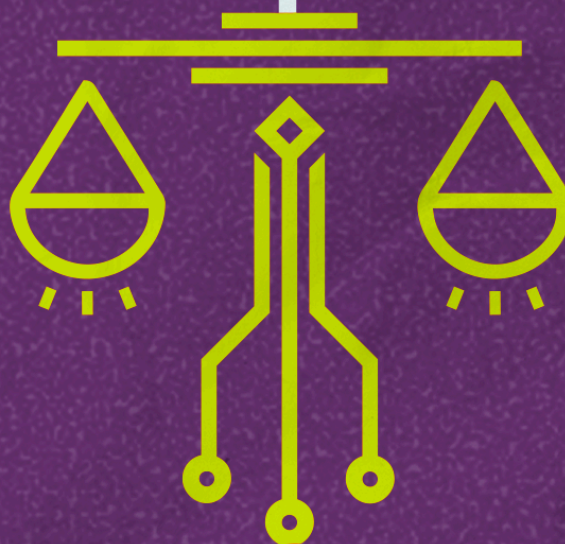


REVISTA DE
DIREITO
CONTEMPORÂNEO

UNIDEP | Afya



V. 3, N. 01 - JANEIRO/JUNHO 2024

REVISTA DE DIREITO CONTEMPORÂNEO UNIDEP

Editor

Prof. Me. Murilo Henrique Garbin, Centro Universitário de Pato Branco, Pato Branco
– PR, Brasil.

Conselho Editorial

- Prof. Dr. Alejandro González-Varas Ibáñez, Universidade de Zagarosa, Espanha.
Prof^a. Dr^a. Cláudia de Lurdes da Silva Gonçalves, Universidade de Salamanca, Espanha.
Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil, Fundação Universidade de Itaúna, Brasil.
Prof. Me. Guilherme Martelli Moreira, Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Centro
Universitário de Pato Branco, Brasil.
Prof. Me. Isaac Maynard Carvalho Moyses Souza, Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil.
Prof^a. Dr^a. Joana de Moraes Souza Machado, Centro Universitário Uninovafapi, Brasil.
Prof. Me. Lucas Bossoni Saikali, Universidade Federal do Paraná, Brasil.
Prof. Dr. Luis Alberto Reichelt, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil.
Prof^a. Dr^a. María Ángeles Guervós Maíllo, Universidade de Salamanca, Espanha.
Prof^a. Dr^a. María Micaela Alarcón Gambarte, Universidad Mayor de San Andres, Bolívia.
Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues, Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil.
Prof. Dr. Ricardo Henrique Carvalho Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil.
Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães, Universidade Federal de Minas Gerais e Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil.
Prof. Dr. Rubén Miranda Gonçalves, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.
Prof. Dr. Sílvio de Sá Batista, Faculdade Santo Agostinho, Brasil.
Prof. Dr. Thiago Penido Martins, Universidade do Estado de Minas Gerais e Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais, Brasil.
Prof^a. Ma. Vega Cortés Pérez, Universidad de Salamanca, Espanha.

Corpo de Pareceristas que atuaram nesta edição

- Prof. Dr. Adriano da Silva Ribeiro, Universidade FUMEC, Brasil.
Prof^a. Dra. Andressa Zanco, Centro Universitário de Pato Branco e Universidade Tecnológica Federal
do Paraná, Brasil.
Prof^a. Ma. Angelica Socca Cesar Recuero, Centro Universitário de Pato Branco, Brasil.
Prof^a. Ma. Camila Rocha, Centro Universitário de Pato Branco, Brasil.
Prof^a. Dra. Cláudia de Lurdes da Silva Gonçalves, Universidade de Salamanca, Espanha.
Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil, Fundação Universidade de Itaúna, Brasil.

Prof. Me. Guilherme Martelli Moreira, Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Centro
Universitário de Pato Branco, Brasil.

Prof. Me. Isaac Maynard Carvalho Moyses Souza, Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil.

Prof. Me. Ivonaldo da Silva Mesquita, Faculdade De Ciências Aplicadas Do Piauí, Brasil.

Profª. Drª. Joana de Moraes Souza Machado, Centro Universitário Uninovafapi, Brasil.

Prof. Me. Mauricio Jacobi dos Santos, Centro Universitário de Pato Branco, Brasil.

Profª. Ma. Pamela Varaschin Prates, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil.

Profª. Ma. Paola Pagote Dall’Omo, Universidade Comunitária da Região de Chapecó, Brasil.

Prof. Dr. Rafael Ademir Andrade, Centro Universitário São Lucas e Universidade Federal de
Rondônia, Brasil.

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues, Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil.

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade
exclusiva de seus autores.

Capa e projeto gráfico: Agência de Comunicação UNIDEP



Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons Atribuição-
NãoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

ISSN-e: 2764-7587

R454 Revista de direito contemporâneo UNIDEP. – RDC-U -- v. 3, n. 1
(jan. / jun. 2024) -- Pato Branco: UNIDEP, 2024.

Semestral: Publicação eletrônica.
ISSN: 2764 -7587

1. Direito. 2. Direito – Inovações tecnológicas. 3. Direito –
Atualidades jurídicas. 4. Direito contemporâneo. I. Título.

CDD – 340

Ficha Catalográfica elaborada por: Maria Juçara Vieira da Silveira CRB – 9/1359

Centro Universitário de Pato Branco -- UNIDEP.

SUMÁRIO

EDITORIAL.....	5
AS CRIPTOMOEDAS: análise comparada da realidade tecnológica e regulatória do Brasil e Argentina	13
(Adriano da Silva Ribeiro e Estevão Grill Pontone)	
OS LIMITES DAS ESTIPULAÇÕES NA CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO: análise do Recurso Especial 1.819.075/RS (aluguel de imóveis em condomínios edifícios via <i>Airbnb</i>).....	29
(Joana de Moraes Souza Machado, Ana Beatriz de Sousa Chaves e Francisco Ryan Soares de Holanda)	
COMENTÁRIOS À SC COSIT Nº 2/2024: breve análise sobre a variação cambial na alienação a prazo por pessoa física	40
(Guilherme Martelli Moreira)	
O DIREITO ADMINISTRATIVO: passado, contemporaneidade e experiência brasileira	56
(Isaac Maynart Carvalho Moyses Souza)	
REGIME LEGAL DE BENS NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL: ajustamento histórico e afastamento do etarismo como causa de discriminen	71
(Paulo Henrique Arruda)	
LAS COMPETENCIAS DEL TUTOR EMPRESARIAL EN LA FORMACIÓN DEL PASANTE DE DERECHO.....	87
(Alcides Antúnez Sánchez, Yaelsy Lafita Cobas e Mercedes Maribel Yolanda Chipana Fernández)	
O USO DA CRÍTICA À CIÊNCIA DOGMÁTICA JURÍDICA COMO INSTRUMENTO LIBERTADOR NA AMÉRICA LATINA.....	120
(Pedro Henrique Gonçalves Silva, Milena Santos Coelho, Rafael Ademir Oliveira de Andrade e Ana Mel Pinheiro dos Santos)	
MUDANÇAS NAS LEIS TRABALHISTAS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19: um olhar voltado aos trabalhadores formais e ao <i>home office</i> no país.....	135
(Deusiângela Maria da Silva, Ivonaldo da Silva Mesquita e Sarah Maria Veloso Freire)	
A DESVALORIZAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: no processo de produção de provas	153
(Naiara Pereira Branco dos Santos e Deilton Ribeiro Brasil)	

EDITORIAL

A quinta edição da Revista de Direito Contemporâneo UNIDEP (RDC-U) mantém seu objetivo de se constituir em um canal de produção científico-acadêmica, que almeja o aperfeiçoamento para atingir um estrato de excelência junto à comunidade jurídica e acadêmica. Trata-se do resultado de um esforço conjunto do Conselho Editorial e de seu editor.

A publicação também se preocupa com a endogenia e garante a exogenia, com a efetiva possibilidade de troca de informações entre as Instituições de Ensino Superior, requisito para a inserção nas bases indexadoras que emitem fatores de impacto mais elevados, com conseqüente classificação superior dos periódicos avaliados pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES.

Todos os artigos submetidos foram avaliados, em primeiro lugar, pelo editor, que examina a adequação do artigo, aspectos formais e metodológicos elementares, entre outros, considerando, ainda, o espaço disponível para publicação. Após essa etapa, cada texto foi enviado a, no mínimo, dois pareceristas para análise de forma e conteúdo, obedecendo ao sistema de *double blind peer review*.

O primeiro artigo, com o verbete "As criptomoedas: análise comparada da realidade tecnológica e regulatória do Brasil e Argentina", de Adriano da Silva Ribeiro e Estevão Grill Pontone, tece reflexões acerca da regulação de criptoativos, especialmente os sistemas da internet chamados de *dark* e *deep web*, incluindo seus conceitos e distinções. Os autores fazem um paralelo entre a legislação brasileira e argentina para, ao final, abordar a lavagem de dinheiro por meio de criptoativos. Como resultado, verificou-se a necessidade de aperfeiçoamento da legislação pelo Senado Federal, sobretudo no que se refere às garantias do sigilo profissional.

O segundo artigo, de autoria de Joana de Moraes Souza Machado, Ana Beatriz de Sousa Chaves e Francisco Ryan Soares de Holanda, intitulado "Os limites das estipulações na Convenção de Condomínio: análise do Recurso Especial 1.819.075/RS (aluguel de imóveis em condomínios edifícios via Airbnb)", tem como tema central verificar se é lícita a estipulação condominial referente à proibição do

aluguel de imóveis condominiais por meio de plataformas digitais, como o Airbnb. Para a investigação, foi colacionado o Recurso Especial 1.819.075/RS, onde se analisou a pertinência dos argumentos e teses utilizados pelos ministros na elaboração de seus respectivos votos. Como resultado, os autores verificaram que a decisão do acórdão paradigma fere literalmente o direito fundamental de propriedade ao dar primazia ao interesse coletivo na convenção de condomínio, inexistindo, dessa maneira, uma ponderação consistente entre os dois bens jurídicos tutelados.

O terceiro artigo, "Comentários à SC COSIT Nº 2/2024: breve análise sobre a variação cambial na alienação a prazo por pessoa física", de Guilherme Martelli Moreira, tece comentários à Solução de Consulta COSIT nº 2/2024 da Receita Federal do Brasil, que trata da tributação da variação cambial em transações comerciais envolvendo moeda estrangeira no Imposto sobre a Renda de Pessoa Física (IRPF). Para o autor, a interpretação da Receita Federal considerou que o acréscimo decorrente da variação cambial de parcela recebida na alienação a prazo de participação societária não integra o valor de alienação no cálculo do ganho de capital, sendo tributado individualmente como rendimento de capital a título de juros. Como resultado, verificou-se que esse entendimento pode ser contestado com base no direito civil, que estabelece parâmetros claros para a determinação e execução do preço em transações comerciais.

O quarto artigo, de Isaac Maynard Carvalho Moyses Souza, é sobre "O Direito Administrativo: passado, contemporaneidade e experiência brasileira". Para o autor, a investigação é motivada pela necessidade de compreensão dessas mudanças e uma análise indispensável sobre o desenvolvimento do ramo do Direito Administrativo, que sempre exige um movimento de adaptação do Direito para a regulação das relações sociais. É registrado, ainda, que a participação do cidadão e da sociedade na gestão e controle da administração pública facilita a preservação da legalidade e lisura dos procedimentos. Conclui, ao final, que essa democratização se apresenta como uma tendência contemporânea do Direito Administrativo.

Por seu turno, o quinto artigo, com o título "Regime legal de bens no casamento e na união estável: ajustamento histórico e afastamento do etarismo como causa de discrimen", de Paulo Henrique Arruda, tem como vértice a decisão do Supremo Tribunal Federal do Tema nº 1236, *Leading Case*: ARE 1309642, onde foi estabelecida a seguinte tese: nos casamentos e uniões estáveis envolvendo

pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no artigo 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública. Para o autor, a Suprema Corte brasileira realizou um ajustamento histórico ao afastar o etarismo como causa de *discrimen*, corrigindo uma falha legislativa e restabelecendo a liberdade e a dignidade da pessoa idosa.

O sexto artigo, "As Competências do Tutor Empresarial na Formação do Estagiário de Direito", é o resultado da investigação realizada por Alcides Antúnez Sánchez, Yaelsy Lafita Cobas e Mercedes Maribel Yolanda Chipana Fernández, que faz uma análise da necessidade de fundamentar as competências do tutor empresarial que são necessárias para executar a prática laboral como estratégia didática no processo de ensino e aprendizagem dos estudantes do curso de Direito. Os autores defendem a necessidade de conhecer a tutoria executada pelas Unidades Docentes cubanas como complemento da simbiose teoria prática, realizada pelos mentores na formação do estudante do curso de Direito, em sua preparação para o emprego e a prática laboral como resposta à atualização do modelo econômico e social hodierno.

O sétimo artigo, com o título "O uso da crítica à ciência dogmática jurídica como instrumento libertador na América Latina", de Pedro Henrique Gonçalves Silva, Milena Santos Coelho, Rafael Ademir Oliveira de Andrade e Ana Mel Pinheiro dos Santos, inicia com a premissa de que o movimento decolonial busca um sistema jurídico mais inclusivo e libertador, para depois abordar a dogmática jurídica sob a teoria crítica do Direito. Os autores analisam a crítica ao sistema eurocêntrico como instrumento para a percepção da realidade, utilizando um referencial teórico para o exercício de reflexão e denúncia, com o escopo de fomentar a tomada de consciência. Em suas conclusões, verificou-se que, sem a solidariedade social, não é possível justificar as funções do Estado em benefício da vida comum de seus jurisdicionados, para que o pluralismo jurídico seja instituído de modo comunitário e equânime.

O oitavo artigo, "Mudanças nas leis trabalhistas durante a pandemia de Covid-19: um olhar voltado aos trabalhadores formais e ao *home-office* no país", de autoria de Deusiangela Maria da Silva, Ivonaldo da Silva Mesquita e Sarah Maria Veloso Freire, fazem uma análise das mudanças na legislação trabalhista advinda com a pandemia para os trabalhadores formais da iniciativa privada, fazendo um recorte

mais voltado para a modalidade de trabalho *home-office*. Os autores defendem que muitas dessas mudanças contradizem diretamente as leis vigentes e, especialmente, a Constituição Federal de 1988. Surge assim uma colisão entre direitos fundamentais e a necessidade de manter o pleno emprego e a autonomia das empresas em meio à crise sanitária.

Por último, o nono artigo “A desvalorização da palavra da vítima nos crimes contra a dignidade sexual: no processo de produção de provas”, de Naiara Pereira Branco dos Santos e Deilton Ribeiro Brasil discutem como a palavra da vítima de crimes sexuais é tratada na prática no processo de produção de provas, bem como buscam propor um meio de resolução da lide que não viole direitos fundamentais de nenhuma das partes envolvidas. A pesquisa destacou a persistente desconfiança na palavra das mulheres em casos de crimes sexuais, apesar de seu reconhecido valor probatório. A necessidade de avaliações psicológicas rigorosas tanto para vítimas quanto para réus emerge como uma via para garantir uma justiça mais equitativa, respeitando os princípios constitucionais e combatendo estereótipos prejudiciais.

Em nome da RDC-U, renovo os meus agradecimentos aos pareceristas *ad hoc* e corpo técnico da Revista bem como ao editor Professor Mestre Murilo Henrique Garbin pela distinção do convite para escrever este Editorial.

Desejo a todos e todas uma boa leitura!

Barbacena-MG, 17 de junho de 2024

Deilton Ribeiro Brasil

Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho-RJ. Mestre em Direito pela Faculdade Milton Campos de Belo Horizonte-MG. Professor das Faculdades Santo Agostinho (FASASETE-AFYA) e da Universidade de Itaúna (UIT). Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7268-8009>.

EDITORIAL

The fifth edition of Revista de Direito Contemporâneo UNIDEP (RDC-U) continues its goal of serving as a channel for scientific and academic production, aspiring to achieve excellence within the legal and academic communities. This is the result of a joint effort by the Editorial Board and its editor.

The publication also emphasizes endogeneity while ensuring exogeneity, fostering effective information exchange among Higher Education Institutions. This is a requirement for inclusion in indexing databases that provide higher impact factors, consequently leading to a superior classification of journals evaluated by Coordination for the Improvement of Higher Education Personnel - CAPES.

All submitted papers were first evaluated by the editor, who examined the papers suitability, basic formal and methodological aspects, among others, also considering the available space for publication. Following this initial review, each paper was sent to at least two reviewers for form and content analysis, following the double-blind peer review system.

The first paper, titled "Cryptocurrencies: A Comparative Analysis of the Technological and Regulatory Reality in Brazil and Argentina" by Adriano da Silva Ribeiro and Estevão Grill Pontone, reflects on the regulation of crypto assets, particularly the internet systems known as the dark web and deep web, including their concepts and distinctions. The authors draw a parallel between Brazilian and Argentine legislation to ultimately address money laundering through crypto assets. The conclusion highlights the need for legislative improvement by the Federal Senate, especially concerning the guarantees of professional confidentiality.

The second paper, authored by Joana de Moraes Souza Machado, Ana Beatriz de Sousa Chaves, and Francisco Ryan Soares de Holanda, titled "The Limits of Stipulations in Condominium Conventions: Analysis of Special Appeal 1.819.075/RS (Rental of Condominium Properties via Airbnb)," examines whether the stipulation prohibiting the rental of condominium properties through digital platforms like Airbnb is lawful. The authors reference Special Appeal 1.819.075/RS, analyzing the relevance of the arguments and theses used by the ministers in their respective votes. They conclude that the paradigm decision literally violates the fundamental

right to property by prioritizing collective interest in the condominium convention, thereby lacking a consistent balance between the two protected legal assets.

The third paper, "Comments on SC COSIT No. 2/2024: A Brief Analysis of Exchange Rate Variations in Deferred Sales by Individuals" by Guilherme Martelli Moreira, comments on the Federal Revenue of Brazil's SC COSIT No. 2/2024, which addresses the taxation of exchange rate variations in commercial transactions involving foreign currency in the Personal Income Tax (IRPF). The author argues that the Federal Revenue's interpretation considers the increment resulting from the exchange rate variation of the installment received in the deferred sale of corporate participation does not integrate the sale value in the capital gain calculation, being individually taxed as capital income in the form of interest. The conclusion suggests that this understanding can be contested based on civil law, which establishes clear parameters for determining and executing prices in commercial transactions.

The fourth paper, by Isaac Maynart Carvalho Moyses Souza, titled "Administrative Law: Past, Contemporary Issues, and the Brazilian Experience," investigates the need to understand these changes and provides an essential analysis of the development of Administrative Law, which constantly requires adaptation to regulate social relations. The article notes that citizen and societal participation in the management and control of public administration facilitates the preservation of legality and propriety in procedures. The conclusion indicates that this democratization is a contemporary trend in Administrative Law.

The fifth paper, titled "Legal Regime of Property in Marriage and Stable Union: Historical Adjustment and the Elimination of Ageism as a Cause of Discrimination" by Paulo Henrique Arruda, focuses on the Supreme Court's decision in Theme No. 1236, Leading Case: ARE 1309642, where it established that in marriages and stable unions involving individuals over 70 years old, the regime of separation of property provided in Article 1,641, Section II of the 2002 Civil Code can be waived by the parties' express declaration of will through a public deed. The author argues that the Brazilian Supreme Court made a historical adjustment by eliminating ageism as a cause of discrimination, correcting a legislative flaw and restoring the freedom and dignity of the elderly.

The sixth paper, "The Competencies of the Business Mentor in the Training of Law Interns," by Alcides Antúnez Sánchez, Yaelsy Lafita Cobas, and Mercedes Maribel Yolanda Chipana Fernández, analyzes the need to establish the

competencies of business mentors necessary to execute practical work as a didactic strategy in the teaching and learning process of law students. The authors advocate for the need to understand the mentoring conducted by Cuban Teaching Units as a complement to the theory-practice symbiosis, performed by mentors in the training of law students, preparing them for employment and practical work as a response to the modernization of the current economic and social model.

The seventh paper, titled "The Use of Critique of Dogmatic Legal Science as a Liberating Tool in Latin America" by Pedro Henrique Gonçalves Silva, Milena Santos Coelho, Rafael Ademir Oliveira de Andrade, and Ana Mel Pinheiro dos Santos, starts with the premise that the decolonial movement seeks a more inclusive and liberating legal system, then addresses legal dogmatics under critical legal theory. The authors analyze the critique of the Eurocentric system as a tool for perceiving reality, using a theoretical framework for reflection and denunciation, aiming to foster awareness. Their conclusions indicate that without social solidarity, it is impossible to justify the state's functions for the common good of its jurisdictions, so that legal pluralism is established in a communal and equitable manner.

The eighth paper, "Changes in Labor Laws During the Covid-19 Pandemic: A Look at Formal Employees and Home Office in the Country," by Deusiangela Maria da Silva, Ivonaldo da Silva Mesquita, and Sarah Maria Veloso Freire, analyzes the changes in labor legislation that emerged with the pandemic for private sector formal workers, focusing more on the home office modality. The authors argue that many of these changes directly contradict existing laws and, particularly, the 1988 Federal Constitution. Thus, a collision arises between fundamental rights and the need to maintain full employment and business autonomy amid the health crisis.

Finally, the ninth paper, "The Devaluation of the Victim's Testimony in Crimes Against Sexual Dignity: In the Process of Evidence Production", by Naiara Pereira Branco dos Santos and Deilton Ribeiro Brasil discusses how the victim's testimony in sexual crimes is treated in practice during evidence production and proposes a way to resolve the dispute that does not violate the fundamental rights of any involved parties. The research highlights the persistent distrust in women's testimony in cases of sexual crimes, despite its recognized probative value. Rigorous psychological evaluations for both victims and defendants emerge as a means to ensure more equitable justice, respecting constitutional principles and combating harmful stereotypes.

On behalf of Revista de Direito Contemporâneo UNIDEP (RDC-U), I renew my thanks to the *ad hoc* reviewers and the journal's technical staff, as well as to the editor, Professor Master Murilo Henrique Garbin, for the honor of inviting me to write this Editorial.

I wish you all a pleasant reading experience!

Barbacena-MG, 17th June, 2024

Deilton Ribeiro Brasil

Post-Doctorate in Law from the University of Messina, Italy. Doctorate in Law from Gama Filho University-RJ. Master's in Law from Milton Campos Law College in Belo Horizonte-MG. Professor at Saint Augustine Law Colleges (FASASETE-AFYA) and University of Itaúna-MG (UIT). Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7268-8009>.

AS CRIPTOMOEDAS: análise comparada da realidade tecnológica e regulatória do Brasil e Argentina

CRYPTOCURRENCIES: comparative analysis of the technological and regulatory reality of Brazil and Argentina

Adriano da Silva Ribeiro¹

Estevão Grill Pontone²

Recebido/Received: 30.03.2024/Mar 30th, 2024

Aprovado/Approved: 27.05.2024/May 27th, 2024

RESUMO: O artigo pretende trazer reflexões acerca da regulação de Criptoativos, em especial os sistemas da internet chamados de *Dark* e *Deepweb*, seus conceitos e distinções. Dentro deste escopo, a utilização de criptoativos como meios de lavagem de dinheiro. Buscar-se-á demonstrar o paralelo entre a legislação Brasileira e Argentina para afastar a lavagem de dinheiro por meio de criptoativos. Para o desenvolvimento do artigo, quanto aos aspectos metodológicos, trata-se de utilização do método dedutivo, com pesquisa bibliográfica. É possível observar o paralelo da legislação argentina, que em semelhança ao Brasil, cria modelos e órgãos regulamentadores das *exchanges* privadas, a legislação, contudo, precisa aprimoramentos pelo Senado Federal, sobretudo no tocante às garantias do sigilo profissional.

PALAVRAS-CHAVE: criptomoedas; regulação; Brasil; Argentina; aprimoramentos.

ABSTRACT: The article intends to bring reflections on the regulation of Cryptoassets, especially the internet systems called Dark and Deepweb, their concepts and distinctions. Within this scope, the use of cryptoactives as a means of

¹ Pós-Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC. Pós-Doutor em Direito e Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA. Mestre em Direito pela Universidade FUMEC. Bacharel em Direito da PUC Minas (2010). Licenciado em Letras e suas Literaturas PUC Minas Betim (2002). Professor Permanente no PPGD/FUMEC e na Graduação em Direito. Editor Assistente e Responsável Técnico na Revista Meritum do PPGD/FUMEC. Associado, Coordenador Adjunto, Editor Chefe dos Periódicos e Diretor de Relações Institucionais do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Associado do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ). Articulista e Parecerista de Periódicos Jurídicos Nacionais e Internacionais. Professor Orientador no Grupo Educacional IESLA/ESJUS. Professor na Pós-Graduação da EJEJ/TJMG. Chefe de Gabinete da Presidência do TJMG. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2662848014950489>. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-6658-3179>. E-mail: adrianoribeiro@yahoo.com

² Doutorando em Ciências Jurídicas (UMSA - Universidad del Museo Social Argentino). Pós-Graduado em Direito Empresarial pela FGV (Fundação Getúlio Vargas). Pós-Graduado em Advocacia Cível (FMP). Advogado. Membro da Escola de Formação em Advocacia Empresarial (EFAE). Membro das Comissões de Direito Empresarial e Liberdade Religiosa da OAB/MG. Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5131856585283000>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1489-7739>. E-mail: estevaoncosco@gmail.com

money laundering. We will seek to demonstrate the parallel between Brazilian and Argentine legislation to prevent money laundering through cryptoactives. For the development of the article, regarding methodological aspects, it involves using the deductive method, with bibliographical research. It is possible to observe the parallel of Argentine legislation, which, similar to Brazil, creates models and regulatory bodies for private exchanges. The legislation, however, needs improvements by the Federal Senate, especially with regard to guarantees of professional secrecy.

KEYWORDS: cryptocurrencies; regulation; Brazil; Argentina; enhancements.

INTRODUÇÃO

O artigo pretende trazer reflexões acerca da regulação de Criptoativos, em especial os sistemas da internet chamados de *Dark e Deepweb*, seus conceitos e distinções. Dentro deste escopo, a utilização de criptoativos como meios de lavagem de dinheiro.

Outrossim, buscar-se-á demonstrar o paralelo entre a legislação Brasileira e Argentina para afastar a lavagem de dinheiro por meio de criptoativos.

Em suma, o presente trabalho responderá os seguintes tópicos: relação entre "deepweb" e "darkweb" com moedas virtuais e lavagem de dinheiro. O paralelo na legislação Argentina para evitar a lavagem de dinheiro por meio das criptomoedas?

Para o desenvolvimento do artigo, quanto aos aspectos metodológicos, trata-se de utilização do método dedutivo, com pesquisa bibliográfica, estabelecida por livros, artigos científicos, dissertações, teses de doutoramento, bem como a pesquisa documental, constituída por revistas científicas, foram utilizadas para o desenvolvimento do estudo.

Dentro deste contexto, o trabalho será dividido em 4 (quatro) tópicos. O primeiro trabalhará o conceito de internet, *deepweb* e *darkweb*. O segundo, irá tratar da legislação brasileira de criptoativos, suas definições e limites. O terceiro relaciona os mecanismos da Lei de Lavagem de Dinheiro para proteção do mercado de criptoativos. E o quarto trata da legislação argentina de lavagem de dinheiro por meio das criptomoedas.

1 INTERNET E SUAS CAMADAS

O primeiro regramento legal que trouxe o conceito de internet foi a Lei 12.965/2014 (2014), que em seu artigo 5, inciso I, define:

Art. 5, I - internet: o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes; (BRASIL, 2014).

Desta forma, a internet é o conjunto de redes (protocolos), que estruturados em conjunto formam uma rede pública e irrestrita (sem restrições de acesso), que possibilita uma comunicação de dados ou informações entre diferentes usuários (terminais).

No Art. 5, inciso I do Marco Civil da Internet (Lei 12.965, 2014), encontra-se o conceito de internet acessível, ou seja, aquela internet conhecida e aberta a todos. Contudo, há diversas camadas de relação entre os usuários (BRASIL, 2014).

Certas informações, manuseadas e transferidas pela internet, podem ter limitações de acesso, seja por Login e Senha, ou a aplicações mais específicas. Por exemplo, registros médicos, acesso a sistemas judiciais, documentos em nuvem, banco de dados públicos e privados, aplicativos de filmes e séries; e entre outros (BRASIL, 2014).

Estes subsistemas, ainda que conectados à internet de forma pública, necessitam de chaves de acesso específicas, credenciais, para que os usuários acessem às informações nele contidas, seja para proteger as informações contidas ou para proteção de normativas de propriedade intelectual.

Do ponto de vista técnico, qualquer usuário, em qualquer lugar do mundo (irrestrito e público), poderia acessar estes subsistemas, se munido de registro de acesso e senha específica. Neste ponto, Vignoli e Monteiro (2020), explicam que estes subsistemas compõem a maioria da internet, chamadas de *Deepweb*, contudo não se confundem com a *Darkweb*:

A Deep Web representa uma camada exponente do ciberespaço que possui, na maioria das vezes, conteúdos não recuperáveis ou indexáveis pelos mecanismos de busca. O resultado da falta de indexação e posterior não recuperação da informação ocasiona uma quantidade significativa de conteúdos não transitáveis e, portanto, não acessados em todo o ciberespaço. (VIGNOLI; MONTEIRO, 2020, p.3)

Os autores explicam que a internet visível (*Visible Web*) representa apenas 4% (quatro por cento) de todo conteúdo da internet, sendo 90% (noventa por cento) disponibilizado por meio da *DeepWeb* (com restrições de acesso) e outros 6% (seis por cento) encontrados na *Darkweb* (VIGNOLI; MONTEIRO, 2020).

Os autores, definem a *Darkweb* como:

(...) A prerrogativa é que a *Dark Web* é uma Web ímpar, com suas peculiaridades e formas de acesso subjacentes. Nesta pesquisa, parte-se

do pressuposto de que o acesso à *Dark Web* só é possível por meio de proxy, pois, do contrário, não se trata da mesma Web. Seus conteúdos só podem ser acessados por intermédio de *softwares* de proxy que camuflam o *Internet Protocol* (IP) de máquinas diversas e permitem adentramento ao ambiente. (...) (VIGNOLI; MONTEIRO, 2020, p.7).

Neste contexto, há algumas distinções, enquanto que na Internet Visível (*Surface Web*), qualquer um pode acessar, independentemente de restrição de acesso (como, por exemplo, Google, Wikipedia, Youtube e afins); na *Deepweb*, os usuários identificáveis (*Internet Protocol* – IP) podem acessar por meio de login e senha, podendo ser limitadas as informações de acordo com o interesse do Controlador, seja para a segurança de informações ou por interesse econômico; na *DarkWeb*, os usuários camuflam sua identificação (*Internet Protocol* – IP), acessando por meio de proxy, o que dificulta sua identificação, localização e responsabilização, sendo o cenário frutífero para o cometimento e propagação de crimes e ilegalidades (VIGNOLI; MONTEIRO, 2020).

2 CRIPTOATIVOS

Os criptoativos foram criados e popularizados pela moeda *Bitcoin*, desenvolvida pelo pseudônimo Satoshi Nakamoto, também idealizador do primeiro banco de dados de *Blockchain*. O personagem, tal como a rede, é uma incógnita, sendo impossível determinar com exatidão o criador do *Bitcoin* e as primeiras tecnologias de *Blockchain* que geraram, posteriormente, diversas moedas digitais, chamados de criptoativos (INFOMONEY, 2021).

Em sua visão, o maior problema das moedas era a falta de confiança no sistema bancário, que em diversas vezes se mostrou falho:

A raiz do problema com a moeda convencional é toda a confiança necessária para fazê-la funcionar. O banco central deve ser confiável para não depreciar a moeda, mas a história das moedas fiduciárias está cheia de violações dessa confiança. Os bancos devem ser confiáveis para manter nosso dinheiro e transferi-lo eletronicamente, mas eles o emprestam em ondas de bolhas de crédito com apenas uma fração na reserva (INFOMONEY, 2021).

Nasce desta forma, o bitcoin, descentralizado, imutável, limitado e realizável em *blockchain*¹. Neste aspecto, cumpre salientar que a criação do *Bitcoin*

¹ Uma das principais plataformas para os *smart contracts* é a *blockchain* da plataforma *Ethereum*, que inaugurou a *Blockchain 2.0* ou *Blockchain* de Segunda Geração. Relembrando que primeira geração veio junto a criação da criptomoeda *Bitcoin*, onde a tecnologia verifica o estado de débito e crédito,

impulsionou a criação de outros modelos disruptivos, como *smart contracts*¹, Ethereum, Drex² e outras moedas centralizadas ou não, lastreáveis em *Blockchain*.

Sintetizando, tem-se que a ideia do sistema *Blockchain* é exatamente afastar a atuação de um terceiro para intermediar a negociação, possibilitando a transposição de valores, e informações entre as partes com criptografia de segurança e por meio de senha pessoal. Ademais, defendem Adriano da Silva Ribeiro e Lucas Alves de Andrade Rocha:

[...] todas transações de criptomoeda utilizam-se da tecnologia descentralizada da *blockchain* para o registro das transações, pois da mesma forma que os bancos são responsáveis pelo registro, a tecnologia *blockchain* realiza essa função, podendo ser considerada como um livro razão (*lager*) de todas as informações que envolva as criptomoedas. *Blockchain* é a tecnologia subjacente a criptomoeda, resolvendo o problema do “gasto duplo” graças a mecanismos de tecnologia descentralizada, distribuída, mecanismos de consenso, criptografia e microeconomia. Ou seja, a tecnologia da *blockchain* acaba com a necessidade de um intermediário, pois ela registra todas as informações possibilitando a verificação de “estado”, estado de crédito e de débito (RIBEIRO, ROCHA, 2022, p. 369).

A Tecnologia em *Blockchain*, segundo o conceito da PL nº 2987/2023 (2023), é:

Art. 4, X – Blockchain: Arquivo de dados distribuídos e descentralizados, equivalente ao livro-razão compartilhado, auditável, transparente, criptografado e potencialmente imutável que torna o processo de registro de transações e rastreamento de ativos em uma rede de computadores mais eficientes e seguros (BRASIL, 2023, grifo).

Esta é a gênese dos dados armazenados em *Blockchain*, tecnologia capaz de realizar às transferências de criptoativos, ele é por sua essência, descentralizado e potencialmente imutável. Isto porque, o usuário ao realizar uma transferência de informação precisa de número limitado e transfronteiriço de computadores, de forma que a transferência só será considerada segura se todos os computadores da rede autenticarem o bloco de informação, ou seja, um bloco de informações (*blockchain*).

sem a necessidade de uma instituição financeira ou entidade centralizadora, sendo outorgado toda confiança a rede e tecnologia da *blockchain* (RIBEIRO, ROCHA, 2022, p. 372).

¹ Nick Szabo conceitua *smart contracts* como “um conjunto de obrigações (“promisses”), estabelecidas de forma digital, incluindo protocolos por meio dos quais das partes cumpriram tais obrigações” (SZABO, 1997). Os contratos inteligentes são um programa/software de computador que executa automaticamente aquilo que foi programado (RIBEIRO, ROCHA, 2022, p. 372).

² Drex é o real em formato digital, emitido em plataforma digital operada pelo Banco Central (BC). Por isso, falamos que ele é uma moeda digital de banco central (CBDC, de Central Bank Digital Currency, em inglês). O real tradicional são as cédulas e as moedas de real, emitidas pelo BC, que estão em circulação na economia e que podem ser depositadas em bancos, cooperativas, instituições de pagamentos e demais instituições autorizadas pelo BC. O Drex, o real em formato digital, será emitido: pelo próprio BC, para transações de atacado (liquidação de transações entre instituições autorizadas); ou pelas instituições autorizadas pelo BC, para transações de varejo com seus clientes. (<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/drex>)

Contudo, é possível a criação de *Blockchain* em forma privada, o que diminuí a imutabilidade e centraliza o fluxo de informações. É o que acontecerá com a moeda digital brasileira Drex, com previsão de lançamento após 2024 e que estará sob o comando do Banco Central Brasileiro (2023). O Drex é uma resposta do Banco Central Brasileiro à escalada de criptoativos, em que não há um controle do governo e rastreabilidade (em tese)¹.

Neste compasso, o Brasil regulamentou os criptoativos somente em 2022, com a Lei n. 14.478/2022, que define estes como:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se ativo virtual a representação digital de valor que pode ser negociada ou transferida por meios eletrônicos e utilizada para realização de pagamentos ou com propósito de investimento, não incluídos:

I - moeda nacional e moedas estrangeiras;

II - moeda eletrônica, nos termos da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013;

III - instrumentos que provejam ao seu titular acesso a produtos ou serviços especificados ou a benefício proveniente desses produtos ou serviços, a exemplo de pontos e recompensas de programas de fidelidade; e

IV - representações de ativos cuja emissão, escrituração, negociação ou liquidação esteja prevista em lei ou regulamento, a exemplo de valores mobiliários e de ativos financeiros.

Parágrafo único. Competirá a órgão ou entidade da Administração Pública federal definido em ato do Poder Executivo estabelecer quais serão os ativos financeiros regulados, para fins desta Lei (BRASIL, 2022).

Logo, esta representação digital de valor precisa do sistema da rede mundial de computadores para o fluxo de informações, tornando importante o conhecimento dos conceitos de *Deepweb*, *Darkweb* e *Surface Web*. Por meio desta transferência realizada em *Blockchain*, criam-se possibilidades de segurança, autenticidade e imutabilidade dos dados, diminuindo os custos operacionais e logísticos.

Doutro modo, assim como ativos intangíveis como obras de arte, gado, ouro, marca, direitos de imagem e semelhantes, podem ser utilizados para superfaturar ou ocultar a origem ilícita do dinheiro, o criptoativo também pode ser utilizada para esta função.

Por isto, o Brasil tem mecanismos consistentes para fiscalização de lavagem de dinheiro realizados por órgãos sujeitos à fiscalização, como Bancos, Cartórios, Venda de Veículos e semelhantes. Deste modo, qualquer transferência, ainda que realizada por banco privado (*Exchange*), será sujeita à fiscalização e notificação

¹ Teoricamente seria possível o rastreio de transações por criptoativos, contudo, o Poder Judiciário Brasileiro precisaria emitir uma ordem coletiva para que todos os computadores da rede (*blockchain*), fornecessem as informações da transação, contudo, isto esbarraria em fronteiras internacionais, agentes indefinidos e a potencial exposição indevida de todas as informações disponíveis nesta rede. Por isto, apesar de possível, é de difícil execução a quebra da criptografia de toda rede (<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/drex>).

obrigatória aos órgãos de controle, como, por exemplo, o Coaf (Conselho de Controle das Atividades Financeiras).

O que a Lei n. 14.478/2022 trouxe foi confiabilidade e segurança jurídica aos agentes que usam licitamente os criptoativos, já que não criminaliza seu uso, nem tão pouco, desincentiva seu uso. A Lei, ainda, trouxe mecanismos mais rigorosos de fiscalização às *exchanges* (intermediadoras entre vendedores e compradores de ativos digitais), determinando, assim como os Bancos, a prévia autorização para seu funcionamento em território brasileiro (BRASIL, 2022).

Do mesmo modo, a Lei n. 14.478/2022, criou o novo tipo penal de fraude com a utilização de ativos virtuais, valores mobiliários ou ativos financeiros; criou a causa de aumento de pena para o agente que utiliza os criptoativos como meio de lavagem de dinheiro; além de submeter às *exchanges*, a regulação e crimes contra o sistema financeiro brasileiro (BRASIL, 2022).

Do ponto de vista prático, nada mudou para o usuário comum de criptoativos, que agora terá maior segurança jurídica para realização das transferências por meio de *exchanges* em território nacional, outrossim, para àqueles que desejam utilizar os criptoativos como meios para cometimento de ilegalidades, os custos operacionais e riscos aumentaram.

A República Federativa Brasileira e a Ordem Econômica Brasileira são fundadas nos valores da Livre Iniciativa e da Defesa do Consumidor (Art. 170, caput e Art. 1, IV), de forma que a regulação brasileira não pode contrariar os princípios constitucionais supracitados (BRASIL, 1988), sob pena de supressão constitucional de direitos e retrocesso social.

Há, contudo, uma pequena parcela de transações de criptoativos que ficarão fora da fiscalização de órgãos públicos, como àquelas realizadas por meio Dex + Wallet Própria. O usuário nesta transação possui uma espécie de “pen drive”, criptografado e com senha intransferível, que permite que quando conectado a uma rede de computadores, faça a transferência do saldo para uma outra carteira criptografada, por meio de Dex (Exchange Descentralizada).

Este modelo de transferência depende que o usuário conheça a identidade do recebedor (através de uma chave pública) e que armazene a Wallet com a máxima segurança, pois sua perda, deterioração ou esquecimento gerará a perda de todos os criptoativos ali armazenados. Ou seja, ao mesmo tempo, em que é impossível (com a tecnologia atual) se quebrar a criptografia para acessar os criptoativos,

também é impossível recuperar o conteúdo interno em caso de perda da Wallet Física.

Neste aspecto, Talitha Pedras Figueiredo Campos de Carvalho Souza, Sérgio Henriques Zandona Freitas e Adriano da Silva Ribeiro (2022) ressaltam que a Inteligência Artificial pode ter um papel fundamental para gestão e resolução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário, incrementando a eficiência e diminuindo a morosidade dos processos. A inteligência artificial tem um papel fundamental para localização de ativos virtuais, de forma que a própria regulação e gestão destes ativos depende de ferramentas tecnológicas para sua lícita utilização.

O agente que opta pela tecnologia descentralizada de criptoativos, ao mesmo tempo que tem os benefícios de não regulação, anonimização e impenhorabilidade dos ativos, também tem como ônus a ausência de segurança física dos ativos, a dificuldade de conversibilidade de ativos intangíveis (criptoativos) em bens tangíveis (água, comida e semelhantes) e a dependência de uma Dex (*Exchange* descentralizada) que facilite a localização de agentes interessados em trocas.

Como foi discutido no tópico anterior, a *darkweb* é o subsistema da rede de computadores que permite que o usuário camufle sua identificação (*Internet Protocol* – IP), acessando por meio de *proxy*, o que dificulta sua identificação, localização e responsabilização. A anonimização completa da rede é cenário para proliferação de crimes sexuais, venda ilegal de armas, drogas, órgãos e entre outros.

O que também diferencia a *Surface Web* da *Darkweb*, é que os mecanismos de buscas (Google, Yahoo e entre outros), excluem àqueles resultados com práticas ilícitas ou ilegais, dificultando que o usuário acesse os referidos conteúdos. A *Darkweb*, é, portanto, uma camada da internet que existe desde a sua criação, não dependendo dos criptoativos para existir ou funcionar.

O que os criptoativos descentralizados (Wallet + Dex) fazem é facilitar que transações e a lavagem de dinheiro sejam realizados por meio da *Darkweb*. Se antes, as referidas transações eram feitas com dinheiro em espécie, gado, joias e outros bens intangíveis, agora passam a ser feitas por criptoativos, transfronteiriços e irrastráveis (em tese).

Em suma, àquele que deseja realizar transações ilícitas pode oferecê-las por meio da *Darkweb*, recebendo o pagamento em criptoativos descentralizados (Dex + Wallet), em total anonimização. Contudo, como se verá adiante, o agente recebedor e oculto, em alguns casos (drogas, armas, órgãos e etc), precisará materializar a

venda do produto ou serviço por meio da entrega, momento em que estará exposto à fiscalização e apreensão.

Deste modo, conclui-se que, observada a legislação nacional, os criptoativos e a internet (*Surface Web* e *Deepweb*) são meios lícitos, legais e disruptivos de transferência de riquezas e informações. Assim como as moedas emitidas por bancos centrais podem ser utilizadas para cometimento de crimes e lavagem de dinheiro, outros ativos intangíveis, como os criptoativos, também estarão sujeitos à ilegalidade na transferência, quando a conduta do agente for direcionada à finalidade ilegal ou ilícita. Em suma, a culpabilidade não é definida pelo meio e sim pela finalidade do agente.

3 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DE CRIPTOATIVOS

A Lei n. 9.613/1998, dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, tal como a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos na Lei, além de criar o COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) (BRASIL, 1998).

Segundo a definição do Ministério da Fazenda da República Federativa do Brasil, o crime de lavagem de dinheiro:

Caracteriza-se por um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita e que se desenvolvem por meio de um processo dinâmico que envolve, teoricamente, três fases independentes que, com frequência, ocorrem simultaneamente.

Para disfarçar os lucros ilícitos sem comprometer os envolvidos, a lavagem de dinheiro realiza-se por meio de um processo dinâmico que requer: primeiro, o distanciamento dos fundos de sua origem, evitando uma associação direta deles com o crime; segundo, o disfarce de suas várias movimentações para dificultar o rastreamento desses recursos; e terceiro, a disponibilização do dinheiro novamente para os criminosos depois de ter sido suficientemente movimentado no ciclo de lavagem e poder ser considerado "limpo" (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2020).

