. 01.

[7] SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009. Acesso em 28 mar. 2016.

[8] MORAES, 2011, p. 06.

[9] CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 28 mar. 2016.

[10] MORAES, 2011, p. 06.

[11] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.71-72.

[12] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 28 mar. 2016: “Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito”.

[13] *Ibid.* “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.

[14] *Ibid.* “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

[15] *Ibid.* “Será permitido, de hoje em diante, a qualquer um sair do nosso reino, e a ele retornar, salvo e seguro, por terra e por mar, salvaguardando a fidelidade a nós devida, excepto por um curto espaço em tempo de guerra, para o bem comum do reino, e excepto aqueles aprisionados e declarados fora da lei segundo a lei do país e pessoas de países hostis a nós e mercadores, os quais devem ser tratados como acima dito”.

[16] *Ibid.* “Todos os mercadores terão liberdade e segurança para sair, entrar, permanecer e viajar através da Inglaterra, tanto por terra como por mar, para comprar e vender, livres de todos os direitos de pedágio iníquos, segundo as antigas e justas taxas, excepto em tempo de guerra,

caso sejam do país que está lutando contra nós. E se tais forem encontrados no nosso país no início da guerra serão capturados sem prejuízo dos seus corpos e mercadorias, até que seja sabido por nós, ou pelo nosso chefe de justiça, como os mercadores do nosso país são tratados, se foram encontrados no país em guerra contra nós; e se os nossos estiverem a salvo lá, estes estarão a salvo no nosso país”.

[17] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 12.

[18] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 28 mar. 2016: “ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou *benevolence* e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas”.

[19] COMPARATO, 2003, p. 89-90.

[20] MORAES, 2011, p. 08-09.

[21] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 28 mar. 2016: “Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis”.

[22] *Ibid.* “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”.

[23] COMPARATO, 2003, p. 49.

[24] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 28 mar. 2016:

“Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”.

[25] SILVA, 2004, p.155.

[26] *Ibid.*

[27] MORAES, 2003, p. 28.

[28] COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 146-150.

[29] SILVA, 2004, p. 157.

[30] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 28 mar. 2016: “Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.

[31] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 28 mar. 2016: “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

[32] *Ibid.* “Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

[33] *Ibid.* “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

[34] *Ibid.* “Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

[35] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 563.

[36] COTRIM, 2010, p. 160.

[37] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

[38] MORAES, 2011, p. 11.

[39] SANTOS, 2003, s.p.

[40] FERREIRA FILHO, 2004, p. 46-47.

[41] SANTOS, 2003, s.p.

[42] BONAVIDES, 2007, p. 564.

[43] FERREIRA FILHO, 2004, p. 47.

[44] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997, p. 03.

[45] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[46] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98,

ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 mar. 2016.

[47] MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007, p. 152.

[48] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[49] MOTTA; BARCHET, 2007, p. 153. “[...] Duas são as origens básicas desses direitos: a degradação das liberdades ou a deterioração dos demais direitos fundamentais em virtude do uso nocivo das modernas tecnologias e o nível de desigualdade social e econômica existente entre as diferentes nações. A fim de superar tais realidades, que afetam a humanidade como um todo, impõe-se o reconhecimento de direitos que também tenham tal abrangência – a humanidade como um todo -, partindo-se da ideia de que não há como se solucionar problemas globais a não ser através de soluções também globais. Tais “soluções” são os direitos de terceira geração.[...]”

[50] BRASIL. **Provimento nº 52, de 14 de março de 2016**. Dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>>. Acesso em 28 mar. 2016.

[51] BRASIL. **Provimento nº 52, de 14 de março de 2016**. Dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>>. Acesso em 28 mar. 2016.