Neste compasso, três fases (não necessárias) são comuns para que o agente transforme o valor ilícito em lícito: colocação no sistema dos ativos ilícitos; a ocultação dos ativos a fim de dissimular a origem ilícita; integração do valor proveniente de origem lícita, após suficientemente ocultados, ao patrimônio pessoal do agente lavador de dinheiro.

Nesta primeira fase de Colocação, é comum que o agente utilize o fracionamento de valores oriundos da atividade ilícita ou a emissão de notas frias para colocar o valor ilícito no sistema bancário. Na segunda fase (não necessária), o agente poderá transferir para contas anônimas, paraísos fiscais ou em criptoativos o valor colocado no sistema bancário. Na terceira fase (não necessária), o agente converte os ativos suspeitos em valores não rastreáveis, como, por exemplo: adquirindo ações, imóveis, veículos, gado, ouro, criptomoedas, geração de lucros falsos. Nesta última fase, o agente procura gerar operações documentadas, buscando ao máximo o pagamento de impostos e a legitimidade dos recebíveis que serão utilizados. (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2020).

Referimos a fases não necessárias, pois algumas poderão ser suprimidas pelo agente, por exemplo: agente realiza venda de escravos por meio de ouro, e posteriormente, compra imóveis em ouro. Neste caso, o agente unifica a fase de colocação e integração com a utilização do ouro, utilizando a fase de integração ao comprar o imóvel. Contudo, a operação de compra do imóvel poderia ser notificada ao COAF, gerando questionamentos quanto à possibilidade financeira do agente, transcorrendo em investigações.

Em outro exemplo, agora mais atual: O agente realiza a venda de drogas ilícitas por meio de bitcoin (criptoativo), e posteriormente, utiliza este criptoativo para comprar bens tangíveis, em El Salvador, que tem o bitcoin como moeda oficial. Neste caso, o agente sequer precisou converter, ocultar ou integrar o ativo, pois este já podia ser utilizado no país de sua origem.

Contudo, imagine que este mesmo agente estivesse no Brasil, neste caso precisaria converter o bitcoin em moeda corrente nacional, pois sem a conversibilidade, não poderia utilizar os frutos da atividade criminosa. No momento da conversibilidade por meio de *exchanges* reguladas (Cripto para Real), a atividade poderia ser notificada ao COAF a depender dos valores envolvidos, gerando a rastreabilidade do indivíduo.

Em outro cenário, mais completo: Agente X realiza o garimpo ilegal em terras indígenas, obtendo ouro; fraciona a quantidade de ouro em pequenas quantidades e vende no mercado ilegal e não regulado. Obtido o valor financeiro, fraciona em pequenos depósitos para vários colaboradores da rede, a fim de ocultar dos mecanismos do COAF; posteriormente, estes colaboradores realizam com o valor fracionado a compra de criptoativos não regulamentados (Wallet + Dex), a fim, de

posteriormente, transferir a cripto para o agente X (originário). Deste modo, o agente X obteve os produtos criminosos oriundos do garimpo ilegal, contudo, não consegue utilizar os criptoativos para compra de produtos na Amazônia Legal (onde exerce a atividade), já que a região não está conectada à internet, por isto, envia uma parcela dos valores para uma *Exchange* regulada, a fim de converter o criptoativo em real, e utilizá-lo no dia a dia.

Observe que o criptoativo foi um meio de ocultar a origem ilícita do valor, contudo, na hora de converter em real o agente foi exposto à fiscalização, já que, hipoteticamente, não tinha capacidade financeira para o patrimônio obtido.

Isto demonstra a importância da automatização de processos de cobrança e fiscalização, como os inerentes ao Imposto de Renda, gerido pela Receita Federal; do mercado de ações, pela CVM (Comissão de Valores Mobiliários); do sistema financeiro nacional, do Banco Central e COAF. O agente sempre utilizará das isenções tributárias para não ser identificado, daí a importância da inteligência artificial identificar a repetibilidade, padronização e cadeia de transferências, para auxiliar na fiscalização.

Ao mesmo tempo que os ativos virtuais (criptoativos, NFT's e tokenização), facilitaram o pagamento transfronteiriço, além de incrementar o mercado financeiro com os *Smarts Contracts*, também dificultaram a fiscalização dos órgãos centralizados brasileiros. Por outro modo, o avanço da inteligência artificial, virtualização de ativos e digitalização de documentos dificultou a ocultação completa de bens.

Se um agente, utilizando ou não criptoativo, decidir comprar uma área escriturada em qualquer lugar do país, por mais remoto que seja, qualquer indivíduo terá acesso virtualmente e em qualquer lugar do mundo à matrícula do imóvel, por meio do sistema informatizado. O agente criminoso tem uma dificuldade gerencial e aumento dos custos financeiros para a utilização do ilícito, preterindo a utilização daquele determinado país em detrimento de outro que possui legislação mais vaga e frágil.

No Brasil, com o incremento da Lei n. 14.478/2022, fica mais caro e com pena maior, a utilização de criptoativos como meio de lavagem de dinheiro; o que pode levar os agentes criminosos a utilização de outros meios não regulados, em detrimento dos criptoativos (BRASIL, 2022).

O Decreto nº 11.563/2023 (2023), estabeleceu a competência do Banco Central para regular, autorizar e supervisionar as prestadoras de serviços de ativos virtuais, cabendo concomitantemente a competência da CVM, quanto à fiscalização do mercado de valores mobiliários brasileiro (BRASIL, 2023).

A lógica aplicada ao Livre Mercado também é utilizada nos Crimes de Lavagem de Dinheiro; mercados com maior regulação e fiscalização, ao mesmo tempo que dificultam as operações ilícitas, também aumentam os custos operacionais (lícitos ou não) dos agentes da rede, afugentando àqueles que desejam condições economicamente melhores ou à margem da lei.

Por isto, conclui-se que o COAF, Banco Central, Receita Federal, CVM e entre outros, são órgãos e autarquias idôneas para a fiscalização e regulação dos criptoativos, cabendo a legislação estabelecer os contornos gerais, como a Lei n. 14.478/2022, e aos órgãos reguladores, os norteadores específicos, conforme o interesse público e a mutabilidade das práticas criminosas.

4 LEGISLAÇÃO ARGENTINA E CRIPTOATIVOS

A Argentina está regulando os criptoativos por meio do Projeto de Lei de nº 25.246/2023 (2023), a legislação reformula a Lei de Combate ao Narcotráfico, Terrorismo e Lavagem de Dinheiro, prevendo alterações e inserções no Código Penal, criando atribuições a órgãos reguladores do mercado financeiro, sujeitando os prestadores de ativos virtuais à regulação nacional do mercado argentino e criando um cadastro de beneficiários finais das criptomoedas.

A legislação já foi aprovada na Câmara dos Deputados, estando pendente a apreciação pelo Senado Federal (ARGENTINA, 2023). Há pontos polêmicos, durante a tramitação do projeto foi incluído um texto que obrigava que advogados comunicassem ao órgão financeiro transações que realizassem em nome de seus clientes. O dispositivo é visto como uma violação ao sigilo profissional e um enfraquecimento das garantias dos advogados (GOLOB, 2023).

Saliente-se que o mercado de criptoativos está em constante regulamentação na Argentina, sobretudo com a recente proibição, de maio de 2023, pelo Banco Central Argentino, que *fintechs* oferecessem a compra e venda de criptomoedas em seus aplicativos no país (PODER360, 2023).

A preocupação do banco central argentino se dá na medida que muitos cidadãos argentinos, para fugir da desvalorização constante de sua moeda, tem investido em criptoativos, com exponencial crescimento de corretoras no país (INFOMONEY, 2022).

Deste modo, observa-se que não há disposição legal no país que permita a prática, o que leva a constante insegurança daqueles usuários que operam em *exchanges* controladas pelo banco central argentino. Por outro lado, o Projeto de Lei nº 25.246/2023 (2023), apesar de ainda poder sofrer alterações, se apresenta como o mínimo de regulação necessária para as constantes proibições enfrentadas pelos usuários de cripto.

A regulação ora citada, não proíbe a troca de criptoativos, regulamenta e universaliza por meio de *exchanges*, limitação a utilização dos criptoativos por meio de bancos regulados, para o financiamento do terrorismo, armas de destruição em massa, narcotráfico e outras atividades ilegais.

A legislação, contudo, precisa sofrer modificações no Senado Federal, a fim de adequar a realidade instrumental argentina de alta inflação e constante interferência estatal no mercado financeiro, sem que ultrapasse as barreiras tão duramente conquistadas pelos profissionais liberais, em especial o sigilo profissional de contadores e advogados.

CONCLUSÕES

Diante do que foi exposto, denota-se que há uma diferença substancial entre a *deepweb* e a *darkweb*, sendo as criptomoedas o meio comum, mas não obrigatório, para efetivação de transações ilícitas, em razão da descentrabilidade do mecanismo.

A Lei Brasileira sofreu recentes modificações que incluíram mecanismos de combate à lavagem de dinheiro por meio de criptomoedas, incrementando o risco para àqueles que desejam realizar as transações por este meio. Outrossim, foi demonstrado que a criptomoeda simplifica o processo de lavagem de dinheiro, contudo, não afasta a necessidade do agente criminoso utilizar de outros meios financeiros e operacionais para utilização do produto criminosos.

É possível observar o paralelo da legislação argentina, que em semelhança ao Brasil, cria modelos e órgãos regulamentadores das *exchanges* privadas, a

legislação, contudo, precisa aprimoramentos pelo Senado Federal, sobretudo no tocante às garantias do sigilo profissional. De todo modo, a regulamentação afasta arbitrariedades por parte de um governo central, possibilitando que àquele usuário probo utilize os ativos virtuais com segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA (2023, April 19). **Obtuvo media sanción en Diputados el proyecto de reforma del sistema normativo nacional PLA/CFT impulsado por la UIF.** August 23, 2023, Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/obtuvo-media-sancion-en-diputados-el-proyecto-de-reforma-del-sistema-normativo-nacional>. Acesso em: 20 mar. 2024.

ARGENTINA. **Proyecto da Ley 25.246 (2023).** PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DE LEGITIMACIÓN DE ACTIVOS PROVENIENTES DE ILÍCITOS - LEY 25246 -. MODIFICACIONES SOBRE INDEPENDENCIA Y COMPETENCIA DE LA UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA. Buenos Aires, Argentina. Disponível em: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=1405-D-2018>. Acesso em: 20 mar. 2024.

ARGENTINA. **Projeto de Lei nº 2987/2023.** Altera a Lei nº 12.527, de 18 de Novembro de 2011, para garantir a imutabilidade, auditabilidade e segurança das informações. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2368363>. Acesso em: 20 mar. 2024.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (2023). **Drex – Real Digital. bbc.** August 23, 2023, from <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/drex>. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 11.563, de 13 de junho de 2023.** Regulamenta a Lei nº 14.478, de 21 de dezembro de 2022, para estabelecer competências ao Banco Central do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Decreto/D11563.htm. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12965/2014, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.478/2022, de 21 de dezembro de 2022.** Dispõe sobre diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação das prestadoras de serviços de ativos virtuais; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de fraude com a utilização de ativos virtuais, valores mobiliários ou ativos financeiros; e altera a Lei nº 7.492, de

16 de junho de 1986, que define crimes contra o sistema financeiro nacional, e a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre lavagem de dinheiro, para incluir as prestadoras de serviços de ativos virtuais no rol de suas disposições. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14478.htm. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.613/1988, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm. Acesso em: 20 mar. 2024.

GOLOB, A. A. (2023, May 2). **El proyecto de reforma de la Ley 25.246**: otro paso a la inseguridad jurídica. Yahoo. Disponível em: <https://es-us.finanzas.yahoo.com/noticias/proyecto-reforma-ley-25-246-145300166.html>. Acesso em: 20 mar. 2024.

INFOMONEY (2021). Quem é Satoshi Nakamoto? Conheça algumas teorias sobre a identidade do criador do Bitcoin. **Infomoney**, 1-1. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/perfil/satoshi-nakamoto/>. Acesso em: 20 mar. 2024.

INFOMONEY. (2022, August 16). Argentinos apostam no mercado cripto para fugir da crise. **Infomoney**. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/argentinos-apostam-no-mercado-cripto-para-fugir-da-crise/>. Acesso em: 20 mar. 2024.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. **O que é lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo e da proliferação de armas de destruição em massa**. August 23, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/assuntos/o-sistema-de-prevencao-a-lavagem-de-dinheiro/o-que-e-o-crime-de-lavagem-de-dinheiro-ld>. Acesso em: 20 mar. 2024.

Poder360. (2022, May 6). **Argentina proíbe serviços de criptoativos em bancos do país**. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/economia/argentina-proibe-servicos-com-criptoativos-em-bancos-do-pais/>. Acesso em: 20 mar. 2024.

VIGNOLI, R. G.; MONTEIRO, S. D. Deep Web e Dark Weeb similaridades e dissiparidades no contexto da Ciência da Informação. **Transinformação**, v. 32, e190052, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2318-0889202032e190052>. Acesso em: 20 mar. 2024.

RIBEIRO, Adriano Silva; ROCHA, Lucas Alves de Andrade. Análise econômica dos contratos inteligentes: novos modelos de transações comerciais. **Economic Analysis of Law Review - EALR**, V. 13, nº 2, p. 364-378, Mai-Ago, 2022. DOI: <https://doi.org/10.31501/ealr.v13i2.13746>.

SOUZA, T. P. F. C. d. C.; FREITAS, S. H. Z.; RIBEIRO, A. d. S. . A inteligência artificial no Poder Judiciário brasileiro e a gestão de conflitos (17th ed.). **Revista Meritum**. Disponível em: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i3.9374>. Acesso em: 20 mar. 2024.

SZABO, Nick. Formalizing and Securing Relationships on Public Networks. **First Monday**, vol 2, n. 9, 1997. Disponível em: <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548>. Acesso em: 29 jan. 2024.

OS LIMITES DAS ESTIPULAÇÕES NA CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO: análise do Recurso Especial 1.819.075/RS (aluguel de imóveis em condomínios edilícios via *Airbnb*)

THE LIMITS OF THE STIPULATIONS IN THE CONDOMINIUM AGREEMENT: analysis of Special Resource 1.819.075/RS (rental of property in building condominiums via *Airbnb*)

Joana de Moraes Souza Machado¹

Ana Beatriz de Sousa Chaves²

Francisco Ryan Soares de Holanda³

Recebido/Received: 17.03.2024/Marc 17th, 2024

Aprovado/Approved: 25.04.2024/Apr 25th, 2024

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo verificar se é lícita a estipulação condominial referente à proibição do aluguel de imóveis condominiais mediante plataformas digitais – *Airbnb*. Para tanto, o Recurso Especial 1.819.075/RS foi tomado como objeto de análise de decisão jurisdicional e, a partir disso, levantou-se a pertinência dos argumentos e teses utilizados pelos ministros na elaboração de seus respectivos votos. Nesse sentido, concluiu-se que a decisão proveniente do Superior Tribunal de Justiça fere o direito fundamental de propriedade ao dar primazia ao interesse coletivo na convenção de condomínio, inexistindo, dessa maneira, uma ponderação entre os dois bens jurídicos tutelados.

PALAVRAS-CHAVE: convenção condominial; *Airbnb*; locação por temporada; hospedagem; direito de propriedade; direito coletivo; proibição.

ABSTRACT: This article aims to verify whether it is lawful to stipulate condominium related to the prohibition of rental of condominium properties through digital platforms - *Airbnb*. Therefore, the Special Appeal 1.819.075/RS was taken as the object of analysis of judicial decision and, from this, the relevance of the arguments and theses used by the ministers in the preparation of their respective votes was raised. In this sense, it was concluded that the decision from the Superior Court of Justice hurts the fundamental right of property by giving priority to the collective interest in

¹ Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFCE). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Professora Adjunta da Universidade Federal do Piauí (UFPI). Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Uninovafapi. Editora Chefe da Revista de Direito do Uninovafapi. E-mail: joana.souza17@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2812687215413187>.

² Graduada em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). E-mail: biahsousa029@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3414941022229942>.

³ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Pesquisador do República - Núcleo de Pesquisa Jurídica vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí (PPGD-UFPI). E-mail: ryanholanda95@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4849940239751320>.

the condominium agreement, thus lacking a weighting between the two protected legal assets.

KEYWORDS: condominiumal convention; Airbnb; lease by season; lodging; property right; collective right; prohibition.

INTRODUÇÃO

O *Airbnb* é uma empresa que surgiu em 2007, atuando na locação de quartos, casas e apartamentos por curta temporada. Mediante contrato celebrado com o *Airbnb*, os indivíduos anunciam espaços em seus imóveis, compartilhando um ou mais cômodos, ou cedendo o imóvel todo, para efeito de aluguel, ao passo que outro indivíduo faz a reserva dessa acomodação. Essa relação entre o cedente do imóvel e usuário alicerça-se na confiança mútua, sendo efetuada por intermédio das plataformas digitais. Nesse sentido, observa-se a presença de certos requisitos, para fins de efetivação do aluguel por curta temporada, como a aprovação ou não da reserva de quem vai receber o hóspede, uma avaliação de risco por parte da plataforma e ambas as partes precisam estar cadastradas para efeito de avaliação dos perfis pessoais e dos imóveis ofertados.

Como aludido acima, no sistema *Airbnb*, uma pessoa anuncia o imóvel cuja propriedade lhe pertence, formando, dessa maneira, uma relação contratual com a pessoa contratante. Entretanto, o uso da plataforma digital apresenta entraves, principalmente, no que se refere a sua aplicação em condomínios edilícios, uma vez que antagoniza a propriedade privada da unidade condominial com as áreas de uso comum.

Tal antagonismo tem resultado em restrições aos direitos de propriedade dentro do âmbito condominial. Isso porque os condomínios alegam caráter comercial dessa forma de locação juntamente com a possível periculosidade de indivíduos estranhos circulando nas áreas comuns do prédio. Por outro lado, os condôminos se defendem usando os direitos de propriedade e os tipos de locações presentes na Lei de Inquilinato para a execução dessa atividade de locação.

No presente artigo, far-se-á uma análise crítica do REsp 1.819.075/RS, que exemplifica o embate entre o direito de propriedade e a força normativa da convenção de condomínio com o fito de verificar a possibilidade e licitude da convenção de condomínio em estipular a proibição do aluguel de imóveis condominiais por curta temporada via plataformas digitais. Para isso, a metodologia

utilizada foi a revisão bibliográfica do tema, levando em consideração a doutrina especializada na temática, bem como análise legislativa e jurisprudencial sobre o tema.

1 RECURSO ESPECIAL 1.819.075/RS (CASO AIRBNB)

Em resumo, o Recurso Especial nº 1.819.075/RS trata da restrição do direito de propriedade na esfera condominial. O caso em discussão refere-se ao litígio entre condomínio e condôminos no qual aquele ajuizou ação cominatória contra os titulares de duas unidades condominiais autônomas, com o fito de impedir a locação dos imóveis, por meio de plataformas digitais. O pedido foi acolhido pelo juízo de primeiro grau que prolatou decisão no sentido de desconhecer a subsunção normativa do aluguel de imóveis via *Airbnb* ao contrato típico de locação, tanto na modalidade residencial como por temporada. Em segundo grau, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RS) ratificou a sentença proveniente do juízo singular.

No curso da instrução processual, o condomínio alegou que a coletividade condominial estava sendo prejudicada por condôminos que utilizavam de suas unidades imobiliárias para oferecer serviços de aluguel de curta duração via plataforma digital. Ademais, ressaltou-se que a convenção de condomínio vedava tal modalidade de aluguel por se enquadrar em “atividade comercial”, desnaturando, dessa maneira, a destinação residencial positivada na convenção.

Ante a improcedência do pedido em segundo grau, os condôminos da lide interpuseram recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ). A fundamentação do referido recurso se baseou, em primazia, no direito de propriedade que compreende as faculdades de usar, gozar/fruir, dispor da coisa e reavê-la de posse/detenção injusta, conforme o art. 1228 do Código Civil Brasileiro.

Para os recorrentes, a locação praticada, quer seja convencional, quer seja por temporada; era perfeitamente legal, lícita e justa não tendo, portanto, o condão de conflitar com a convenção de condomínio.

Diante dos argumentos dos polos processuais ativos e passivos, a Quarta Turma do STJ decidiu, por maioria de votos, em desfavor dos condôminos recorrentes. A turma recursal, no acórdão, buscou determinar a natureza jurídica do contrato atípico firmado entre os recorrentes e os usuários da plataforma *Airbnb*,

com o propósito de determinar se a relação jurídica estabelecida era de locação por temporada ou hospedagem e, assim, avaliar possível ofensa ao caráter residencial previsto em convenção condominial.

2 VOTO DO MINISTRO LUÍS FELIPE SALOMÃO

Em seu voto, o Ministro Luís Felipe Salomão, divergiu dos demais Ministros, opondo-se às instâncias ordinárias. Em brilhante análise, o ilustríssimo magistrado argumenta que a restrição do direito fundamental de propriedade é uma ofensa às prerrogativas inerentes ao exercício dos direitos individuais dos condôminos.

O magistrado subsumi o modelo de contrato firmado entre o condômino, proprietário do imóvel, e o usuário da plataforma *Airbnb*, em um típico contrato de locação por temporada. Em suas palavras:

Penso que, na situação apresentada, em que os recorrentes se valem de cômodos de um mesmo imóvel e também de um segundo imóvel em sua totalidade, com o nítido propósito de destinação residencial a terceiros, mediante contraprestação pecuniária, ainda que por prazos de curta duração, as relações negociais mais se aproximam do contrato de locação por temporada. (Brasil, 2021).

Logo, o Ministro conclui que os contratos entabulados pelos recorrentes possuem finalidade residencial, consoante a Lei de Inquilinato (Lei nº 8.245/1991). Assim a relação contratual não estaria em divergência com as normas da Convenção de Condomínio. Além disso, no seu voto, expõe a ausência de restrição expressa à referida modalidade locatícia na Convenção.

De forma contrária, foi o entendimento do juízo ordinário que compreendia os contratos firmados pelos recorrentes como dotados de finalidade tipicamente comercial, por se tratar de relação de hospedagem.

Em suma, o magistrado do STJ argumenta que a modalidade de contrato residencial celebrado pelos condôminos, que visa a exploração econômica do imóvel, está de acordo com a Lei de Condomínio e com a Lei de Locações, consoante o artigo 48:

Art. 48. Considera - se locação para temporada aquela destinada à residência temporária do locatário, para prática de lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, feitura de obras em seu imóvel, e outros fatos que decorrem tão-somente de determinado tempo, e contratada por prazo não superior a noventa dias, esteja ou não mobiliado o imóvel. (Brasil, 1991).

No entanto, o referido magistrado destacou que o condomínio pode adotar medidas adequadas para manter regularmente o seu funcionamento, visando a segurança condominial, porém, não deve impedir o gozo dos direitos de propriedade dos condôminos ao praticarem a atividade de locar seu imóvel por temporada, através do sistema *Airbnb*.

3 VOTO DO MINISTRO RAUL ARAÚJO

O voto vencedor, do Ministro Raul Araújo, foi prolatado na concepção de considerar a incidência dos artigos 1.332 a 1.336 do Código Civil Brasileiro, segundo os quais os condôminos devem respeitar a convenção condominial e não usarem a propriedade de forma abusiva.

Nessa perspectiva, os ministros Raul Araújo e Luís Felipe Salomão divergem quanto ao entendimento sobre a natureza do contrato. Enquanto o ministro Luís Felipe defende a permanência da natureza residencial, o Ministro Raul entende que a utilização do sistema *Airbnb* caracteriza uso indevido da unidade condominial particular, desvirtuando, dessa maneira, a finalidade residencial.

Além disso, o Magistrado aponta que o direito de propriedade deve ser alinhado com os direitos relativos à segurança, saúde e sossego, que podem estar em risco com a constante movimentação de pessoas estranhas no condomínio, incomodando, assim, os moradores.

Os demais magistrados do STJ seguiram a divergência do Ministro Raul Araújo, com algumas ressalvas. A exemplo, o Ministro Carlos Ferreira expôs que cabe a cada convenção deliberar sobre o uso das unidades condominiais, sem que se restrinja o direito de propriedade.

Por fim, a Quarta Turma do STJ, no julgamento do Recurso Especial 1.819.075/RS, consolidou os seguintes entendimentos:

Para a 4ª Turma, portanto:

- a) as locações ou hospedagens de curta ou curtíssima duração não ostentam previsão legislativa específica;
- b) no contexto condominial, a convenção goza de autonomia e força normativa, a todos vinculando;
- c) o direito do condômino-proprietário deve harmonizar-se com os direitos à segurança, sossego e saúde da coletividade dos condôminos, respeitando as razoáveis limitações aprovadas em assembleia;
- d) sendo o condomínio exclusivamente residencial, é indevida a exploração das unidades de forma a desvirtuar essa finalidade, conferindo-lhe contornos comerciais; e

e) é possível que, observado o quórum qualificado, os condôminos permitam a utilização de unidades para fins de hospedagem atípica, mediada por plataformas e congêneres, de modo a ampliar seu uso para além do estritamente residencial. (Morais; Guzansky, 2022, p. 230-231).

4 A (IM)POSSIBILIDADE DE ESTIPULAR A PROIBIÇÃO DO ALUGUEL DE IMÓVEIS POR CURTA TEMPORADA VIA PLATAFORMAS DIGITAIS PELA CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO

O direito de propriedade, entendido como uma garantia constitucional fundamental, consiste na capacidade do proprietário usar, gozar, dispor do bem e reivindicá-lo de posse/detenção injusta de terceiro. Nesse sentido, o aluguel de imóveis em condomínios edilícios está compreendido na acepção de gozo da propriedade, uma vez que diz respeito ao percebimento de frutos civis.

As plataformas digitais, a exemplo do *Airbnb*, oferecem serviços de aluguéis de imóveis por curta temporada, ou seja, dificilmente, excedem 30 (trinta) dias. A grande problemática desse serviço prestado pelo *Airbnb* reside na falta de regulamentação para essa relação contratual. Desse modo, há duas grandes teses a respeito do enquadramento legal desse contrato atípico. Vejamos:

A primeira tese entende que plataformas como o *Airbnb* realizam, em verdade, negociações com a natureza jurídica de hospedagem. Isso entraria em confronto com os condomínios que possuem, exclusivamente, finalidade residencial. A partir dessa desvirtuação da finalidade condominial, advoga-se pela impossibilidade do uso de tais aplicativos em condomínios residenciais. Essa tese encontra-se respaldada em vários julgados, nos mais diversos tribunais.

A segunda tese, que também tem supedâneo em tantos outros julgados, entende que o negócio jurídico firmado pelos aplicativos de hospedagem é, em verdade, locação por curta temporada, nos termos da Lei do Inquilinato e, em razão disso, é de plena aplicabilidade em condomínios residenciais, como desdobramento elementar do poder de propriedade do dono da unidade habitacional. A essa corrente filia-se a própria empresa *Airbnb*, ao menos em solo nacional. (De Paiva, 2019, p.14).

Em que pese a divergência doutrinária, entende-se que a melhor vertente é a que advoga pela incidência da Lei 8.245/91 (Lei de Inquilinato) para regular a relação contratual firmada entre “anfitrião” e “hóspede”¹ haja vista que, para fins de subsunção à lei 11.771/08 (Lei da Política Nacional de Turismo), torna-se necessária a cumulação de dois requisitos, a saber, o aposento destinado à hospedagem e a

¹ Anfitrião e hóspede são nomenclaturas utilizadas pela plataforma *Airbnb* para distinguir os usuários da plataforma. Dessa maneira, anfitrião é quem anuncia o espaço disponível para locação por curta temporada, enquanto hóspede é a pessoa que aluga o imóvel.

prestação de serviços necessários aos hóspedes – aqui se pode entender como alimentação e serviço de quarto – sendo que, este último não necessariamente constitui obrigação do *Airbnb* para com o usuário e, raramente, é ofertado.

Entretanto, a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial 1.819.075/RS, vai ao encontro do posicionamento que entende a relação contratual ofertada pela empresa *Airbnb* como serviço de hospedagem. Desse modo, o aluguel de imóveis por curta temporada em condomínios edifícios desvirtuaria a finalidade residencial e, portanto, seria válida a disposição proibitiva dessa modalidade de aluguel em convenção de condomínio.

Tal decisão, porém, apresenta inconsistências argumentativas como bem expõe a jurista Luciana Pedroso Xavier:

Um possível obstáculo ao proprietário pode ser o argumento de que o contrato de locação atípico desvirtuaria a destinação residencial do condomínio. O proprietário pode se defender invocando os seguintes fundamentos: i) há diversos modelos de negócio que podem ser usados nas plataformas digitais e nem todos acarretam exploração comercial; ii) este raciocínio conduzia ao impedimento de que os condôminos trabalhassem em regime de home office⁴, uma vez que o apartamento teria finalidade híbrida, residencial e comercial, o que é vedado em convenção. O condomínio precisaria tratar isonomicamente os condôminos e, se impedir o contrato de habitação atípico desprovido do fornecimento de serviços, também precisaria vedar o uso das unidades para home office, o que além de desarrazoado, seria de difícil fiscalização. [...]. (Xavier, 2022).

Além disso, o receio de ameaça à segurança, ao sossego e à saúde dos condôminos não se mostra razoável de modo a impedir a oferta de apartamentos via *Airbnb*, pois a vida em sociedade impõe o convívio com o risco, inclusive, entre os próprios condôminos, haja vista que muitos não se conhecem. Nessa toada, expõe Marcelo Frullani Lopes:

Quanto a preocupações com segurança ou em relação a danos que possam ser causados ao condomínio, deve-se ressaltar que o Código Civil prevê, em seu artigo 1.337, a possibilidade de que o condomínio aplique multas aos condôminos sempre que estes descumprirem deveres previstos na convenção ou regulamento interno. Trata-se de uma ilusão imaginar que os riscos à segurança ou ao patrimônio podem ser evitados com meras proibições às novas tecnologias. A vida em condomínio envolve riscos, até mesmo envolvendo os próprios condôminos, pois não se conhece intimamente cada pessoa que vive no mesmo edifício. Qualquer pessoa, seja ela proprietária ou locatária, pode causar danos a terceiros; a consequência é pura e simplesmente a responsabilização do causador do dano ou do proprietário da unidade, e não a proibição total de plataformas que simplesmente facilitam o contato entre locadores e locatários. (Lopes, 2018).

Sobre o poder da convenção de condomínio, em nenhum momento se busca afirmar a impotência e a incapacidade de ordenar a vida social dos condôminos,

mas, a partir do momento em que as cláusulas da convenção condominial cerceiam e restringem o direito de propriedade; observa-se uma clara lide de natureza constitucional que coloca em conflito o direito fundamental de propriedade e a sua respectiva função social para a coletividade.

Ademais, considerando que se a convenção possui o poder de restringir direitos fundamentais, indaga-se, naturalmente, qual a extensão dessa restrição como bem pontua os José Luis Bolzan de Moraes e Bruno José Calmon du Pin Tristão Guzansky:

Não se olvida que a convenção goze de força vinculante⁴⁴ ou que a maioria dos condôminos, por decisões assembleares, possa disciplinar a dinâmica condominial. Contudo, a própria legislação não fixa limites – senão a observância à função social e, no caso dos condomínios edifícios, às decisões tomadas em assembleia – ao pleno uso e gozo da coisa. Poderia, então, a maioria dos condôminos simplesmente proibir uma atividade lícita ou isso afrontaria o princípio da legalidade (CRFB, art. 5º, II)? Poderiam os condôminos tratar desigualmente proprietário-morador e proprietário-locador ou isso violaria o princípio da isonomia (CRFB, art. 5º, caput)? Qual medida melhor prestigia a função social de determinado imóvel residencial, mantê-lo fechado (espaço ocioso e, portanto, improdutivo) ou locado (gerando renda, auxiliando renda doméstica ou na manutenção do próprio bem)? É aceitável que atividade legítima seja proibida quando o condomínio tem condições de viabilizá-la, ajustando-a às suas especificidades? Tal medida extrema violaria os princípios da proporcionalidade e razoabilidade (CRFB, art. 5º, LIV), tal como se deu no REsp nº 1.783.076/DF,⁴⁵ de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que considerou abusiva a proibição em abstrato, pela convenção, à criação de animais de qualquer tipo em unidades autônomas? Todas essas indagações, a despeito de pertinentes, passaram ao largo de ambos os julgados. (Moraes; Guzansky, 2022, p. 234).

Nesse viés, a decisão do Superior Tribunal de Justiça falha ao ponderar o direito coletivo (convenção condominial) e o direito individual (direito de propriedade), haja vista que o conteúdo decisório do recurso especial discutido no presente trabalho não consegue equacionar os dois princípios, optando por um em detrimento do outro.

A grande problemática dessa primazia da convenção condominial é a possibilidade de esvaziamento econômico do imóvel, uma vez que a cláusula prevista em convenção pode limitar o direito de fruição. Assim, ao mesmo tempo em que se busca tutelar a coletividade do condomínio, por intermédio da função social, prejudica-se o proprietário. Por um prisma econômico, a decisão jurisdicional do STJ impõe ao proprietário um jogo de soma zero, ou seja, se o interesse coletivo ganhar, inevitavelmente; haverá perdas para o dono do imóvel.

A crítica a tal acórdão reside exatamente no fato de um lado poder ser prejudicado, sendo que seria, perfeitamente, possível de aplicabilidade uma decisão

que não só atendesse às preocupações dos condôminos, como também aos interesses do proprietário imobiliário. Prova disso é que o STJ estabeleceu um precedente que comprova a teoria suscitada acima. No Recurso Especial 1.783.076/DF cujo objeto era a legalidade da convenção de condomínio em restringir a criação de animais pelos condôminos, a Corte assim se pronunciou:

RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO. ANIMAIS. CONVENÇÃO. REGIMENTO INTERNO. PROIBIÇÃO. FLEXIBILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a definir se a convenção condominial pode impedir a criação de animais de qualquer espécie em unidades autônomas do condomínio. 3. Se a convenção não regular a matéria, o condômino pode criar animais em sua unidade autônoma, desde que não viole os deveres previstos nos arts. 1.336, IV, do CC/2002 e 19 da Lei nº 4.591/1964. 4. Se a convenção veda apenas a permanência de animais causadores de incômodos aos demais moradores, a norma condominial não apresenta, de plano, nenhuma ilegalidade. 5. Se a convenção proíbe a criação e a guarda de animais de quaisquer espécies, a restrição pode se revelar desarrazoada, haja vista determinados animais não apresentarem risco à incolumidade e à tranquilidade dos demais moradores e dos frequentadores ocasionais do condomínio. 6. Na hipótese, a restrição imposta ao condômino não se mostra legítima, visto que condomínio não demonstrou nenhum fato concreto apto a comprovar que o animal (gato) provoque prejuízos à segurança, à higiene, à saúde e ao sossego dos demais moradores. 7. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1783076 DF 2018/0229935-9, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 14/05/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: REPDJe 19/08/2019 DJe 24/05/2019). (Brasil, 2019).

Nessa perspectiva, esperava-se ou ao menos era esperado que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgasse de modo semelhante a problemática envolvendo a locação de imóveis em condomínios edifícios via *Airbnb* tal qual fez com o julgado que deliberou sobre o poder da convenção de condomínio em restringir a criação de animais pelos condôminos.

Assim sendo, utilizando o Recurso Especial 1.783.076/DF como parâmetro, entende-se que a convenção de condomínio omissa quanto à utilização das plataformas de aluguéis por temporada, não poderia restringir o condômino de ofertar seu imóvel na plataforma *Airbnb*, haja vista a máxima do direito privado de permissividade ante aquilo que não é proibido. Por outro lado, caso a convenção optasse por autorizar a oferta dos imóveis condominiais via plataformas digitais, seria válida a regulamentação do uso do apartamento; impondo ao “hóspede”, a exemplo, a necessidade de prévia identificação, restrição quanto ao uso de áreas comuns e imposição de horários relativos à entrada e saída do condomínio.

Por último, caso a convenção proibisse totalmente o aluguel de curta temporada por plataformas digitais, de modo genérico e abstrato, entende-se que tal disposição condominial mostrar-se-ia avessa à razoabilidade, senão ilícita, visto que cercearia de forma demasiada o direito fundamental de propriedade.

Dessa maneira, chegar-se-ia a uma decisão que ponderasse tanto os interesses do proprietário do imóvel como da coletividade do condomínio; de modo a permitir a exploração econômica do direito de propriedade como também garantir a sua respectiva função social.

CONCLUSÕES

Ante o exposto, conclui-se que a natureza jurídica da relação firmada entre o proprietário do imóvel situado em condomínio edilício e o usuário-hóspede da plataforma digital *Airbnb* é de locação, sendo aplicável à relação jurídica, portanto, a Lei de Inquilinato (Lei nº 8.245/1991). Assim sendo, não há desvirtuação da finalidade residencial prevista em convenção de condomínio.

Mesmo a decisão do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.819.075/RS, indo no sentido de dar prioridade ao direito coletivo estabelecido em convenção condominial, não há como sustentar a permanência de regras inibitórias genéricas que, muitas vezes, carecem de interesse pessoal ou coletivo. Dessa maneira, considerando o direito de propriedade como um direito fundamental, não é viável que normas infraconstitucionais esvaziem o seu objeto, no sentido que toda e qualquer restrição deve observar a razoabilidade e a proporcionalidade.

Logo, a melhor decisão é aquela que pondera tanto o interesse individual como o coletivo. Por isso, ao longo do desenvolvimento do presente artigo, defendeu-se que o Superior Tribunal de Justiça deveria ter utilizado a decisão proferida no Recurso Especial 1.783.076/DF como parâmetro para elucidar os poderes e limites da estipulação da convenção de condomínio.

Desse modo, estabelecer-se-ia três hipóteses: a) caso a convenção fosse omissa, o aluguel de imóveis em condomínios edilícios por plataformas digitais seria permitido; b) em caso de proibição total dessa modalidade de aluguel, tal disposição em convenção de condomínio seria ilícita por ferir a razoabilidade, ao ofender o direito fundamental de propriedade; portanto, o meio judicial estaria apto resguardar o direito do condômino e c) se a convenção fosse permissiva, seria lícito disciplinar a

oferta das unidades condominiais via *Airbnb*, impondo restrições de maneira a garantir a saúde, a segurança e o sossego condominial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei de Locações, Lei nº 8245, de 18 de outubro de 1991, que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em: 28 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito civil. Recurso especial. Condomínio edilício residencial. Ação de obrigação de não fazer. Locação fracionada de imóvel para pessoas sem vínculo entre si, por curtos períodos. Contratações concomitantes, independentes e informais, por prazos variados. Oferta por meio de plataformas digitais especializadas diversas. Hospedagem atípica. Uso não residencial da unidade condominial. Alta rotatividade, com potencial ameaça à segurança, ao sossego e à saúde dos condôminos. Contrariedade à convenção de condomínio que prevê destinação residencial. Recurso improvido. Recorrentes: Monica Dutczak e Gyan Celah dos Santos. Recorrido: Condomínio Edifício Coorigha. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 27 mai. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900606333&dt_publicacao=27/05/2021. Acesso em: 28 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Condomínio. Animais. Convenção. Regimento Interno. Proibição. Flexibilização. Possibilidade. Recorrente: Liliam Tatiana Ferreira Franco. Recorrido: Condomínio Residencial Das Palmeiras. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 19 ago. 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802299359&dt_publicacao=19/08/2019. Acesso em: 28 jan. 2024.

DE PAIVA, Moisés Emidio. **AIRBNB E condomínio residencial: natureza jurídica e repercussões**. Direito UNIFACS–Debate Virtual, n. 231, 2019.

LOPES, Marcelo Frullani. Condomínio não pode proibir locação de imóvel pelo Airbnb. **Consultor Jurídico**, 17 jul. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-17/marcelo-frullani-condominio-nao-proibir-locacao-airbnb/>. Acesso em: 28 jan. 2024.

MORAIS, José Luis Bolzan de; GUZANSKY, Bruno José Calmon du Pin Tristão. **Comentário aos recursos especiais nºs 1.819.075/RS e 1.884.483/PR**. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 31, n. 4, p. 215-238, out./dez. 2022. DOI: 10.33242/rbdc.2022.04.016.

XAVIER, Luciana Pedroso. O condomínio residencial pode proibir oferta de apartamentos pelo Airbnb?. **Migalhas**, 07 fev. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/359312/condominio-residencial-pode-proibir-oferta-de-aptos-pelo-airbnb>. Acesso em: 28 jan. 2024.

COMENTÁRIOS À SC COSIT Nº 2/2024: breve análise sobre a variação cambial na alienação a prazo por pessoa física

BRIEF ANALYSIS ON SC COSIT Nº 2/2024: brief analysis on exchange rate variation in asset disposals by natural person

Guilherme Martelli Moreira¹

Recebido/Received: 17.03.2024/Mar 17th, 2024

Aprovado/Approved: 15.05.2024/May 15th, 2024

RESUMO: O artigo analisa e tece breves comentários à Solução de Consulta COSIT nº 2/2024 da Receita Federal do Brasil, que trata da tributação da variação cambial em transações comerciais envolvendo moeda estrangeira no Imposto sobre a Renda de Pessoa Física (IRPF). Para compreender a conclusão da Receita Federal, é essencial abordar o conceito de preço, definido como a quantia pela qual o comprador se compromete a pagar ao vendedor, podendo ser determinado ou determinável conforme o Código Civil. A interpretação da Receita Federal considerou que o acréscimo decorrente da variação cambial de parcela recebida na alienação a prazo de participação societária não integra o valor de alienação no cálculo do ganho de capital, de modo a ser tributado individualmente como rendimento de capital a título de juros. No entanto, essa abordagem pode ser contestada à luz do direito civil, que estabelece parâmetros claros para a determinação e execução do preço em transações comerciais. Utiliza-se do método hipotético-dedutivo a partir de uma revisão da bibliografia e da legislação atinente às normas tributárias e civis.

PALAVRAS-CHAVE: variação cambial; imposto sobre a renda da pessoa física; consulta fiscal; alienação de quotas; renda.

ABSTRACT: The article analyzes and provides brief comments on Consultation Solution COSIT No. 2/2024 issued by the Brazilian Federal Revenue Service, which deals with the taxation of exchange rate variations in commercial transactions involving foreign currency in the Individual Income Tax (IRPF). To understand the conclusion of the Federal Revenue Service, it is essential to address the concept of price, defined as the amount for which the buyer agrees to pay the seller, which may be determined or determinable according to the Brazilian Civil Code. The interpretation of the Federal Revenue Service considered that the increase resulting from the exchange rate variation of installments received in the deferred sale of corporate participation does not constitute part of the alienation value in the

¹ Doutorando e Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Membro do Grupo de Pesquisas Tributação, Complexidade e Desenvolvimento (PPGD/PUCPR/CNPq). Pós-graduado em Direito Tributário Empresarial e Processual Tributário na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor do Centro Universitário de Pato Branco (UNIDEP) e advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1820888758307120>. Endereço eletrônico: gmartelli.moreira@gmail.com

calculation of capital gains, and should be individually taxed as capital income, akin to interest. However, this approach may be challenged in light of civil law, which establishes clear parameters for the determination and execution of price in commercial transactions. The hypothetical-deductive method is employed based on a review of the literature and legislation related to tax and civil norms.

KEYWORDS: exchange variation; income tax; tax consultation; asset disposal; income.

INTRODUÇÃO

No âmbito da legislação tributária, a Consulta Fiscal emerge como um instrumento preventivo essencial, distinto do processo administrativo fiscal, que visa contestar ou impugnar lançamentos ou ações fiscais. Ao contrário, a trata-se de uma conduta assumida pelo Consulente, ou o sujeito passivo da obrigação tributária, de forma a anteceder qualquer iniciativa do fisco, e destinada a esclarecer dúvidas ou questões interpretativas relacionadas à legislação tributária. Neste sentido, a Consulta Fiscal desempenha um papel fundamental na promoção da conformidade fiscal e na prevenção de litígios entre contribuintes e autoridades fiscais.

Almeja-se, com este instituto, contribuir a transparência e previsibilidade do sistema tributário, ao fornecer respostas claras e fundamentadas às consultas dos contribuintes. Ainda que não seja o foco deste artigo, poder-se-ia imaginar o favorecimento de um ambiente de negócios mais seguro e favorável, o qual incentiva o cumprimento voluntário das obrigações fiscais e reduzindo a incerteza jurídica para os contribuintes. Da mesma forma, o Fisco ganharia em eficiência, ao estimular a conformidade fiscal dos contribuintes.

Ao partir destas premissas, qual seja, que o Instituto da Consulta Fiscal desempenha um papel importante na harmonização das relações entre o Fisco e os contribuintes, ao mesmo tempo em que fortalece a segurança jurídica e a confiança no sistema tributário, este estudo visa estudar a SC nº 02/204, em que uma pessoa física não residente no Brasil desde janeiro de 2021 questionou a Receita Federal sobre a tributação da variação cambial em uma venda parcelada de participação societária em empresa brasileira.

Para tanto, será necessário abordar alguns pontos das transações comerciais, tais como a definição do preço. Ora, trata-se de um elemento fundamental que influencia não apenas as relações contratuais entre as partes envolvidas, mas também suas consequências jurídicas e tributárias. Explora-se o

regime jurídico aplicável ao preço estabelecido em contratos comerciais, com destaque para o contexto da compra e venda de quotas sociais por pessoa física, à luz da legisla civilista. Particularmente, examinaremos uma situação em que o preço foi fixado em dólares americanos, sem considerar a variação cambial, e as implicações legais e tributárias decorrentes dessa escolha.

Para isso, inicialmente, discutiremos as disposições do Código Civil que regem o preço em transações comerciais, destacando sua relevância para a compreensão das consequências legais dessa decisão. Em seguida, exploraremos as implicações tributárias decorrentes da fixação do preço em moeda estrangeira, analisando a possibilidade de incidência de Imposto de Renda sobre variações cambiais. Por fim, apresentaremos uma conclusão com base nas reflexões realizadas, destacando a importância de considerar cuidadosamente as ramificações legais e fiscais ao estabelecer o preço em contratos comerciais.

1 BREVE ANÁLISE DA CONSULTA FISCAL E DA SC 02/2024

A consulta fiscal é uma ferramenta fundamental no Direito Tributário, à medida em que oferece às empresas e aos indivíduos a oportunidade de esclarecer dúvidas e obter orientações específicas sobre questões fiscais. Este capítulo, portanto, buscará explorar o papel e a importância das consultas fiscais, destacando sua relevância na conformidade tributária e na mitigação de riscos para contribuintes e autoridades fiscais. Em ato contínuo, analisa-se Solução de Consulta nº 02/2024, ponto central deste artigo.

1.1 Breves reflexões sobre a consulta fiscal

A consulta fiscal desempenha um papel fundamental nas relações entre o sujeito passivo e ativo dentro do contexto tributário. À medida em que o Estado “transfere ao contribuinte a função de recolher os tributos por conta própria, bem como de fornecer uma série de informações por meio de obrigações acessórias” (SAMAH, 2019, p. 42), surge à administração tributária a obrigação de munir aos sujeitos passivos das informações necessárias para o cumprir com as obrigações tributárias principal e acessórias.

É por este motivo que Schoueri (1995, p. 1) classifica a consulta como:

o meio através do qual o sujeito passivo, efetivo ou potencial (a consulta pode, justamente, questionar se o consulente é, em determinado caso, sujeito passivo da obrigação tributária), ou entidade que o represente, ou, ainda, um órgão da administração pública, indaga, formalmente (em contraposição às “consultas informais”, formuladas verbalmente perante os “plantões fiscais”) ao órgão encarregado da Administração Tributária, sobre dispositivos da legislação tributária aplicáveis a fato determinado.

Neste sentido, Landi (2020, p. 126) compreende que a consulta fiscal objetiva o “o esclarecimento de dúvidas relacionadas à aplicação da legislação tributária”, razão pela qual, na experiência internacional “o processo de consulta fiscal tem, predominantemente, uma função instrumental, no sentido de esclarecer as normas tributárias ao contribuinte na esfera administrativa, de forma preventiva” ao início do contencioso tributário.

Salienta-se que a Consulta Fiscal não se destina a contestar ou impugnar lançamentos ou ações fiscais; para essa finalidade, existe o processo administrativo fiscal. A Consulta Fiscal é, na verdade, um meio preventivo realizado antes da iniciativa de qualquer procedimento ou lançamento por parte do fisco.

Samaha (2019, p. 129), ao compilar definições da consulta na experiência internacional, relata que o instrumento seria tanto “a resposta escrita proferida pela autoridade tributária, a partir de questionamento apresentado pelo contribuinte, por meio da qual a legislação tributária é interpretada à luz dos fatos narrados quando da apresentação do questionamento”.

A partir desta perspectiva, Samaha (2019) elucida que aqueles que seguem as leis também devem ter uma dose mínima de segurança em suas decisões, ao evitar erros e, conseqüentemente, a imposição de penalidades resultantes. A autora conclui que o acesso a tais informações sobre os princípios interpretativos utilizados na aplicação da legislação fiscal é essencial para reduzir o desequilíbrio causado pela transferência de responsabilidades de arrecadação para o contribuinte.

Para Gomes (2021), a Consulta Fiscal está relacionada com a efetivação da confiança no Direito Tributário. Por mais que as legislações federal, estaduais e municipais estipulam que a validade de uma resposta à consulta tributária é limitada aos consulentes, sem gerar efeitos sobre terceiros, o instrumento em comento estaria harmoniza o liame entre Fisco e contribuinte. Afinal, o sujeito passivo, ao buscar cumprir com suas obrigações tributárias, poderá estar diante de dúvidas ante à quantidade de leis e atos infralegais que regem determinado comportamento.

A fim de gerar maior confiabilidade e segurança ao sistema tributário, para além de “dirimir dúvidas acerca de interpretação da legislação e apuração dos tributos”, a Consulta Fiscal aproximaria “as partes da relação jurídico-tributária, construindo um relacionamento de confiança e cooperação entre Fisco e Contribuinte, afastando as respostas de contracontrole e distanciamento por parte do sujeito passivo” (PIMENTA; SCARABORA, 2023, p. 13).

Nesse sentido, Vasconcelos (2021, p. 5) aponta que:

o Estado, que, em razão de sua soberania, tem o direito de exigir o tributo que previamente estabeleceu em lei, tem a obrigação correlata de, quando solicitado, instrui o cidadão, esclarecendo e conferindo segurança sobre como e quanto deve pagar o mesmo tributo ou como deve cumprir determinada obrigação legal ou regulamentar (...). Portanto, a legitimidade da faculdade de consultar é o acesso ao direito à segurança jurídica na relação fisco-contribuinte gerando para a administração tributária o dever de prestar informação ao contribuinte.

O International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD) (2018, p 22) entende que os meios eficazes de efetivar o direito de acesso à informação e o estabelecimento de formas não discriminatórias de cumprimento das obrigações tributárias aumentam a possibilidade de implementação de um diálogo construtivo entre as autoridades fiscais e os contribuintes, o que aprimora o sistema de autoavaliação fiscal ao permitir que as partes avancem suavemente para soluções acordadas para questões factuais e legais relacionadas à cobrança de impostos.

A Consulta Fiscal, seria um método efetivo para a criação de um vínculo constitutivo entre os sujeitos da obrigação tributária, razão pela qual Landi (2020, p 123) anota que ela seria um instrumento apto a oportunizar a segurança jurídica no Direito Tributário para que, ao final, a litigiosidade seja reduzida. A autora comenta, também que a “sua relevância é tamanha que o International Monetary Fund (FMI) e a OCDE a listaram, em estudo encomendado pelos líderes do G20, como um dos principais fatores garantidores da certeza tributária”.

Salienta Landi (2020, p. 124), também, que a presença de mecanismos de consulta seria uma característica comum a “dos sistemas tributários maduros e está presente em quase todos os países-membro da OCDE”.

Pontua, Gomes Moreira (2021), que Consulta Fiscal no sistema brasileiro aproveita terceiros se o Estado se manifesta de forma fundamentada a partir de elementos teóricos e práticos que embasaram sua interpretação, essa norma jurídica individual e concreta adquire o caráter de uma norma geral e abstrata, tendo eficácia *erga omnes*. Segundo a autora, essa eficácia implica na vinculação irrestrita

da Administração Pública a essa interpretação, ou seja, nas mesmas condições de fato e de direito, a mesma interpretação deve ser aplicada.

Informa Samaha (2019, P. 98) que até 2013, as respostas às consultas fiscais não geravam efeitos legais perante terceiros. Vale dizer, inexistia qualquer tipo de proteção legal que resguardasse os consulentes de interpretações diferentes daquelas expressas na resposta. Apenas com a introdução da Instrução Normativa RFB nº 1.396/2013 é que tal dinâmica foi alterada, dado que a norma estabelece que as soluções de consulta emitidas pela Coordenação-Geral de Tributação (Cosit) e as soluções de divergência passaram a ter efeito vinculante dentro da Receita Federal do Brasil (RFB), garantindo proteção legal ao sujeito passivo que as adotar, independentemente de ser o consulente original ou um terceiro, contanto que este último se enquadre na situação abordada na resposta.

De toda forma, a Consulta Fiscal atua antes de um conflito entre o Estado e o sujeito passivo, posto que permite o acesso ao conhecimento de critério utilizados pela administração tributária para a efetivação da legislação tributária, de sorte a evitar surpresas e garantir a previsibilidade (SAMAHA, 2019, p. 178). Complementa a ideia Vasconcelos (2021, p. 18), quando propõe que o instituto analisado seria um instrumento orientador, preventivo, ou seja, “possibilita se antecipar para evitar possíveis danos. O consulente, ao antecipar-se a manifestação do fisco, solicitando uma orientação para sua conduta e, amparado em sua decisão”, programar-se em situações semelhantes e vindouras.

Nota-se, ao final, que a Consulta Fiscal seria um instrumento “gerador de confiança e segurança nas relações do fisco com o contribuinte”, de maneira a orientar o contribuinte a cumprir com seus deveres fiscais enquanto aumenta a Administração experienta um aumento na eficiência ao facilitar o cumprimento dos deveres por parte do sujeito passivo. Desta forma, o canal de “comunicação fisco-contribuinte gera produtividade e confiança para ambos os lados” (VASCONCELOS, 2021, p. 6).

1.2 Análise da SC 02/2024

Determinada pessoa física questionou a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil acerca da interpretação da legislação referente ao imposto sobre a renda da pessoa física (IRPF) e do imposto sobre a renda retido na fonte (IRRF).

Para tanto, relatou ser pessoa física não residente no Brasil desde 27 de janeiro de 2021, quando apresentou a sua comunicação de saída. Em 2019, alienou a prazo de participação societária em empresa brasileira à empresa estrangeira sediada em Londres, Inglaterra. Na formalização da transação, acordou-se que o valor total da alienação e as parcelas seriam em dólares americanos. Desta forma, o consultante recebeu referidos numerários entre 2019 e 2022, após a conversão em reais nas respectivas datas dos adimplementos (BRASIL, 2024, p. 2).

Em seguida, o consultante explicou que recolheu o IRPF correspondente ao lucro obtido com a venda de seus bens entre 2019 e 2022, conforme o recebimento das parcelas. Ocorre que em 2021 e 2022, o dólar se valorizou frente ao real em relação à data da celebração do contrato, qual seja, 2019, de maneira que houve uma variação cambial (BRASIL, 2024, p. 2).

Ao apurar o seu IRPF, a pessoa física calculou o imposto considerando a inclusão da variação cambial, ou seja, apurou a alienação em reais com a majoração oriunda da valorização do câmbio.

Em um segundo momento, a pessoa física ficou em dúvida: “se a majoração das parcelas recebidas em 2021 e 2022 deveriam compor o valor da alienação na apuração do IRPF devido sobre ganho de capital”, na medida em que a SC SRRF/8ªRF/DISIT nº 200/2004 e a SC SRRF/8ªRF/DISIT nº 364/2008, assim como o documento Pergunta/Resposta IRPF 2022, no item nº 620, “orientariam no sentido da tributação em separado do acréscimo referente à variação cambial, critério diverso ao utilizado pelo consultante” (BRASIL, 2024, p. 2).

Sua conclusão, portanto, seria de que:

os valores recebidos a título de variação cambial positiva têm tratamento similar a reajuste de parcelas e não compõem o valor de alienação para apuração do ganho de capital, devendo ser tributados como juros recebidos com base na tabela progressiva do IRPF para os residentes no Brasil, nos termos do art. 677 do Regulamento do Imposto de Renda 2018 (RIR 2018).

A Receita Federal, ao seu turno, conclui que o aumento resultante da variação do câmbio das parcelas recebidas na venda parcelada de participação societária não deve ser considerado para fins de cálculo do ganho de capital. Com efeito, deveria ser “tributado individualmente como rendimento de capital, a título de juros”. Desta forma, “o pagamento do reajuste de parcela à residente no exterior, referente à variação cambial positiva, sujeita-se à retenção do IRRF à alíquota de

15% (quinze por cento), sob o regime de tributação exclusiva na fonte” (BRASIL, 2024, p. 9).

Ao fundamentar seu entendimento, a RFB entende que há uma situação especial, qual seja, a de que o consultante não é residente fiscal no Brasil. Conseqüentemente, “devem ser aplicados os dispositivos da legislação tributária do IRPF e IRRF que tratam do recebimento de juros e demais rendimentos no Brasil por pessoa física residente no exterior” (BRASIL, 2024, p. 5).

Ao aplicar no caso concreto, a RFB explicou que os pagamentos que sofreram variação cambial deveriam ter sido “quebrado em duas partes, sendo uma referente ao valor original em reais da parcela e a outra correspondente apenas ao acréscimo em função da variação cambial”. Ao valor bruto do acréscimo, o IRRF deveria ter sido recolhido à alíquota de 15%, nos termos dos artigos 760 e 761, ambos do Decreto nº 9.580/2018 (BRASIL, 2024, p. 6).

2 DEFINIÇÃO DE PREÇO

Para que a SC Cosit nº 2/2024 apresentasse a conclusão de que o “acréscimo decorrente da variação cambial de parcela recebida na alienação a prazo de participação societária não integra o valor de alienação no cálculo do ganho de capital” (BRASIL, 2024, p. 9), precisou a Receita Federal abordar o conceito de preço. Desta forma, passa o artigo à análise da dogmática civil.

Por definição, o preço deve ser compreendido como a quantia monetária em que o comprador se obriga a pagar o vendedor. Ao analisar as características deste instituto jurídico, Orlando Gomes (2022, p. 260) entende que ele deve constar no contrato, mas “não é preciso que seja determinado. Basta que possa ser determinado, como no caso de ser deixado à taxa do mercado, no de ser fixado mediante índices ou parâmetros, ou no de ser habitualmente pago”.

O preço, ao seu turno pode passar por um processo de determinação que resulta: “a) da livre estipulação das partes; b) do arbitramento de terceiro (arbitrador); c) da cotação da mercadoria em determinado dia e lugar; d) da aplicação de índices ou parâmetros objetivos” (GOMES, 2022, p. 260).

Ao analisar o preço determinável, ao seu turno, De Oliveira (2019) aponta que “que a noção de preço determinável não é mera criação doutrinária, pois é fato da

vida negocial que o direito visa regular, e encontra supedâneo no art. 487 da atual codificação civil”.

Ainda que o preço possa ser tanto determinado quanto determinável, observa-se que a sua cláusula é elemento obrigatório nos contratos de “compra e venda”, como aponta Minatel (2014, p. 5). Ao analisar a incidência das contribuições para o PIS (Programa de Integração Social) e para a COFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social) sobre bonificações e descontos obtidos nas operações de compra e venda de bens, o autor compreende que o preço:

Aparece como indicativo de valor econômico, enquanto objeto da prestação do comprador que corresponde à pretensão do vendedor para entrega da coisa, impondo a lei o requisito da certeza no sentido de que o “preço” deve ser determinado, ou ao menos determinável. Como valor que remunera o negócio pactuado pelas partes, o “preço” não pode ser incerto. “Preço” determinado é o que não necessita de qualquer critério para posterior quantificação. Portanto, o “preço” deve ser ajustado, de forma determinada ou determinável, desde o momento da celebração do contrato (MINATEL, 2014, p. 5).

A definição e a diferenciação de preço determinado e determinável é relevante à ótica do Direito Tributário, sobretudo quanto à realização da renda no escopo do Imposto de Renda, especialmente em transações comerciais em moedas diferentes, tendo em vista a possibilidade de ocorrer a variação cambial.

Ao analisar a realização da renda e a sua aplicação para as pessoas jurídicas, Polizelli (2009, p. 235) conclui que “a observação dos fatos econômicos que geram a renda tributável revela que há distintos momentos temporais que poderiam ser eleitos como determinantes da realização”, esta que poderia ser compreendida como atrelada à capacidade contributiva. Entende, o autor, que os critérios usualmente adotados para identificar tal realização, sobretudo calcados “em eventos de troca provocam distorções de comportamento econômico (por causa dos efeitos de acumulação e trava), aumento de complexidade, bem como violação da igualdade e alteração da distribuição de riquezas” (POLIZELLI, 2009, p. 227).

Ocorre que a repercussão tributária entre a diferença de preço determinado e determinável repercute na base de cálculo do imposto a ser recolhido pela Pessoa Física. No caso concreto ora analisado, por mais que as partes realizem um contrato de alienação de cotas por preço determinado, a variável da diferença do câmbio independe de ações internas da empresa. Vale dizer, são hipóteses de alteração do patrimônio que decorrem de atividades externas, as quais modificam os valores outrora acordados, tal como será explorado no próximo tópico.

3 BREVES COMENTÁRIOS À SC COSIT Nº 2/2024

Como apontado anteriormente, a SC COSIT Nº 2024, publicado no Diário Oficial da União e, 29/01/2024, busca solucionar uma dúvida em relação à inclusão na base de cálculo de parcelas futuras determináveis por juros e variação cambial no Imposto sobre a Renda de uma pessoa física.

A Solução apresentada pela Receita Federal do Brasil poderia ser questionada sob o ponto de vista do Código Civil. Ocorre que a legislação permite que o preço de um negócio pode ser determinado ou determinável como requisito para um contrato, nos termos do seu artigo 487. Com efeito, a ideia de preço determinável não é apenas uma construção teórica, pois reflete uma realidade das transações comerciais que o direito busca regular, sendo respaldada legalmente.

A partir do momento em que se fixam as parcelas futuras em moeda estrangeira, cumpre-se o requisito da determinação. Ao fixar os valores, tem-se o preço e, conseqüentemente, o valor da alienação para fins de fixação da base de cálculo do IRPF. Ao buscar tributar a variação cambial decorrente da operação, estar-se-ia diante do risco de uma ilegalidade entre a SC Cosit em análise e o Código Civil brasileiro.

Num outro vértice, a solução apresentada pela RFB trata as pessoas físicas como pessoas jurídicas fossem. Afinal, contabiliza-se o valor apurado na alienação e se corrige conforme a variação cambial.

Quando se está diante de uma Pessoa Jurídica, Polizelli (2009, p. 246), propõe que a realização da renda pode ser verificada por:

fatores externos à empresa, (caso em que o elemento cumprimento da obrigação é amenizado). É o que se verifica na atualização dos valores de ativos e passivos, a qual pode decorrer de aplicação do princípio do menor valor de mercado ou também do princípio do custo corrente – sem efeitos tributários, porém. A tributação das variações monetárias é também exemplo desta modalidade de realização.

Este maior rigor à Pessoa Jurídica e a análise da realização de sua renda por de ser justificada pela observância de princípios contábeis que guiam a realização da renda. Segundo Polizelli (2009), a continuidade, a prudência e a objetividade devem pautar a atividade de apuração. Segundo o autor, a primeira transmite a noção de que empresa opera por prazo indeterminado, de maneira a continuar produzindo riquezas. Desta forma, torna-se necessário adotar a apuração periódica

do lucro. O princípio da prudência, ao seu turno, determina a “adoção de critérios os mais conservadores possíveis para a concretização do princípio da realização”, de maneira tal que a concretização da apuração do lucro pode ser adotada em situações em que o critério da realização não estiver pormenorizado em lei. Por último, o princípio da objetividade “impõe confiabilidade às demonstrações financeiras, reclamando a utilização de valores que sejam comprováveis por documentos e critérios objetivos”.

Ao analisar a incorporação, pelo Direito Tributário, de conceitos contábeis de receita. Nascimento (2020) argumenta que apesar da relevância desse conceito no sistema tributário, ele tem sido negligenciado pelo legislador, que muitas vezes o distorce em prol da arrecadação.

A adoção destes conceitos contábeis ao Direito Tributário, especialmente para Pessoas Jurídica, foi reforçada por Nascimento (2020), dado que o conceito contábil “revela melhor capacidade contributiva do que o conceito tributário trazido pela Lei n. 12.973/2014”, lei que, dentre outros objetivos, alterou a legislação tributária federal relativa ao IRPJ, à CSLL e ao PIS/PASEP.

Com efeito, Nascimento (2020) conclui que a capacidade contributiva seria o “critério constitucional para a eleição fatos econômicos, que servirão de base para a normatização de hipóteses de incidência de tributos não vinculados, a sua análise foi determinante para visualizar a receita contábil como melhor expressão de riqueza do que aquela trazida pela alteração legislativa”.

Nota-se, portanto, a importância de valores, princípios e noções da Contabilidade ao apurar o IRPJ. Todavia, a lógica de apuração da renda das Pessoas Jurídicas não poderia ser transplantada para o regime jurídico das Pessoas Físicas.

No caso analisado por este breve estudo, a discussão gira em torno do regime jurídico aplicável ao preço estipulado em uma transação comercial, especificamente no contexto da compra e venda de quotas sociais por pessoa física. O Código Civil apresenta disposições claras sobre a natureza e o tratamento legal do preço em transações comerciais, estabelecendo parâmetros e diretrizes para sua determinação e execução.

É importante ressaltar que, no contrato analisado, o Consulente assumiu obrigações de compra e venda de quotas sociais estipuladas em dólares estadunidenses, com a conversão para a moeda nacional, o real, a ser realizada na

data do pagamento. Esta abordagem demonstra uma escolha deliberada pelas partes em estabelecer o preço em uma moeda estrangeira, ignorando assim a variação cambial no momento da contratação.

Do ponto de vista tributário, essa escolha pode ter importantes implicações. Uma vez que o preço foi fixado em dólares americanos e não está sujeito à variação cambial durante o período contratual, isso pode afetar a incidência do Imposto de Renda sobre a transação. Geralmente, as variações cambiais podem gerar ganhos ou perdas cambiais que são tributáveis de acordo com as leis fiscais vigentes.

No entanto, no caso em análise, a ausência de uma cláusula de ajuste cambial pode resultar na não incidência de Imposto de Renda sobre a variação cambial. Isso se deve ao fato de que a tributação estaria condicionada à existência de um ganho efetivo decorrente da variação cambial entre a data da contratação e a data do pagamento, o que não ocorreria neste caso específico.

Portanto, a decisão de fixar o preço em dólares americanos, sem considerar a variação cambial, pode ter implicações relevantes tanto do ponto de vista jurídico quanto tributário, impactando a estrutura da transação e suas consequências fiscais.

Importa observar o que o art. 65, do Decreto 9.580/18 (BRASIL, 2018) dispõe que “Para fins de incidência do imposto sobre a renda, o valor da atualização monetária dos rendimentos acompanha a natureza do principal, ressalvadas as hipóteses específicas previstas neste Regulamento”. No ganho de capital, ao seu turno, ainda que não haja regra parecida, o Decreto em análise dispõe, no seu art. 151, que “nas alienações a prazo, o ganho de capital deverá ser apurado como venda à vista e tributado na proporção das parcelas recebidas em cada mês, considerada a atualização monetária, se houver” (BRASIL, 2018).

Importa observar que a variação cambial, caracterizada pela diferença entre o valor da compra e o pago em função da flutuação de uma moeda para outra, difere da variação monetária, que é a valorização ou desvalorização de apenas uma moeda.

Por fim, aponta-se que a Administração Tributária Federal, no item Perguntas e Respostas da Pessoa Física 2024, trata o tema da variação cambial na pergunta 557. Prescreve-se que há isenção relativa ao ganho de capital no IRPF quando “a variação cambial decorrente das alienações de bens ou direitos adquiridos e das liquidações ou resgates de aplicações financeiras realizadas com rendimentos auferidos originariamente em moeda estrangeira)”, desde que a que “a variação

cambial, sendo tributável o ganho obtido em moeda estrangeira” (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2024A, p. 226).

No âmbito infralegal, destaca-se a Instrução Normativa RFB nº 2180, de 11 de março de 2024. No seu art. 2º, a IN dispõe que haverá a incidência “Imposto sobre a Renda da Pessoa Física - IRPF, pela pessoa física residente no País, os rendimentos” quando houver ganho de capital:

§ 5º (...) percebidos pela pessoa física residente no País na alienação, na baixa ou na liquidação de bens e direitos localizados no exterior que não constituam aplicações financeiras no exterior nos termos desta Instrução Normativa permanecem sujeitos às regras específicas de tributação previstas no art. 21 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, inclusive os ganhos na alienação de moeda estrangeira em espécie e os ganhos de variação cambial do capital aplicado em entidades controladas no exterior de que tratam os arts. 7º e 35 (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2024B).

Diante da breve análise efetuada, concluir-se que a escolha deliberada pela Pessoa Física de fixar o preço em dólares americanos, sem considerar a variação cambial, pode ter implicações significativas tanto do ponto de vista jurídico quanto tributário. A aplicação do regime jurídico próprio estabelecido pelo Código Civil para o preço em transações comerciais é fundamental para compreender as consequências legais, especialmente quanto ao Imposto de Renda sobre a variação cambial.

CONCLUSÕES

A consulta fiscal desempenha um papel fundamental na relação entre os contribuintes e as autoridades fiscais, oferecendo clareza, segurança e previsibilidade no cumprimento das obrigações tributárias. Ao possibilitar o esclarecimento de dúvidas e a interpretação da legislação tributária, a consulta fiscal não apenas contribui para a conformidade tributária, mas também promove um relacionamento de confiança e cooperação entre o fisco e os contribuintes.

A eficácia da consulta fiscal vai além da resolução de questões pontuais, sendo reconhecida como um elemento essencial na garantia da segurança jurídica e na redução da litigiosidade no campo tributário. A sua importância é respaldada por organismos internacionais e reflete a maturidade dos sistemas tributários. Assim, é evidente que a consulta fiscal desempenha um papel central na construção de um ambiente tributário mais transparente, justo e eficiente. Investir na melhoria e no fortalecimento desse instrumento é fundamental para promover a conformidade

fiscal, fomentar o desenvolvimento econômico e garantir a equidade no sistema tributário.

Conclui-se, num primeiro momento, que a Consulta Fiscal emerge como uma ferramenta eficaz para promover a harmonia entre o Fisco e os Contribuintes, desde que seja utilizada de maneira estratégica.

Em relação a um segundo momento do artigo, em que se analisa e tece breves comentários sobre a SC 02/2024, resta evidenciada um primeiro nível de complexidade, qual seja, a intersecção entre a legislação tributária e civil, de sorte a suscitar questões sobre a adequação das soluções propostas pela Receita Federal do Brasil em relação aos princípios do Código Civil. Ainda, destaca-se a importância de considerar a capacidade contributiva como critério constitucional na tributação, o que sugere a necessidade de adotar conceitos contábeis ao Direito Tributário, especialmente para pessoas jurídicas. No entanto, é ressaltado que a lógica contábil das pessoas jurídicas não pode ser simplesmente transplantada para o regime jurídico das pessoas físicas.

Observa-se que a escolha deliberada de fixar o preço em moeda estrangeira, sem considerar a variação cambial, pode ter implicações jurídicas e tributárias significativas. A aplicação dos regimes jurídicos adequados e a consideração dos princípios contábeis são essenciais para compreender as consequências legais e fiscais dessas transações.

Logo, a questão da tributação sobre a variação cambial em transações comerciais requer uma análise cuidadosa e uma abordagem que leve em consideração tanto os aspectos legais quanto os contábeis, visando garantir uma tributação justa e equitativa, em conformidade com os princípios constitucionais e as normativas vigentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9580.htm. Acesso em: 10 março 2024.

DE OLIVEIRA. Ricardo Mariz. Entre Contratos e Receitas, as Obrigações de Desempenho. In: **Controvérsias Jurídico-Contábeis**. São Paulo: FIECAFI/IBDT/GEN/Atlas, 2019.

GOMES MOREIRA, Clara. Proteção da Confiança e Direito Tributário. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n. 40, p. 102–129, 2021. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/564>. Acesso em: 9 mar. 2024.

GOMES, Orlando. **Contratos**. São Paulo: Grupo GEN, 2022. *E-book*. ISBN 9786559645640. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645640/>. Acesso em: 13 mar. 2024.

INTERNATIONAL BUREAU OF FISCAL DOCUMENTATION. Observatory on the Protection of Taxpayers' Rights - **2015-2017 General Report on the Protection of Taxpayers' Rights**. 2018. Disponível em: <https://www.ibfd.org/sites/default/files/2022-05/OPTR%202017%20General%20Report.pdf>. Acesso em 14 mar. 2024.

LANDI, Roberta Bordini Prado. **Medidas alternativas de diminuição do contencioso fiscal**: inspiração no Direito Internacional. 2020. 185 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo.

MINATEL, José. Antônio. Bonificações e Descontos Obtidos nas Compras: Qualificação Jurídica Impede a Incidência de PIS/COFINS. **O Direito Tributário Entre a Forma e o Conteúdo** - XI Congresso Nacional de Estudos Tributários do IBET. 01ed.São Paulo: Noeses, 2014, v. 01, p. 529-573. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2014/12/Jos%C3%A9-Antonio-Minatel-2.pdf>. Acesso em 13 mar. 2024.

NASCIMENTO, Luniza Carvalho. A Normatização do Conceito Contábil de Receita no Direito Tributário. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n. 44, p. 321–357, 2020. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/658>. Acesso em: 17 mar. 2024.

PIMENTA, Bruno Rezende; SCABORA, Filipe Casellato. Conformidade Fiscal e Moral Tributária: uma Via de Mão Dupla?. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n. 53, p. 100–119, 2023. DOI: 10.46801/2595-6280.53.4.2023.2307. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/2307>. Acesso em: 9 mar. 2024.

POLIZELLI, Victor Borges. **O princípio da realização da renda e sua aplicação no imposto de renda de pessoas jurídicas**. 2009. 259 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL A. **Perguntas e Respostas 2023** - Imposto sobre a Renda da Pessoa Física. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/perguntas-e-respostas/dirpf/pr-irpf-2023/view>. Acesso em 16 de março de 2024.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL B. **Instrução Normativa RFB nº 2180, de 11 de março de 2024** Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=136603#25052>. Acesso em 16 de março de 2024.

SCHOUERI, L. E.. Algumas Reflexões sobre a Consulta em Matéria Fiscal. **Revista dos Tribunais** - Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, São Paulo, v. 3, n.10, p. 119-140, 1995.

SAMAHA, Stephanie. **Consulta fiscal na prevenção de conflitos entre fisco e contribuinte**. 2019. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo.

VASCONCELOS, Manuel Erivelto. A Contribuição do Instituto da Consulta Fiscal como ferramenta de planejamento tributário. **Empreendedorismo, Gestão e Negócios**, v. 10, n. 10, Mar. 2021, p. 391-410.

O DIREITO ADMINISTRATIVO: passado, contemporaneidade e experiência brasileira¹

ADMINISTRATIVE LAW: past, contemporary times and Brazilian experience

Isaac Maynard Carvalho Moyses Souza²

Recebido/Received: 21.02.2024/Feb 21th, 2024

Aprovado/Approved: 22.04.2024/Apr 22th, 2024

RESUMO: O Direito administrativo, apesar de poder ser considerado um advento de surgimento relativamente novo em comparação com outros ramos do Direito, apresentou, em seu curso histórico, mudanças consideráveis. O que motiva esse artigo é justamente a necessidade de compreensão dessas mudanças e uma indispensável análise sobre o desenvolvimento desse ramo do Direito. A partir da técnica da revisão bibliográfica, o artigo apresenta três momentos em seu curso metodológico: um primeiro com objetivo de delinear temas como surgimento, objeto e método do Direito administrativo, o segundo com vista a analisar o conceito de interesse público para que, em um terceiro momento, um panorama mais atual do Direito Administrativo seja delineado, com foco na experiência brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: direito administrativo; história do direito administrativo; interesse público; direito público; direito administrativo brasileiro.

ABSTRACT: Although administrative law can be considered a relatively new development compared to other branches of law, it has undergone considerable changes in its history. This article is motivated precisely by the need to understand these changes and to analyse the development of this branch of law. Using the technique of a bibliographical review, the article presents three moments in its methodological course: the first with the aim of outlining themes such as the emergence, object and method of Administrative Law, the second with a view to analysing the concept of public interest so that, in a third moment, a more current panorama of Administrative Law is outlined, with a focus on the Brazilian experience.

KEYWORDS: administrative law; history of administrative law; public interest; history of law; public right; brazilian administrative law.

INTRODUÇÃO

Apesar de não contar com uma tradição cronologicamente extensa e com institutos próprios que ultrapassam milênios, como no caso do Direito Civil, o Direito

¹ Agradecimentos a FAPEMIG pelo incentivo à pesquisa.

² Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Direito e Processo Penal. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). Advogado e Professor. E-mail: isaacmaynard@gmail.com. Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/1750265658762327>.

Administrativo se apresenta como um ramo do Direito de necessária reflexão, até pela sua ligação com ideais como separação e independência de poderes, conteúdos caros para os Estados Democráticos de Direito.

Com uma história – ainda que com pouco mais de 200 anos – marcada por debates teóricos e escolas que se contrapunham, refletir sobre o desenvolvimento do Direito Administrativo, tendo a experiência brasileira como pano de fundo, põe-se como tarefa proveitosa para quem quer entender o passado, presente e os traços futuros desse ramo do Direito.

No artigo que aqui se propõe, no que concerne ao aspecto metodológico, tendo em vista a necessidade de compreensão do desenvolvimento do Direito Administrativo, no primeiro capítulo, temas como surgimento, origem, método, escolas e objeto são tratados, observando também as primeiras manifestações jurídico administrativistas na experiência brasileira; no segundo capítulo o interesse público é foco de atenção; no terceiro capítulo as tendências contemporâneas do Direito Administrativo são objeto de análise, obviamente com o foco direcionado para a experiência brasileira.

1 O SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: ORIGEM, OBJETO E MÉTODO

Ainda que possa parecer arriscado apontar um marco temporal exato para o surgimento do Direito Administrativo, no que se refere a sua origem, Odete Medauar dá a entender que é recorrente na doutrina italiana, francesa e na brasileira a atribuição do nascimento formal do Direito Administrativo à lei do 28 de *pluviose* do ano VIII (1800), na França. Essa, lei, ainda conforme Medauar, deu a França, pela primeira vez uma administração juridicamente garantida e externamente obrigatória (MEDAUAR, 2021, p. 123).

Por óbvio, uma lei – sem um amparo histórico social – não seria capaz de criar um ramo do Direito, por isso é importante entender que o contexto histórico do início do século XIX e o espectro intelectual da época tiveram influência nesse eclodir (MEDAUAR, 2018, p. 30):

Evidente que o direito administrativo não se formaria, de imediato, só pela edição de uma lei. Outros fatores deram também sua contribuição. As concepções político-institucionais que afloravam, nessa época, propiciavam o surgimento de normas norteadoras do exercício dos poderes estatais, pois tinham clara conotação de limitação e controle do poder e de garantia dos

direitos individuais. Assim, as ideias relativas ao Estado de direito que emergiam nas primeiras décadas do século XIX tornaram-se fator propício para a formação do direito administrativo. O mesmo se pode dizer quanto à teoria da separação de poderes: a atribuição da função executiva a um específico setor estatal facilitou a formação de um direito da Administração, com individualidade própria.

As concepções político institucionais e jurídicas relativas ao Estado de Direito, a necessidade de independência e separação dos poderes, o fantasma do *ancien régime* na França, a necessidade de criação de um setor específico da potestade estatal voltado para a função executiva e com uma organização estabelecida foram decisivos para a formação do Direito Administrativo. É importante ter em conta toda essa historicidade dos momentos anteriores e das influências que culminaram num horizonte de recepção propício para o brotar do Direito administrativo: *nada surge do nada*.

Quanto a uma possível origem acadêmica do Direito Administrativo, em outras palavras, no que se refere ao surgimento do ramo do Direito como uma disciplina de grade curricular, cabe apontar que, também conforme Medauar, em Milão, na Itália, surge a primeira cadeira de Direito Administrativo no ano de 1814. Porém, em 1818, a Áustria (e aqui é importante lembrar que durante o início do século XIX, mais especificamente durante toda a primeira metade, a Itália ainda não existia como país, estando, grande parte de seu território então dividido, sobre o Domínio da Áustria) extinguiu a cadeira sob a consideração de que ela representaria um foco do liberalismo (MEDAUAR, 2021, p. 123).

Cabe dizer que as primeiras obras de maior relevância dedicadas especificamente ao Direito Administrativo surgiram na França, berço de seu nascimento. Pode-se apontar que três autores foram pioneiros na doutrina: Macarel (1818), De Gerando (1830) e Cormenin (1822). Apesar da Itália ser pioneira no surgimento de uma cátedra de Direito Administrativo em grade curricular, logo surgirá em 1819 a cátedra de Direito Público e Administrativo na cidade de Paris, na França (MEDAUAR, 2021, p. 123). É importante salientar que, apesar dessas obras, desde antes das mesmas começaram a surgir escritos com foco no Direito Administrativo (Medauar, 2018, p. 30).

A recepção do Direito Administrativo por Portugal e Espanha também ocorreu, tanto que – ao que se induz - isso culminou na influência da própria cultura jurídica brasileira. Naquele período, é importante que se rememore que o Brasil ainda não havia alcançado uma total independência em termos de marcos culturais político

jurídicos (não se pode esquecer que o próprio Dom Pedro I, protagonista na dita independência do Brasil, era um príncipe português e que leis portuguesas, como as *ordenações filipinas*, foram parâmetro para o Direito brasileiro até o século XX).

No que concerne – então – ao Brasil, irá ensinar Odete Medauar (2021, p. 124):

No Brasil o ponto de partida situa-se na criação de cátedra específica na Faculdade de Direito de São Paulo e na de Recife, em 1851, talvez por influência das cátedras já criadas na França e na Itália; e pela repercussão no Brasil das várias obras sobre a matéria publicadas na Europa.³ Em 1857 vem à luz a primeira obra brasileira de Direito Administrativo, da autoria de Vicente Pereira do Rego, que em 1856 passou a reger a cátedra no Recife: *Elementos de direito administrativo brasileiro*, de influência francesa. Em 1859 surge a obra de Veiga Cabral: *Direito administrativo brasileiro*, também sob inspiração francesa.

Como se percebe, florescerá a primeira obra da história da cultura jurídica brasileira sobre Direito Administrativo de autoria de Vicente Pereira do Rego no ano de 1857, denominada *Elementos de Direito Administrativo*. Já em 1859 surge outra obra dedicada ao Direito Administrativo, de autoria de Veiga Cabral: *Direito Administrativo Brasileiro*. Em 1851, antes mesmo da publicação das obras citadas, já se tinham cadeiras de Direito Administrativo nas duas Faculdades de Direito mais tradicionais do século XIX no Brasil, a do Recife e a de São Paulo.

Cabe mencionar aqui que, a lareira da tradição Francesa que envolve países centrais (dentre outros) da Europa, outra tradição, vinculada ao Direito Inglês (portanto, influenciada pelo *common law*) também desenvolveu paulatinamente uma manifestação jurídica específica diferente daquela, mas que, ao menos atualmente, pode ser considerada também como Direito Administrativo (MEDAUAR, 2018, p. 31):

A esse direito administrativo, que se originou, se sistematizou e se expandiu na Europa continental, costuma-se contrapor o chamado “sistema do *common law*”, vigente nos Estados Unidos e países da comunidade britânica. Nesse sistema, os preceitos norteadores da atividade da Administração Pública seriam os mesmos que regem as atividades de particulares, inexistindo, portanto, direito específico para aquela atuação. Por exemplo: as normas sobre servidores públicos, nesse sistema, seriam as mesmas que incidem sobre o vínculo empregatício no setor privado. Grande polémica despertou a afirmação do inglês Dicey, em livro de 1885, de que na Inglaterra não havia direito administrativo porque eram as mesmas as normas para a atividade de funcionários e particulares e a mesma jurisdição; a diferenciação de normas contrariava o *rule of law* (equivalente na Inglaterra ao Estado de direito). Daí se dizer, durante muito tempo, que não havia direito administrativo nesses países, pois aí vigorava o *common law*. Independentemente de se concordar ou discordar da afirmação de Dicey, deve-se observar que houve evolução tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos. Surgiram obras em cujos títulos há a expressão *administrative law*; menciona-se um *public law*; editam-se preceitos semelhantes ao direito administrativo de base europeia. A consulta a obras atuais sobre *administrative law*, tanto inglesas como norte-

americanas, permite verificar a existência de direito administrativo nesses países, com características próprias e semelhanças ao europeu. Ambos, inglês e norte-americano, apresentam predomínio do aspecto processual, pelo peso conferido ao modo de tomada das decisões administrativas e pela importância dada ao controle da Administração pelo Judiciário; em ambos dificilmente se pode afirmar a identidade total do direito aplicável às atividades privadas e à atividade administrativa.

Quanto a determinação do objeto exato do Direito Administrativo, é preciso que se compreenda que não há um objeto imutável e acabado, até pelo fato de que o objeto do Direito Administrativo e seu conteúdo variaram no decorrer do processo histórico de desenvolvimento do Estado (ou seja, do Estado pós revolucionário)¹.

Maria Sylvia Zanela Di Pietro aponta que as duas diferentes tradições: o sistema *européu-continental* e o sistema *anglo-americano*, trataram de modo diferente a questão. No primeiro caso, há uma abrangência maior do objeto do Direito Administrativo, sendo que ele regula e rege as relações jurídicas que nascem da ação da Administração: a essa tradição se ligam países como Alemanha Ocidental, França (origem do modelo), Itália e os países da América Latina, como o Brasil. A esse modelo se dá o nome de Direito Administrativo Descritivo (DI PIETRO, 2018, p. 134):

O Direito Administrativo tem amplitude muito maior, abrangendo o que Rivero (1984:32) chama de Direito Administrativo descritivo, que se preocupa em delimitar o estatuto dos órgãos públicos administrativos do Estado e das coletividades locais, a estrutura dos serviços públicos e os mecanismos dos procedimentos referentes a certas atividades (sua fonte é a lei e o regulamento) é o Direito Administrativo que rege as relações jurídicas que nascem da ação da Administração, fixa suas prerrogativas e obrigações, rege as garantias outorgadas aos particulares contra o arbítrio (sua fonte, na França, é a jurisprudência)

No segundo caso há uma diferença, pois a parte das relações que integram o que se chamou de Direito Administrativo descritivo fazem parte da ciência da administração e grande parte das relações jurídicas são reguladas pelo direito comum (DI PIETRO, 2018, p. 135).

No caso do Direito Administrativo brasileiro, que recebe no horizonte de chegada o modelo *européu-continental*, há uma série de objetos que, na atualidade podem ser tidos como objetos do Direito Administrativo (DI PIETRO, 2020, p. 134-135). Porém, não se pode cometer o erro de achar que esse é um ponto peremptório

¹ Parece haver uma relação entre o próprio desenvolvimento do Estado de Direito e do Direito Administrativo (e não só do Direito Administrativo). Nesse sentido, percebe-se que o surgimento do Estado de Direito se dá no século XIX, ou com Welcker, já que como se desprende de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 2) a expressão *Rechtstaat* surge ali, ou mesmo com Von Mohl em 1832, em sua obra sobre a Ciência Política baseada no Estado de Direito (*Die Polizeiwissenschaft den Grundsätzen des Rechtsstaates*), como acreditava Saldanha (1976, p. 40).

ou uma questão acabada, até porque novas demandas sociais que modelam e dão azo a modificações do próprio modelo de Estado exigem constante formação e conformação do Direito Administrativo, tanto que, como cita Odete Medauar, referenciando o jurista italiano Cassese, o Direito Administrativo hoje tem se tornado não mais Direito do Estado, mas um Direito da Sociedade (MEDAUAR, 2021, p. 127). Ainda assim, vale citar os objetos que a Maria Sylvia aponta como objetos do Direito Administrativo (DI PIETRO, 2020, p. 137-138):

No direito brasileiro, constituem objeto do Direito Administrativo, sendo por ele regulado e estudado nos livros de doutrina, os seguintes temas: Administração Pública, em sentido subjetivo, para abranger as pessoas físicas e jurídicas, públicas e privadas, que exercem a função administrativa do Estado; aí entram os órgãos administrativos que integram a Administração Direta, as entidades da Administração Indireta, os agentes públicos; Administração Pública em sentido objetivo, ou seja, as funções administrativas do Estado, a saber, serviço público, polícia administrativa, fomento, intervenção e regulação; as entidades paraestatais (como os serviços sociais autônomos) e as entidades do chamado “terceiro setor”, como as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPs, as organizações da sociedade civil, as entidades filantrópicas, as declaradas de utilidade pública e outras modalidades com as quais a Administração Pública tenha algum tipo de vínculo; o regime jurídico administrativo, abrangendo as *prerrogativas*, privilégios e poderes da Administração (a chamada *puissance publique* dos franceses), necessários para a consecução do interesse público, bem como as *restrições* necessárias à garantia dos direitos individuais, em especial as representadas pelos princípios da Administração Pública; os vários desdobramentos do poder de polícia e do princípio da função social da propriedade, incidentes sobre a propriedade privada, como as diversas formas de intervenção do Estado na propriedade privada (limitações administrativas, tombamento, desapropriação, requisição, servidão administrativa, dentre outras); a discricionariedade administrativa, especialmente sob o aspecto dos limites de sua apreciação pelo Poder Judiciário; os meios de atuação da Administração Pública, abrangendo os atos e contratos administrativos, inclusive o processo da licitação; aí se incluem as várias modalidades de acordos de vontade firmados pela Administração Pública, como as diferentes formas de concessão (de serviço público, de obra pública, de uso de bem público, patrocinadas e administrativas, estas duas últimas como espécies de parcerias público-privadas), os convênios, os termos de parceria, os contratos de gestão e outros instrumentos congêneres; os bens públicos das várias modalidades e respectivo regime jurídico, inclusive quanto às formas de sua utilização por particulares; o processo administrativo e respectivos princípios informadores; a responsabilidade civil do Estado; a responsabilidade das pessoas jurídicas que causam danos à Administração Pública; o controle da Administração Pública, nas modalidades de controle administrativo, legislativo e jurisdicional; a improbidade administrativa.

A observação que se pode fazer é que Maria Sylvia elenca os objetos do Direito Administrativo com base no que é encontrado na doutrina brasileira, ela não usa, ao que parece, um critério teórico específico, mas um critério mais próximo de uma catalogação.

Singular é notar que Odete Medauar fala em um *núcleo essencial do Direito Administrativo*, o qual contaria com temas como autoridade do Estado, personalidade jurídica do Estado, interesse legítimo, etc. (MEDAUAR, 2003, p. 39).

Na atualidade, temas como o papel do Direito Administrativo na concretização dos direitos sociais e das políticas públicas ganham força (DI PIETRO, 2020, p. 138), o que demonstra a dinamicidade do “objeto” do Direito Administrativo em consonância com a dinamicidade das exigências sociais.

Outro ponto digno de nota para se compreender o desenvolvimento do Direito Administrativo é o tema do método.

Quando se fala de método no Direito Administrativo, deve-se pensar na trilha que se segue no estudo da matéria. Método, até etimologicamente, como salienta Gadamer no segundo tomo de Verdade e Método (GADAMER, 2002, p. 61), é caminho de seguimento.

Maria Sylvia elenca 4 métodos ou critérios de estudo do Direito Administrativo: a) escola legalista, exegética, empírica ou caótica; b) critério do estudo do Direito Administrativo jurisprudencial; c) critério do Direito Administrativo e Ciência da Administração; d) Critério técnico-científico de estudo do Direito Administrativo (DI PIETRO, 2020, p. 140-145).

Pertinente é perceber que esses métodos estão atrelados a movimentos e necessidades que surgiram no decorrer da história do pensamento jurídico ocidental europeu (e que, por óbvio, em termos de horizonte de recepção, brasileiro).

O primeiro caminho de compreensão é o da escola legalista, exegética, empírica ou caótica. Nesse caso, os doutrinadores se limitavam a copiar as leis existentes e interpretá-las com base – principalmente – na jurisprudência dos Tribunais administrativos (DI PIETRO, 2020, p. 140). Percebe-se que essa escola acompanha o movimento do século XIX, iniciado no Direito Privado, a famosa escola da exegese (SOUZA, 2023, p. 147-149). Assim, a escola durou e conseguiu sustentar alguma posição pelo tempo em que o termo permitiu, sendo que, na medida em que as codificações não davam conta da realidade, a metodologia restou ineficiente. No Brasil, houve ecos dessa escola (DI PIETRO, 2020, p. 140):

Pertenciam à escola exegética, entre outros, o Barão De Gerando, Macarel, Foucart, De Courmenin, Dufour, Ducroq, Batbie, que influenciaram, no direito brasileiro do Império, o jurista Pimenta Bueno, para quem o Direito Administrativo limitava-se ao complexo de princípios práticos e de leis positivas de um povo.

A grande crítica era que o Direito administrativo não poderia se esgotar em leis e atos administrativos (DI PIETRO, 2020, p. 141).

A escola jurisprudencial, em continuidade a exegese, propunha um estudo do Direito Administrativo com base nos comentários de julgados (*arrêts*) do Conselho de Estado, órgão de cúpula da jurisdição administrativa francesa. No Brasil esse modelo teve praticamente nenhuma aplicação, existindo de forma mais nítida, ao que parece, na França (DI PIETRO, 2020, p. 142). Novamente, percebe-se uma postura reducionista (era o que permitia, talvez, o espírito do século).

A vertente do Direito Administrativo e Ciência da Administração nada mais era do que uma tentativa de ampliação do objeto de estudo do Direito Administrativo. Autores italianos, portugueses e espanhóis, como uma espécie de reação a escola da exegese no Direito Administrativo, procuraram fixar os princípios informativos dos institutos do Direito Administrativo, aliando-se isso ao estudo da ciência da Administração, “que envolve matéria de política administrativa e não matéria jurídica propriamente dita” (DI PIETRO, 2020, p. 142). Sobre essa escola, acrescenta-se que houve um momento, em especial pelos autores italianos, em que se separou as matérias de Direito Administrativo das matérias de Ciências da Administração, o que reduziu o objeto do Direito Administrativo (DI PIETRO, 2020, p. 143):

Posteriormente, graças à influência dos próprios doutrinadores italianos (Carlos Francesco Ferraris, Wautrain Cavagnari e Orlando) e dos alemães (Lorenz von Stein e Loening), separou-se a matéria relativa à Ciência da Administração. Isto se deu em decorrência do crescimento de seu objeto de estudo, pois, na segunda metade do século XIX, com a Revolução Industrial, o Estado teve que intervir na ordem social para solucionar os problemas econômicos gerados pelo Estado liberal. Sentiu-se a necessidade de separar essa atividade do Estado, de ingerência na ordem social, da sua atividade de natureza jurídica. Ficou para o Direito Administrativo a atividade jurídica do Estado, tendo por objeto a tutela do Direito, com exclusão das funções legislativa e jurisdicional e, para a Ciência da Administração, a atividade social, incluindo as várias formas de ingerência positiva e direta do Estado-poder nas áreas da saúde, educação, cultura, economia, previdência e assistência social (cf. Cretella Júnior, 1966, v. 1:182). Esta divisão justifica-se plenamente, uma vez que a matéria que constitui objeto da Ciência da Administração é aquela concernente à valoração da interferência do Estado na ordem econômica e social, abrangendo os aspectos da utilidade e oportunidade dessa atuação; enquanto o Direito Administrativo é complexo de normas e princípios jurídicos que regem a organização administrativa em seus vários aspectos, bem como as relações da Administração Pública com os particulares. Sob certo aspecto, o Direito Administrativo sofreu uma redução em seu objeto, porque toda a matéria concernente à política administrativa, envolvendo estudos sobre utilidade e conveniência de uma ou outra forma de atuação do Estado na ordem social, ficou confiada à Ciência da Administração, que não faz mais parte do currículo dos cursos jurídicos, integrando a Ciência Política.

Por fim, e, pode-se dizer, o método ou a escola que mais vigorou no Brasil e que representa na Europa um maior desenvolvimento científico e sofisticação do Direito Administrativo, é a escola técnico-científica do estudo do Direito Administrativo, veja (DI PIETRO, 2020, p. 144):

À medida que se reduziu o objeto do Direito Administrativo às matérias de natureza jurídica, a sua construção doutrinária passou a ser feita de forma muito mais sistemática e científica com a preocupação de definir os seus institutos específicos e princípios informativos. Na França, sem abandonar-se o apego à análise da jurisprudência do Conselho de Estado, os autores passaram a sistematizar a matéria de Direito Administrativo, como se observa pelas obras de Georges Vedel, Jean Rivero, André de Laubadère, dentre outros. Esse trabalho científico foi desenvolvido em grande parte com a contribuição dos juristas alemães, dentre os quais Carl Friedrich Gerber, G. Meyer, Sarwey, Loening e, principalmente, Otto Mayer, considerado o “verdadeiro pai do Direito Administrativo alemão” (cf. Retortillo, 1959:715). É verdade que esse autor foi influenciado pelo direito francês, tendo publicado, em 1886, o livro *Direito administrativo francês*, divulgando, na Alemanha, a legislação e a doutrina que a França adotava na época. Só que o seu trabalho foi sensivelmente enriquecido pelo cunho científico que lhe imprimiu, atribuindo ao Direito Administrativo instituições jurídicas próprias, diversas das pertinentes ao Direito Civil. A sistematização doutrinária do Direito Administrativo alemão, baseada em método técnico-jurídico, estava, dessa forma, afastada da orientação seguida pela escola legalista, que adotava o método exegético. Com a mesma orientação científica, citem-se, na Itália, Orlando, Errico Presutti, Oreste Ranelletti, Attilio Bruniatti, Federico Cammeo. Na França, Maurice Hauriou, Henri Berthélemy, Léon Duguit, Gaston Jèze e Roger Bonnard. No direito brasileiro, esse tem sido o método preferido pelos doutrinadores do Direito Administrativo, como se verifica pelas obras de Mário Masagão, Themístocles Brandão Cavalcanti, José Cretella Júnior, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello, dentre outros.

Como é perceptível, essa escola apresenta uma maior cientificidade e preocupação em delimitar os institutos e a zona de fronteira do Direito Administrativo.

1.1 As escolas

Um adendo importante para a compreensão do Direito Administrativo é referente a formação das escolas e os conceitos que essas escolas deram para a matéria do decorrer do tempo, bem como analisar os critérios que a doutrina aponta que existiram (e, pode-se dizer, existem ainda) para desnudar a essência da disciplina.

Nesse sentido, surgiram no decorrer do tempo diversas escolas e critérios que explicaram, cada qual a seu modo, o que era o Direito Administrativo. Desde a *puissance publique*, que se baseava na distinção entre atividades de autoridade e

atividades de gestão, até o critério mais atual, o da administração pública (que entende o Direito Administrativo como uma espécie de conjunto de princípios e regras que regem a Administração Pública), existiram outros movimentos, como a escola do serviço público, o critério do Poder Executivo (Direito Administrativo disciplinaria as atividades do Poder Executivo), o critério das relações jurídicas (o Direito administrativo seria o conjunto de normas que regeria a relação entre administração e administrado), o critério teleológico (O Direito Administrativo seria sistema dos princípios jurídicos que regulam a atividade do Estado para o cumprimento de seus fins), dentre outros.

2 O DESENVOLVIMENTO DA DISCUSSÃO EM RELAÇÃO AS CONCEPÇÕES DE INTERESSE PÚBLICO

A ideia da existência de um interesse público, superior, mais importante que o interesse unipessoal, individual, formado no fórum íntimo de um único indivíduo é cara ao Direito Administrativo e, ao longo do desenvolvimento desse ramo do Direito, foi e é motivo de intenso debate doutrinário.

Com foco na experiência brasileira, é possível perceber que o conceito de interesse público é por demais controverso ou, dito de outro modo, tem sido controverso propor um conceito definido e fincar limites terminológicos e conceituais para a noção de interesse público.

Há casos em que a própria lei dispõe o que será interesse público na situação fática em que ela irá incidir, como na Lei 8.745/93 que estabelecer, por exemplo, no artigo 2º, inciso IV, necessidade temporária de excepcional interesse público, veja:

Art. 1º Para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, os órgãos da Administração Federal direta, as autarquias e as fundações públicas poderão efetuar contratação de pessoal por tempo determinado, nas condições e prazos previstos nesta Lei. Art. 2º Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público: IV - admissão de professor substituto e professor visitante.

No caso acima, temos uma demarcação legal para a indicação do que é o interesse público, o que ajuda a atividade de interpretação a aplicação da norma jurídica para o intérprete e aplicador do Direito (e dificulta a proposição de sentidos aberrantes por parte de aplicadores voluntaristas ou que queiram, por motivos outros, dizer o que a norma jurídica apreendida do texto da lei não permite dizer).

Porém, nem sempre haverá um conceito legal para demarcar o interesse público, e aí o celeuma se instala. Por isso, é importante analisar algumas direções teóricas do debate sobre o que é (ou não é) o interesse público.

Há de se considerar a posição que divide o interesse público em sentido forte e fraco e em sentido amplo e estrito, veja (GABARDO; MOURA REZENDE, 2017, p. 281):

Interesse público possui uma estrutura dúplice: ora se dará “*em sentido amplo*, genérico, considerado como todo o interesse protegido pelo ordenamento jurídico”, ora “*em sentido estrito*, especial, que se estiver presente autoriza a Administração Pública a agir”. Classificação semelhante também adota Carlos Ari Sunfeld, biparticionando o interesse público a partir do seu “sentido forte” (previsto no ordenamento jurídico) e do seu “sentido fraco” (valores espalhados pelo ordenamento no geral).

Em relação ao sentido estrito, seria todo suposto interesse protegido pelo ordenamento jurídico, sendo em sentido estrito aquele interesse que, se presente, autoriza a atitude da Administração Pública (HACHEM, 2011, p. 160). Já no que se refere ao sentido forte e fraco, Carlos Ari Sunfeld irá apontar que o primeiro sentido estaria atrelado ao previsto no ordenamento jurídico e o segundo aos valores espalhados pelo ordenamento jurídico (SUNDFIELD, 2004, p. 31).

Percebe-se a dificuldade de se estabelecer um conteúdo preciso para o interesse público. Por isso, relevante é a discussão envolvendo Eros Roberto Grau e Bandeira de Mello. O debate todo se articula envolvendo a indeterminabilidade ou não do “conceito” de interesse público.

Para Eros Roberto Grau Não existem conceitos jurídicos indeterminados, as palavras que são indeterminadas, não os conceitos. Assim, o interesse público não é um conceito (pois conceito não é indeterminado), seria então uma “noção”, pois passível de “interpretação. A noção seria uma *ideia* historicamente alocada, de acordo com *condições sociais e valores* de quando é aplicada, por isso passível de interpretação (GRAU, 2005, p. 201-202).

De outra banda, Bandeira de Mello irá apontar que, na verdade, existe sim conceito indeterminado, pois, caso a palavra que gerasse a indeterminação, bastaria trocar a palavra que se resolveria o problema. Nesse ponto, defende ele a possibilidade de conceito jurídico indeterminado (MELLO, 2000, p. 20-21).

Para além de considerar essas posições, é preciso compreender duas tradições as quais dividem parte da doutrina brasileira que reflete sobre o tema e

que, a depender do lado, o interesse público seria visto a partir de perspectivas diversas (GABARDO; MOURA REZENDE, 2017, p. 272):

Além de Muñoz e Pennock, diversos outros autores, diante da “rebeldia” do conceito, vêm negar qualquer conteúdo definível *a priori*, seja para desmerecer o seu caráter legitimador do agir da Administração – é o caso de Daniel Sarmiento, Gustavo Binenbojm, Humberto Ávila, Paulo Schier, Marçal Justen Filho, dentre outros–; seja para exaltar a própria “indeterminabilidade” como qualidade positiva ao conceito, pois “fornece a flexibilidade necessária para a identificação, a partir dos princípios incidentes no sistema jurídico, das melhores respostas no caso concreto”¹⁹ – como nos casos de Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvania Zanella Di Pietro, Romeu Felipe Bacellar Filho, Daniel Wunder Hachem, Eduardo García de Enterría, Luís de la Morena y de la Morena e Fernando Sáinz Moreno.

Ainda assim, é possível perceber posições que estabelecem uma possibilidade de zona de certeza e uma zona de incerteza, sendo que a primeira seria o núcleo e a segunda o halo. A primeira zona seria a determinável já a segunda à indeterminável (RIBEIRO, 2010, p. 109; GABARDO; MOURA REZENDE, 2017, p. 280):

Nesse sentido, então, pode-se observar que o conceito indeterminado, como de interesse público, composto pelos núcleo e halo, oferece três “zonas” em relação à sua significação: a primeira seria a zona de certeza positiva, na qual não há dúvidas de que algo é de interesse público; a segunda uma zona de certeza negativa, que é a negação das duas outras, consagrando-se como situações em que certamente não se está a falar de qualquer coisa que minimamente se refira ao conceito; e, finalmente, uma zona de incerteza, onde é impreciso afirmar aprioristicamente a existência ou inexistência de interesse público, pois se faz necessário um exercício interpretativo.

Como se depreende, há um debate intenso e em constante construção no que se refere ao conteúdo, conceito, delimitação, etc., em relação ao interesse público. É importante essa compreensão para o entendimento do processo de desenvolvimento do Direito Administrativo.

3 TRANSFORMAÇÕES E TENDÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO (A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA)

Para falar deste tópico, primeiro é importante compreender a ambivalência a qual o referido ramo do Direito está relacionado desde o seu surgimento: direitos individuais e autoridade do Estado. Os dois pilares do próprio surgimento do Direito Administrativo mostram essa ambivalência: proteção a direitos individuais e necessidade de satisfação do interesse público (DI PIETRO, 2016, p. 6).

As causas de evolução do Direito Administrativo estarão dentro dessa dupla constante.

Do ponto de vista didático, é possível condensar as transformações do Direito Administrativo em quatro expressões: constitucionalização, humanização, privatização, democratização (DI PIETRO, 2016, p. 5).

A constitucionalização do Direito é um movimento que – ao que aqui se quer dizer – ocorreu em especial a partir da metade do século XX e teve o fito de tornar a constituição o centro do ordenamento jurídico, garantindo nela direitos fundamentais. Por óbvio, o constitucionalismo é um movimento amis antigo, com raízes no século XVIII, mas no século XX há esse movimento específico que pode ser compreendido através da ideia de que a constituição irradiaria seus valores para todo o Direito.

São tendências desse movimento: inserção do artigo 37 da CF e a sua influência na administração pública (DI PIETRO, 2016, p. 11); constitucionalização transformação – irradiação dos efeitos, do conteúdo material e axiológico da constituição pelo sistema jurídico (SILVA, 2007, p. 48-49); A limitação da discricionariedade do administrador não só a lei, mas a constituição (DI PIETRO, 2016, p. 13); A constitucionalização e o advento do controle judiciário (DI PIETRO, 2016, p. 14).

A humanização é uma decorrência da constitucionalização, são possíveis traços característicos: valorização dos direitos fundamentais a partir da dignidade da pessoa humana; parte da doutrina começa a rejeita as prerrogativas da administração pública e a colocar em xeque o princípio da supremacia do interesse público, bem como ocorre a chamada judicialização das políticas públicas, especialmente em relação aos direitos sociais (DI PIETRO, 2016, p. 17); a substituição da supremacia do interesse público pela supremacia dos direitos fundamentais: consenso e crítica da autora (DI PIETRO, 2016, p. 17); a compreensão da adm. Pública como instrumento de concretização de direitos humanos e fundamentais.

Sobre a privatização, aqui há a chamada fuga do Direito Público para o Privado. É importante que desde o nascimento, o Direito Administrativo sempre teve uma certa ponte com a tradição e institutos do Direito Privado (DI PIETRO, 2016, p. 24-25). Uma possível compreensão da privatização é a possibilidade do relaxamento do regime de Direito Público em determinados contratos nos quais a administração figura como parte, bem como a figura da parceria público privada.

No que concerne a democratização, é movimento atrelado a conferir maior participação do cidadão e da sociedade na gestão e controle da Administração Pública.

Tratar aqui da maior abertura para participação do cidadão e da sociedade na gestão e controle da administração pública, facilitando a preservação da legalidade e lisura dos procedimentos. Essa democratização se apresenta como uma forte tendência contemporânea do Direito Administrativo.

Possivelmente vinculada a essa tendência de democratização, aparece a ideia de administração dialógica (LIMMA, 2013), que apregoa a necessidade, em suma, de abertura do diálogo com os administrados, permitindo que eles colaborem para o aperfeiçoamento e a legitimação da atividade administrativa. Essa concepção se opõe e se distancia do modelo de administração monológica, no qual os particulares não tem oportunidade de interferir preventivamente, nem colaborar para a realização da atividade administrativa. A administração dialógica transparece maior legitimidade para o exercício da atividade administrativa.

CONCLUSÕES¹

É perceptível que a reflexão sobre as origens e o desenvolvimento do Direito Administrativo é relevante para a compreensão dos caminhos trilhados no desenvolvimento da matéria. Compreender – ainda que dentro dos limites sucintos de um artigo – como se deu o surgimento, as concepções históricas de método, as discussões em torno do objeto e do sentido e conteúdo do interesse público, a menção as escolas são relevantes para melhor entender a disciplina atualmente.

As transformações e tendências hodiernas do referido ramo do Direito são consequência da tradição que o formou, aliada as transformações sociais que – paulatinamente – sempre exigem um movimento de adaptação do Direito na busca de regular as relações sociais e compreender as necessidades presentes e futuras.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

¹ Agradecimentos a FAPEMIG pelo incentivo à pesquisa.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. ed. 33. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GABARDO, Emerson; DE MOURA REZENDE, Maurício Corrêa. *O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, 2017.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índices*. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 61.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HACHEM, Daniel Wunder. *A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, a. 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011a.

LIMMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração Pública Dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEDAUAR, Odete. Transformações do Direito Administrativo. In: *Cadernos Jurídicos – Direito Administrativo*. São Paulo: EPM, 2021.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e o constitucionalismo*. São Paulo: Buchatsky 1976.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 47-48.

SOUZA, Isaac Maynard C. M. *Método e interpretação do Direito: uma análise a partir da hermenêutica filosófica*. Belo Horizonte: Expert Editora, 2023.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Interesse público em sentido mínimo e em sentido forte: o problema da vigilância epidemiológica frente aos direitos constitucionais*. Interesse Público, Porto Alegre, v.6, n. 28, p. 29-42, 2004.

REGIME LEGAL DE BENS NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL: ajustamento histórico e afastamento do etarismo como causa de discriminen

LEGAL REGIME OF ASSETS IN MARRIAGE AND IN STABLE UNION: historical adjustment and removal of ethrism as cause of discrimination

Paulo Henrique Arruda¹

Recebido/Received: 16.02.2024/Feb 16th, 2024

Aprovado/Approved: 24.05.2024/May 24th, 2024

RESUMO: Desde o Código Civil revogado de 1916, muito se discutia a respeito da previsão constante de seu artigo 258, inciso I, onde se estabelecia ser obrigatório o regime da separação de bens no casamento do homem maior de sessenta anos e da mulher, maior de cinquenta anos. Com o advento do Código Civil de 2002, repetiu-se tal previsão, desta vez equiparando homem e mulher quanto à faixa etária e estabelecendo a idade de sessenta anos para a obrigatoriedade de tal regime. Posteriormente, no ano de 2010, sobreveio a Lei nº 12.344, que alterou a idade para setenta anos. Nada obstante, tal previsão continuava sendo objeto de crítica, em especial, por estabelecer uma presunção de incapacidade ficta, violando, como diziam seus críticos, a Constituição Federal, por ser discriminatória, além de violar o princípio da liberdade e o da dignidade da pessoa humana. De outro giro, ao sustentarem a higidez de tal previsão, diziam seus defensores que tal regra colimava a proteção ao direito de propriedade e à herança, diante de situações de vulnerabilidade. Diante de tal quadro, foi julgado pelo STF o Tema nº 1236, *Leading Case*: ARE 1309642, sendo estabelecida a tese: “*Nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no art. 1.641, II, do Código Civil, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública*”. Diante desse quadro, utilizando-se do método dialético e valendo-se de referenciais teóricos, legislação, pesquisa bibliográfica e recursos, objetiva-se trazer um panorama histórico e sua evolução jurisprudencial a respeito do tema, uma leitura e uma releitura do sistema jurídico após a decisão da Corte Suprema, suas consequências e os impactos dela decorrentes no ordenamento jurídico, bem como apresentar possíveis soluções e interpretações para recategorização de determinados institutos.

PALAVRAS-CHAVE: casamento; regime de bens; etarismo; maior de 70 anos; dignidade da pessoa humana.

¹ Mestrando em Direito pelo Centro Universitário FIEO (UNIFIEO). Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Especialista em Direito Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especializações em Advocacia da Fazenda Pública e em Direito Processual do Trabalho Aplicado pela Faculdade Legale. Bacharel em Direito pela Universidade Paulista (UNIP). Assistente Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0770898295760691>. E-mail: phapaulada@hotmail.com

ABSTRACT: Since the revoked Civil Code of 1916, there has been much discussion regarding the provision contained in its article 258, section I, which established that the regime of separation of property in the marriage of a man over sixty years of age and a woman over fifty years of age was mandatory. With the advent of the Civil Code of 2002, this prediction was repeated, this time equating men and women in terms of age and establishing the age of sixty years for the obligation of such a regime. Later, in 2010, Law No. 12,344 came into effect, which changed the age to seventy years. However, this prediction continued to be subject to criticism, in particular, for establishing a presumption of fictitious incapacity, violating, as its critics said, the Federal Constitution, for being discriminatory, in addition to violating the principle of freedom and dignity of the person. human. On the other hand, when supporting the soundness of such a prediction, its defenders said that such a rule collimated the protection of the right to property and inheritance, in situations of vulnerability. Given these facts, the STF ruled on Topic No. 1236, Leading Case: ARE 1309642, establishing the thesis: "In marriages and stable unions involving a person over 70 years of age, the separation of property regime provided for in art. 1,641, II, of the Civil Code, can be removed by express manifestation of the will of the parties, through a public deed". Thus, using the dialectical method, theoretical references, legislation, bibliographic research, and resources will be used. Thus, objectively provide a historical overview of the topic, a reading and re-reading of the legal system after the Supreme Court's decision, its consequences and the resulting impacts on the legal system, as well as presenting possible solutions and interpretations for recategorizing certain institutes.

KEYWORDS: marriage; property regime; ageism; over 70 years old; dignity of human person.

INTRODUÇÃO

O presente artigo colima trazer inicialmente, um panorama histórico a respeito do tema da separação de bens entre nubentes e conviventes no Brasil, sua disciplina legal, o entendimento doutrinário e as discussões jurisprudenciais, bem como as previsões em legislações internacionais.

Isto porque, como se observará, desde as Ordenações das Filipinas, nota-se no ordenamento jurídico pátrio meios de proteção de determinadas pessoas e seu patrimônio, com diversos critérios durante os séculos, como a viúvez, a qualidade da pessoa (escravo), a faixa etária, a dependência de autorização judicial para se casar, entre outros.

Destarte, adotando-se o método dialético, colima-se trazer um panorama doutrinário a respeito do tema, visando alcançar os objetivos da pesquisa, com análise de referências bibliográficas consolidadas, examinando suas posições, interpretações e críticas, e avaliar a questão de forma evolutiva no tempo, de modo a espelhar a visão da sociedade em diversos momentos da história.

Considerando tais premissas, o presente estudo se debruçará sobre do entendimento dos Tribunais a respeito da matéria, em uma perspectiva temporal, até culminarmos no julgamento pelo STF do Tema nº 1236, *Leading Case*: ARE 1309642, onde foi estabelecida a tese: “Nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no art. 1.641, II, do Código Civil, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública”.

Ocorre, contudo, que diante de tal julgamento, há uma problematização no tocante a categorização do instituto da separação legal. Isto porque, nos termos em que foi decidido, se pode, a partir do já estabelecido pelo ordenamento jurídico vigente e de forma incipiente observar consequências dela decorrentes no instituto da separação legal, já que não se pode falar em separação obrigatória *lato sensu*, como outrora era categorizado.

Assim, utilizando-se referenciais teóricos, legislação, pesquisa bibliográfica, e recursos, objetiva-se trazer um panorama histórico a respeito do tema, uma leitura e uma releitura do sistema jurídico após a decisão da Corte Suprema, suas consequências e os impactos dela decorrentes no ordenamento jurídico, bem como apresentar possíveis soluções e interpretações para recategorização de determinados institutos.

1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Em relação a evolução histórica, ao que se sabe, remonta a era peninsular pré-romana, onde, segundo Andreia Maria Oliveira da Silva Braz (2019, p. 18):

Em época anterior à dominação romana, a sociedade assentava sobre o tipo patriarcal puro, na qual o casamento realizava-se por meio de uma alienação solene do poder do pater. Assim, o pater recebia por parte do noivo, o preço do seu poder sobre a filha, o designado *pretium puella*. Com o casamento, o marido tomava a posição do pater, desempenhando sobre a mulher os mesmos poderes que desempenhava sobre os outros indivíduos que se encontravam sujeitos à sua autoridade. A mulher, com o casamento, era transferida para a nova família, na qual passava a ocupar a mesma posição que ocupava na sua família de origem. Neste sistema patriarcal a mulher estava desprovida de quaisquer bens; todos os bens pertenciam ao grupo familiar representado pelo *pater familias*.

Na era do direito romano, não se observa alterações significativa no regime jurídico, pois continuava-se, na mesma sistemática, onde a mulher era transferida

para a família do marido e se submetia ao seu poder, sendo que todos os seus bens se transfeririam para o patrimônio do marido.

Em Portugal, como pontua Braz (2019, p. 25) durante o período da reconquista e até à implementação do regime dotal por Justiniano, o regime matrimonial usado em Leão e Castela e em Portugal era designado pela expressão “*casamento por arras*”, principiando o que hoje se tem por noivado.

Em relação ao Brasil, a primeira regra que se pode observar surge nas Ordenações das Filipinas de 1603 (Livro IV, título 105), onde a mulher com mais de 50 anos que tivesse filho e se remaridasse, portanto, uma viúva que quisesse recasar, teria uma proibição de alhear mais do que dois terços de seus bens.

Há relatos ainda, sobre o casamento com escravos, onde um cativo ou uma cativa, caso se casasse com uma pessoa livre, o regime também não seria da comunhão universal.

Em 24 de janeiro de 1890, foi editado o Decreto nº 181, disciplinando o casamento civil, portanto, laico e estabelecendo que o casamento que era exclusivamente religioso passaria a ser civil, ordenado pela República. Assim, o casamento que era realizado exclusivamente pela igreja passaria ser laico, com celebração do casamento não por padre, mas por um representante do Estado.

Já em 1916, sobrevém o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, disciplinando de forma mais detida a matéria e prevendo em seu artigo 258, inciso I, ser obrigatório o regime da separação de bens no casamento do homem maior de sessenta anos e da mulher, maior de cinquenta anos.

Com o advento do Código Civil de 2002, repetiu-se tal previsão, desta vez equiparando homem e mulher quanto a faixa etária e estabelecendo a idade de sessenta anos, para a obrigatoriedade de tal regime.

Posteriormente, no ano de 2010, sobreveio a Lei nº 12.344, que alterou a idade para setenta anos, mantendo, contudo, a regra limitadora da autonomia privada.

Portanto, o que se observa, é que muitos dos Códigos do Ocidente trazem previsões de limitação da autonomia, por condições específicas da pessoa, não sendo uma novidade e, apesar das críticas centenárias, remanescem no tempo.

2 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

No tocante à evolução jurisprudencial, nos limitaremos aos precedentes dos tribunais superiores, com exceção de dois julgados, sempre citado pelos doutrinadores, em decorrência da eminência de seus relatores, e os quais trazemos sua ementa, pela relevância de seus argumentos.

O que se apurou inicialmente, foi que os questionamentos trazidos aos Tribunais, comumente diziam respeito, não à constitucionalidade da norma, mas, sim, à indagação da realidade e dos contornos fáticos, ou seja, se alguém que se casasse pelo regime da separação legal, em razão da idade, por interpretação do artigo do Código Civil, poderia se valer da comunicação dos aquestos.

Assim o que a jurisprudência fez, ainda na vigência do Código Civil de 1916, foi contornar a situação, para prever, por meio da Súmula nº 377, que “*No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento*”, logo deveria haver prova da aquisição dos bens durante o matrimônio.

Debruçando-se sobre os efeitos da referida sumula nº 377 do Supremo Tribunal Federal, as Turmas que compõem a Seção de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça assentaram que não se exigiria a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união.

Na verdade, para a evolução jurisprudencial e legal, já agora com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros. (STJ – 3ª T - REsp n. 736.627/PR – Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito – j. 11/4/2006, DJ de 1/8/2006).

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 655, que afirma ser aplicável: “*a união estável contraída por septuagenário o regime da separação obrigatória de bens, comunicando-se os adquiridos na constância, quando comprovado o esforço comum*”.

E a interpretação que se faz do “*esforço comum*” é aquela que mitiga análise estritamente financeira da contribuição de cada um dos cônjuges em ações desse jaez, cedendo espaço à demonstração da existência de vida em comum e comunhão de esforços para o êxito pessoal e profissional dos consortes, o que

evidentemente terá reflexos na formação do patrimônio do casal e assim deve ser analisado.

Nada obstante, em especial pela longevidade que passaram a alcançar os mais velhos, aumentando, em muito, a expectativa de vida, pulularam ações arguindo a inconstitucionalidade da norma prevista no art. 1.641, inc. II, do Código Civil.

A respeito da inconstitucionalidade, o Enunciado n. 125 da I Jornada de Direito Civil trouxe como proposta, já no ano de 2003, a revogação do comando, *verbis*:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes (qualquer que seja ela) é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, inscrito no pórtico da Carta Magna (art. 1.º, inc. III, da CF/1988). Isso porque introduz um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.

No mesmo sentido, observa-se dos precedentes abaixo relacionados:

DOAÇÃO. Contrato celebrado entre concubinos, que depois vieram a casar-se. Doador já sexagenário. Validez. Atos não ajustados em pacto antenupcial, nem condicionados à realização do casamento. Inocorrência de fraude à lei. Inaplicabilidade do art. 312, cc art. 258, § único, do Código Civil. É válida, embora feita por doador já sexagenário à companheira com que veio a casar-se ao depois, doação não ajustada em pacto antenupcial, nem condicionada doutro modo à realização do casamento. 2. **CASAMENTO.** Regime de bens. Separação legal obrigatória. Nubente sexagenário. Doação à consorte. Validez. Inaplicabilidade do art. 258, § único, II, do Código Civil, que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual. Norma jurídica incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da Constituição Federal em vigor. Improcedência da ação anulatória. Improvimento aos recursos. É válida toda doação feita ao outro pelo cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (substantive due process of law), já não vige a restrição constante do art. 258, § único, II, do Código Civil. (TJSP; Apelação Com Revisão 0075501-05.1996.8.26.0000; Relator (a): Antônio Cezar Peluso; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: N/A; Data de Registro: 28/08/1998).

ANULAÇÃO DE DOAÇÃO. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. Descabe a anulação de doação entre cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens, quando o casamento tenha sido precedido de união estável. Outrossim, o art. 312 do Código Civil de 1916 veda tão-somente as doações realizadas por pacto antenupcial. A restrição imposta no inciso II do art. 1641 do Código vigente, correspondente do inciso II do art. 258 do Código Civil de 1916, é inconstitucional, ante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade. Apelo, à unanimidade,

desprovido no mérito, e, por maioria, afastada a preliminar de incompetência, vencido o Em. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. (Apelação Cível, Nº 70004348769, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em: 27-08-2003)

Ademais, conforme leciona o professor Flavio Tartuce (2019, 223) *“Como tentativa de minimizar os efeitos dessa infeliz limitação, alguns julgadores consideram possível alterar o regime da separação obrigatória de bens do idoso, com base no art. 1.639, § 2.º, do CC/2002, havendo na tese da inconstitucionalidade do art. 1.641, inc. II, um justo motivo para a modificação das regras patrimoniais”*.

O Superior Tribunal de Justiça, ainda decidiu pelo afastamento da Súmula nº 377, por conversão dos nubentes:

[...] no casamento ou na união estável regidos pelo regime da separação obrigatória de bens, é possível que os nubentes/companheiros, em exercício da autonomia privada, estipulando o que melhor lhes aprouver em relação aos bens futuros, pactuem cláusula mais protetiva ao regime legal, com o afastamento da Súmula n. 377 do STF, impedindo a comunhão dos aquestos (STJ, REsp 1.922.347/PR, 4.ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 07.12.2021, DJe de 01.2.2022).

Assim foi que o Supremo Tribunal Federal, analisando uma ação originária de inventário em que se discute o regime de bens a ser aplicado a uma união estável iniciada quando um dos cônjuges já tinha mais de 70 anos, declarou constitucional o artigo e dando interpretação conforme à Constituição, estabeleceu a tese no sentido de que: *“Nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no art. 1.641, II, do Código Civil, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública”*.

3 ANÁLISE E CRÍTICA DOUTRINÁRIA

A doutrina civilista há muito estabeleceu que o regime da separação legal para os idosos, descansa num pressuposto extrajurídico de todo incompatível com a dignidade humana, em especial por conduzir a uma ficção jurídico-normativa, induzindo a falsa ideia de ser o septuagenário pessoa incapaz de definir suas relações patrimoniais.

Silvio Rodrigues já obtemperava que:

[...] tal restrição, a meu ver, é atentatória da liberdade individual. A tutela excessiva do Estado, sobre a pessoa maior e capaz, decerto é descabida e injustificável. Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há

inconveniente social de qualquer espécie em permitir que o sexagenário, ou uma quinquagenária ricos, se casem pelo regime da comunhão, se assim lhe aprouver” (RODRIGUES, 1987, p.176).

De igual modo, anunciavam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 325) *“o que notamos é uma violência escancarada ao princípio da isonomia, por conta do estabelecimento de uma velada forma de interdição parcial do idoso”*.

Para Tartuce (2019, p. 221) o preceptivo atacado contrasta fortemente com as tendências da realidade contemporânea e favorece a proteção individual. Consigna que em vez de ser uma medida de proteção, parece mais uma manifestação de preconceito. Além disso, o autor argumenta que a liberdade de escolha do cônjuge é um exercício legítimo da autonomia pessoal, mesmo para pessoas mais velhas. A alegação de proteção do patrimônio dos herdeiros também carece de fundamentos. Afinal, se desejam acumular riqueza, devem fazê-lo por meio de esforço próprio, pois herdar não é uma ocupação.

A professora Silmara Chinellato (2004, p. 290), traz que *“a plena capacidade mental deve ser aferida em cada caso concreto, não podendo a lei presumi-la, por mero capricho do legislador que simplesmente reproduziu razões de política legislativa fundadas no Brasil do início do século passado”*.

E, de fato, incabível e inconcebível, porquanto ainda que a lei tenha caráter eminentemente protecionista, mostra-se discriminatória. Ademais, em uma análise lógica-jurídica, como defender que um septuagenário não possa escolher o regime de bens de seu matrimônio, mas esteja autorizado a decidir em relação ao patrimônio de outros, *ex vi* como representante do estado, considerando que a aposentadoria compulsória por idade se dá até o limite de 75 anos, para determinados servidores públicos (art. 2º, parágrafo único, da Lei Complementar 152, de 3 de dezembro de 2015).

Logo, de se sopesar que tal norma estava ultrapassada, não espelhava mais a realidade e necessitava de uma adequação legislativa ou uma releitura jurisprudencial.

4 REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS: FAIXA ETÁRIA COMO FATOR DE LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA

Como é de conhecimento meridiano, o princípio da autonomia privada, contemporaneamente sucedeu o que outrora era denominado princípio da autonomia da vontade. E tal princípio decorre da liberdade e da dignidade humana, consagrados na Constituição Federal como direitos fundamentais.

Por tal razão, diz ser livre aos nubentes a escolha de seu regime de bens, nos termos do que disciplina o art. 1.639, *caput*, do CC/2002: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”.

Aliás, o princípio da autonomia privada tem tamanha força no ordenamento, que é possível aos nubentes estabelecerem um regime de casamento que não tipificado expressamente no *Codex*, criando um regime de bens atípico, que atenda a seus interesses, ou mesmo, que se realize uma combinação entre eles, estabelecendo um regime misto, desde que não infrinja normas de ordem pública.

Nesse sentido, inclusive, consagra o Enunciado n.º 331 do CJF/STJ, aprovado na IV Jornada de Direito Civil:

[...] o estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumpre certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação matrimonial.

De toda sorte, o princípio da autonomia privada permite ainda que, silente às partes, prevaleça o regime da comunhão parcial, que é o regime legal geral supletivo (art. 1.640, *caput*, do CC), com exceção daqueles maiores de 70 (setenta) anos, para quem se aplica outra regra supletiva, outrora prevista como separação obrigatória de bens.

Paralelamente e em comunhão, o art. 1.641 do Código Civil de 2002 impõe o “regime da separação legal” ou “obrigatória” de bens¹, para os maiores de 70 (setenta) anos.

¹ Aqui os regimes “da separação legal” e “obrigatória de bens” são tratados semanticamente como sinônimos, mas, em momento oportuno, será realizada a releitura dos termos, diante da decisão do STF.

E referido artigo, reproduz, em parte, o que era estabelecido no art. 258, do Código Civil de 1916, em especial, quanto às pessoas de faixa etária avançada, hoje os septuagenários.

Especificamente em relação a limitação constante do II do art. 1.641 do Código Civil, estabelece este, supostamente, a proteção do patrimônio do cônjuge septuagenário, evitando minorar os enlaces por interesse ou desprovido de boas intenções.

Aliás, em comentário ao art. 258, do Código Civil de 1916, João Manuel de Carvalho, citando Clóvis Beviláqua (1974, p. 52) já observava:

Essas pessoas já passaram da idade em que o casamento se realizava por impulso afetivo. Receando que os interesses subalternos ou especulações pouco escrupulosas arrastem sexagenários e quinquagenários a enlaces inadequados ou inconvenientes, a lei põe um entrave às ambições, não permitindo que os seus haveres passem ao outro cônjuge por comunhão (obr. cit. com. ao art. 258).

Acontece que, na maioria das vezes, as vítimas de violência sexual buscam apoio policial após as 48 horas estabelecidas como período seguro para a realização dos exames periciais que comprovem a violência sofrida em casos de conjunção carnal. Após esse período, a identificação da violência torna-se bem menos eficaz, principalmente quando a vítima é uma pessoa adulta não virgem. Portanto, a identificação dos vestígios de que trata o artigo 158 se torna prejudicada.

Nesse sentido, Capez (2015, p. 45):

Sendo assim, a prova desses crimes é produzida essencialmente com o exame de corpo de delito, e na hipótese de tentativa, em que não chega a haver a conjunção carnal, dificilmente restam elementos a serem periciados junto à ofendida, e, mesmo havendo consumação, os resquícios podem ter desaparecido com o tempo, ou podem nem sequer ter ocorrido como na hipótese de mansa submissão após o emprego de grave ameaça, ou ainda quando não há ejaculação do agente, só para citar alguns exemplos.

Assim, historicamente o que se pretendia era a proteção de determinadas pessoas, em especial, no tocante ao seu patrimônio e sendo o regime imposto por lei, havia evidente limitação da autonomia privada dos nubentes.

E tal previsão, em que pese ter sido alterada no tempo em relação as questões periféricas (etariedade), manteve-se em sua esfera nuclear (limitação da autonomia privada), ainda no Código Civil de 2002.

5 TEMA Nº 1236 DO STF: POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS, POR EXPRESSA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DAS PARTES

Com efeito, o julgamento histórico realizado pelo Supremo Tribunal Federal, consignou que o art. 1.641, inc. II, do Código Civil é constitucional. De maneira que não há qualquer mudança no arcabouço jurídico-normativo e ao dar interpretação conforme à Constituição, deu ao dispositivo harmonia e conformação com a Lei Fundamental.

Considerando isso, pode-se concluir que houve de fato uma expansão dos direitos ao reconhecer que os indivíduos na faixa dos setenta anos têm a opção de modificar o regime de separação legal por outro que melhor atenda aos seus interesses, caso desejem. E tal possibilidade pode se dar pelas seguintes formas:

- a) por escritura pública de pacto antenupcial;
- b) caso já estejam casados, os consortes podem se valer do procedimento legal de alteração de regime de bens (art. 734 do CPC e art. 1.639, § 2º, do CC), e;
- c) por escritura pública lavradas antes ou no curso da união estável, no caso dos conviventes.

Nesse sentir, importante ressalva realizada por Carlos Eduardo Elias de Oliveira (2024):

Sobre esse último ponto (o da união estável), não se aplica a regra geral do art. 1.725 do CC, que admite instrumento particular para a escolha de regime de bens no caso de união estável. O STF exige escritura pública, que é lavrada por um tabelião de notas. Isso, porque o tabelião tem o dever de apurar a capacidade dos declarantes (art. 215, § 1º, II, CC), fato que reduzirá os riscos de golpes contra a pessoa idosa. Trata-se de cautela importante diante da maior vulnerabilidade a que podem estar expostas as pessoas idosas.

Portanto, embora a tese tenha estabelecido a possibilidade de modificar o regime de separação de bens por meio de escritura pública, restou silente a respeito do procedimento legal específico para essa alteração. Assim, ao que parece o texto não abordou todos os aspectos necessários, uma vez que o direito de ação é um direito público subjetivo do cidadão, conforme estipulado no princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF/88). Assim, não há impedimento para que a capacidade dos declarantes seja avaliada por um representante do Estado por meio do sistema judicial.

Centrado em tais premissas, após referida decisão do STF, para septuagenário é livre a escolha por qualquer regime de bens, típico ou atípico.

Sendo certo que, a única distinção entre os septuagenários e os outros indivíduos é que, para os primeiros, o regime legal de bens é o da separação legal (art. 1.641, II, CC), enquanto para os demais, o regime legal é o da comunhão parcial de bens (art. 1.640, CC).

E tal decisão vai ao encontro do que a maioria dos doutrinadores defendiam.

Em recente artigo, Flávio Tartuce (2024) aponta que a subcomissão de Direito de Família, propôs a revogação do art. 1.641 do Código Civil no todo. Como justificativa, trouxe que a reforma do Código Civil no Brasil tem se pautado em grandes debates, seja de acadêmicos, seja com a sociedade, e uma das mudanças significativas diz respeito ao regime de bens nos casamentos e uniões estáveis. A subcomissão de direito de família propôs alterações para prestigiar a autonomia privada nas relações familiares. Sendo os principais pontos:

- a) ampliação dos efeitos dos pactos conjugais e convivenciais;
- b) os pactos conjugais e convivenciais agora podem ser estipulados tanto antes como depois do casamento ou da união estável;
- c) após a celebração do casamento ou constituição da união estável, é possível alterar o regime de bens por meio de escritura pública pós-conjugal ou convivencial, sem intervenção judicial;
- d) essas alterações não têm efeito retroativo (*ex tunc*), aplicando-se apenas a partir do momento da mudança (*ex nunc*);
- e) os direitos de terceiros são sempre preservados;
- f) fim da separação obrigatória de Bens;
- g) o instituto da separação obrigatória de bens, que impedia a comunhão patrimonial entre cônjuges e companheiros, fica revogado;
- h) não há mais discriminação com base na idade ou pseudoconfusão de bens por falta de partilha ou inventário de relacionamentos anteriores;
- i) a autonomia privada prevalece, permitindo que as partes escolham o regime de bens que melhor atenda às suas necessidades.

Pondera que, essas mudanças visam dar mais espaço à vontade das pessoas em autodeterminar seu destino, eliminando regras confusas e injustificadas. O Estado reconhece a importância da autonomia na construção das relações familiares.

Assim, inegável, portanto, que o Supremo Tribunal Federal deu uma enorme contribuição para discussão do tema em análise, mesmo que não reconhecida a inconstitucionalidade da norma, concebeu-a com novos contornos e perspectivas, dialogando assim, com a modernização da relação civilista.

6 NOVA INTERPRETAÇÃO ACERCA DA “OBRIGATORIEDADE” DOS REGIMES DA SEPARAÇÃO DE BENS

Com efeito, o art. 1.641, do Código Civil (BRASIL, 2002), assim estabelece:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos;
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Como se detona da leitura do preceptivo, o texto normativo fala em “*obrigatório*” quando trata do regime da separação de bens.

Ocorre que, como visto, hoje, em especial em relação ao inciso II, não há mais essa obrigatoriedade, já que nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, *o regime de separação de bens previsto no art. 1.641, II, do Código Civil, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública.*

Assim, impõe-se perquirir se remanesce correto tecnicamente empregar o termo “*regime de separação obrigatória de bens*”, para toda e qualquer hipótese elencada no art. 1.641, do Código Civil.

Nesse sentir, e, em que pese opiniões em sentido diverso, quer parecer que hoje temos dois tipos de regime de separação de bens, o obrigatório (art. 1.641, I e III, do Código Civil) e o legal (art. 1.641, I, II e III, do Código Civil), que podem conviver harmoniosamente.

Isto porque, em relação aos incisos I e III, mantém-se o entendimento que sempre existiu, sendo o regime legal/obrigatório (legal por decorre do texto da lei e obrigatório porque assim a norma o diz), enquanto no tocante ao inciso II, ele seria doravante apenas legal, já que pode ser afastado, consoante entendimento do Supremo.

Tal interpretação decorre de o fato de hoje existir, um regime legal cogente e obrigatório: *I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas*

suspensivas da celebração do casamento; (...) III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial, no qual os consortes não tem liberdade para afastar o regime por ato de vontade.

E, paralelamente, o regime legal facultativo e/ou supletivo, que se refere aos casos de casamento da pessoa maior de 70 (setenta) anos, que pode escolher livremente o regime de bens do casamento.

Ademais, não se pode olvidar que, a despeito da inexistência de declaração do Supremo Tribunal Federal, a respeito do constante nos artigos arts. 496, parágrafo único, e 1.829, I, do CC que se valem da expressão regime da separação obrigatória, elas devem ser interpretadas de acordo com o ordenamento, para assim extrair seu fundamento de validade.

Isto porque, aplicando-se as regras de hermenêutica jurídica, onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir (*ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio*), ou, onde há o mesmo fundamento haverá o mesmo direito (*ubi eadem ratio ibi idem jus*).

Portanto, ao julgar o Tema nº 1236, o Supremo Tribunal Federal definiu uma releitura dos institutos, para permitir a coexistente entre separação obrigatória (cogente) de bens e a separação legal (facultativa/supletiva) de bens.

CONCLUSÕES

Em suma é importante compreender que o direito espelha a sociedade que o concebe, contudo, muitas das vezes, para não dizer em sua totalidade, não perfilham de um caminho linear, não caminham paralelamente e permanecem em um eterno ajuste e desajuste.

Isto porque, há uma disjunção estrutural no sistema, já que o direito não acompanha os avanços sociais de imediato e acaba por ensejar que a sociedade molde o direito, de forma gradual conforme empiricamente se denota essa premência.

Na hipótese em comento, a decisão do Supremo Tribunal Federal, realizou um ajustamento histórico ao afastar o etarismo como causa de *discriminen*, corrigiu uma falha legislativa e restabeleceu a liberdade e a dignidade da pessoa idosa.

Hoje se concebe que septuagenário é livre para escolher qualquer regime de bens, típico ou atípico, respeitada as normas e ordem pública e, a única diferença

entre o septuagenário e aqueles que não o são é que o regime legal supletivo de bens é o da separação para este (art. 1.641, II, CC), enquanto para as demais pessoas, o regime legal é o da comunhão parcial de bens (art. 1.640, CC).

Ademais, criou-se ao uma distinção e uma nova categorização, sendo que hoje temos dois tipos de regime de separação de bens, o obrigatório (art. 1.641, I e III, do Código Civil) e o legal (art. 1.641, I, II e III, do Código Civil), que podem conviver harmoniosamente. E não mais a separação compulsória para todas as hipóteses.

Isto porque, em relação aos incisos I e III, mantém-se o entendimento que sempre existiu, sendo o regime legal/obrigatório (legal por decorre do texto da lei e obrigatório porque assim a norma o diz), enquanto no tocante ao inciso II, ele seria doravante apenas legal/supletivo, já que pode ser afastado, consoante entendimento do Supremo.

E, por fim, em um mundo onde as pessoas vivem cada vez mais, o tema é de enorme relevância social e a necessidade de adequação da legislação, à realidade posta e a evolução da sociedade e medida que se impõe.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 7 fev. 2024.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 7 fev. 2024.

BRASIL, Lei Complementar 152, de 3 de dezembro de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp152.htm. Acesso em: 7 fev. 2024.

BRASIL. CJF Enunciados. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/>. Acesso em: 7 fev. 2024.

BRASIL. Ordenações Filipinas. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/562747>. Acesso em: 7 fev. 2024.

BRAZ, A. M. O. da S. **O Regime de bens – Sustentar o Princípio da imutabilidade ou inovar para o Princípio da Mutabilidade**. Braga. Portugal: Universidade do Minho. 2019. Disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/81391/1/Andreia%20Maria%20Oliveira%20da%20Silva%20Braz.pdf>

CHINELLATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, São Paulo, 2011.

OLIVEIRA. C. E. E DE. **Regime da separação legal de bens e o STF (ARE 1.309.642)**. Portal Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrais/401318/regime-da-separacao-legal-de-bens-e-o-stf-are-1-309-642>. Acesso em: 7 fev. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Anulação de Doação. **Apelação nº 70004348769**. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=70004348769&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 7 fev. 2024.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**, v. 6. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

SANTOS, J. M. De Carvalho. **Código Civil Brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático oor J. M. de Carvalho Santos**. Ed. Rio de Janeiro Freitas Bastos, v. 10, 1974.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Anulação de Doação. **Apelação nº 0075501-05.1996.8.26.0000**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 7 fev. 2024.

TARTUCE, Flavio. **Direito civil: direito de família**, v. 5. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flavio. **A reforma do Código Civil - Fim do regime da separação obrigatória de bens**. Portal Migalhas, 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/401100/a-reforma-do-cc--fim-do-regime-da-separacao-obrigatoria-de-bens>. Acesso em: 7 fev. 2024.

LAS COMPETENCIAS DEL TUTOR EMPRESARIAL EN LA FORMACIÓN DEL PASANTE DE DERECHO

THE COMPETENCES OF THE BUSINESS TUTOR IN THE TRAINING OF THE LAW INTERN

Alcides Antúnez Sánchez¹

Yaelsy Lafita Cobas²

Mercedes Maribel Yolanda Chipana Fernández³

Recibido/Received: 26.01.2024/Jan 26th, 2024

Aprovado/Approved: 29.04.2024/Apr 29th, 2024

RESÚMEN: El artículo hace el análisis de la necesidad de fundamentar las competencias del tutor empresarial necesarias para ejecutar la práctica laboral como estrategia didáctica en el proceso de enseñanza y aprendizaje en los estudiantes de la carrera de Derecho como complemento de la formación, requerido de actualización desde la doctrina y la normativa legal de los contenidos en el vínculo teoría-práctica en las Unidades Docentes. Son analizados los referentes teóricos epistemológicos del proceso de la tutoría, las competencias desde su caracterización holística, de su construcción, complementación en el proceso enseñanza-aprendizaje, a partir de la integración de los contenidos. Se usan los métodos de revisión bibliográfica de materiales docentes de la tutoría, el análisis histórico de las etapas de la tutoría como complemento de la doctrina, el análisis síntesis para descomponer la información, el holístico dialéctico, e inducción deducción para la elaboración del artículo. El análisis permitió conocer sobre la tutoría ejecutada por las Unidades Docentes como complemento de la simbiosis teoría-práctica, ejecutada por los mentores en la formación del estudiante de la carrera de Derecho, en su preparación para el empleo y la práctica laboral. Sus retos pedagógicos, y didácticos en la pasantía del estudiante de la carrera de Derecho

¹ Dr. Hc Instituto Jurídico de Baja California. México. Máster en Asesoría Jurídica mención Derecho Administrativo Ambiental. Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. Investigador Nivel 1 internacional. Instituto Internacional de Investigaciones Jurídicas. Universi Terrarum México. Coordinador REDALC. Cuba. Abogado. E-mail: alcidesantunezsanchez@gmail.com, antunez63@nauta.cu. ORCID: 0000-0002-8561-6837. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1464224615743911>

² Dra en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente Cuba, Máster en Asesoría Jurídica, Profesora Titular, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Cuba. Miembro del Comité Internacional de la Red iberoamericana por la dignidad del trabajo y en las organizaciones, de la Red Internacional Cielo Laboral, de la Sociedad Cubana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y de la Sociedad de Abogados laboristas sin fronteras. Email: laguajiradelynque@gmail.com. ORCID: 0000-0001-6453-6128.

³ Dra en Derecho, Universidad Nacional Federico Villareal, Lima, Perú. Profesora de la Universidad César Vallejo – Escuela de Posgrado - Lima Perú. Coordinadora Académica del Programa del Doctorado en Derecho de la Escuela de Postgrado de la Universidad Cesar Vallejo. E-mail: ychipana@ucv.edu.pe. ORCID: 0000-0002-8609-3409.

vinculadas a la preparación para el empleo, en la actualización doctrinal y normativa, en respuesta a la actualización del modelo económico y social, que se ejecuta al ordenamiento jurídico cubano, y las competencias del tutor ante un mercado exigente.

PALABRAS CLAVE: mentoría; aprendizaje; enseñanza; tecnologías; actualización.

ABSTRACT: The article analyzes the need to establish the skills of the business tutor necessary to execute the labor practice as a didactic strategy in the teaching and learning process in Law students as a complement to the training, required for updating. from the doctrine and legal regulations of the contents in the theory-practice link in the Teaching Units. The epistemological theoretical referents of the tutoring process are analyzed, the competences from their holistic characterization, their construction, complementation in the teaching-learning process, from the integration of the contents. The methods of bibliographical review of teaching materials of the tutoring, the historical analysis of the stages of the tutoring as a complement to the doctrine, the analysis synthesis to break down the information, the holistic dialectic, and induction deduction for the preparation of the article. The analysis allowed us to know about the tutoring carried out by the Teaching Units as a complement to the theory-practice symbiosis, carried out by the mentors in the training of the Law student, in their preparation for employment and labor practice. Its pedagogical and didactic challenges in the internship of the student of the Law degree linked to preparation for employment, in the doctrinal and normative update, in response to the update of the economic and social model, which is executed by the Cuban legal system, and the tutor's skills in a demanding market.

KEYWORDS: mentoring; learning; teaching; technologies; updating.

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente ha sido concebido que, la universidad es la institución por excelencia en la generación del conocimiento y en el desarrollo de tecnologías, asociada al proceso de formación de los profesionales (Castillo Sánchez & Reyes Díaz, 2015); es decir, la universidad, a través de su propio proceso pedagógico-investigativo, ha sido la protagonista en el crecimiento tecnológico y económico de los países. No obstante, esta situación ha estado cambiando durante los últimos 20 a 30 años, al producirse transformaciones en las formas y las fuentes de generación y la producción del conocimiento. Hoy, en el siglo XXI, la gestión de los resultados desde la investigación y la producción de conocimientos se aprecia cómo está del lado de las empresas, en los polos científicos, en los parques tecnológicos, entre otros escenarios donde se hace ciencia (I+D+i).

Para la universidad cubana, transitar desde el país que somos al país que queremos ser, para Díaz-Canel Bermúdez (2019), implica superarse y reorientar de manera permanente sus objetivos, dejando atrás cualquier enfoque que impida su

plena y activa participación en el desarrollo de la nación. Esta nueva visión de la educación universitaria solo es posible a partir de modelos de formación profesional compartida, en los que la universidad y la empresa constituyan los dos contextos esenciales durante todo el ciclo formativo del profesional. Otra de las potencialidades de la empresa que la convierten en un excelente contexto pedagógico lo representa la permanente relación teoría-práctica en sus Unidades Docentes a través de la mentoría.

El escenario de la empresa, constituye el medio real y más completo, dentro de la comunidad, para la familiarización del estudiante con su vida laboral futura. Cuando el proceso de formación profesional tiene lugar de manera integrada universidad-empresa (rectorado por la primera), la inserción del estudiante al contexto laboral se va produciendo de manera gradual desde el primer año de estudio; como consecuencia, el estudiante va asimilando y haciendo suyos los escenarios laborales y apropiándose de la cultura de su profesión contenida en ellos, como es el caso de la carrera de Derecho. La empresa, constituye un potencial educativo fuerte en relación con la reafirmación profesional de los estudiantes. Para nadie es secreto que los estudiantes llegan a las carreras universitarias sin la debida orientación profesional. El proceso de formación profesional en escenarios productivos y de servicios, cuando es bien concebido, influye en la consolidación de los intereses y motivaciones hacia la carrera en esta simbiosis en las Unidades Docentes. En este proceso se va formando el profesional, lográndose, antes de su egreso, si las condiciones de su integración a la empresa son propicias. En el currículo de la carrera, se destinan horas para la función laboral-investigativa. Sin ser aprovechada acorde a las necesidades y exigencias de una formación profesional integrada universidad-empresa de manera adecuada.

1 EL TUTOR EMPRESARIAL: ORÍGENES, DEFINICIÓN, DESARROLLO, Y EVOLUCIÓN EN LA FORMACIÓN DEL ESTUDIANTE EN SU PREPARACIÓN DE LAS HABILIDADES PARA EL EMPLEO

En el siglo XXI, el fenómeno de la globalización y la importancia de una visión geopolítica menos reductiva, traza retos a la formación de los estudiantes en el pregrado. El cambio institucional y normativo a través de las recomendaciones, informes y normas que provienen del proceso de convergencia en la Educación

Superior, denominado “Proceso Bolonia” en Europa (Blázquez Martín, 2013). En el área de Latinoamérica, se han realizado indagaciones en referencia al tutor empresarial, como la figura con capacidad para la dirección del proceso docente a partir del importante papel que asume este en dicha dirección, se encuentran Martínez (2010), Salgado (2015), Martín (2018), Rojas y Alonso (2019) y Alonso, Cruz y Ronquillo (2020). En sus aportes estudiados, estos autores evidencian puntos comunes al conferir al tutor un papel de paradigma y asesor, apuntan al entrenamiento y la capacitación que debe recibir para su desempeño profesional, sin embargo, no refieren en su concepción y desarrollo la formación profesional del tutor, los que evidencian limitaciones en la proyección de estrategias de intervención a nivel empresarial que permita un accionar coherente y sistemático de estos profesionales.

Ello incide de forma inexorable, en que, puede convertirse la formación universitaria en una formación más amplia, humanística, con un enfoque socio-jurídico que prepare con amplias funciones en la sociedad, incluyendo las diversas formas de la práctica jurídica a quienes la ejercitan. Donde, el tutor empresarial juega un rol preponderante al complementar los conocimientos teóricos impartidos desde la academia, con la práctica laboral con la formación de habilidades del saber hacer con competencias para un mercado laboral exigente y cambiante en las maneras y las formas de hacer. Permite aseverar que, los mayores retos de la universidad cubana del presente siglo, en la formación de las nuevas generaciones de Licenciados en Derecho, para que les permita enfrentar las exigencias de un mundo globalizado con marcada tendencias al capitalismo, y prepararlos para enfrentar los recientes cambios legislativos en medio de la actualización de la conceptualización del modelo económico y social cubano de desarrollo socialista (PCC, 2021) son las competencias profesionales, ante un mercado laboral competitivo.

En consecuencia, la visión de la selección y secuenciación de contenidos en la enseñanza en el contexto desde la planificación curricular, desde la perspectiva de las corrientes del pensamiento constructivista sigue siendo un reto en el siglo XXI, a partir de que la educación constituye un instrumento indispensable para que la humanidad pueda progresar hacia los ideales de paz, libertad y justicia social, en la carrera de Derecho contextualizado a partir de que Cuba es un Estado de Derecho y justicia social (Constitución de la República de Cuba, 2019, artículo 1). De

hecho, en la actual transición de la Sociedad de la Información a la Sociedad del Conocimiento, entre otros avances, podríamos tener la comunicación instantánea y el acceso universal al conocimiento. Esto exige, enseñar y aprender nuevas formas de acceder al conocimiento, lo que implica, la introducción en los planes de estudio de competencias informacionales y el uso de la lengua extranjera con las potencialidades de las TIC desde el Derecho Digital (Vivant, 2019), (Jara, 2021), (Antúñez Sánchez, 2022).

Que les permita, transitar a la formación del estudiante en el pregrado, a través de la “Clínica Jurídica” en las Unidades Docentes, donde los operadores jurídicos a partir de su categorización académica, su formación de posgrado como especialistas, máster y doctor en ciencias, desde su experticia, tributen a la formación en habilidades y destrezas profesionales con competencias desde el modo de actuación profesional, en la función social de la actividad universitaria, para entender y comprender el acceso a la justicia como elemento en la garantía de estos derechos plasmados en el texto constitucional del 2019, del debido derecho, en cumplimiento de las normas legales, los mecanismos de la práctica jurídica, donde el estudiante participe proactivamente, en el análisis y resolución de problemas, en la redacción de instrumentos jurídicos, su argumentación, la expresión oral, la ética jurídica, el conocimiento de idiomas, el trabajo colaborativo en equipo, para aprender a pensar de manera crítica, entre otras habilidades a formar. De aquí, la pertinencia de involucrar a los pasantes en los proyectos de investigación con la tutoría empresarial y los profesores desde la academia, es un nexo imprescindible.

En el entendido que, el tutor empresarial, es la figura de apoyo en la resolución de diversos problemas que pueden aquejar al trabajador y afectar su trabajo en labor como mentor. Lo cual implica, estar informado, actualizado en las competencias exigidas por la academia, definir las necesidades futuras, elaborar planes y acciones para cubrir necesidades y las carencias de los estudiantes de conocimientos. De hecho, desempeñarse como tutor en una empresa exige competencias profesionales y académicas, para estar en el momento que lo precisa el estudiante, no solo, en algunos aspectos laborales, sino en aspectos psicológicos, académicos y familiares.

En la búsqueda holística sobre que es la tutoría, la historia devela a los articulistas que es la conjunción entre teoría y práctica, la que ha sido entendida históricamente de forma contrapuesta. Se aprecia, como ya en Grecia, la teoría era

tratada por Platón como el conocimiento abstracto, permanente, eterno y esencial, a diferencia de la materia, que concebía como lo accidental o circunstancial. Aristóteles, por otra parte, la concibe desde la teoría de las formas que la sustancia se compone tanto por la esencia como por la materia, surgiendo con ello dos visiones que abrieron un debate filosófico de siglos: uno centrado en la esencia (lo teórico) y otro en el accidente (lo práctico). En el estudio el papel del tutor y del maestro de la antigua Grecia, se aprecian en la mayéutica socrática. Luego, estudios posteriores, realizados por filósofos como Kant y Levy-Bruhl, asocian la práctica con la acción moral, y abordan el problema de cuáles son las relaciones más apropiadas entre los hombres. En el siglo XIX, la tutoría se desarrolló en las Universidades de Inglaterra, se expandió a los Estados Unidos de América, y luego al mundo académico de manera general.

En consecuencia, la tutoría deberá tener una mirada transversal en la Educación Superior, para favorecer la gestión del aprendizaje, que tribute al incremento del estudio en los procesos académicos e investigativos planificados en este siglo. Se analiza el aporte de Rojas Valladares. et al. (2016), quienes refieren “debe ser elaborado (el plan de acción tutorial) a partir de un análisis reflexivo en relación a las características del contexto educativo institucional, así como las líneas prioritarias. Este debe ser flexible, sujeto a un proceso constante de mejoras y perfeccionamiento, como el instrumento que orienta las acciones tutorales, su implementación requiere de un fundamento pedagógico, que se concreta en el modelo educativo y que permita orientar, dar coherencia, pertinencia y consistencia a la actividad de tutoría”. Para que, les permita a los académicos elaborar una estrategia metodológica de intervención en las materias que exige el desarrollo del modelo económico de la nación, sustentada en un modelo dinámico de intervención del profesional del Derecho, a ejecutarse a los actores de la economía cubana desde la mentoría en las Unidades Docentes de la carrera de Derecho, en su complementación desde la didáctica jurídica en la creación de habilidades para su modo de actuación profesional cuando vaya a realizar la ubicación anticipada (Antúnez Sánchez, 2023).

Se valora, como la integración es la operación por medio de la cual hacemos interdependientes y solidarios elementos que estaban disociados al inicio, propicia el que pueda funcionar de manera articulada. En el ámbito educativo, la integración se da cuando, el estudiante incorpora un nuevo saber a sus saberes anteriores,

reestructurando su universo interior y aplicando los saberes integrados a nuevas situaciones concretas. Por su vínculo con la labor del mentor en la formación del estudiante de la carrera de Derecho, es una de las acciones a potenciar en las Unidades Docentes. En su desarrollo y evolución, es apreciado por los articulistas, como durante la primera parte del siglo XX, el significado del término estudiado como objeto del artículo se expandió en el nivel universitario, la integración de las disciplinas y el desarrollo integral del estudiante fueron los valores medulares en el movimiento a favor de la educación general a partir de los años treinta desde el pasado siglo. En la segunda mitad del siglo XX, se valora como se insistió en que, una integración efectiva de elementos cognitivamente heterogéneos en un nuevo paradigma epistémico estaba estrechamente vinculada con la transformación de la comunidad científica. Explica el auge de la interdisciplinariedad primero y de la transdisciplinariedad después, es un importante desarrollo en la integración del conocimiento y de los contenidos.

En este mismo sentido, la articulación adecuada entre las asignaturas y sus contenidos, tributará a promover la construcción integrada de los contenidos por parte del estudiante, es una preocupación que si bien es común a la enseñanza de distintos campos disciplinares, se justiprecia como la misma cobra especial relevancia en la enseñanza del Derecho, como se pondera desde la didáctica por Antúnez Sánchez (2023) para la formación de las habilidades que requiere el operador del Derecho en la mentoría en su complementación en la Unidad Docente.

1.1 La formación de habilidades para el empleo en la Unidad Docente

En relación a la formación de habilidades para el empleo, fomentadas desde la labor de la mentoría, Arbizu (1994), en su estudio sobre el tema, destaca que la tutoría surge en la última etapa del siglo XVIII en Inglaterra, con la formación de las universidades politécnicas, fue indispensable la orientación, soporte y el seguimiento de pequeños grupos de estudiantes, también como la localización y la guía de sus intereses, aspiraciones y además la estimulación individual por parte de tutores en la formación de habilidades.

En esta misma línea analítica, Santiago (2012), declara en sus aportes que, la tutoría es una actividad especializada y debe ser llevada a cabo por un tutor formado para ello, el cual tiene la función de apoyar y acompañar al tutorado en el transcurso

de su vida escolar. En su reflexión el autor estudiado, destaca la importancia que tiene esta labor, la existencia de la figura del tutor, como el acto de asesorar no son estrictamente nuevas, el concepto de tutor se ha utilizado a lo largo de la historia y en distintos ámbitos, su función ha estado íntimamente relacionada con el significado del concepto, lo que conviene revisar, para destacar el sentido del mismo en sus diferentes acepciones y encontrar en éste, los elementos o características que lo conforman; ello resulta útil para entender con mayor claridad, el papel de la acción tutorial, llevada a cabo en las instituciones de Educación Superior.

Para Rodríguez Espinar, et al. (2012), la tutoría universitaria es entendida como una acción de intervención formativa destinada al seguimiento académico de los estudiantes, desarrollada por profesores como una actividad docente más, si bien con el apoyo, coordinación y recursos técnicos facilitados por el profesorado especializado o por personal técnico. En este mismo sentido, otros autores como Hirmas y Cortés (2015) subrayan que al intencionar la relación teoría-práctica se produce una tensión entre un enfoque conductista-aplicacionista (o técnico-instrumental, directivo) y un enfoque crítico-reflexivo (constructivista).

Los articulistas consideran para ello, la pertinencia en primer lugar, de la firma del convenio universidad-empresa como el paso previo, luego a la carrera le tocará el diseño del Plan de acción o guía de la tutoría en las Unidades Docentes en relación con la malla curricular del Plan de Estudios, requerido de socialización con los directivos de las instituciones acreditadas como Unidades Docentes por la Universidad, y los operadores jurídicos que ejecutarán la labor de tutoría en la complementación de los estudiantes de la carrera de Derecho (Delgado Vergara, 2017), (Antúnez Sánchez, 2023).

Autores estudiados para validar lo acotado, como Valdivia, Montes de Oca, & Amayuela (2019), sustentan que el proceso de enseñanza-aprendizaje, es un sistema en el que la enseñanza y el aprendizaje se dan en unidad, se evidencia de lo instructivo, lo educativo y lo desarrollador, es la integración de lo cognitivo y lo afectivo, permite reconocerlo como un único proceso cuyo fin es la formación del estudiante. Sobre este mismo punto, Reynosa, et. al. (2019), las estrategias didácticas aplicadas a la investigación científica, permiten que el investigador desarrolle la criticidad ante lo enigmático, complejo e impredecible que pueden resultar determinados problemas científicos. En el caso, requieren el abordaje desde la teoría y la práctica.

Confirman estos elementos analizados por los aportes de los estudiosos que, la tutoría, es un proceso de acompañamiento durante el proceso de formación de los estudiantes, mediante la atención personalizada a un alumno o a un grupo de alumnos por parte de los académicos competentes y formados para dicha función por la universidad, se apoyan conceptualmente en teorías del aprendizaje que posibiliten un mejor acercamiento a la naturaleza del estudiante. El tutor tiene la responsabilidad de brindar apoyo académico y personal necesario al alumno, así como crear un ambiente adecuado de confianza y respeto para su desarrollo como futuro operador jurídico, ayudándole a prevenir posibles desajustes que se puedan presentar a lo largo de su trayectoria académica, también a promover y suscitar entre los alumnos un aprendizaje significativo, de tal forma que éstos tengan un carácter realmente interesante. Tanto el tutor de formación, el alumno-trabajador, como el tutor laboral (Unidad Docente), deben tener toda la información básica antes de empezar como es el Plan o guía de la tutoría. Algunos de estos datos son: identificación y datos de contacto de las entidades y personas, referente formativo, datos del contrato laboral o del convenio, etc.

En este particular, se pondera que el tutor en el escenario laboral (Unidad Docente) debe de tener en cuenta que el alumno-trabajador carece de experiencias, realizar un buen protocolo de bienvenida al estudiante de la carrera de Derecho, le ayudará a que se sienta más seguro y cómodo en el entorno laboral donde ejecutará su práctica laboral o la ubicación anticipada. Se le deben explicar todos los aspectos clave de la empresa y contextualizarlos, para que entienda mejor la estructura de la organización donde va a realizar la práctica empresarial. Para ello, se recomienda realizar un Manual de acogida, que es el documento que recoge las informaciones claves de la empresa y del entorno laboral al se enfrentará, que guían al estudiante en su proceso de integración en la Unidad Docente o Entidades Laborales de Base del sector jurídico, con las que la universidad posee el Convenio de Trabajo firmado (MES, 2019). Hoy ampliado al sector privado con la aprobación del estudio jurídico como SRL en el derecho societario.

Se aprecia, luego de haber analizado las posturas de los estudiosos que, la práctica laboral, como estrategia didáctica desde el Programa Analítico de las asignaturas, coadyuvará a lograr una mejor comprensión de los contenidos y un nivel de satisfacción de los estudiantes en el efectivo vínculo teoría-práctica. El que se consolidada por la función del tutor en las Unidades Docentes, como lo pondera

Antúnez Sánchez (2017), a partir de su marco regulatorio por el Ministerio de Educación Superior (MES, 2019). De aquí que, se considere que el tutor, tiene que conocer los contenidos formativos en el orden académico que está recibiendo el estudiante para poder alinearlos con las funciones que realizará dentro de la empresa como futuro operador jurídico en relación con la malla curricular del Plan de estudios de la carrera de Derecho como pasante. De esta manera, existirá una cohesión entre la formación recibida en el centro educativo y la complementación de los estudios en la empresa (Unidad Docente) para dotarlos de habilidades como futuro operador del Derecho en relación a los ejercicios jurídicos y la ubicación anticipada (MES, 2019).

La formación puede requerir que el alumno-trabajador tenga que rotar por diferentes departamentos, con distintos responsables, como es el caso del futuro operador jurídico, en relación con los ejercicios jurídicos que están diseñados en la malla curricular. En este caso, el tutor debe realizar una evaluación con cada responsable para conocer las funciones desempeñada por parte del alumno-trabajador, recopilar todos estos datos y compartirlos con el tutor del centro formador (Unidad Docente) es de vital importancia. De hecho, el proceso de evaluación de la tutoría es continuo, el tutor laboral debe valorar la evolución del alumno-trabajador durante todo el proceso de forma constante, viendo el progreso en los conocimientos y técnicas adquiridas (habilidades) en la Unidad Docente y su aplicación en el trabajo de la asistencia jurídica a los clientes (Rodríguez Espinar, et al. 2012), (Romero y Maturana, 2012), (Pujalte, et. al. 2018).

Para ello, realizará un informe del desempeño laboral que, periódicamente, pondrá en común con el tutor del centro formativo para ver la evolución del pasante de la carrera de Derecho, y revisar la correspondencia con el plan de la tutoría su avanza o está estancado. Donde, es requerido, que se debe definir: qué, quién, cómo y cuándo se va a evaluar la adquisición de competencias por el joven. Serán los tutores los que realicen el seguimiento de manera conjunta, pudiendo participar profesores del centro y personas que hayan acompañado el proceso de aprendizaje del pasante en la empresa (Unidad Docente).

Tenemos a bien, por la transdisciplinariedad del tema del artículo, al revisar lo acotado por Observatorio de Recursos Humanos, al ponderar lo que Silvia Molinero, psicóloga y experta en gestión de talento de la Fundación Universidad-Universidad (FUE), como una de las integrantes del equipo multidisciplinar de Tutorama,

programa pionero de FUE (2012), para reivindicar la figura del tutor empresarial y que ofrece seguimiento, formación, mentoring y sesiones para alumnos y empresas durante el período de prácticas. Al destacar: “...*Hemos detectado la necesidad de los tutores de un reconocimiento a su labor...*”, explica: “En muchos casos formar a un becario supone añadir funciones a su ya ajetreado día a día”, añade. Por eso, “muchos tutores empresariales desearían haber tenido más tiempo para dedicar al alumno en prácticas”. Según Molinero, es positivo que las empresas tengan en cuenta la figura del tutor empresarial y les doten de recursos para llevarla a cabo. “Un buen tutor debe proporcionar tareas al alumno que le permitan desarrollarse, teniendo siempre en cuenta que es un periodo de aprendizaje, por lo que las funciones del tutor como dar un feedback detallado, resolver dudas y fijar nuevos objetivos, son muy importantes”.

En su evolución, la tutoría, con la aparición del Derecho Digital, el uso de las herramientas tecnológicas, aparece la modalidad de tutoría virtual, concebida como la comunicación y educación llamada virtual, con la atención de diversas personas, se da cara a cara, pero de manera “virtual”, denominada “educación a distancia”. Se trata de aprovechar los recursos tecnológicos en bien del ser humano, irradiada a mayor velocidad, y a diversos espacios en menos tiempo, y con menos recursos humanos. El hombre utiliza las tecnologías y no a la inversa, donde éstas terminan por hacer a un lado el aspecto meramente humano (Cabero, 2006), sintetizado en cuatro elementos los trabajos del tutor virtual como son: el académico, social, gestión, y el técnico.

Se demuestra lo señalado en el anterior párrafo, con la simbiosis tecnología y su aplicación en el Derecho, es analizada por Pantoja (2017), al dejar establecido que corresponde uno de los retos del Derecho, concebir la nueva percepción de la realidad, a través de los cambios sociales, al modificarse sustancialmente el estudio tradicional de las figuras jurídicas; como, por ejemplo, el contrato; por lo tanto, en los próximos años el rol de la abogacía deberá ser ejercitado. De manera diferente, se sostiene por Gil (2021), se incidirá desde la docencia online para promover la adaptación del profesional y su observancia en las normas jurídicas. Otro aporte, es el de Almonacid y Coronel (2020), quienes definen que usar la inteligencia artificial como la capacidad para solucionar problemas, utilizando un algoritmo desde un ordenador en el Derecho. Por otro lado, Zabala y Zuluaga (2021), sostienen que la

inteligencia artificial tiene como característica imitar la inteligencia humana, simular su comportamiento e implementar emociones.

Para Antúnez et al, (2017), la formación del estudiante de Derecho ha transitado desde el aprendizaje memorístico hasta el aprendizaje a través del desarrollo de competencias, esto originó redireccionar el protagonismo hacia el ser humano, el mismo que debía estar vinculado con el desarrollo de la legislación, doctrina, jurisprudencia, costumbre o principios generales del derecho, lo cual ha permitido la evolución de los derechos que en la actualidad se encuentran plenamente reconocidos, por ejemplo vida, alimentación, educación, vivienda, trabajo, entre otros. Se justiprecia que, la inteligencia artificial, como herramienta complementaria a la educación superior, es de expresar que la tecnología debe adaptarse a los requerimientos exigidos por la educación superior. La incorporación de la inteligencia artificial podría contribuir con la reducción de la brecha digital en beneficio de la población estudiantil universitaria, siendo ello una acción concreta para obtener resultados a corto plazo. La educación virtual es necesaria para promover las competencias digitales que son requeridas a nivel laboral, siendo una ventaja en la formación de estudiantes de Derecho.

2 MARCO REGULATORIO DE LA TUTORÍA EMPRESARIAL EN LA FORMACIÓN DEL ESTUDIANTE DE LA CARRERA DE DERECHO EN SU PASANTÍA POR LA UNIDAD DOCENTE Y EN LA UBICACIÓN ANTICIPADA

Se parte del pronunciamiento desde el plano internacional de la OIT (2005), quien ha establecido “...una buena práctica en materia de relaciones laborales, es entendida como aquella experiencia de carácter colectivo que en el marco de respeto a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, puede ser calificada como exitosa para garantizar el bienestar de los trabajadores y el progreso de las organizaciones, mejorando el nivel de relaciones internas, garantizando condiciones adecuadas de trabajo y empleo, facilitando el incremento de la productividad y el salario y desarrollando una cultura de concertación puesta en marcha por el acuerdo de trabajadores y empleadores, es decir, facilitando el trabajo decente...”

En el orden teórico, se en el proceso de formación, se desarrolla a partir de la interacción universidad-organismos empleadores con el papel protagónico del egresado desde el ejercicio de la profesión. De aquí que, Bernaza, Troitiño, y López

(2018), tienen el mérito de reconocer que la preparación para el empleo antecede al posgrado; sin embargo, se contradice cuando plantea que después de la preparación para el empleo en la formación continua de los profesionales, es que se debe completar el desarrollo de capacidades para su desempeño en los diversos puestos de trabajo de la producción y los servicios como pasante.

La preparación para el empleo se concibe para “(...) *dar respuesta a las acuciantes necesidades educativas del presente y el futuro bajo el precepto antes abordado de que el hombre se educa durante toda la vida a través de las posibilidades educativas que ofrece la vida en sociedad...*” (Artola, et. al, 2019).

Está también, el aporte de Hernández, et al. (2020), refieren “...*La práctica laboral, es la dimensión que con mayor fuerza incide en la formación de habilidades profesionales. La misma en su concepción, guarda relaciones de sistema entre sí y con el resto de los componentes del proceso docente educativo...*”

En el ordenamiento jurídico cubano, partimos desde la Constitución cubana del 2019, en la misma el Capítulo de la política educacional, científica y cultural, en su artículo 32, inciso a) se fundamenta en los avances de la ciencia, la creación, la tecnología y la innovación, el pensamiento y la tradición pedagógica progresista cubana y la universal. Hay que señalar que, en las normas de desarrollo, en Cuba, no hay aún una Ley orgánica para la Educación Superior, sigue siendo una asignatura pendiente del legislador a cumplir en la actualización del modelo económico y social.

En el Código del Trabajo, Ley No. 116 de 2013, se establece en el artículo 40 y 41, lo concerniente a la capacitación y superación de los trabajadores. Con posterioridad, vinculado a la ubicación anticipada, se aprobó el Decreto No. 364 del 2019. También, fue objeto de análisis como objeto del estudio de la tutoría, la Resolución No 202 del 2019. Donde se emite el Reglamento de la responsabilidad de las entidades en la formación y desarrollo de la fuerza de trabajo calificada en el nivel superior. El estudio de disposiciones de este documento jurídico, permitió analizar los articulados 3, 4, 5, 6, 7 y 8, todos caracterizan la responsabilidad de las entidades en la formación del egresado en las Unidades Docentes.

En lo particular, la práctica laboral en la universidad cubana, tiene su sustento legal en el Reglamento de trabajo docente y metodológico de la Educación Superior (2018), en este se dispone en el artículo 6: La vinculación del estudio con el trabajo expresa la necesidad de formar al estudiante en contacto directo con su profesión,

bien a través de un vínculo laboral estable durante la carrera, o a partir de un modelo de formación desarrollado desde el trabajo. En el artículo 127: establece dentro de las formas organizativas fundamentales del trabajo docente en la educación superior: la práctica laboral. El artículo 137: establece el concepto de práctica laboral: ...forma organizativa del trabajo docente que tiene por objetivos propiciar un adecuado dominio por los estudiantes, de los modos de actuación que caracterizan la actividad profesional, mediante su participación en la solución de los problemas más generales y frecuentes presentes en el escenario profesional o social en que se inserte y, a la vez, propiciar el desarrollo de los valores que contribuyan a la formación de un profesional integral, apto para su desempeño futuro en la sociedad. Ayuda, además, al desarrollo de la conciencia laboral, disciplina y responsabilidad en el trabajo. Refiere que en esta forma organizativa se materializa, fundamentalmente, el principio marxista y martiano de combinar el estudio con el trabajo relacionando la teoría con la práctica. Se integra como un sistema con las actividades académicas e investigativas, de acuerdo con las particularidades de cada carrera, para lograr tales objetivos...

De aquí, la preparación para el empleo: es la primera etapa por la que transita el recién graduado. Le garantiza el desarrollo de los modos de actuación profesional para el puesto de trabajo. Es responsabilidad de la entidad laboral, en coordinación con la institución de educación superior, por lo que se requiere del establecimiento de convenios de trabajo con las instituciones universitarias.

Se colige que, la necesidad de la comprensión de las ciencias jurídicas, la pedagogía y la didáctica, están relacionadas como disciplinas científicas, en esta relación convergen las tres en un diálogo interdisciplinario; en consecuencia, están condicionadas de alguna manera por un mismo devenir epistemológico. Hay que destacar que, estas revoluciones epistemológicas, por la complejidad del mundo, sus crisis y la conciencia ecológica, presionan a las comunidades científicas jurídicas, y no han dejado ajenas a su pedagogía y didáctica jurídica, las cuales, además, deben dialogar interdisciplinariamente como Ciencias Jurídicas, Pedagogía, Educación, Didáctica y Psicología, como lo refieren Gómez Francisco (2014-2021).

La enseñanza del Derecho, comprende las prácticas y representaciones de una profesión tradicional y es dinámica a la vez, es decir que la enseñanza no se agota sólo en los contenidos doctrinales de las asignaturas en relación con el Plan de estudios, sino que, se debe considerar también a las instituciones educativas, así

como a la práctica profesional desde la integración de contenidos; para ello, se han creado Unidades Docentes en instituciones como se señaló en la formación de las habilidades requeridas para los modos de actuación, se constituyen en las sedes de los Tribunales, en las Fiscalías, en los Bufetes Colectivos, y en la Empresa de Servicios Legales, fundamentalmente.

Es el complemento como reto, de formar un profesional vinculado a la problemática socio-jurídica, para que comprenda la naturaleza del Derecho como ciencia desde las Unidades Docentes, como un fenómeno pluridimensional, donde se logre combinar propósitos prácticos y profesionales con otros teóricos o científicos, como es la aplicación del Derecho Digital dentro del perfeccionamiento jurídico con la interdisciplinariedad, ello constituye una herramienta que permite integrar contenidos a mayor velocidad sin límite de tiempo y espacio. Desde la disciplina principal integradora, se deriva un componente práctico y otro investigativo, como complemento armónico de la formación teórica que dota al alumno con el resto de las disciplinas a través de los Ejercicios Jurídicos Integradores, los Trabajos de Cursos, y los ejercicios de culminación de sus estudios.

En el tráfico mercantil cubano, se requiere con urgencia de operadores jurídicos especializados con habilidades en materias que van desde el Derecho Internacional, el Derecho Constitucional, el Derecho de los Negocios, el Derecho Digital, en el dominio de idiomas, entre otras; por ello, se requieren competencias profesionales que se aprenden en la academia y se complementan en la mentoría realizada en las Unidades Docentes. Otra de las barreras o reto apreciados, es en torno a la preparación, la que le permite al mentor comprender que su misión debe ser de actualización y de continuidad en el entrenamiento del egresado para su complementación como operador jurídico, para ello se diseña un programa o guía de la mentoría por la carrera de Derecho. Está concebido como un proceso pedagógico, para que permita organizar las acciones de las figuras implicadas desde la didáctica, de manera que sus resultados contribuyan a los objetivos empresariales o de servicios jurídicos especializados, diseñados para que tribute a la complementación de la teoría y la práctica. Ello es responsabilidad de la coordinación de la carrera, y en especial de la disciplina principal integradora. De aquí la necesidad de trabajarlo desde lo metodológico y lo didáctico.

En este sentido, el proceso formativo del profesional durante la preparación para el empleo, constituye la base pedagógica que garantiza la disposición y el desarrollo de la fuerza de trabajo calificada. Su funcionamiento es eficiente a partir de la observancia y el cumplimiento de lo que se decreta jurídicamente. Se incrementa su eficacia cuando las partes implicadas en la responsabilidad cumplen con el papel que les corresponde cuando este se evalúa desde su inicio hasta la fase final. Para ello, es de su suma importancia presentar a las Unidades Docentes el programa o guía de acción tutorial, que incluya entre sus elementos: los principios de la calidad en los instrumentos jurídicos, la argumentación, el cumplimiento del debido proceso, el principio de legalidad, la movilidad, la diversidad, la equidad y competitividad, entre los principales elementos a complementar en relación al Plan de estudios E. A partir de que la mentoría es un valor añadido como complemento de la formación doctrinal recibida en la academia, en relación al informe Tuning (2014).

Que, con ello, se incida en el cambio del paradigma universitario, en pos de que el estudiante de la carrera de Derecho aprenda a ser crítico, competente, trabaje en equipo para la resolución de problemas. Ejemplo de ello, son contextualizados en las jornadas de puertas abiertas, la jornada de acogida al estudiante en el 1er año, el programa profesor-tutor, con el uso de las páginas web de las Unidades Docentes e Instituciones Laborales de Base, entre otras (Artola, et al. 2019).

Otro reto, es que hay que volver a resignificar que, el Derecho es una profesión en constante transformación, con alta dependencia de los modelos jurídicos, y de las coyunturas económicas y políticas, el que debe actualizarse al ritmo de los cambios institucionales que, a su vez, se ven reflejados en permanentes reformas normativas, tal y como concurre con la actualización del modelo económico y social cubano, por ello la Clínica Jurídica se presenta como una estrategia progresiva, en cambio y modificaciones. De hecho, en el ordenamiento jurídico cubano, hay que desaprender lo conocido, para aprender lo reglado, en el desarrollo normativo a partir de lo aprobado en la Constitución de la República de Cuba del 2019.

De esta manera, se valora que se refuerza la enseñanza teórica y se adquieren capacidades profesionales para la práctica litigiosa, la negociación, la mediación, la técnica legislativa, incluso para la defensa de intereses representativos de un sector, como es el caso actual (Economía Social Solidaria) de los actores

económicos del sector privado, bajo la supervisión de profesores que simultanean esta tarea con su actividad docente e investigadora. Y que concluye con el complemento de la tutoría, la que puede ser tanto interna como externa (Witker, 2007).

De aquí que, Bocanegra (2012), considere que, la enseñanza teórica y práctica son indispensables y es necesario utilizarlas de forma equilibrada, la inclinación hacia la enseñanza teórica, como ha ocurrido tradicionalmente en las Facultades de Derecho, o la preferencia exclusiva por la práctica, puede ser perjudicial para la formación completa de los estudiantes de derecho, es importante tomar en consideración que la teoría sin la práctica no se ve reflejado en una educación consistente. De aquí que se siga ponderando la necesidad del plan de la mentoría presentado por parte de la carrera, y discutido con los mentores, ello coadyuvará a obtener un buen resultado.

Investigadores del tema, como Espinoza, et al. (2017), valoran que, “los métodos y estrategias didácticas son los procedimientos utilizados por el profesor con la finalidad de producir en los alumnos determinadas experiencias de aprendizaje”. Espinoza (2018) “...por método didáctico se entiende una propuesta concreta de modos de enseñar, cuyo autor es un pedagogo, sobre la base de su experiencia profesional y/o de las evidencias alcanzadas por la investigación psico-pedagógica...”

Con la ejecución de la Clínica Jurídica, gestionada como complemento en la tutoría, a través del “taller de adaptación donde el futuro abogado, consultor jurídico, notario, fiscal, juez (modos de actuación), deberán aplicar los conocimientos y principios jurídicos impartidos por la carrera a casos concretos o situaciones que la vida plantea a diario en su infinita complejidad y riqueza”, es en sí, un laboratorio jurídico, donde los profesores, estudiantes y el personal técnico, experimentarán la realidad tal y como ella se presenta (situación fáctica) en la solución de casos reales (Carlos, 1959), (Witker, 2007), aquí se valora que puede aplicarse las herramientas de las TIC, entre estas la Inteligencia artificial (Antúnez, 2023).

Da respuesta a la posición de Devoto (2012), quien acotara “...es necesario preparar a los estudiantes para adaptarse a las necesidades de una sociedad globalizada y en permanente cambio, por una parte, y a los requerimientos de un mercado laboral cada vez más competitivo y especializado, por otra, lo que exige una formación profesional que vincule la educación universitaria con el mundo del

trabajo y que conduzca a la adquisición y desarrollo de las habilidades, destrezas y actitudes necesarias para ejercer la profesión (competencias). En definitiva, que la formación profesional comprenda tanto la enseñanza del Derecho como también la preparación de futuros abogados, en tanto desarrollo de competencias específicas para ejercer la profesión...”

Como lo señalan López, et al. (2017) *“...se trata de aplicar nuevas metodologías de enseñanza que ayuden y motiven a los estudiantes, aumentando la enseñanza práctica con la intervención activa del estudiante: ejercicios, casos prácticos, trabajo en grupo, prácticas en aulas y profesionales, tutorías y empleo de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones para apoyar el proceso educativo...”* Sobre el mismo particular, también Pérez Veliz (2017), destaca *“...las competencias profesionales jurídicas articulan aspectos cognitivos, capacidades, actitudes y de una dimensión valórica con el fin de resolver problemas...”*

Por lo tanto, es un hecho, que la sociedad actual en el siglo XXI, impone profundas transformaciones conducentes a la ejecución de reajustes y que las instituciones educativas tradicionales, se adapten a modelos que resulten más flexibles, para lo cual, es de relevancia lograr una integración con las TIC desde el Derecho Digital. Para la resolución del problema, la vía virtual tiene importante cabida con el uso de la inteligencia artificial (IA). En función de ello, el empleo de estas tecnologías es imprescindible como la herramienta útil del aprendizaje a distancia, lo que se basa en cuanto fomenta el autoaprendizaje y propicia el intercambio efectivo de información. Criterio al cual nos adherimos, por su pertinencia en relación con la mentoría, es delimitar la dimensión competencial de quien la realiza incidente en la creación de habilidades como operador jurídico, con el acompañamiento del profesor universitario.

La universidad cubana, finalmente tiene el reto con la decisión de adoptar la ubicación anticipada del estudiante en la carrera de Derecho en las entidades empleadoras (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2021), complementar el componente teórico recibido en los 4 años de carrera, el tutor asistirá los casos que se pongan a consideración para dar la respuesta adecuada que corresponda al conocer la realidad de la vida jurídica, la comprensión integral del derecho, el estilo de los escritos jurídicos, la interdisciplinariedad, donde en las Unidades Docentes juega un rol esencial para ello como método interactivo, como complemento de la

teoría recibida por el estudiante en atención a la malla curricular. Permite a la academia la emisión del título de Licenciado en Derecho, luego del ejercicio exitoso de la culminación de sus estudios. Título que lo faculta para ejercitar como jurista, abogado, fiscal y juez (modos de actuación), requerido del título habilitante para los modos de actuación que lo requieren en su ubicación laboral como el Juez, Fiscal, Abogado, Registrador en los registros públicos del Ministerio de Justicia vinculados a la plataforma digital creada para ello.

3 COMPETENCIAS DEL TUTOR EN LA FORMACIÓN DEL ESTUDIANTE DE LA CARRERA DE DERECHO EN LA FORMACIÓN DE HABILIDADES PROFESIONALES EN LA PASANTÍA PARA EL EJERCICIO EN LOS MODOS DE ACTUACIÓN PARA EL EMPLEO

Las competencias demostradas del tutor para complementar la formación de habilidades del estudiante de la carrera de Derecho en la pasantía para el empleo en relación a los modos de actuación, son apreciadas en ponderar contenidos como el Derecho Internacional, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Digital, Derecho de los Negocios, Derecho de la Propiedad Industrial, Derecho Ambiental, el dominio de lenguas extranjeras, el dominio de las herramientas de las TIC, entre otros. Se aprecia de esta manera, al estar actualizándose el modelo económico y social de la nación, de aquí que el ordenamiento jurídico se modifique, y el legislador construya nuevas normas legales.

De acuerdo a la Fundación Bertelsmann (2015), es una figura de reputación valorada por el ecosistema empresarial por su aporte, tanto para el progreso social, como para la empresa, por lo que representa un valor añadido. Es quien se encarga dentro de la empresa de que el trabajador-aprendiz adquiera los conocimientos requeridos para incorporarse y desenvolverse efectivamente en el tejido productivo empresarial, que alcance las competencias elementales para un eficaz desempeño laboral.

En este mismo plano analítico, Caballero y Lozano (2016), en el Manual de Tutores de Empresa señalan, “...*el tutor debe tener un perfil mixto, ser capaz de ser un maestro (educador) así como seguir siendo un empleado activo. Preparación y experiencia incluso una palanca pedagógica...*”

La realidad laboral en las empresas demanda de la figura de un tutor, que sea capaz de sobresalir en su desempeño a través de nuevas vías y procedimientos, que le permitan interactuar con el colaborador o el trabajador, por ello, es necesario una actitud creativa e innovadora, alta capacidad de dar respuestas de forma rápida, acertada y concreta, que logren estimular la autoconfianza y alcanzar la autorregulación en sus tutorados, que den como resultado un incremento sostenido de sus éxitos (Tolozano, Lara, e Illescas, 2016).

Lo que permite afirmar que, el tutor en una empresa, además de ser una figura clave, tiene un rol que puede desempeñar el profesional de la educación, dado que posee herramientas para; saber ser, saber hacer, saber transmitir, crear conciencia en cada uno de los trabajadores acerca del importante papel que desempeñan en el proceso de productividad empresarial, ello crea cultura organizacional, en el caso de los estudiantes de la carrera de Derecho, en las Unidades Docentes donde complementan su formación en la creación de habilidades. De aquí que, la enseñanza del Derecho basada en la práctica, no excluye a los textos jurídicos, sino que los glosadores los utilizan para cuestionarlos, para plantearles preguntas, para interrogarlos, dando lugar así al llamado método de caso (*questio casus*): la pregunta, problema, interrogante o cuestión (la *litis*), una vez establecida, se exponen los argumentos en pro y en contra por los estudiantes, para que sean ponderados por el profesor y pueda dar su *solutio*, son *dictum* (Calero Pérez, 2009). Aunque, se considera que aún quedan retos en la formación del estudiante de la carrera de Derecho, a tono con la actualización normativa que se ejecuta tras la aprobación del texto constitucional del 2019. Hay que desaprender para aprender de lo nuevo, como ya fue acotado.

3.1 Retos de la tutoría en la Unidad Docente en la formación del estudiante en la carrera de Derecho

-Potenciar la proactividad y motivación en los estudiantes que ejecutan la pasantía en las Unidades Docentes en la carrera de Derecho por parte de los tutores a cargo de la tarea.

-Diseñar guías de las prácticas laborales, de modo que, garanticen el desarrollo de los modos de actuación de la profesión en los estudiantes de la carrera

de Derecho, socializadas en las Unidades Docentes en relación con los cambios normativos y doctrinales.

-Ejecutar la entrega de la evaluación de la tutoría empresarial de cada pasante en las prácticas de los ejercicios integradores de los años académicos de forma periódica, y de la ubicación anticipada para el empleo a la carrera de Derecho por las Unidades Docentes en relación al programa de tutoría diseñado.

-Identificar las competencias demostradas del tutor para realizar la tutoría en la Unidad Docente a los estudiantes de la carrera de Derecho, la que culmina con la evaluación del estudiante realizadas entre la carrera y los tutores que la realizaron.

-Identificar las habilidades comunicativas en la tutoría, que tribute al diálogo socrático con los estudiantes de la carrera de Derecho, reflejado en la evaluación de la tutoría.

-Tener un perfil vocacional pedagógico, formación y experiencia adecuada o suficiente para ejercitar la tutoría en la Unidad Docente, validado con la habilitación docente del mentor.

-Fortalecer los marcos normativos en relación al tutor empresarial con el objetivo de organizar los vínculos y garantizar procesos de aprendizaje relevantes relacionados con competencias demostradas.

-Demostrar tener competencias transversales como tutor: independencia, el sentido de responsabilidad, la flexibilidad y la iniciativa, con el objetivo de aprendizaje permanente, representan un reto importante que pueden ser logradas por medio de la ejecución del rol del educador y su influencia como tutor en la productividad laboral en la Unidad Docente donde esté ubicado el estudiante de la carrera de Derecho.

-Aplicar la matriz DAFO en el proceso de la tutoría en las Unidades Docentes, con vista a su mejora continua en un plan, la que puede ser complementada a través de la encuesta a los estudiantes.

-Preparar al tutor empresarial para que su labor de mentoría sea efectiva, con una adecuada formación científica y profesional, con una preparación psicopedagógica que le permita identificar las necesidades académicas y educativas de los estudiantes de la carrera de Derecho, el que atenderá y realizará las acciones personalizadas que correspondan en atención al plan de tutoría diseñado por la carrera, las que pueden realizarse a través del trabajo docente-metodológico.

-Perfeccionar los niveles de integración entre la teoría y la práctica, requeridos de actualización, permitirá visualizar en cada una de las materias los modos de actuación, campos de acción, y esferas definidas desde el plan de estudios, hoy potenciada con la ubicación anticipada del futuro egresado como parte de la estrategia educativa en la carrera en la preparación para el empleo.

-Articular los contenidos de las asignaturas mediante la aplicación holística de diversos métodos de aprendizaje, que permitan comprender la visión pluridimensional que tiene el Derecho, recurriendo a cursos optativos para ello, con la enseñanza disruptiva, hoy la abogacía se gestiona de manera digital (IA) con *legalTech*, *e-discovery*, *smart contracts*, *marketplaces*, *compliance*, *legal Research*, en la 4^{ta} Revolución Industrial con abogados 4.0 para profundizar en la creación de habilidades.

-Repensar la práctica laboral (ejercicios jurídicos del plan de estudios) con mejores diseños al integrar teoría y práctica en la creación de habilidades. Que articule el componente académico, laboral e investigativo con un proceso innovativo y de perfeccionamiento curricular a través de la didáctica jurídica pluridimensional, potenciando el Derecho Internacional y el Derecho Mercantil, ante el reconocimiento como actor económico al sector privado para formar juristas con competencias digitales en pos de potenciar la calidad técnica y ética en materias como: Derecho Procesal electrónico, Mediación electrónica, Comercio electrónico y contratación electrónica, Voluntad digital, Bitcoin y criptomonedas, Derecho de Autor y derechos conexos, el enfoque de Género, técnicas de Litigación, y Derecho de la Propiedad Industrial en el contexto digital, Delitos cibernéticos, Teletrabajo, el documento electrónico y la firma electrónica, la Protección al consumidor en el comercio electrónico, Derecho de los negocios, entre otros, con planes de mejoras, es un cambio radical con más de 60 años en un comercio estatalizado.

-Potenciar la enseñanza problematizadora, que permita resignificar los contenidos, hoy ante nuevos roles como el del negociador, mediador o árbitro, entre personas en conflicto, buscando las propuestas razonables de solución donde estén presentes situaciones fácticas de los actores económicos del tráfico mercantil cubano y foráneo, el ordenamiento jurídico se renueva con la actualización del modelo económico y social, el reto es desaprender para aprender, las modificaciones y emisión de nuevas disposiciones jurídicas con el trabajo en equipo

para lograr la especialización por áreas del conocimiento y contribuir al trabajo cooperativo “lawyers team” y con ello crear habilidades.

-Presentar un diseño de la evaluación del estudiante de la carrera de Derecho a realizarse por parte de la tutoría en las Unidades Docentes, con ejercicios integradores, con un sistema de indicadores desde lo innovativo a través de la didáctica jurídica, el que culmina con el informe de la evaluación final de los resultados de la pasantía del estudiante de la carrera de Derecho realizada en las Unidades Docentes, acompañado del grado de satisfacción de los estudiantes como resultado de la triada formativa dando cumplimiento de la estrategia educativa constructivista a través de la encuesta.

-Capacitar a los tutores empresariales en relación a las carencias metodológicas que presentan en las Unidades Docentes luego de la caracterización del contexto como formadores de habilidades en los estudiantes, las que limitan la formación efectiva del vínculo teoría-práctica en su gestión complementadora en la formación de un profesional con competencias desde el Plan de Estudios E de la carrera de Derecho. Que permita, identificar potencialidades, logros, insuficiencias, tipos de evaluación de la tutoría, modelación de objetivos, tareas del aprendizaje, trabajo en equipo, programa de la tutoría, y el plan de mejoras desde las dimensiones pedagógica, didáctica, lo curricular y tecnológica, permitirán la transformación del desempeño como tutores.

-Las acciones de capacitación del tutor, deben estar focalizadas en las Unidades Docentes en: formación jurídica actualizada, formación económica, formación energética, formación ambiental, formación científica-tecnológica y de dirección, y la formación básica general e integral.

CONCLUSIONES

El tutor empresarial juega un rol preponderante al complementar los conocimientos teóricos con la práctica laboral con las habilidades del saber hacer. Los mayores retos de la universidad cubana del presente siglo XXI, es la formación de las nuevas generaciones de Licenciados en Derecho, que les permita enfrentar las exigencias de un mundo globalizado con marcada tendencias al capitalismo y prepararlos para enfrentar los recientes cambios legislativos en medio de la actualización de la conceptualización del modelo económico y social cubano de

desarrollo socialista con competencias profesionales centrados en el Derecho de los Negocios.

El tutor empresarial, como figura de apoyo en la resolución de diversos problemas que pueden aquejar al trabajador y afectar su trabajo. Implica, estar informado, actualizado en las competencias exigidas por la academia, definir las necesidades futuras, elaborar planes y acciones para cubrir necesidades y carencias de los pasantes. Desempeñarse como tutor en una empresa exige competencias profesionales y académicas para la formación de las habilidades que requiere el operador del Derecho en la mentoría.

El plan de mejoras en la calidad educativa no se logrará sin modificar las concepciones que, sobre la enseñanza, tienen quienes la enseñan. Hay que incorporar prácticas universitarias que tiendan a mejorar los procesos de enseñanza y aprendizaje desde la innovación como es la tutoría en las Unidades Docentes. Con una educación de calidad, la actualización de contenidos, la integración de lo teórico, lo normativo, y lo práctico a través de un aprendizaje flexible, en la triada de estudiante, tutor académico y tutor empresarial desde una formación pedagógica o didáctica que, tribute a la articulación adecuada entre las asignaturas de la malla curricular en la carrera de Derecho.

Formar un profesional vinculado a la problemática socio-jurídica, para que comprenda la naturaleza del Derecho como ciencia desde las Unidades Docentes desde la Clínica Jurídica, como fenómeno pluridimensional, donde se logre combinar propósitos prácticos y profesionales con otros teóricos o científicos, como es la aplicación del Derecho Digital dentro del perfeccionamiento jurídico con la interdisciplinariedad, ello constituye una herramienta que permite integrar contenidos a mayor velocidad sin límite de tiempo y espacio es una tarea en la complementación formativa del tutor empresarial, hay sido 60 años de una nación estatalizada, el siglo XXI modifica y trae cambios a los que el Derecho debe atender con premura.

REFERÊNCIAS

Addine, F. et al. (2007) *Didáctica, teoría y práctica*. 2ª edición, Editorial Pueblo y Educación, La Habana.

Alonso, P. (2018) *El impacto de la Revolución 4.0 en los despachos de Abogados en España*. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Universidad Pontificia "Comillas". Madrid. Disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/xml>

Alpizar, L. y Añorga, J. (2010) *La competencia pedagógica del tutor de especialidades médicas*. Revista Cubana de Medicina Militar. La Habana. Disponible en: <https://www.medigraphic.com/cgi-bin/new/publicaciones.cgi?IDREVISTA=258>

Altés Tárrega, J. (2013) *Técnicas y habilidades jurídicas básicas*, Editorial Tirant Lo Blanch, España.

Ambrosini, I. (2004) *Las Pasantías Universitarias: Portafolio Personal*. Colección de Documentos Institucionales. Editorial Universidad Nacional del Litoral. Argentina.

Ander-Egg, E. (1999) *Tutoría*. Diccionario Pedagogía (Volumen Especial) Editorial Magisterio del Río de la Plata. Argentina.

Antúnez Sánchez, A. & Rondón Valdés, J. (2016) *La formación de habilidades en los estudiantes de la Carrera de Derecho*. Mapas conceptuales. aprendizaje cooperativo. Un recurso indispensable en la formación universitaria, Editorial Universidad de Valencia, España.

Antúnez Sánchez, A. (2017) *La enseñanza virtual del Derecho. Una aproximación en la Universidad cubana*, Revista Pedagogía universitaria y Didáctica del Derecho. Chile.

Antúnez Sánchez, A. et al. (2023) *El Derecho Digital. Análisis de la enseñanza disruptiva en la carrera de Derecho*. Revue Européenne Du Droit Social. Rumania.

Antúnez Sánchez, A. et al. (2023) *La educación jurídico ambiental*. Revista Opinión Jurídica. Universidad de Fortaleza. Brasil.

Arbizu, F. (1994) *La función del docente de profesor universitario*. Universidad del País Vasco. España.

Armas, L. (2011) *El desarrollo curricular en la carrera de Derecho*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana.

Aróstica, I. (2009) *Formando abogados analistas*. Revista Actualidad Jurídica nº 19, Chile.

Artola, L. et al. (2019) *Planes de estudio E en la Educación Superior cubana: una mirada desde la educación continua*. Revista Universidad y Sociedad nº. 2, Cienfuegos. Disponible en: <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/1200>

Atienza, M. et. al. (2017) *Reflexiones sobre la enseñanza e investigación en Derecho*. Ponencias del II Seminario Internacional de Enseñanza-Aprendizaje del Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Atkins, L. (2007) *Enseñanza clínica del Derecho: Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*, Editorial Sans Serif, México.

Barrio Andrés, M. (2020) *Manual de Derecho Digital*. 2^{da} edición, Editorial Tirand Lo Blanch. España.

Barrows, H. (1986) *A Taxonomy of problembased learning methods*, Medical Education n° 20, EUA, pp. 481-486.

Barrows, H. (1996) *Problem-based learning in medicine and beyond: a brief overview. Bringing problem-based learning to higher education: theory and practice*. Jossey-Bass Inc. Publishers. San Francisco.

Blázquez Martín, D. (2013) *El proceso de Bolonia y el futuro de la educación jurídica clínica en Europa: una visión desde España*. El movimiento global de clínicas jurídicas. Formando Juristas en la Justicia social. Editorial Tirant Lo Blanch, España.

Bocanegra, H. (2012) *La enseñanza del Derecho y la formación de los Abogados*. Revista Republicana n° 12, Colombia.

Biggs, J. (2005) *Calidad del aprendizaje universitario*. Editorial Narcea. España
Caballero, M. y Lozano, P. (2016) *Manual de tutores de empresa en la FP Dual*. Editorial Fundación Bertelsmann.

Cabero, J. y Barroso, J. (2012) *El tutor virtual: características y funciones. Un reto para el profesor del futuro: La tutoría virtual*. Printed by Publidisa. SINED. España.
Calero Pérez, M. (2009) *Constructivismo pedagógico*. Teorías y aplicaciones básicas, Editorial Alfaomega, México.

Calero Pérez, M. (2009) *Constructivismo*. Aprendizaje sin límites, Editorial Alfaomega. México.

Campari, S. (2017) *Enseñar Derecho pensando en el profesional del siglo XXI*, Revista Academia sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires n°. 5, Argentina.

Caprile, B. (2000) *La Enseñanza del Derecho: ¿Clase magistral o método activo?* Revista Actualidad Jurídica n° 2. Buenos Aires.

Carlos, E. (1959) *Clínica Jurídica y Enseñanza Práctica*, Editorial Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

Carreño, M. (2011) *La investigación, una competencia para el estudiante de Derecho*, Revista Jurídicas n°. 2. Universidad de Manizales. Colombia.

Castillo Sánchez, L. y Reyes Díaz, S. (2015) *Los modelos de relación universidad-empresa*, Revista Caribeña de Ciencias Sociales. Disponible en: <http://www.eumed.net/rev/caribe/2015/07/universidad-empresa.html>

Clavijo, D. (2015) *El enfoque de competencias en la formación del abogado para el siglo XXI*. Revista Justicia n° 20. Colombia. Disponible en: <https://doi.org/10.17081/just.20.27.813>

Cobas Cobiella, M. & Guillen Catalán, R. (2008) *La práctica del Derecho a través de los despachos virtuales*, Universidad de Valencia, España.

Cobas Cobiella, M. (2014) *El aprendizaje cooperativo: una competencia imprescindible para la formación de los juristas*, Revista Boliviana de Derecho, Bolivia.

Coloma, R. y Agüero, C. (2012) *Los abogados y las palabras. Una propuesta para fortalecer competencias iniciales en los estudiantes de Derecho*. Revista de Derecho Universidad Católica de Norte n° 1, Chile.

Correa, E. (2010) *El supervisor de prácticas: recursos para una supervisión eficaz*. Revista Pensamiento Educativo n° 44, pp.237-254.

De Miguel Díaz, M. et al. (2006) *Metodologías de enseñanza y aprendizaje para el desarrollo de competencias*, Editorial Alianza. España.

Delgado Vergara, T. (2017) *La enseñanza del Derecho en Cuba*, Florida Journal of International Law, Volumen 29. Florida.

Devoto, C. (2012) *El método de resolución de casos en la enseñanza del Derecho*. Revista Actualidad Jurídica n° 25. Buenos Aires.

Díaz, A. (2016) *La formación del profesor tutor: ¿una labor necesaria? X Jornadas Internacionales de Innovación Universitaria*. Educar para transformar, Editorial Universidad Europea, España.

Díaz, M. (2002) *Flexibilidad y educación superior en Colombia*. Calidad de la educación superior n° 2. ICFES. Colombia.

Díaz-Barriga Arceo, F. y Hernández Rojas, G. (2002) *Estrategias docentes para un aprendizaje significativo. Una interpretación constructivista*, 2ª edición, Editorial McGraw-Hill, México.

Díaz-Canel Bermúdez, M. (2019) *En las aulas se define el futuro de Cuba*. Juventud Rebelde. Disponible en: <http://www.juventudrebelde.cu/cuba/2019-01-26/en-las-aulas-se-define-el-futuro-del-pais>

Duro Días, R. (2014) *La educación jurídica en Brasil: una lectura crítica de las directrices curriculares nacionales brasileñas para el derecho y sus formas de recontextualización a partir de las teorías de Basil Bernstein*. Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho n° 1. España. Disponible en: <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2015.35964>

Fix-Zamudio, H. (2004) *Metodología, docencia e investigación jurídica*, Editorial Porrúa, México.

Freire, P. (2006) *Pedagogía de la Autonomía. Saberes necesarios para la práctica educativa*, 11ª edición, Editorial Siglo XXI, Argentina.

Fuentes, H. et. al. (2011) *La Formación en la Educación Superior. De lo Holístico, complejo y dialéctico de la construcción del conocimiento científico*, Editorial Universidad de Oriente, Cuba.

Fenstermacher, G. (1987) *Prologue to my critics, and a reply to my critics*. Educational Theory no 37.

García, J. (2007) *Las competencias y la nueva organización de la enseñanza. La Licenciatura en Derecho en el contexto de la convergencia europea*, Editorial Tirant Lo Blanch, España.

Gaete, M. (2003) Evaluación de las prácticas profesionales: El desafío de evaluar procesos. Congreso Internacional de la Función Docente, Universidad de La Frontera, Temuco.

Gómez Francisco, T. (2016) *Los aportes de la complejidad para la enseñanza-aprendizaje de las ciencias jurídicas en el siglo XXI*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México.

Gómez, J. (2020) *Abogados digitales: Las cinco características y cinco subespecialidades de los abogados del futuro*. Revista Práctica Corporativa. México. Disponible en: <https://joelgomez.abogado.digital.mx>

González, M. y Marano, M. (2014) *La formación de abogados y abogadas*. Editorial La Plata. Argentina.

Gordillo, A. (1988) *El método en Derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*. Editorial Civitas, Buenos Aires.

Haas, V. (2017) *La mentoría, una invitación al desarrollo profesional docente: partícipes, roles, énfasis y proyecciones*. Editorial Académica Española. Alemania

Haas, V. (2019) *Triada formativa, un ensamblaje perfecto de perspectivas y saberes que significan aprendizajes dentro del Prácticum. Prácticum y Prácticas Profesionales*. Disponible en: <https://gidpip.hypotheses.org/3395>

Hernández Martín, J., Reinoso Castillo, I. & Alonso Echevarría, C. (2017) *El componente laboral investigativo en la unidad docente. Su influencia en la formación de docentes integrales*. Revista Atlante: Cuadernos de Educación y Desarrollo. Disponible en: <https://rc.upr.edu.cu/jspui/handle/DICT/2344>

Hernández, M. (2008) *Didáctica aplicada al Derecho*, Editorial Porrúa. México.

Hessen, J. (2013) *Teoría del conocimiento. Instituto Latinoamericano de Ciencia y Artes* n° 13. Disponible en: https://www.fundacionbertelsmann.org/fileadmin/files/Fundacion/Publicaciones/95._Monografico_El_Tutor_de_Empresa.pdf?

Illera Lobo, M. (2017) *Relación de la teoría y la práctica en la enseñanza del Derecho*. Revista n° 45.

Jara, L. (2021) *Abogacía 4.0: Transformación digital del ejercicio profesional*, Revista de Teoría y Práctica Jurídica del Colegio de Abogados “Lomas de Zamora” n° 1. Argentina. Disponible en: <https://www.calz.org.ar>

Lapenta, L. (2020) *Una invitación a pensar sobre competencias docentes en las facultades de Derecho*. Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho n° 7. Chile.

Lara Domínguez, R. & Martínez Ramos, A. (2016) *Enseñanza del Derecho a partir de la solución de problemas jurídicos*. Instituto de investigaciones jurídicas. México.

Leff, E. (2000) *Ambiente, interdisciplinariedad y currículum universitario*. La educación Superior en la perspectiva de desarrollo sostenible. Formación Ambiental, Revista Anuies n°. 9, México.

Leyva, P. et. al (2016) *El método instructivo, educativo y desarrollador para la gestión y desarrollo de la formación laboral*. Universidad de Ciencias Pedagógicas, Holguín.

León Molina, J. (2015) *Consideraciones sobre los procesos de enseñanza-aprendizaje en materia jurídica*. Teoría jurídica y enseñanza del derecho. Universidad Católica de Colombia

Locke, J. (2002) *Compendio del ensayo sobre el entendimiento humano*. Editorial Alianza. España.

López Betancourt, E (2003) *Pedagogía jurídica*, 2ª. edición, Editorial Porrúa, México.

López Betancourt, E. (2010) *La enseñanza del Derecho*, Editorial UNAM, México.

López, L. (2010) *Métodos de evaluación. Enseñar Derecho en el siglo XXI. Una guía práctica sobre el grado en Derecho*, Editorial Thomson Aranzadi, España.

Luskevich, C. (2002) *Pasantías Laborales: Gestión e implementación*. Editorial Bonum. Argentina.

Martín, P. (2018) Tesis doctoral: *Modelo de formación profesional del docente y el tutor de especialidades de tecnología*. Universidad Complutense de Madrid. España.

Martínez, M. (2010) Tesis doctoral: *Modelo de la dinámica del proceso de capacitación profesional pedagógica a los tutores de las entidades productivas y de servicios*. Universidad de Ciencias Pedagógicas de Santiago de Cuba.

Merino, F. (2005) *Libro Blanco del Título de grado en Derecho*. Agencia Nacional de evaluación de la calidad y acreditación, Madrid.

Moreno Cedeño, M. (2014) *La construcción del ser en educación: una mirada desde el constructivismo*. SOPHIA: Colección de Filosofía de la Educación n° 17, pp.193-209.

Musse Félix, P. et al. (2014) *Proyecto Tuning. Educación Superior en América Latina: reflexiones y perspectivas en Derecho*. Editorial Universidad de Deusto. España.

Núñez Jover, J., Montalvo, L. & Pérez Ones, I. (2007) *Universidad, conocimiento y desarrollo local (basado en el conocimiento)*. Desarrollo local en Cuba. Retos y perspectivas. Cuba, pp.168-179. Disponible en: <http://www.cedel.cu/wp-content/uploads/2018/10/0012-Desarrollo-Local-en-Cuba.-Retos-y-Perspectivas.pdf>

Núñez, M. & Páez, L. (2018) *Competencia oral, lenguaje jurídico y teoría de la argumentación*. Revista Oralia n° 21. España.

Palacios, A. y Córdoba, C. (2020) *Competencia investigativa como herramienta pedagógica en la enseñanza del Derecho*. Revista Pensamiento Americano n°. 26, Disponible en: <https://doi.org/10.21803/penamer.13.26.425>>

Palacios, R (2007) *La tutoría: una Perspectiva desde la comunicación y la educación. Buenas prácticas de e-learning Print in Spain*. Editorial ANCED. España.

Pérez Lledó, J. (2003) *Teoría y práctica de la enseñanza del Derecho*. La enseñanza del Derecho, Anuario de la Facultad de Derecho n° 6, Madrid

Pérez Lledó, J. (2006) *La enseñanza del Derecho. Dos modelos y una propuesta*. Editorial Temis. Perú.

Pérez Macías, I. (2002) *La enseñanza del Derecho en Cuba (1959-2002). Apuntes y Reflexiones*, Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija n° 5, España.

Pérez Veliz, A. (2017) *Fundamentos didácticos para la formación histórica de los estudiantes de Derecho: hacia un enfoque por competencias*. Revista de Educación y Derecho n°.15, España, pp1-27

Pezzetta, S. (2017) *La enseñanza del derecho y la disputa sobre el plan de estudios. discursos sobre el curriculum legítimo*. Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho n° 4. España. Disponible en: <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2017.46253>

Plan de Estudios E (2017) *Especialidad de Derecho MES*. La Habana.

Pujalte, L. et. al. (2018) *La evaluación de las prácticas profesionales: las voces de los profesores tutores, estudiantes y tutores de prácticas*. Tendencias nacionales e internacionales en organización educativa: entre la estabilidad y el cambio. Editorial Wolters Kluwer. España.

Quesada, K. & Rooney, F. (2016) *Las incubadoras de abogados para mejorar la enseñanza del Derecho y el acceso a la justicia*, Revista Derecho y Cambio Social n° 44, Perú.

Quintero Olivares, G. (2010) *La enseñanza del Derecho en la encrucijada. Derecho académico, docencia universitaria y mundo profesional*, Editorial Civitas-Thomson Reuters, España.

Ramón, M. et. al. (2018) *¿Qué competencias profesionales se movilizan con el Prácticum? Algunas certezas que manifiesta el alumnado*. Revista de Docencia Universitaria nº 16, pp.269-284.

Reynosa Navarro, E., et. al. (2019) *Estrategias didácticas para investigación científica: relevancia en la formación de investigadores*. Revista Universidad y Sociedad nº 12, Universidad de Cienfuegos. Disponible en: <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/>

Rincón, E. & Martínez, V. (2020) *LegalTech. ABC de los servicios legales en la era digital*. Revista Cartillas Cámara nº 3. Disponible en: <https://www.camaramedellin.com.co>

Rodríguez Espinar, S. et al. (2012) *Manual de tutoría universitaria. Recursos para la acción*. Editorial Octaedro, España.

Rodríguez Saif, M. (2016) *Del proceso de formación del profesional a la formación docente del jurista. Reflexiones desde la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente*, Revista Argonautas nº. 7, Argentina.

Rodríguez, I. & Mora, R. (2018) *La formación investigativa de cara al escenario de la formación de abogados. De la teoría a la praxis: procesos complejos de enseñanza-aprendizaje para una formación jurídica multidimensional*. Editorial Universidad Simón Bolívar.

Rodríguez, I. (2017) *Resignificación de la formación investigativa en los currículos de los programas de Derecho*. Disponible en <https://bit.ly/2CRx0YH>

Rojas Valladares, L. et. al (2016) *Apuntes sobre el trabajo de tutoría en la formación del profesional de la educación superior*. Revista de educación, cooperación y bienestar social nº 10. Disponible en: <http://www.revistadecooperacion.com/numero10/010-08.pdf>

Romero, M., y Maturana, D. (2012) *La supervisión de prácticas pedagógicas: ¿cómo fortalecer la tríada formativa?* Magis. Revista internacional de investigación en educación nº 4, pp.653-667.

Romo López, A. (2011) *La tutoría. Una estrategia innovadora en el marco de los programas de atención a estudiantes*. Editorial ANUIES. México.

Sanromán, R. & Morales, L. (2016) *La educación por competencias en el campo del derecho*. Boletín Mexicano del Derecho Comparado nº 49, UNAM. México, pp.179-203.

Santiago, R. (2012) *La importancia del tutor en el ejercicio de la tutoría en instituciones de educación superior*. Revista Atenas n° 1. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/4780/478048953006.pdf>

Salgado, A. (2015) Tesis Doctoral: *Metodología para la capacitación técnica en la formación continua del profesional de nivel medio en informática mediante la educación a distancia*. Universidad de Las Tunas.

Silvera, A. et. al (2015) *Competencias del abogado en formación: didáctica, conocimientos y prospectiva de la formación*. Revista Lasallista de Investigación n° 12. Colombia.

Tapia, S. (2017) *La crítica jurídica en la enseñanza del Derecho*. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales no 3, pp.425-444.

Tobón, S. (2013) *Formación integral y competencias: pensamiento complejo, currículo, didáctica y evaluación*, 4ª. edición. Editorial ECOE. Colombia.

Tolozano, S., Lara, L. & Illescas, S. (2016) *Actitudes y aptitudes del tutor para enfrentar el desafío de la formación en la modalidad dual*. Revista Universidad y Sociedad n° 8, pp.81-91.

Topping, K. (2002) *Tutores y tutorías*. Editorial Magisterio. Colombia.

Tünnerman, C. (2003) *La universidad latinoamericana ante los retos del siglo XXI*. Unión de Universidades de América Latina. Colección Universitaria. México.

UNESCO (2005) *Hacia las sociedades del conocimiento*. ONU. Paris.

Valdivia Sánchez, D. et al. (2019) *Las tareas de aprendizaje contextualizadas y el desarrollo de la motivación*. Revista Olimpya n° 54. Universidad de Granma.

Vigotsky L. (1988) *Interacción entre enseñanza y desarrollo*. Selección de lectura de Psicología de las edades. ENPES. La Habana.

Vivant, M. (2019) *El Derecho Digital: entre una aproximación técnica y una reflexión societal*. El derecho de las TIC en Iberoamérica, Editorial La Ley. Uruguay.

Wanderlei, H. (2019) *Educação Jurídica no Século XXI: Novas Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Direito - Limites e Possibilidades*. Editorial Habitus. Brasil.

Witker, J. (2007) *La enseñanza clínica como recurso de aprendizaje jurídico*, Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho n° 10, Argentina.

Witker, J. (2006) *Docencia crítica y formación jurídica*. Antología de estudios sobre la enseñanza del Derecho. México. Disponible en: <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/libro>.

Witker, V. (2013) *Técnicas de la enseñanza del Derecho*. Editorial PAC. México.

Zabalza, M. (2013) *El Practicum y las prácticas en empresas en la formación universitaria*. Editorial Narcea. España.

Zolezzi Ibárcena, L. (2017) *La enseñanza del Derecho*. Editorial PUCP. Perú.

Zolezzi Ibárcena, L. (2006) *La investigación en el campo del Derecho*. Antología de estudios sobre la enseñanza del derecho. México. Disponible en: <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/libro>.

O USO DA CRÍTICA À CIÊNCIA DOGMÁTICA JURÍDICA COMO INSTRUMENTO LIBERTADOR NA AMÉRICA LATINA

THE USE OF CRITICISM OF DOGMATIC LEGAL SCIENCE AS A LIBERATING INSTRUMENT IN LATIN AMERICA

Pedro Henrique Gonçalves Silva¹

Milena Santos Coelho²

Rafael Ademir Oliveira de Andrade³

Ana Mel Pinheiro dos Santos⁴

Recebido/Received: 15.04.2024/Apr 15th, 2024

Aprovado/Approved: 22.04.2024/Apr 22th, 2024

RESUMO: O movimento decolonial busca um sistema jurídico mais inclusivo e libertador. A partir dessa premissa, o presente trabalho aborda dogmática jurídica sob a teoria crítica do direito e analisa a crítica ao sistema eurocêntrico como instrumento para a percepção da realidade através de um referencial teórico que permita o exercício de reflexão e denúncia para propiciar a tomada de consciência. Segue o estilo metodológico qualitativo de revisão bibliográfica de autores da teoria crítica do direito. Os principais achados da pesquisa são calcados na necessidade da intersecção do direito aos demais saberes na busca pela superação do eurocentrismo estabelecido.

PALAVRAS-CHAVE: teoria crítica do direito; ciência dogmática jurídica; crítica à dogmática jurídica; direito latinoamericano; decolonialismo jurídico.

ABSTRACT: The decolonial movement seeks a more inclusive and liberating legal system. Based on this premise, the present paper addresses legal dogmatics under the critical theory of law and analyzes the criticism of the Eurocentric system as an

¹ Mestrando em Direito pelo Centro Universitário FIEO (UNIFIEO). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Pitágoras Unopar Anhanguera. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Universidade Pitágoras Unopar Anhanguera. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Rondônia (UNIR). Editor-Gerente da Revista de Direitos Humanos Fundamentais (ISSN 2358-9949 | ISSN-e 2764-2380). Advogado. E-mail: pedro.h.goncalves@outlook.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2617678451521542>.

² Especialista em Direito de Família pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Federal de Rondônia (UNIR). Advogada. E-mail: milenacoelhoadv@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5429601681205102>.

³ Sociólogo. Pós-doutor no Programa de Doutorado em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente na Universidade Federal de Rondônia (UNIR). Mestre em Educação e Doutor em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente pela Universidade Federal de Rondônia (UNIR). Professor no Centro Universitário São Lucas de Porto Velho (UniSL PVH). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3790116411091463>. Endereço eletrônico: profrafaelsocio@gmail.com.

⁴ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário São Lucas (UniSL PVH). Bolsista de Iniciação Científica PAP SL CNPq 2023-2024. E-mail: ana.mel.santos.3112@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3241057172615187>.

instrument for the perception of reality through a theoretical framework that allows the exercise of reflection and denunciation to promote awareness. It follows the qualitative methodological style of bibliographical review of authors of critical legal theory. The main findings of the research are based on the need to intersect the law with other knowledges in the search for overcoming established Eurocentrism.

KEYWORDS: critical law theory; legal dogmatic science; criticism of dogmatics of law; latin American law; legal decolonialism.

INTRODUÇÃO

A dogmática jurídica, segundo Novoa Monreal (1988), propõe o racionalismo e a sistematização dos fenômenos jurídicos por meio da busca dos conceitos gerais do ordenamento jurídico positivo.

Além disso, considera o Direito positivo como um sistema fechado do qual é possível deduzir soluções para todos os casos sem o uso de outros materiais e, enquanto dogma, não valora os dispositivos. Nas palavras de Novoa Monreal (1988, p. 197), “nos últimos anos goza de grande prestígio na América Latina”.

Enquanto um pensamento conceitual vinculado ao direito posto, a dogmática instrumentaliza-se a serviço da ação sobre a sociedade atuando pedagogicamente sobre os operadores do direito e sociologicamente criando uma realidade consensual a respeito do direito (FERRAZ JR, 2003).

A ideia de um direito fechado em si mesmo exige que o texto legal seja estudado e interpretado independentemente de qualquer contexto social ou econômico na busca pela racionalidade universalista (MIAILLE, 2005).

As doutrinas que seguem essa vertente acabam por ecoar umas às outras selecionando temas semelhantes e ignorando em grande parte outros temas, a exemplo se tem doutrinas que ecoam a suspensão dos direitos políticos das pessoas com deficiência mental, sendo que o ordenamento brasileiro incorporou tratado que revoga esse impedimento. Nesse sentido, o objeto dessa ciência jurídica é uma disciplina social repressiva, definindo proibições e obrigatoriedades. A dogmática se preocupa em cortar a realidade e isolar os problemas, desviando a atenção dos demais fenômenos específicos relacionados.

Por meio desses saberes puderam florescer as correntes críticas mais radicais, progressistas e transformadoras como o “direito alternativo” (destacando-se o Instituto de Direito Alternativo de Florianópolis, Brasil) a “crítica jurídica” (México) e

a “Teoria Crítica do Direito” (Argentina), e a “reação sociologista” com as teses do pluralismo jurídico de Wolkmer (2019).

A partir dessa reflexão, Ferraz Jr (2003) propõe um sistema jurídico crítico e consciente da realidade social, que permita quebrar a rigidez do sistema para perceber a realidade complexa e refletir as consequências de sua atuação na base para a percepção da realidade.

Contudo, a crítica deve ir além da identificação da insuficiência do sistema, mas aferir a validade em sua continuidade ou renovação, trazendo o significado da crítica para o local e o regional em contraposição à hegemonia do neoliberalismo. Importa também considerar que a lei tende a expressar os interesses do grupo social que exerce domínio sobre os legisladores e qualquer conteúdo que venha a beneficiar as maiorias desprivilegiadas se dá sobre algum proveito da conjuntura social ou política favorável (NOVOA MONREAL, 1988).

Percebe-se, portanto, que não se deve idealizar a lei pois esta é passível de vícios por parte do legislador. A crítica à dogmática pode auxiliar na percepção do concreto para encontrar soluções personalizadas, não automatizadas, para harmonizar as partes.

Quando o sistema jurídico falha são os próprios jurisdicionados que procuram executar seu direito. A ausência de pluralidade na construção das instituições jurídicas resulta em ineficiência da justiça estatal e extrapola em justicamentos. A doutrina, quando trabalha conceitos operacionais desvinculados da realidade social, se torna condicionadora da cultura colonial e exclui a sociedade que deveria proteger (WOLKMER, 2019). Nesse sentido, a academia acaba por reforçar as posições de poder já estabelecidas, conferindo-lhes autoridade.

Para conquistar a mudança na realidade, o eixo principal é a educação (também crítica, libertadora), a fim de substituir os papéis de oprimido e opressor pelo papel de pessoas livres.

Quando o estudo do direito produz uma doutrina, se esta não for crítica, ela mesma reforça a ideologia dominante em seus acertos, claro, mas também em suas falhas. No entanto, a edificação de um pensamento crítico latino americano não implica a total negação ou a ruptura radical com outras formas de conhecimento herdadas do iluminismo e produzidas pela modernidade europeia, mas um processo dialético de assimilação, transposição e reinvenção.

Primeiramente se analisará o complementar, para uma visão crítica, demonstrando que é preciso identificar as variedades e os elementos estruturais da sociedade e admitir que ela própria se modifica, devendo sobretudo recuperar a identificação do ser humano, uma vez que a sua anulação é inaceitável (MIAILLE, 2005).

Em um segundo momento se discutiu a prática de uma crítica dogmática de forma concreta traz liberdade a temáticas engessadas no passado, mostrando que o critério fundante de toda filosofia crítica da política e do direito será expressar a defesa dos princípios básicos da vida humana digna, da liberdade e da justiça. O direito enquanto instrumento para possibilitar uma vida satisfatória falha quando serve para manter a si mesmo e as posições tradicionais, num desígnio socialmente paralisante (NOVOA MONREAL, 1988). Uma ciência social e jurídica que se modifica a partir da autocrítica permite criar um ambiente de solidariedade e de organização jurídica a serviço da coletividade.

1 A CRÍTICA COMO PERCEPÇÃO DA REALIDADE

A presente investigação foi conduzida por meio de uma metodologia de natureza qualitativa e exploratória. O método de coleta e análise de dados consistiu em uma revisão associativa dos temas relacionados aos temas centrais do trabalho, demandando um processo criterioso e reflexivo. O propósito deste procedimento foi compreender a interseccionalidade desses temas, suas nuances e suas relações no contexto das comunidades indígenas. A seguir, destacamos as etapas empregadas na construção dos textos apresentados na seção subsequente.

Antes de iniciar a revisão, foi estabelecido o escopo do estudo, buscando textos que proporcionam compreensão das dinâmicas de representação política ou explorassem a evolução desta abordagem teórico-científica. A próxima fase consistiu em uma busca por fontes relevantes, utilizando bases de dados acadêmicas (Scielo e Google Acadêmico), considerando periódicos científicos, livros e materiais institucionais como parte do corpus teórico. A seleção das publicações mais pertinentes aos temas abordados foi realizada através do crivo analítico dos autores deste trabalho. Os critérios de inclusão e exclusão foram temáticos, sem restrições por data, metodologia ou similar, dado o caráter exploratório do artigo.

Após a seleção, os estudos foram submetidos a uma análise aprofundada pelos autores, que se utilizaram da produção coletiva para debater o tema. A triagem inicial permitiu identificar a relevância dos materiais selecionados. Finalmente, os resultados foram sintetizados e apresentados de maneira clara e organizada. Destaca-se não apenas a descrição das descobertas, mas também a análise interpretativa, explorando as relações entre os temas, as interseções e contradições, com o objetivo de contribuir para uma compreensão acerca do tema. Os resultados desta aplicação serão apresentados nos dois tópicos teóricos-discursivos abaixo.

2 A PRÁTICA LIBERTADORA

A América Latina foi profundamente influenciada pelo sistema jurídico europeu, principalmente pelo modelo positivista francês (NOVOA MONREAL, 1988). Novoa Monreal (1988) critica o caráter diretivo que o norte global manteve mesmo após os movimentos independentistas americanos. As populações latinoamericanas foram submetidas, segundo o autor, a um sistema jurídico idêntico ao dos povos europeus, ainda que possuíssem história, cultura e costumes bastante diversos.

Um pensamento tecnológico é, sobretudo, um pensamento fechado à problematização de seus pressupostos - suas premissas e conceitos básicos têm de ser tomados de modo não problemático - a fim de cumprir sua função: criar condições para a decidibilidade de conflitos juridicamente definidos (FERRAZ JR, 2003, p. 85).

A ciência dogmática jurídica, cumpre, na visão de Ferraz Jr (2003), a função de tecnologia ao ser instrumentalizada para criar consenso. A tecnologia dogmática força a vida social buscando manipulá-la. Outro exemplo é o do dispositivo que regula o casamento, cujas interpretações por vezes ignoram a diversidade na constituição de famílias. Para Ferraz Jr (2003), a rigidez que a ideologia introduz ao ordenamento não é imutável. Ao contrário, quando as expectativas ideológicas sofrem conturbações os problemas de justiça devem ser rearranjados a fim de acomodar o sistema normativo às necessidades sociais.

A ambição de um jurista prático é muito mais limitada: consiste em aplicar regras de direito, não em aprimorá-las. Não há juízo de valor. Quando um jurista prático trai sua ambição e incute seu juízo de valor, cria o direito quanto o ordenamento lhe é insatisfatório, ainda que considerado suficientemente feito

(FERRAZ JR, 2003). Enquanto não houver acomodação restará presente a ameaça de violência do direito enquanto poder controlador que busca domesticar as relações sociais (FERRAZ JR, 2003).

Ferraz Jr (2003) também analisa a ciência em relação às doutrinas dogmáticas como sistematização do ordenamento como orientações esquematizadas, recomendações sobre casos práticos ou apelos, exortações a princípios. A exortação a princípios nas decisões judiciais sem a respectiva argumentação sobre a aplicabilidade desse princípio, de maneira meramente retórica.

A doutrina jurídica aparece, pois, bem como ela é: uma produção determinada pelo conteúdo social e político da realidade na qual se realiza... o jurista está sempre a reforçar a ideologia dominante (MIALLE, 2005, p. 322).

E na construção pedagógica dessas doutrinas acaba por se tornar uma base comum para que os técnicos do direito possam decidir diante dos conflitos.

O impacto produzido pelos efeitos da globalização econômica, bem como da nova razão neoliberal, das formas complexas de conhecimento, das mudanças no ecossistema e na base de reprodução da vida determina o aparecimento de modelos referenciais e processos instituintes alternativos de ordenação no âmbito da sociedade mundial. Essa dinâmica implica descolonizar os paradigmas tradicionais de fundamentação em diferentes campos da atividade humana, particularmente na esfera da organização socioeconômica, da institucionalidade política e dos avanços científicos da mundialidade tecnológica (WOLKMER, 2019, p. 2714).

A dogmática, portanto, é um instrumento capaz de proporcionar uma dinâmica entre os mecanismos de controle social. Mas é importante ressaltar que o controle social não é constituído pela dogmática, mas regulado. São os comportamentos sociais que constituem as normas e estruturas.

O direito posto, na visão de Novoa Monreal (1988), se opõe à mudança social como um freio reacionário em favor de uma “minoridade dominante que explora a maioria por meio de uma ordem social coercitiva” (p. 177). Para o autor, a ordem social que o sistema jurídico oferece procura separar os seres humanos de forma a impedir as uniões que objetivem um poder alternativo ao da classe dominante. Para contrapor-se a esse movimento, Novoa Monreal (1988) entende serem necessários movimentos com visões comunitárias, contrárias à liberal-individualista imposta pela burguesia, que se abram a concepções sociais mais justas econômica e politicamente.

Wolkmer (2019) vislumbra dois ciclos de movimento de crítica do direito, sendo o primeiro iniciado entre as décadas de 1960 e 70 na Europa e Estados Unidos, e 80 na América Latina, e o segundo ciclo nas primeiras décadas do século 21. O primeiro ciclo foi marcado pelas turbulências sociais, crises de governabilidade e reivindicações por políticas sociais. Como tendências teóricas se destacou o racionalismo científico de Popper e as interpretações estruturalistas do marxismo. A crítica à falsa neutralidade do direito buscava explorar uma prática judicial comprometida com a sociedade (WOLKMER, 2019). O declínio do autoritarismo político na América Latina foi acentuado pelas correntes de crítica jurídica nos centros universitários que viviam novas concepções desenvolvimentistas e de reconstrução de um direito sob a redemocratização política.

Para Wolkmer (2019), foi essencial a inserção de modelos teóricos interdisciplinares no ensino jurídico, como:

A teologia e a filosofia da libertação (Gustavo Gutiérrez, Leonardo Boff, Enrique Dussel, Arturo Roig, Horacio Cerutti, entre outros), a teoria da dependência (Ruy M. Marini, Theotônio dos Santos, A. Gunder Frank), a pedagogia do oprimido (Paulo Freire), a teoria social marxista heterodoxa e estudos sociais e antropológicos sobre multiculturalismo e pluralismo (Boaventura de S. Santos) (WOLKMER, 2019, p. 2725).

Wolkmer (2019) aborda essa proposta através do regionalismo descolonial:

A resposta, como hipótese, encontra-se na opção por um “giro descolonial” do direito, em que o pluralismo jurídico assume um lugar privilegiado de contraposição crítica, contribuindo como instrumental analítico e operante para examinar e compreender fenômenos normativos complexos e de diferentes naturezas enquanto sistema de pensamento, de discursividade e de prática social. Assim, o pluralismo jurídico projeta-se como um paradigma para conceber e tratar o direito na própria estrutura social, descentralizando e erradicando o estatismo universalista de colonialidade (WOLKMER, 2019, p. 2714).

A existência de antinomias e lacunas é problema dos centros produtores do direito. No raciocínio de Ferraz Jr (2003), os conflitos normativos são admissões de normas que são inseridas a partir de diferentes canais, cada uma admitindo suas prescrições. As lacunas, por sua vez, são aceitas pelo sistema que não consegue cobrir o universo de comportamentos e desse modo exige a participação de outros centros produtores.

Para Novoa Monreal (1988), as chamadas falhas do sistema são, na verdade, aparato tendencioso para a manutenção do estado de coisas e que mascara as contradições sociais.

A aparência de um Estado democrático que permite algumas atividades de bem geral, mas em verdade impõe a manutenção das relações de produção.

Tudo isso origina uma autêntica crise dentro do sistema, porque o caráter democrático, por exigir algumas manifestações externas, que o façam verossímil, permite alguma margem de avanço e progresso às classes subordinadas, obriga o setor hegemônico a suprimi-lo, durante certos períodos, para que não se lhe escape das mãos o controle social que mantém. Por isso é que, de quando em quando, brotam figuras políticas aparentemente anormais, como são o bonapartismo, as ditaduras militares e, ainda, manifestações de brutal governo fascista, que emporcalham a boa cara do regime (NOVOA MONREAL, 1988, p. 180).

A emancipação para a sociedade latinoamericana poder criar seu próprio lugar e identidade jurídica que tenham como foco a resolução de seus conflitos locais para além da lógica discriminatória (WOLKMER, 2019).

Ao considerar as implicações sociais do direito Miaille (2005) afirma que a armadilha do empirismo deve ser evitada buscando o espírito das leis, regidas por fenômenos sociológicos.

O que Wolkmer (2019) suscita diretamente com a distorção da produção do direito por matrizes eurocêntricas num suposto universalismo que estabelecem tempo e espaço excludentes que tomam o Ocidente europeu/estadunidense absolutos ao passo que minimizam a Ásia e a África e por vezes ignoram a realidade latinoamericana.

Para o autor, portanto, o direito se distingue do sagrado, do imutável ou de uma superioridade exterior, europeia.

Esse tipo de reflexão já aparece, por exemplo, em Savigny (1840, v. 1:9) no início do século XIX, o qual procura distinguir entre a *lei* (enquanto um ato do Estado) e seu sentido, isto é, seu *espírito*, que para ele repousa nas convicções comuns de um povo (o chamado “espírito do povo”: *Volksggeist*). Essa distinção permite-lhe separar o *centro emanador* dos atos formais de concretização ou realização do direito, sendo fonte o “espírito do povo” e os atos estatais o *instrumento* de realização (FERRAZ JR, 2003, p. 223).

Enquanto produto cultural, o direito é uma construção de sua sociedade e, o dito “espírito da lei” deve estar em consonância com o “espírito do povo” para concretizá-lo (FERRAZ JR, 2003). Essa percepção da realidade complexa envolve as partes dos conflitos e sua relação com as normas evocadas, como a percepção

de crime famélico, a atual discussão sobre a quantidade de maconha que caracteriza usuário ou traficante, entre outros.

Wolkmer (2019) enxerga no colonialismo ibérico as origens desse contexto de modernidade etnocêntrica, com a exploração da população nativa e a despersonalização dos povos africanos.

Nesse sentido, pessoas e riquezas do sul são coisificadas e dominadas pelo viés europeu.

A crescente complexidade das novas formas de produção do capital e os efeitos das contradições sociais contemporâneas determinam profundos impactos na fundamentação, validade e eficácia dos tradicionais paradigmas racionais do direito moderno, representados pelo jusnaturalismo e pelo juspositivismo (WOLKMER, 2019, p. 2720).

A crise de legitimidade torna necessária a crítica ao direito tradicional, um rompimento e a busca por instrumentos que repensem a normatividade de forma decolonial.

Miaille (2005) evidencia a Revolução Francesa como declínio do jusnaturalismo e ascensão do positivismo, sendo a burguesia dominante ideologicamente em sua busca pela igualdade entre todos. Essa igualdade, como muito já dito, foi importante para o seu tempo, mas seu formalismo se mostra bastante ultrapassado para a interpretação atual. A evolução interpretativa da norma, como as diversas concepções de família, já trazida à baila, evidencia a necessidade de um corpo jurídico amplo e acolhedor.

A crítica de Miaille (2005) ao excesso de formalismo - que o ordenamento brasileiro tem buscado simplificar - cuja complexidade impede o acesso à justiça pelas comunidades menos privilegiadas, é dada como ilusão aos ignorantes e hipocrisia aos que percebem o que as formalidades ocultam. E como últimos exemplos, os conceitos de punição, reparação e composição e a frequente discussão sobre como uma privação de liberdade despersonaliza o condenado que é o foco do processo enquanto a vítima é ignorada em suas vulnerabilidades.

Buscando um pensamento crítico próprio da América Latina, Wolkmer (2007) investiga o processo histórico de dependência latinoamericana perante a Europa e, mais recentemente, ao eixo do norte para buscar a libertação inclusive no campo jurídico.

A reflexão se justifica e ganha qualidade por inserir e sublinhar o direcionamento por um pluralismo jurídico que tem sua fonte no poder comunitário e na ação participativa de múltiplos sujeitos sociais, revelando-se paradigma contra-hegemônico de dimensão prático-teórica para espaços

societários emergentes, marcados por profundas desigualdades sociais e ineficiências em modalidades convencionais de justiça estatal (WOLKMER, 2019, p. 2716).

Wolkmer (2019) traz como exemplos a potencialidade na compreensão das justiças subjacentes dos diversos povos indígenas e dos quilombolas. Este pluralismo jurídico “comunitário-participativo” (WOLKMER, 2019, p. 2730) são ricas manifestações ainda ignoradas pelo Estado pautado na exclusividade do etnocentrismo europeu.

Desde o Renascimento, as alterações sociais, a complexidade populacional, o crescimento da atividade mercantil modificam as relações concretas de poder, como havia na Idade Média (suserano/súdito), que são substituídas por outra, da qual a burguesia se apossou rapidamente. Esse novo tipo de poder, que Foucault (1982:188) chama de *poder disciplinar*, não é mais apenas poder sobre o território, mas sobre o corpo e seus atos, numa palavra, poder sobre o trabalho. Esse poder é mais racionalizável, pois não é descontínuo, nem ocorre apenas quando necessário, nem tem instrumentos ocasionais como imposições assistemáticas de impostos, mas é contínuo, permanente, e exige um sistema de delegações. Com isso, uma ideia central para a teoria das fontes, a noção de soberania, adquire certa flexibilidade abstrata que esconde as relações de propriedade como poder e cria a impressão de que tudo tem uma base naturalmente econômica, competindo ao poder político zelar convenientemente por elas (FERRAZ JR, 2003, p. 226).

Como o próximo passo do poder burguês mercantilista, a hegemonia capitalista traduz todos os aspectos da vida humana à economia e, nesse sentido, a dependência envolve dominação, subordinação e subdesenvolvimento econômico. No entanto, o subdesenvolvimento não pode ser considerado como a condição original para a evolução. A dependência não é só um fenômeno externo, mas se manifesta também sob diferentes formas na estrutura interna, social, ideológica e politicamente. A violência dominante é internalizada ao ser institucionalizada contra os mais vulneráveis (pessoas pobres, camponesas, negras e indígenas, por exemplo).

Diante disso, Wolkmer (2007) propõe a crítica como a práxis da libertação, que tem como fundamento o outro, oprimido, e a reconstituição da alteridade perante o excluído.

Pois o outro tende a ser negado como indigno de pertencimento e taxado de bárbaro “ao negar o outro eu reconheço o meu mundo como o único possível” (WOLKMER, 2007, p. 60). A ideologia torna rígida a valoração Ferraz Jr (2003), última e total. Essa rigidez, no entanto, não é imutável. É possível pressupor a aceitação de uma “superideologia” (p. 346) para a convivência de pensamentos diversos como objetiva a Organização das Nações Unidas, embasada na

universalidade dos direitos fundamentais tornando possíveis variações ideológicas sobre justiça, ordem, e a saúde.

O que alimenta a ideia de direitos fundamentais é a convicção da convivência necessária entre os seres humanos de forma respeitosa e acolhedora quanto às possibilidades de desenvolvimento de cada indivíduo numa sociedade bem integrada e orientada em suas atividades para o bem comum, solidariamente (NOVOA MONREAL, 1988).

O redesenho da “coisa jurídica” (WOLKMER, 2019, p. 2717) deve possuir pressupostos críticos que considerem o rompimento com o pensamento tradicional/etnocêntrico; propor um projeto de sociedade não excludente; buscar novos processos libertadores; recuperar e construir a noção de utopia para um bem viver e potencializar estratégias de ações coletivas transformadoras.

Pontua-se a temática das práticas comunitárias participativas enquanto elemento estruturante, legitimado para enfrentar complexos processos de institucionalidades subjacentes, bem como para responder a experiências normativas resultantes da diversidade e da insurgência de novas subjetividades (WOLKMER, 2019, p. 2718).

Ao fim, a crítica como saber e a prática da libertação deve demonstrar até que ponto os indivíduos estão coisificados e moldados pelos determinismos históricos, mas que nem sempre estão cientes disso (WOLKMER, 2007).

Desse modo, o inconformismo perante o estado de coisas impulsiona a busca pela superação do estabelecido e uma teorização crítica (WOLKMER, 2019).

Nesse sentido, Novoa Monreal (1988) sugere a participação dos povos na vida política com instituições como a do *ombudsman*, cidadão dotado de autoridade para controlar os atos do Estado e assumir a defesa dos desatendidos, recebendo denúncias e reclamações que demandam proteção. A crítica dá-se perante a desassociação entre órgãos como o Ministério Público e as coletividades sob sua responsabilidade.

A moralidade do direito se vincula ao senso comum da sociedade, permitindo que todos possam chegar às mesmas conclusões (FERRAZ JR, 2003). A dissonância entre o senso comum e o direito posto se transforma em arbitrariedade e imposição violenta.

Com a solidariedade social se deixa para trás as relações interindividuais, implantadas sob o regime individualista, para substituí-lo por relações societárias de

integração que unam aos seus membros em um todo dotado de vida orgânica interna (NOVOA MONREAL, 1988, p.155)

CONCLUSÕES

A dogmática do direito insiste em se classificar como ciência autônoma. No entanto, perde seu vínculo com a realidade quando insiste em adaptar seus jurisdicionados aos códigos, quando o fenômeno deve se dar de maneira contrária. A dogmática insiste no que o sistema jurídico deveria ser e ignora o que ele é. A ideia de um direito fechado em si mesmo exige que o texto legal seja estudado e interpretado independentemente de qualquer contexto social ou econômico na busca pela racionalidade universalista.

Constata-se, ainda, que a dogmática instrumentaliza-se a serviço da ação sobre a sociedade atuando pedagogicamente sobre os operadores do direito e sociologicamente criando uma realidade consensual a respeito do direito.

O objeto dessa ciência jurídica é uma disciplina social repressiva, definindo proibições e obrigações. A dogmática se preocupa em cortar a realidade e isolar os problemas, desviando a atenção dos demais fenômenos específicos relacionados.

Cita-se, neste ponto, como exemplo, o dispositivo que regula o casamento ou a união estável, cujas interpretações por vezes ignoram direitos já previstos em norma, confirmando seu viés arbitrário

A dogmática, portanto, é um instrumento capaz de proporcionar uma dinâmica entre os mecanismos de controle social, o qual, por sua vez, não é constituído pela dogmática, mas regulado. São os comportamentos sociais que constituem as normas e estruturas.

O direito, enquanto insuficiente, permanece como palco para a luta de classes enquanto não houver reconhecido por todos o valor da norma posta, uma norma feita por todos e para todos.

Diante da crise de insuficiência normativa, o pluralismo jurídico surge como opção sem tomar nenhuma sociedade específica como parâmetro para a coletividade, uma vez que a multiculturalidade se mostra cada vez mais vocal e reivindicadora de seus direitos de existência.

O pluralismo jurídico, como proposto, é uma reconstituição da teoria crítica do direito de forma descolonial, a exemplo dos sistemas do Equador (2008) e da Bolívia (2009) de contextos pluriculturais.

Nesse sentido, o modelo tradicionalista com suas raízes eurocêntricas com viés racial, religioso e de gênero impede a concretização da equidade quando reforça que alguns indivíduos são mais iguais que outros e impedindo o bem viver de todos.

São exemplos de pluralismo jurídico, em um modelo “comunitário-participativo” os diversos povos indígenas e quilombolas, cujas manifestações ainda são ignoradas pelo Estado, pautado na exclusividade do etnocentrismo europeu. A junção de outros saberes como a filosofia, a sociologia e a antropologia - embora não apenas estes - ao estudo do direito permite ressignificar os princípios e contestar a ordem estabelecida.

As teorias jurídicas também integram os discursos ideológicos a justificarem as sociedades que objetivam, a favor ou contra o estado das coisas.

Longe de negar a ocorrência de progresso no ordenamento jurídico, as reformulações mormente permanecem eminentemente teóricas e incapazes de enfrentar as novas realidades. O ordenamento jurídico só faz sentido quando condiz com a ideia de senso comum, vivido solidariamente numa comunidade que compartilha as mesmas conclusões, inculcando sua moralidade à sua percepção de justiça. Quando seu sentir é privado surge a sensação de arbitrariedade e violência. E quando não se pode participar das decisões a obediência se transforma em impotência.

Um sistema jurídico moderno deve expressar as necessidades sociais do momento com preceitos articulados e coerentes, ao passo que sejam flexíveis ante as futuras realidades sociais e sejam claros. A ordem social que o sistema jurídico oferece procura separar os seres humanos de forma a impedir as uniões que objetivem um poder alternativo ao da classe dominante.

E, como forma de contrapor-se a esse movimento, imperiosa a organização de movimentos com visões comunitárias, contrárias à liberal-individualista imposta pela burguesia, que se abram a concepções sociais mais justas econômica e politicamente.

O que se objetiva, em verdade, é um sistema jurídico crítico e consciente da realidade social, que permita quebrar a rigidez do sistema para perceber a realidade

complexa e refletir as consequências de sua atuação na base para a percepção da realidade.

A edificação de um pensamento crítico latino americano não implica a total negação ou a ruptura radical com outras formas de conhecimento herdadas do iluminismo e produzidas pela modernidade europeia, mas um processo dialético de assimilação, transposição e reinvenção.

Ademais, para uma visão crítica, é preciso identificar as variedades e os elementos estruturais da sociedade e admitir que ela própria se modifica, devendo sobretudo recuperar a identificação do ser humano, uma vez que a sua anulação é inaceitável.

A partir de tais considerações, é possível identificar a crítica como o caminho da libertação, que tem como fundamento o outro, oprimido, e a reconstituição da alteridade perante o excluído. Para alcançar tal libertação, o eixo principal é a educação (também crítica, libertadora), a fim de substituir os papéis de oprimido e opressor pelo papel de pessoas livres.

Assim, constata-se que sem a solidariedade social não é possível justificar as funções do Estado em benefício da vida comum de seus jurisdicionados. Enfim, é a libertação como desafio, como transposição do instituído, e como redefinição da solidariedade e afirmação da alteridade. Sem a solidariedade social não é possível justificar as funções do Estado em benefício da vida comum de seus jurisdicionados. Enfim, é a libertação como desafio, como transposição do instituído, e como redefinição da solidariedade e afirmação da alteridade.

Portanto, o reconhecimento da pluralidade enquanto elemento de libertação só é possível através da concretização do direito à educação, de forma que a abertura de horizontes possa ocorrer “de baixo para cima” e o pluralismo jurídico seja instituído de modo comunitário e equânime, da mesma forma que aceite a universalidade dos direitos fundamentais entre as várias concepções ideológicas.

REFERÊNCIAS

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação.** 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito.** 3ª ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

NOVOA MONREAL, Eduardo. **O Direito como obstáculo à transformação social**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

WOLKMER, Antônio Carlos. Elementos para a construção de um pensamento jurídico crítico na América Latina. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza, v. 5, n. 9, p. 51-83, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito. **Revista Direito e Práxis** [online]. 2019, v. 10, n. 4 [Acessado 05 Outubro 2023], pp. 2711-2735. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/45686>>. Epub 25 Nov 2019. ISSN 2179-8966.

MUDANÇAS NAS LEIS TRABALHISTAS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19: um olhar voltado aos trabalhadores formais e ao *home office* no país

CHANGES IN LABOR LAWS DURING THE COVID-19 PANDEMIC: a look at formal workers and home offices in the country

Deusiangela Maria da Silva¹

Ivonaldo da Silva Mesquita²

Sarah Maria Veloso Freire³

Recebido/Received: 06.04.2024/Apr 6th, 2024

Aprovado/Approved: 17.05.2024/May 17th, 2024

RESUMO: Este artigo objetivou fazer uma análise das mudanças na legislação trabalhista advindas com a pandemia para trabalhadores formais da iniciativa privada, possuindo um olhar voltado à modalidade de trabalho *home office*. Para tanto foi realizada uma pesquisa bibliográfica qualitativa em artigos científicos, livros, teses, monografias e páginas do governo a respeito do assunto. Como resultado, viu-se que houve diversas alterações na legislação trabalhista sob a justificativa de proteção da economia durante o período de crise sanitária. Conclui-se que muitas das modificações feitas contrariam frontalmente às leis e, principalmente, à Constituição Federal. Trata-se de questão de colisão entre esses direitos fundamentais *versus* a manutenção do pleno emprego e a autonomia das empresas que se encontravam mergulhadas em crises, fazendo, excepcionalmente, uma ponderação excludente.

PALAVRAS-CHAVE: *home office*; trabalho formal; leis trabalhistas; medidas provisórias; pandemia.

ABSTRACT: This article aimed to analyze the changes in labor legislation resulting from the pandemic for formal workers in the private sector, focusing on home office work. To this end, a qualitative bibliographical research was carried out in scientific

¹ Graduanda do Curso de Direito da Faculdade de Tecnologia do Piauí (FATEPI). E-mail: deusiangelafiscal@gmail.com

² Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pós-graduado em Direito Processual com Habilitação em Docência do Ensino Superior pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Diretor Administrativo da Escola Superior de Advocacia do Piauí - ESAPI (2022-2024). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário UNINOVAFAPI. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7488734094163787>. E-mail: ivomesquita@yahoo.com.br

³ Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UCAM. Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina (CEUT). Professora do Curso de Direito do Centro Universitário UNINOVAFAPI e da Faculdade de Tecnologia do Piauí (FATEPI). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9422122858027747>. E-mail: sarahmvf1@gmail.com

articles, books, theses, monographs and government pages on the subject. As a result, it was seen that there were several changes to labor legislation under the justification of protecting the economy during the period of health crisis. It is concluded that many of the changes made are directly contrary to the laws and, mainly, the Federal Constitution. This is a matter of collision between these fundamental rights versus the maintenance of full employment and the autonomy of companies that were immersed in crises, making, exceptionally, an exclusionary consideration.

KEYWORDS: *home office*; formal work; work laws; provisional measures; pandemic.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos o mundo passou por intensas transformações decorrentes da pandemia da Covid-19 causada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2)¹ identificado inicialmente em Wuhan, na China. Pela facilidade de transmissão entre as pessoas, o vírus logo se espalhou e, assim, em março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou que o mundo vivia uma nova pandemia. O problema ia além do setor da saúde, atingia todas as esferas da sociedade, sejam elas sociais, jurídicas, culturais ou econômicas. Nesse sentido, o governo brasileiro foi obrigado a criar inúmeros desdobramentos com o intuito de reduzir os impactos econômicos advindos já que a economia foi consideravelmente afetada (SOUSA *et. al.*, 2021).

Na legislação trabalhista brasileira não existiam dispositivos que regulassem as relações de trabalhos durante esses períodos de calamidade de grande proporção. Assim, o Governo criou algumas medidas visando reduzir o desemprego e o fechamento de empresas. Entre as medidas adotadas, estava o estímulo ao trabalho *home office* de trabalhadores com vínculos empregatícios no setor privado. Houve também a criação de medidas provisórias como a MP 927/2020 e a MP 936/2020. A primeira regulamentando o trabalho *home office*; a segunda objetivava manter a renda dos trabalhadores formais da iniciativa privada afastados do trabalho, por meio do programa do benefício emergencial, pago com recursos da União.

A consequência de tudo isso, sobretudo as regulamentações e as medidas provisórias criadas, foi a flexibilização na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, pairando a dúvida sobre quais impactos essas medidas trouxeram aos

¹ Sars-Cov-2 é derivado do acrônimo inglês "Severe acute respiratory syndrome coronavirus 2 of the genus Beta coronavirus".

trabalhadores, visto que houve diversos desentendimentos relacionados à implantação dessas normas; uma verdadeira cruzada entre o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário e os entes federativos. Além disso, qual seria o posicionamento jurídico referente ao assunto? Com isso o objetivo desse artigo foi fazer uma análise das mudanças na Legislação Trabalhista ocorridas para trabalhadores formais da iniciativa privada, possuindo também um olhar voltado à modalidade de trabalho *home office* que passou a ser uma realidade bastante implementada no Brasil.

Utiliza-se a pesquisa bibliográfica exploratória qualitativa, consultando livros e artigos que tratam da temática, tanto da legislação trabalhista como dos impactos da Covid-19 para a economia brasileira e as estratégias adotadas pelo governo para reduzir os efeitos da pandemia. Para tanto, dividiu-se o ensaio em três seções, logo após um breve introito. A saber: a primeira, discorre sobre a própria pandemia; a segunda, investiga-se sobre o trabalho formal exercido nesse período; e terceira, uma análise do trabalho *home office* e as Medidas Provisórias que buscaram socorrer a economia em detrimento da saúde; finalizando com considerações finais.

1 A PANDEMIA DE COVID-19

Existem vários tipos de coronavírus e a maioria deles infecta apenas animais. No entanto, o Sars-Cov-2 que causa a Covid-19 é altamente contagioso e com grande potencial de letalidade ao ser humano. Esse vírus começou a circular em diversas cidades da China e acendeu um estado de alerta no mundo. Diversas tentativas em controlá-lo foram ineficientes e, assim, em março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou que o mundo enfrentaria uma nova pandemia, a Covid-19 (BICALHO *et. al*, 2020).

O termo pandemia é de origem grega, com sentido generalista – para designar qualquer fato que afete toda a população. Em conceitos modernos, a pandemia refere-se a acontecimentos médicos que se espalham por vários países, como foi com a Covid-19 (FAVRETO, 2020). O governo brasileiro, desde o surgimento dos primeiros casos de covid-19 no mundo, adotou medidas para evitar que o vírus chegasse até o país. A Portaria Ministerial nº 188, de fevereiro de 2020, declarou estado de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional. Também foi promulgada, antes da chegada do vírus, a Lei nº 13.979/2020 que

permitia que autoridades adotassem medidas de contenção ao vírus, como a restrição na circulação de pessoas, isolamento, alterações no funcionamento do comércio e quarentena.

A referida Lei nº 13.979/2020 estabeleceu a distinção entre o isolamento e a quarentena como medidas de saúde pública adotadas para conter a proliferação de algum agente contagioso como os vírus. O primeiro, em seu contexto social, referia-se à separação de pessoas que estivessem doentes ou contaminadas ou mesmo mercadorias e meios de transportes. É, portanto, uma medida de cunho preventivo, podendo haver o isolamento tanto para aqueles indivíduos já diagnosticados com uma determinada doença contagiosa como também para aquelas que estão apenas apresentando sintomas da doença. Já a quarentena é medida de restringir as atividades ou separação de pessoas que foram expostas a uma doença contagiosa, porém ainda sem sintomas ou diagnósticos positivos.

Ambas as medidas acima referenciadas foram usadas para tentar conter a propagação do coronavírus no país, a cargo dos governos estaduais, variando de acordo com a região do país. Dessa maneira, houve uma variação de impacto maior na economia de algumas regiões do país.

Porém, mesmo diante das tentativas do governo para não deixar o vírus entrar no país, o Brasil registrou o primeiro caso de Covid-19 em fevereiro de 2020; em julho já havia um número significativo de casos da doença. Com isso, provocado pelo Poder Executivo Federal, o Senado viu-se obrigado a tomar medidas como a edição do Decreto Legislativo Nº 6, de 20 de março de 2020, que dispunha sobre o estado de calamidade pública no país.

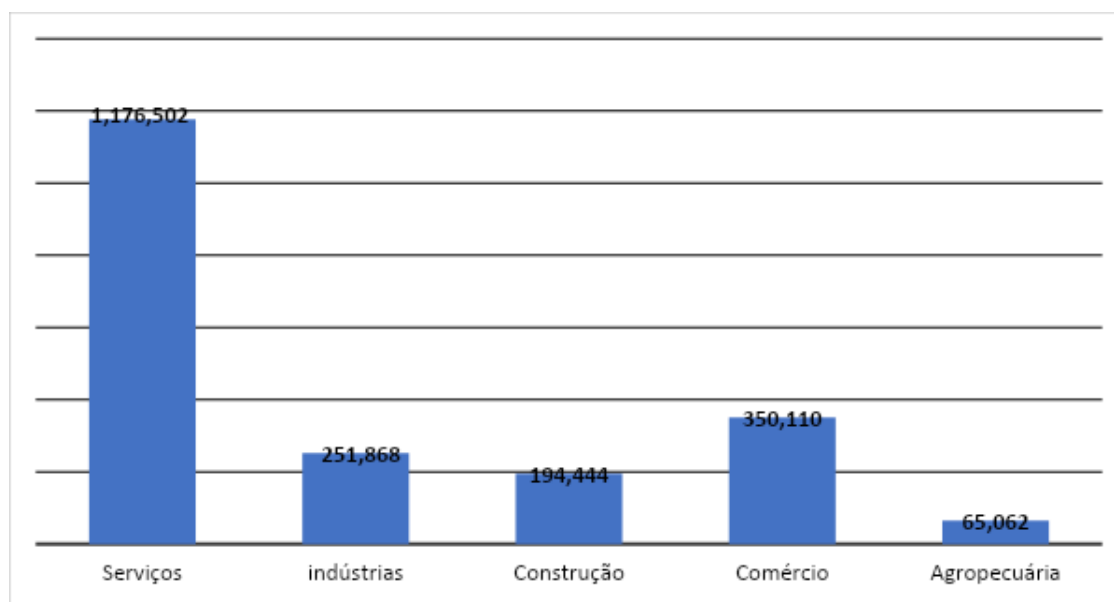
Na incerteza da duração da pandemia, o governo brasileiro no nível federal preocupou-se mais em adotar medidas legais mais severas para reduzir os impactos da doença na área econômica. Então, foram editadas duas medidas provisórias com vistas a preservação do emprego no país, salvaguardadas pelo artigo 62 da Magna Carta de 1988, que autoriza, em caso de relevância e urgência, o governo a adotar medidas provisórias, com força de lei – nas quais devem ser submetidas de imediato ao Congresso Nacional. A utilização desse instrumento normativo foi de uma certa forma importante para amenizar os impactos econômicos e sociais provocados pelo vírus.

2 O TRABALHO FORMAL DURANTE A PANDEMIA

O trabalho formal é aquele regido pelo regime da CLT, que dá ao trabalhador o direito de ter sua carteira de trabalho assinada pelo empregador e usufruir de todos os benefícios das leis trabalhistas. Entre as características assecuratórias do trabalho formal podem ser citadas o seguro-desemprego, o vale alimentação, o 13º salário, as férias remuneradas com direito a aviso prévio, entre outros, como horário de trabalho fixo e, caso passem do horário de trabalho, há o direito a horas extras (OLIVEIRA, 2019).

Segundo informações do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), no ano de 2022, o país criou apenas 2,06 milhões de empregos formais, numa redução de 26% em relação ao ano de 2021. Em 2020, quando a pandemia de Covid-19 atingiu seu ápice, houve o fechamento de quase 200 mil postos de trabalho. Quanto aos setores econômicos, de acordo com dados do MTE, foram criados empregos em todos os setores da economia – serviço, indústria, construção, comércio e agropecuária, conforme gráfico 1. Entre as cinco regiões do país, o Sudeste foi a região que mais empregou.

Gráfico 1: Abertura de vagas de emprego por setor da economia em 2022



Elaboração do autor de acordo com dados do MTE

Com relação ao trabalho formal na pandemia, é certo que a maneira de trabalhar teve de ser reinventada, visto a necessidade de se preservar o emprego. Por conseguinte, o Estado brasileiro editou medidas provisórias e outras leis com

vistas à preservação do emprego e renda dos brasileiros. Entre as mudanças no modo de exercer o trabalho houve por parte do governo incentivo ao *home office* no país.

3 O TRABALHO *HOME OFFICE* NO BRASIL DURANTE A PANDEMIA E AS MEDIDAS LEGISLATIVAS

O surgimento da modalidade de trabalho à distância é incerto. Aponta-se que a primeira prática tenha acontecido no ano de 1857 nos Estados Unidos em trabalhos com telégrafo em que se fazia um sistema de enviar e receber mensagens por meio da eletricidade e do uso de fios. Assim, o operador responsável por enviar as mensagens não devia estar necessariamente na empresa que trabalhava, mas em qualquer lugar e horário, desde que munido de aparelhos que lhe permitissem trabalhar. O termo teletrabalho, segundo Barardo (2021), surgiu na década de 1970, durante uma crise de petróleo por qual o mundo passava e, como forma de reduzir os gastos durante o deslocamento de alguns trabalhadores, passou então a usar o *home office* como medida econômica em alguns setores petrolíferos.

Essa modalidade de trabalho aumentou exponencialmente nos últimos anos com a crise sanitária da Covid-19. Inúmeras mudanças provocadas pela pandemia exigiram do governo e empregadores inovações na forma de trabalho para que mantivessem a economia em patamares aceitáveis. O governo teve que adotar uma postura mais intervencionista na economia, socorrendo tanto as empresas como os trabalhadores.

É importante dizer, quando da edição da CLT – conjunto de leis do trabalho elaboradas pelo governo brasileiro e promulgadas no país em 1º de maio de 1943, pelo Decreto-Lei nº 5.452, não existiam dispositivos que tratassem a respeito do trabalho *home office*. O fato é que se praticava essa forma de trabalho, caso o empregado exercesse algum tipo de serviço para o empregador de forma remota, mas não havia leis que regulassem essa relação. Contudo, em 2017, com a publicação da Lei nº 13.467/2017, popularmente conhecida como Reforma Trabalhista, houve alteração nos dispositivos da CLT, preenchendo essa lacuna legal, regulamentando essas novas relações laborais.

Essa legislação brasileira, a respeito do trabalho *home office*, apresentou-se deficiente e insuficiente quanto à proteção dos trabalhadores. Essas medidas

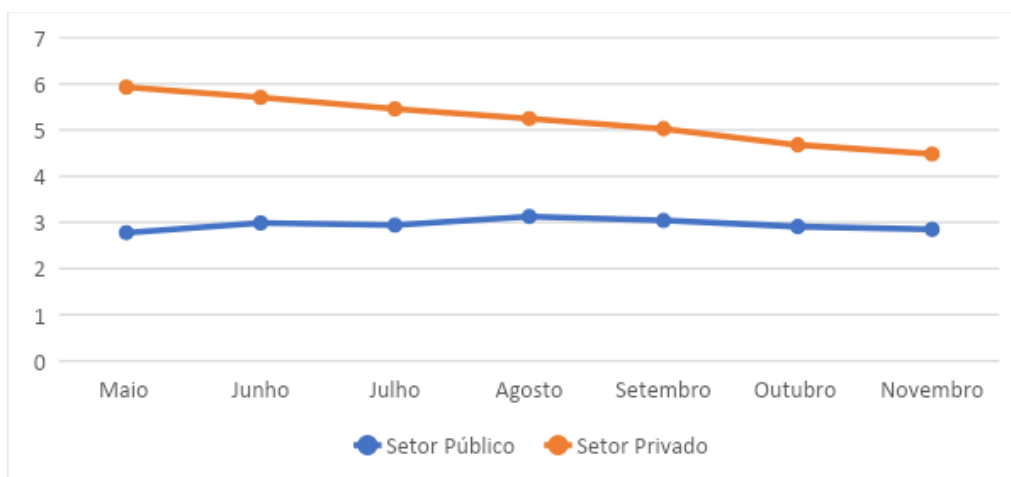
protetivas são necessárias, sobretudo, em tempos de pandemia, pois a alta do desemprego fez com que as pessoas aceitassem as condições impostas pelo mercado de trabalho, precarizando as relações e os direitos laborais.

Com as mudanças exigidas no mercado de trabalho durante a crise sanitária, houve a necessidade de readequar os empregados à nova modalidade de trabalho de forma que não houvesse detrimento do empregado em benefício do empregador. O governo interveio na adoção de novas medidas de trabalho que garantissem a continuidade do emprego e renda, visando a manutenção da economia.

Por outro lado, a forma como foi conduzido o exercício do trabalho à distância gerou muita insegurança jurídica entre os trabalhadores, sendo necessário o ajuste de muitos benefícios por parte das empresas. Além disso, houve no país diversos impactos negativos na saúde e segurança do trabalhador, que tiveram de cumprir jornadas de mais de 10h por dia, incluindo os finais de semana, como forma de compensar o saldo em caso de uso de banco de horas. Além disso, a antecipação das férias fez com que muitos trabalhadores ficassem mais de 12 meses sem esse benefício (RIBEIRO; CARVALHO, 2022).

Analisando números, de acordo com informações da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) da Covid-19, elaborada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em novembro de 2021, existiam no país cerca de 7,3 milhões de pessoas trabalhando na modalidade *home office*. No que diz respeito ao setor, observa-se que a maioria das pessoas em *home office* eram do setor privado. De acordo com o gráfico 2, houve durante os anos pandêmicos uma queda no número de trabalhadores desse setor.

Gráfico 2: Pessoas em trabalho remoto por setor no ano de 2020. (Em Milhões)



Elaboração do autor de acordo com dados da PNAD Covid-19.

Assim, vê-se que no Brasil o número de trabalhadores em *home office* foi expressivo, o que corrobora que essa modalidade de trabalho necessitava de fiscalização constante por parte dos órgãos de trabalhos com vistas a não exploração do trabalhador. Conforme dispõe o art. 6º da CLT:

Art.6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio (BRASIL, 1943).

Ademais, pela forma como foi instalado e pela agilidade que o momento pandêmico exigia, surgiram controvérsias com a legislação trabalhista, já que por vezes fatores como a falta de meios suficientes para o exercício do trabalho levou a diversas violações na forma como foi realizado o controle das horas de trabalho ou mesmo excesso na jornada de trabalho. Diante dessas situações e frente ao momento de calamidade pública, foram editadas, naquele ano de 2020, pelo Governo Federal, medidas provisórias com força de lei.

3.1 A Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020

A edição da MP N° 927/20 dispunha sobre a adoção de medidas de trabalhos que poderiam ser adotadas pelos empregadores, visando preservar o emprego e a renda durante o período pandêmico da Covid-19. Tal medida entrou em vigor no dia que foi editada e teve duração de 120 dias. Atualmente já não está mais em vigor. Portanto, empregadores não podem usar de seus dispositivos para a tomada de decisões. As principais autorizações legais estão dispostas na tabela 1.

Tabela 1: Principais medidas impostas na MP 927/2020 com relação ao trabalho remoto

MEDIDAS DISPOSTAS NA MP 927/2020 COM RELAÇÃO AO TRABALHO REMOTO	
Antecipação de férias Individuais	O empregador poderia antecipar as férias do empregado em aviso prévio de até 48h. Incluindo aqueles trabalhadores que não estivessem com 12 meses de serviços prestados.
Férias Coercitivas	Concessão de férias aos empregados com aviso prévio de 48h e sem a necessidade de comunicação ao Ministério da Economia ou aos sindicatos relacionados à categoria.
Feriados Antecipados	Ficou a cargo do empregador a antecipação de feriados não religiosos desde que houvesse comunicação previa aos empregados de até 48h.
Alteração no Banco de Horas	Ficou a cargo do empregador a criação de um regime especial de banco de horas.
Recolhimento do FGTS	Houve por parte do empregador a possibilidade de diferir o recolhimento do fundo de garantia pelo tempo de serviço.

Elaborado pelo autor de acordo com informações da MP Nº 927, de 22 de março de 2020.

O intuito da edição da MP 927/2020 foi a flexibilização de assuntos trabalhistas, somente durante o período de duração da pandemia aos trabalhadores formais do mercado de trabalho. Além desses, seus dispositivos disciplinam também, em menor grau, os trabalhadores temporários, os rurais e, no que coubesse, aos dos setores domésticos. De forma direta, a essencialidade da MP era a preservação do emprego e renda enquanto durasse o período de calamidade pública.

No entanto, essa MP, por mais que cite em seus artigos que se destina a preservação do emprego e renda, apresenta algumas celeumas em seu texto. O seu artigo 2º, ao que sugere, pareceu apenas se preocupar com a saúde financeira da empresa. Veja-se a redação:

Art. 2º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregado e o empregador poderão celebrar acordo individual escrito, a fim de garantir a permanência do vínculo empregatício, que terá preponderância sobre os demais instrumentos normativos, legais e negociais, respeitados os limites estabelecidos na Constituição.

Infere-se desse artigo que está autorizada a sobreposição do interesse individual ao coletivo. Surge assim, com a edição dessa MP, criada de forma rápida, com determinações passíveis de discussões constitucionais, um percalço jurídico. Além disso, entende-se que entre patrão e empregado não há relação de igualdade, mas uma hipossuficiência deste, então o trabalhador sairia prejudicado nessas

negociações já que iria se sentir intimidado e com medo de perder o emprego, terminando por aceitar qualquer negociação.

A MP 927/20 apresenta outros pontos de atenção. Seu texto menciona diversas alterações relacionadas à permissão de férias individuais e coletivas - sem o tempo de aviso-prévio, conforme regulamentado na CLT. Ora, sabe-se que a destinação das férias é dar ao empregado o direito ao lazer com sua família, o que se contrapõe ao momento da pandemia, já que o país vivia sob situação de quarentena.

Outra alteração que merece destaque é a modificação na forma de exercer o trabalho, podendo, a critério do empregador, ser de forma remota - o chamado trabalho *home office* ou teletrabalho acima delineado. Isso foi duramente criticado por ser uma escolha exclusiva do empregador, independentemente da existência de acordos, sejam eles individuais ou coletivos, implicando numa alteração unilateral do contrato de trabalho sem qualquer oportunidade de escolha do trabalhador.

Constitucionalmente falando, sabe-se que poderá haver flexibilização dos direitos trabalhistas quando houver irredutibilidade salarial, exceto quando resolvido por acordo ou convenção coletiva; o trabalho deve ter duração de até oito horas diárias e até quarenta e quatro semanais que também podem ser reduzidas seguindo os mesmos preceitos ditos anteriormente. Além disso, cabe também na hipótese de negociação coletiva relacionada às horas trabalhadas de formas ininterruptas. É o que se depreende do artigo 7º da CRFB/88:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

VI - Irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

[...]

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (Vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943)

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

Portanto, a excepcionalidade que a Constituição faz é que, para a flexibilização, é indispensável que haja acordo coletivo excepcionando. No entanto, contrariamente à Constituição, as medidas adotadas pela MP 927/20 mitigaram os direitos constitucionais já conquistados pelos trabalhadores, gerando uma enorme antinomia.

A solução tomada é que, durante a pandemia de Covid-19, para o Estado não havia outra solução diante da crise econômica, mesmo diante do princípio da proibição do retrocesso. Assim, o que não poderia haver na relação entre empresas e empregado eram ofensas à dignidade humana, preservando as garantias de manutenção das condições básicas de vida. Essas medidas adotadas por referida MP parecem ter seguidos preceitos existentes na Lei n.º 4.923/1965 que, aparentemente, foi recepcionada pela CF quando menciona que diante de situações excepcionais de rupturas econômicas o empregador atingido pela crise pode adotar medidas por meio de negociação e acordos coletivos sem a necessidade de intervenção judicial.

Essa flexibilização também pode ser observada na Lei nº 5.107 de 1966 que deu ao empregador liberdade de dispensar aqueles trabalhadores regidos pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), dando a eles um abono. Além disso, a própria lei da reforma trabalhista propôs mudanças, conferindo ao legislador a possibilidade de ampliação do rol de direitos que podiam ser negociados de forma coletiva. Com isso, vê-se que para a preservação do equilíbrio econômico há sempre essa flexibilidade beneficiando o empregador em detrimento da manutenção do protecionismo ao empregado.

Ademais, convém ressaltar que, seguindo ritos constitucionais, a MP 927/2020 perdeu seu período de vigência. Ela foi importante por regular questões trabalhistas a respeito do *home office* e, portanto, com a continuidade da pandemia, editou-se outra MP (a MP 1.046/2021) para dar continuidade à preservação do emprego e da renda dos trabalhadores que passaram a trabalhar na modalidade *home office*, além de outros assuntos trabalhistas importantes à preservação dos direitos já adquiridos.

3.2 A Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020

Com vista à preservação do emprego e da renda do cidadão brasileiro, o Governo Federal editou também a MP 936/2020. Essa medida foi tomada a fim de instituir o programa de complementação de emprego e renda e alterações na MP 927/2020 que perdera sua validade.

Simplificadamente, a MP 936/2020 tratava, principalmente, da possível redução de horas de trabalho - o que reduzia o salário recebido pelo empregado. Tal

medida valeria por até 90 (noventa) dias, bem como a possibilidade de suspender o contrato de trabalho por até 60 (sessenta) dias. Essas duas medidas, caso não ultrapassassem o prazo de 90 (noventa) dias, poderiam ser aplicadas concomitantemente. Com isso, o trabalhador passaria a receber um benefício financeiro.

O pagamento desse benefício era feito pela União, mensalmente, até o período de suspensão ou redução de renda do trabalhador. A responsabilidade do empregador era a comunicação ao Ministério da Economia desse acordo individual celebrado com o empregado. Caso não informasse, traria para si a responsabilidade do pagamento integral da remuneração. Veja-se o disposto no artigo 6º da MP:

Art. 6º O valor do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda terá como base de cálculo o valor mensal do seguro-desemprego a que o empregado teria direito, nos termos do art. 5º da Lei nº 7.998, de 1990, observadas as seguintes disposições:

I - Na hipótese de redução de jornada de trabalho e de salário, será calculado aplicando-se sobre a base de cálculo o percentual da redução; e
II - Na hipótese de suspensão temporária do contrato de trabalho, terá valor mensal [...]

Feito isso, entendia o Governo que essas medidas resguardavam a renda do trabalhador, já que deveriam ser pagas independentemente do cumprimento de qualquer período aquisitivo; do tempo de vínculo com a empresa e do número de salários recebidos. Com relação a redução da jornada de trabalho, essa poderia se dar em três patamares, 25% ou 70%, podendo ainda ser celebrado acordo coletivo para adoção de redução proporcional. Cabe ressaltar que, independentemente de como se desse a negociação, seja ela individual ou coletiva, deveriam ser observados alguns requisitos disposto no artigo 7º da MP parágrafos I, II e III:

Art. 7º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador poderá acordar a redução proporcional da jornada de trabalho e de salário de seus empregados, por até noventa dias, observados os seguintes requisitos:

I - Preservação do valor do salário-hora de trabalho;
II - Pactuação por acordo individual escrito entre empregador e empregado, que será encaminhado ao empregado com antecedência de, no mínimo, dois dias corridos; e
III - redução da jornada de trabalho e de salário, exclusivamente, nos seguintes percentuais:

Com relação à possibilidade de suspensão do contrato de trabalho, este poderia se dar de forma individual ou coletiva em um prazo máximo de até 60 (sessenta) dias, com a possibilidade de ser fracionado por dois períodos. Ademais, em qualquer hipótese de celebração de contrato o empregador deveria comunicar às entidades sindicais ao qual o funcionário pertencesse e, além disso, ficaria

resguardado ao trabalhador os benefícios trabalhistas garantidos por lei, inclusive fazer o recolhimento junto ao Instituto de Previdência (INSS) na modalidade facultativa.

Essas ações foram importantes dado o estado de calamidade pública ao qual o Brasil se encontrava. Assim, com tais sacrifícios, para a preservação do emprego e renda e também para evitar o fechamento de empresas, as medidas foram julgadas válidas. De um lado, o empregador reduzia seus custos, mantinha sua empresa e, do lado do empregado, eram preservados os postos de trabalho. Doravante às medidas adotadas, o Ministério da Economia ressaltou que obtiveram sucessos com a implantação dessa MP, sob o argumento da manutenção de mais de 3 milhões de postos de trabalho no país e, mesmo que as empresas não tenham gerado lucros, puderam com essas medidas evitar sua falência. Por outro lado, o IBGE revelou que de cada dez empresas fechadas, quatro foram encerradas por conta da pandemia (Nery, 2020).

No entanto, mesmo que com a edição de medidas visando assegurar a economia estarem mostrando eficácia, um percalço constitucional prevalecia sobre as medidas adotadas. Trata-se da limitação temporal do prazo de vigência dessas MP's que é de apenas 60 dias, prorrogável uma única vez por igual prazo, conforme o artigo 62 da CF:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).

Nesse sentido, é certo que a MP nº 936, de 1º de abril de 2020, alcançou seus objetivos que eram a preservação dos empregos e, assim, a garantia da continuidade das atividades econômicas do país naquele período tormentoso. Porém, saliente-se que a publicação dessas medidas provisórias proporcionou grandes repercussões na sociedade e diversos retrocessos aos trabalhadores. Pergunta-se: será que os benefícios foram mesmo maiores que os sacrifícios? Direitos, frutos de diversas lutas trabalhistas, como a segurança na irredutibilidade salarial, jornada de trabalhos, férias remuneradas com acréscimo de um terço, sofreram diversas flexibilizações diante do contexto da pandemia de COVID-19.

Surgiram junto ao STF diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidades (ADI's), fundamentadas no afrontamento ao retrocesso aos direitos trabalhistas elencados no Texto Constitucional, artigo 7º. Contudo, julgando de acordo com a situação calamitosa, muitas dessas ADI's foram improcedentes, visto a razoabilidade exigida (Delgado e Amorim, 2020).

No entanto, alguns artigos da MP nº 927/2020 contrariavam os preceitos constitucionais, sendo questionadas no STF. Senão, vejamos:

Art. 29. Os casos de contaminação pelo coronavírus (covid-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal.
Art. 31. Durante o período de cento e oitenta dias, contado da data de entrada em vigor desta Medida Provisória, os Auditores Fiscais do Trabalho do Ministério da Economia atuarão de maneira orientadora, exceto quanto às seguintes irregularidades: I - falta de registro de empregado, a partir de denúncias; II - situações de grave e iminente risco, somente para as irregularidades imediatamente relacionadas à configuração da situação; III - ocorrência de acidente de trabalho fatal apurado por meio de procedimento fiscal de análise de acidente, somente para as irregularidades imediatamente relacionadas às causas do acidente; e IV - trabalho em condições análogas às de escravo ou trabalho infantil.

A inconstitucionalidade, segundo Amaral (2021), dos artigos retromencionados é simples e direta. Não cabe ao empregado comprovar que contraiu a doença durante a realização do trabalho, pois isso está na base dos riscos assumidos pela empresa, implicando numa responsabilidade objetiva daquele que emprega. E, segundo, porque os trabalhadores citados no artigo 31 possuíam atividades essenciais diante da situação que o país passava e assim muitos direitos dos trabalhadores estavam sendo empregados de forma relativa (AMARAL, 2021).

Já a MP nº 936/2020 trouxe dispositivos que, segundo a ADI nº 6.363¹, iam de encontro a artigos constitucionais ao permitir que acordos individuais permitam redução salarial ou mesmo suspensão dos contratos trabalhistas sem a anuência de

¹ Sagrou-se vencedora a tese expendida no voto do Min. Alexandre de Moraes que salvou o artigo mais polêmico da MP ao votar pelo deferimento em parte da cautelar para “para dar interpretação conforme à Constituição ao § 4º do art. 11 da Medida Provisória 936/2020, de maneira a assentar que “[os] acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho [...] deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contado da data de sua celebração”, para que este, querendo, deflagre a negociação coletiva. Nesse ínterim, são válidos e legítimos os acordos individuais celebrados na forma da MP 936/2020, os quais produzem efeitos imediatos, valendo não só no prazo de 10 dias previsto para a comunicação ao sindicato, como também nos prazos estabelecidos no Título VI da Consolidação das Leis do Trabalho, agora reduzidos pela metade pelo art. 17, III, daquele ato presidencial. Ressalvo, contudo, a possibilidade de adesão, por parte do empregado, à convenção ou acordo coletivo posteriormente firmados, os quais prevalecerão sobre os acordos individuais, naquilo que com eles conflitarem, observando-se o princípio da norma mais favorável. Na inércia do sindicato, subsistirão integralmente os acordos individuais tal como pactuados originalmente pelas partes”. (STF, ADI 6363 Mc-Ref, Rel. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, Plenário Virtual, 24/08/2001).

sindicatos. Porém, o plenário votou favoravelmente a essa possibilidade também com o argumento da razoabilidade exigidas pelo momento pandêmico.

Esses argumentos usados pela Suprema Corte, de acordo com Paixão (2020), contrariam os direitos do trabalho garantidos na Constituição, agindo o STF como um promotor de desconstitucionalização, praticando um ativismo judicial prejudicial ao trabalhador.

Ademais, a MP 936/2020 teve seu prazo de validade encerrado, exigindo sua conversão em lei para manter seus efeitos. Após passar pelos trâmites legais, tornou-se a Lei nº 14.020/2020. Dentro dessa lei, algumas medidas se destacaram: (i) desoneração da folha de pagamento foi vetada pelo Presidente; (ii) a proposta de permitir que trabalhadores demitidos recebessem o Benefício Emergencial além do seguro-desemprego foi vetada devido à falta de fontes de financiamento; (iii) a lei trouxe estabilidade no emprego para gestantes por um período maior do que para outros empregados; (iv) a possibilidade de suspensão do contrato de trabalho por até 60 (sessenta) dias; e (v) O aviso-prévio foi cancelado em favor da adesão do trabalhador ao programa de manutenção do emprego e renda com o Benefício Emergencial.

O valor do Benefício Emergencial foi calculado com base no valor do seguro-desemprego do trabalhador, sendo concedido quando houvesse redução proporcional da jornada de trabalho por até 90 (noventa) dias. A estabilidade no emprego durante o período de redução era garantida, proporcional à jornada de trabalho e ao salário. No entanto, houve uma prorrogação dos prazos relativos à jornada de trabalho e à suspensão de contratos para 120 (cento e vinte) dias por meio do Decreto nº 10.422/2020.

Para efeito de esclarecimento, salienta-se que o Benefício Emergencial e o Auxílio Emergencial não são a mesma coisa. O primeiro foi uma complementação de renda concedida pelo governo aos trabalhadores com rendas reduzidas devido à pandemia, enquanto o segundo destinou-se aos desempregados e trabalhadores que perderam seus empregos durante a pandemia da Covid-19, instituído pela Lei nº 13.982/2020, de 2 de abril de 2020.

Por fim, em abril de 2021, diante da necessidade de adaptação das empresas, devido à continuidade da pandemia, foi editada a MP nº 1.045/2021, que representou uma nova alteração na MP 936/2020, modificando dispositivos da lei que a substituiu, trazendo um Novo Programa Emergencial de Manutenção do

Emprego e da Renda. Essa MP foi integralmente rejeitada pelo Congresso Nacional, sob fundamento de inexistência dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência e de sua adequação financeira e orçamentária.

CONCLUSÕES

No período pandêmico foram publicadas medidas provisórias que proporcionaram grandes repercussões na sociedade com diversos retrocessos aos trabalhadores. Os seus direitos, frutos de diversas lutas trabalhistas, como a segurança na irredutibilidade salarial, jornada de trabalhos, férias remuneradas com acréscimo de um terço, sofreram diversas flexibilizações, ao arrepio da Constituição. Trata-se de questão de colisão entre esses direitos fundamentais *versus* a manutenção do pleno emprego e a autonomia das empresas que se encontravam mergulhadas em crises. Precisava-se de uma compatibilização, fazendo, excepcionalmente, uma ponderação excludente. No entanto, para alguns, a exemplo de Amaral (2021), o que se viu foi um ativismo sem tamanho do STF, bastante criticado pela doutrina.

Consoante a situação de calamidade pública pela qual o país passava, as autorizações concedidas pelo Estado para a suspensão de contratos trabalhistas, redução de jornadas de trabalhos celebrados de forma individual com o empregado sem a intervenção sindical, além da adoção do trabalho *home office*, era um sacrifício mais benéfico naquele momento. Tanto é verdade que, dados do Ministério da Economia mostraram que houve a preservação de milhares de empregos e se evitou o fechamento de inúmeras empresas.

O próprio STF, instado a se manifestar em controle concentrado, não considerou tais medidas inconstitucionais ou mesmo cavando uma interpretação conforme à Constituição sem redução de texto. Era necessária uma ponderação excludente em situação complexa, que exigia uma resposta excepcional em razão da situação de pandemia que o país passava, considerando para tanto o princípio da segurança jurídica mesmo que de forma diferenciada e temporária. Portanto, o posicionamento jurídico referente ao assunto foi a utilização do argumento da razoabilidade exigidas pelo momento pandêmico, suspendendo sacrificadamente a Constituição.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 jan. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 13 jan. 2023.

BRASIL. Medida Provisória nº 936, de 01 de abril de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-936-de-1-de-abril-de-2020-250711934>. Acesso em: 13 fev. 2023.

BRASIL. Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-927-de-22-de-marco-de-2020-249098775>. Acesso em: 13 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6363 MC-Ref. O Tribunal, por maioria, negou referendo à medida cautelar, indeferindo-a, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos o Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), que deferia em parte a cautelar, e os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, que a deferiam integralmente. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 17.04.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886604>. Acesso em 30 de abr. 2024.

AMARAL, Raquel Lopes. **A pandemia do covid-19 e as relações de trabalho:** políticas adotadas pelo estado brasileiro quanto ao trabalho formal e informal. 2021. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/28870>. Acesso em: 15 jun. 2023.

BARARDO, Ricardo de Oliveira. **A afirmação do teletrabalho no setor terciário: desafios e oportunidades.** 2021. Tese de Doutorado. ISCAL. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10400.21/15238>. Acesso em: 19 fev. 2023.

BATISTA, Vitoria Ferreira *et al.* A SEPARAÇÃO ENTRE A JORNADA DE TRABALHO E VIVÊNCIA DO LAR NA PANDEMIA DO COVID19. **Encontro Internacional de Gestão, Desenvolvimento e Inovação (EIGEDIN)**, v. 6, n. 1, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.18471/rbe.v35.37636>. Acesso em: 26 jan. 2023.

BICALHO, Pedro Paulo *et al.* Da crise à pandemia: da letalidade como política às políticas editoriais de resistência. **Arquivos Brasileiros de Psicologia**, v. 72, n. 1, p. 3-7, 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.36482/1809-5267.ARBP2020v72i2p.3-7>. Acesso em: 13 jan. 2023.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. A legislação pandêmica e o perigoso regime de exceção aos direitos fundamentais trabalhistas. **Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano**, v. 3, 2020. Disponível em: <https://sistemas.trt3.jus.br/bdtrt3/bitstream/handle/11103/56106/Revista%20TRT-3%20Covid%2019%20tomo-2-477507.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 jun. 2023.

SOUSA, Marcelo Ferreira de *et al.* Cidades Criativas da Unesco no Brasil: uma pesquisa exploratória sobre o comportamento do poder público na implementação de estratégias e estratégias voltadas à economia da cultura durante a pandemia provocada pela COVID-19. **Revista Ciências Humanas**, v. 13, n. 2, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.32813/2179-1120.2020.v13.n2.a641>. Acesso em: 24 jan. 2023.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. LTr Editora, 2019.

FAVRETO, Clair. Liturgia das exéquias em tempos de pandemia. **Revista Teopraxis**, v. 37, n. 129, p. 83-104, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.52451/teopraxis.v37i129.10>. Acesso em: 13 jan. 2023.

NERY, Carmen. Pandemia foi responsável pelo fechamento de 4 em cada 10 empresas com atividades encerradas. **Agência IBGE Notícias**, 17 de jul. de 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28295-pandemia-foi-responsavel-pelo-fechamento-de-4-em-cada-10-empresas-com-atividades-encerradas>. Acesso em 30 abril 2024.

PAIXÃO, Cristiano. Covid-19 e o oportunismo desconstituente. **Jornal Grupo Gente Nova**, 09 de abr. de 2020. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/artigos/covid-19-e-o-oportunismo-desconstituente-por-cristiano-paixao/>. Acesso em: 15 jun. 2023.

RIBEIRO, Camila Sampaio; CARVALHO, Rayra Batista Rodrigues. O HOME OFFICE NA PANDEMIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA JORNADA DE TRABALHO. **Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social**, v. 7, n. 1, 2022. Disponível em: <https://www.revista.laborjuris.com.br/laborjuris/article/view/94>. Acesso em: 20 fev. 2023.

VIEIRA, Regina Stela Correa; VAILON, Kauana. Negociação coletiva de trabalho nos momentos de crise: análise das medidas provisórias 927 e 936/2020, decisões do supremo tribunal federal e recomendações do ministério público do trabalho. **Rev. do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho**, v. 6, n. 1, p. 96-110, 2020. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/revistadtmat/article/download/6630/pdf>. Acesso em: 13 jan. 2023.

A DESVALORIZAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: no processo de produção de provas

THE DEVALUATION OF THE VICTIM'S WORD IN OFFENCES AGAINST SEXUAL DIGNITY: in the process of producing evidence

Naiara Pereira Branco dos Santos¹

Deilton Ribeiro Brasil²

Recebido/Received: 05.08.2023/Aug 5th, 2023

Aprovado/Approved: 05.02.2024/Feb 2nd, 2024

RESUMO: Este artigo tem o objetivo de discutir como a palavra da vítima de crimes sexuais é tratada na prática no processo de produção de provas, bem como buscar propor um meio de resolução da lide que não viole direitos fundamentais de nenhuma das partes envolvidas. Nesse contexto é levantado o seguinte problema: É possível a absolvição por faltas de provas quando a única prova é a palavra da vítima? Quanto à metodologia, a delimitação do problema teórico ocorreu a partir do método dedutivo, tendo como ponto de partida as concepções macroanalíticas, quais sejam condenação, dignidade sexual e palavra da vítima, acerca da impossibilidade de absolvição do réu por falta de provas em crimes contra a dignidade sexual. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. Enquanto o enquadramento bibliográfico utiliza-se da fundamentação dos autores sobre um tema. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática. Como resultados alcançados verificou-se que a condenação do acusado será possível quando feito um estudo psicológico bem estruturado, para verificação da verossimilhança dos fatos.

PALAVRAS-CHAVE: crimes sexuais; palavra da vítima; desvalorização; dignidade sexual; processo penal.

ABSTRACT: This paper aims to discuss how the word of the victim of sexual crimes is treated in practice in the process of producing evidence, as well as to seek to propose a means of resolving the dispute that does not harm the fundamental rights of any of the parties involved. In this context, the following problem arises: Is it possible to acquit for lack of evidence when the only proof is the victim's word? As for

¹ Graduanda do Curso de Direito das Faculdades Santo Agostinho de Sete Lagoas (FASASETE-AFYA). E-mail: naiara.santos@sete.fasa.edu.br

² Pós-Doutor em Direito pela UNIME, Itália. Doutor em Direito pela UGF-RJ. Professor da Graduação e PPGD - Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASASETE-AFYA). Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/1342540205762285>. E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br

the methodology, the delimitation of the theoretical problem occurred from the deductive method, having as a starting point the macro analytical conceptions, namely, condemnation, sexual dignity and the victim's word, about the impossibility of acquitting the defendant due to lack of evidence in crimes against sexual dignity. The bibliographic survey provided the theoretical and doctrinal bases from books and texts by reference authors, both national and foreign. While the bibliographic framework uses the authors' reasoning on a subject. The first source of the research is the bibliography that instructed the analysis of the constitutional and infraconstitutional legislation, as well as the doctrine that informs the dogmatic concepts. As results achieved, it was verified that the conviction of the accused will be possible when a well-structured psychological study is carried out, to verify the likelihood ratio of the facts.

KEYWORDS: sexual offences; victim's assurance; devaluation; sexual dignity; criminal procedure.

INTRODUÇÃO

Os crimes contra a dignidade sexual, como o estupro, geralmente ocorrem de maneira clandestina e discreta, dificultando a obtenção de provas materiais nos casos. Nesse contexto, tanto os textos doutrinários quanto jurisprudenciais destacam a relevância da palavra da vítima nesses tipos de crime.

Ao abordar a desvalorização da palavra da vítima nos crimes sexuais durante o processo de produção de provas, busca-se uma solução prática para o problema levantado: a possibilidade ou impossibilidade da absolvição por falta de provas. A pesquisa visa demonstrar as consequências que podem surgir quando não se atribui o devido valor à palavra das vítimas de crimes sexuais, especialmente no que diz respeito à produção de provas. Além disso, almeja-se sugerir novos métodos para buscar a verossimilhança dos fatos alegados, propondo uma releitura dos meios de inquirição das partes por meio de mecanismos psicológicos. A ciência da psicologia dispõe de meios eficazes para verificar a veracidade do que é alegado, tanto pela vítima quanto pelo réu.

Conforme o artigo 201 do Código de Processo Penal, sempre que possível, o ofendido será qualificado e questionado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. Nos crimes sexuais, este artigo tem grande importância no processo de produção de provas, considerando a peculiaridade desses delitos.

Entretanto, na prática, a realidade é diferente. A sociedade em que vivemos foi moldada por princípios e conceitos patriarcais. Apesar de as mulheres terem

conquistado mais espaço ao longo da história, a desigualdade de gênero é um desafio com o qual elas ainda lidam diariamente, especialmente quando se trata de questões que envolvem a credibilidade de sua palavra.

Em situações em que é necessário ponderar as palavras de uma mulher e as de um homem, geralmente, a palavra do homem é mais facilmente considerada devido ao preconceito de gênero arraigado em nossa sociedade. Isso não difere em situações de crime, onde a palavra da vítima, quando esta é uma mulher, é posta em xeque em diversas fases do procedimento, assim como em seu meio social.

Dessa forma, a hipótese levantada para análise científica é a impossibilidade de absolvição do réu, uma vez que a palavra da vítima, por si só, vale como prova de grande relevância no processo. O trabalho está subdividido em cinco seções: o conceito de dignidade sexual como ramificação do princípio da dignidade da pessoa humana; dignidade e liberdade sexuais à luz da Constituição Federal de 1988; produção de provas; produção de provas nos crimes sexuais; palavra da vítima versus a palavra do agressor; absolvição por falta de provas nos casos de crimes contra a dignidade sexual; e avaliação psíquica da vítima e do acusado, além de considerações finais.

No entanto, considerando que todos os princípios constitucionais utilizados para fundamentar qualquer decisão jurídica estão baseados no princípio da dignidade da pessoa humana, não podemos nos basear em uma única prova para condenar alguém, muito menos deixar de valorar qualquer prova, principalmente em se tratando de crimes sexuais. Portanto, devemos encontrar meios pelos quais possamos verificar a veracidade das alegações, baseando-nos em fundamentos e conceitos científicos, para chegarmos a uma decisão justa que não fira nenhum princípio constitucional de nenhuma das partes envolvidas.

A importância da pesquisa está em buscar novas diretrizes e parâmetros para uma melhor compreensão da figura da vítima no curso do processo, visando evitar que ela seja compreendida como um mero "objeto de prova processual" e buscando a não revitimização do (a) ofendido (a). A pesquisa se mostra atual, tendo em vista a repercussão social, moral e jurídica da não valoração da palavra das vítimas de violência sexual. E, justamente por serem crimes que, em sua maioria, são cometidos na clandestinidade e às ocultas, o que resta como prova cabal é a palavra da vítima.

A delimitação do problema teórico ocorreu a partir do método dedutivo, tendo como ponto de partida as concepções macroanalíticas, quais sejam, condenação, dignidade sexual e palavra da vítima, acerca da impossibilidade ou possibilidade de absolvição do réu por falta de provas em crimes contra a dignidade sexual. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. Enquanto o enquadramento bibliográfico utiliza-se da fundamentação dos autores sobre o assunto. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da legislação constitucional e infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

1 DIGNIDADE SEXUAL

A dignidade sexual pode ser entendida como a faculdade de uma pessoa escolher de forma livre com quem deseja manter relações sexuais, bem como de que formas e de que modos essa pessoa irá se relacionar com o indivíduo escolhido. Ou seja, a dignidade sexual é uma ramificação do princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, pretende-se abordar, nesta seção, de maneira objetiva, os bens jurídicos liberdade e dignidade, e demonstrar de que maneiras os crimes que ferem tais bens são tratados no caso concreto.

Assim conceitua Alexandre de Moraes (2017, p. 345):

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade.

Ao observar a definição acima, percebe-se que a dignidade sexual é algo inerente ao ser humano. Afinal, está intimamente ligada à dignidade da pessoa humana. Portanto, deve ser respeitada e valorizada, uma vez que, como ser humano, conquista estima e um lugar na sociedade. Dessa forma, alcança o direito à felicidade de maneira permanente e igualitária.

1.1 A dignidade sexual e a liberdade sexual à luz da Constituição Federal de 1988

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que estabelece em seu texto a garantia à liberdade, à segurança, à igualdade, à justiça e à dignidade da pessoa, tendo como finalidade principal atingir um Estado Democrático de Direito por meio de seus valores, faz com que o Direito Penal comece a se adequar à sociedade buscando uma tutela de direitos mais efetiva, conforme as mudanças de contexto social ao longo dos anos.

Em contrapartida, tem-se que o Código Penal é anterior à Constituição Federal de 1988. Dessa forma, é perceptível que ocorreram diversas alterações legislativas para adequá-lo aos novos preceitos constitucionais, iniciando um Direito Penal Democrático ajustado à Constituição Federal.

Assim, há um novo olhar para os crimes de cunho sexual, objetivando agora tutelar a dignidade e a liberdade sexual dos cidadãos dentro do contexto democrático de direito, conforme o entendimento de José Afonso da Silva (2011, p. 234), sobre o bem liberdade:

O regime democrático é uma garantia geral da realização dos direitos humanos fundamentais. Vale dizer, portanto, que é na democracia que a liberdade encontra campo de expansão. É nela que o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal. Quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constroem, mais liberdade conquista.

Bem como, destaca, nesse mesmo raciocínio, Muñoz-Conde (2004, p. 206), que conceitua de forma objetiva a liberdade sexual:

A liberdade sexual, entendida como aquela parte da liberdade referida ao exercício da própria sexualidade e, de certo modo, a disposição do próprio corpo, aparece como bem jurídico merecedor de uma proteção específica, não sendo suficiente para abranger toda sua dimensão a proteção genérica concedida à liberdade geral.

Nesse mesmo sentido, tem-se a dignidade sexual, que nada mais é que uma vertente da dignidade da pessoa humana, que pode-se considerar como sendo a base para a existência dos demais direitos, uma vez que é a partir daí que se pode distinguir o ser humano dos demais seres que habitam nosso planeta, ou seja, é partir de tal preceito que o ser humano recebe proteção simplesmente pelo fato de ser humano. Conforme preleciona Celso Ribeiro (2010, p. 227):

O termo "dignidade da pessoa" visa a condenar práticas como a tortura, sob todas as suas modalidades, o racismo e outras humilhações tão comuns no

diaadia de nosso país. Este foi, sem dúvida, um acerto do constituinte, pois coloca a pessoa humana como fim último de nossa sociedade e não como simples meio para alcançar certos objetivos, como por exemplo, o econômico.

Por conseguinte, conforme o Direito Penal foi se adequando às novas vertentes constitucionais, as alterações feitas à legislação penal vieram a combater os crimes sexuais em uma sociedade onde se busca a tutela da liberdade e não uma suposta moral.

1.2 Crimes sexuais segundo a jurisprudência

Conforme o artigo 201 do Código de Processo Penal, sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. Em crimes contra a dignidade sexual, este artigo tem especial relevância para o processo de produção de provas, uma vez que diante de crimes dessa natureza, que em sua maioria acontecem na clandestinidade e nas ocultas, muitas vezes o que se tem é apenas a palavra da vítima como meio de comprovação dos fatos (BRASIL, 1941).

Quanto à valoração da palavra do ofendido, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento jurisprudencial no sentido de que o depoimento da vítima, mesmo que inexistam outros depoimentos testemunhais para corroborá-lo, pode embasar uma condenação penal, eis que “nos crimes contra a dignidade sexual, geralmente ocorridos na clandestinidade, a palavra da vítima adquire especial importância, desde que verossímil e coerente com os demais elementos de prova” (Superior Tribunal de Justiça, 2018).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL MAJORADO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. PALAVRA DA VÍTIMA. CONSENTÂNEA COM OS DEMAIS ELEMENTOS. ESPECIAL VALOR PROBANTE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICOPROBATÓRIO. PROCEDIMENTO INVIÁVEL NA PRESENTE VIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. II - In casu, as instâncias ordinárias, mediante exame amplo e aprofundado do acervo probatório coligido nos autos, entenderam comprovadas a materialidade e a autoria delitivas com amparo nos depoimentos prestados pela vítima e por demais testemunhas,

os quais, harmônicos e coerentes entre si, confirmaram, tanto na fase inquisitorial como no curso da instrução processual, os fatos narrados pela vítima e deduzidos na exordial acusatória, atribuindo a autoria do delito ao ora impetrante-paciente. III - Cumpre notar que, conforme o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, **nos crimes contra a dignidade sexual, em virtude das dificuldades relacionadas à obtenção de provas, nos quais, o mais das vezes, são praticados sem testemunhas e sem deixar vestígios físicos, a palavra da vítima, quando consentânea com os demais elementos dos autos, assume especial valor probante.** Precedentes. IV - Desconstituir o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias para concluir pela ausência de materialidade e/ou de autoria delitiva, ausente ilegalidade flagrante, exigiria profundo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento inviável na via estreita do habeas corpus. Precedentes. Habeas corpus não conhecido (STJ. Habeas Corpus nº 468.130-SP [2018/0231563-3]. Relator: Ministro Félix Fischer. Julgado em: em 12/02/2019), (Grifo nosso)

Porém, apesar de o Judiciário brasileiro estar evoluindo em relação ao tratamento dos crimes contra a dignidade sexual, ainda há muitas falhas nos procedimentos utilizados, que, muitas vezes, acabam por violar os direitos das vítimas, retirando-lhes o caráter humano, uma vez que as transformam em meros objetos de prova. Além disso, são constantemente expostas a processos inquisitórios que as fazem reviver toda a violência sofrida. Procedimentos como esses começam desde a chegada da vítima à Delegacia e percorrem até a finalização do processo. Na maioria das vezes, colocam em xeque a veracidade dos fatos narrados pela vítima, culminando, em muitos casos, na absolvição do réu com a alegação de falta ou insuficiência de provas, mesmo quando a palavra da vítima está em consonância com as demais provas, quando estas existem.

Neste sentido, vê-se necessário fazer uma análise minuciosa das consequências que podem surgir quando não é valorada a palavra das vítimas de crimes sexuais. Além disso, é preciso rever os métodos utilizados na condução do processo no que se refere à oitiva das vítimas e buscar uma melhor compreensão dos argumentos utilizados pelos julgadores em face da absolvição por falta de provas em crimes contra a dignidade sexual.

2 A PRODUÇÃO DE PROVAS

A prova no processo penal, assim como em outros procedimentos, tem o objetivo de comprovar a veracidade dos fatos alegados pelas partes e tem como destinatário o juiz, de quem se busca o convencimento por meio das provas

produzidas no decorrer do processo. Em outras palavras, as provas são os elementos trazidos aos autos do processo que visam à efetividade do mesmo.

Conforme leciona Fernando Capez:

Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação (CAPEZ, 2011, p. 344).

Dessa forma, o Código de Processo Civil destaca que as provas existentes são o depoimento pessoal, a confissão, provas periciais, exibição de documentos ou objetos, inspeção judicial, ou seja, pode-se utilizar de todos os meios legais e morais para provar suas alegações no processo, mesmo que não previstos na legislação.

2.1 Produção de provas dos crimes sexuais

Em crimes sexuais, a produção de provas pode ser algo um tanto quanto complexo, visto que são crimes cometidos às ocultas. Dessa maneira, provas materiais, como imagens ou vídeos, por exemplo, na maioria das vezes são quase impossíveis de se obter. Portanto, a relevância da palavra das vítimas é imprescindível para a garantia da efetividade processual.

Na prática, porém, não é exatamente dessa maneira que ocorre, tendo em vista que o processo penal anda de mãos dadas com elementos médico-periciais, conforme disposto no artigo 158 do Código de Processo Penal, que estabelece que quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. Ou seja, a prova técnica é de extrema importância em crimes dessa natureza e deve ser realizada por um profissional da área capacitado para tais procedimentos, conforme se depreende do artigo 159 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Artigo 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

§ 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

§ 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico.

§ 4º O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão.

§ 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia:

I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar;

II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.

§ 6º Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação.

§ 7º Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico (BRASIL, 1941).

Acontece que, na maioria das vezes, as vítimas de violência sexual buscam apoio policial após as 48 horas estabelecidas como período seguro para a realização dos exames periciais que comprovem a violência sofrida em casos de conjunção carnal. Após esse período, a identificação da violência torna-se bem menos eficaz, principalmente quando a vítima é uma pessoa adulta não virgem. Portanto, a identificação dos vestígios de que trata o artigo 158 se torna prejudicada.

Nesse sentido, Capez (2015, p. 45):

Sendo assim, a prova desses crimes é produzida essencialmente com o exame de corpo de delito, e na hipótese de tentativa, em que não chega a haver a conjunção carnal, dificilmente restam elementos a serem periciados junto à ofendida, e, mesmo havendo consumação, os resquícios podem ter desaparecido com o tempo, ou podem nem sequer ter ocorrido como na hipótese de mansa submissão após o emprego de grave ameaça, ou ainda quando não há ejaculação do agente, só para citar alguns exemplos.

Dessa forma, resta ao julgador a palavra da vítima, que na maioria dos casos é a única prova a ser apreciada no processo. É aí que se depara com um embate demasiado delicado, onde há de um lado a palavra da vítima e do outro a palavra do agressor. Esse conflito, se não avaliado de maneira cautelosa, pode levar a uma condenação injusta, bem como pode resultar em uma absolvição equivocada, o que acaba ocorrendo em uma frequência significativa, levando ao sentimento de impunidade e resultando na revitimização da vítima.

2.2 Palavra da vítima versus palavra do agressor

Historicamente, a condenação nos chamados “crimes contra os costumes”, era rara. O desencadeamento da ação penal dependia de representação da vítima, a evidenciar que não existia qualquer interesse do Estado em coibi-los. Por serem crimes que, de um modo geral, acontecem em ambientes privados, a prova era quase impossível. A palavra da mulher, sempre foi desacreditada. Na maior parte das vezes, restava ela responsabilizada pelo acontecido e o réu, absolvido (DIAS, 2019, s. p.).

A investigação social sobre a contribuição da vítima para a ocorrência do crime está edificada no controle da sexualidade feminina. Na verdade, todos os modelos de conduta apontados como tipicamente femininos são explicados culturalmente como a melhor forma de evitar maiores males. Para as massas, se a mulher é cuidadosa e não se desvia das regras comportamentais do seio social, certamente terá menores chances de se tornar vítima de violência sexual. Implica dizer que, para o senso comum, normalmente a mulher só é estuprada se der algum motivo, o qual geralmente está imbricado com sua moral sexual (LIMA, 2012, p.17).

Para Pessoa (2021), o próprio sistema de Justiça, desde a fase pré-processual, muitas vezes não está devidamente preparado para acolher e não revitimizar a mulher. Os comportamentos misóginos, machistas são naturalizados, mesmo no meio jurídico. Sabe-se que o Direito resulta de uma construção hermenêutica, diuturna, refletidos os valores da cultura que ele é subjacente, mas a prática jurídica não se exaure nas leis.

Recentemente, pode-se acompanhar por intermédio dos meios telemáticos um caso de grande repercussão: o caso da jovem Mari Ferrer, uma *digital influencer* que foi vítima de abuso sexual em um *beach club* no estado do Paraná, onde estava trabalhando. No entanto, a violação dos direitos da jovem Mariana não se limitou ao episódio de violência sexual; ela também enfrentou uma violência institucional perpetrada por agentes do sistema judiciário de maneira inaceitável.

Após esse evento, foi sancionada a Lei nº 14.245 em novembro de 2021, mais conhecida como Lei Mariana Ferrer, que visa alterar o atual Código Penal com o objetivo de minimizar a violência institucional sofrida pelas vítimas de crimes contra a dignidade sexual, como pode ser observado a seguir:

Altera os Decretos-Leis nos 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo (Lei Mariana Ferrer) (BRASIL, 2021).

Contudo, enquanto o machismo estrutural persistir na sociedade, essas situações não terão fim, e a palavra da vítima, confrontada com a do agressor, continuará sem desempenhar um papel significativo na comprovação da violência sofrida. Mesmo com a promulgação de leis, o estabelecimento de jurisprudências e as discussões doutrinárias sobre a importância da palavra da vítima, na prática, ainda não é reconhecida como um meio efetivo para garantir a efetividade processual nos casos de crimes contra a dignidade sexual.

3 ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Quanto à valoração da palavra das vítimas de violência sexual, depara-se com o desafio da absolvição dos réus por falta de provas. Como justificar a absolvição por falta de provas quando a palavra da vítima, por si só, já representa a principal evidência a ser apresentada no processo? Apesar da complexidade inerente aos processos que envolvem crimes contra a dignidade sexual, é imperativo não negligenciar a importância da palavra da vítima.

O caso de Mari Ferrer ilustra como a palavra da vítima é tratada na prática pelos sujeitos processuais. Mesmo com diversas provas além de sua palavra que comprovavam a veracidade dos fatos narrados, o juiz, ao evocar o princípio do *in dubio pro reo*, absolveu o agressor de Mariana. Essa decisão foi tomada sem considerar as provas materiais apresentadas nos autos e a relevância da palavra da vítima diante do ocorrido, conforme pode ser observado a seguir:

Assim, diante da ausência de elementos probatórios capazes de estabelecer o juízo de certeza, mormente no tocante à ausência de discernimento para a prática do ato ou da impossibilidade de oferecer resistência, indispensáveis para sustentar uma condenação, decido a favor do acusado André de Camargo Aranha, com fundamento no princípio do *in dubio pro reo*. III – Dispositivo: Ante o exposto, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, julgo improcedentes os pedidos formulados na denúncia de fls. 1328-1330, para o fim de absolver o acusado André de Camargo Aranha, quanto à imputação acusatória referente à prática do delito descrito no artigo 217-A, §1º, segunda parte, do Código Penal (REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2020, p. 51).

Observa-se que na decisão do juízo criminal, que absolveu o agressor de Mari Ferrer por falta de provas, na prática, o que mais ocorre é que os julgadores, respaldados no princípio do *in dubio pro reo*, acabam por absolver os réus, mesmo quando há outras formas de comprovar a veracidade dos fatos que não se resumem apenas à palavra da vítima. No entanto, deixam de lado as demais provas e tentam justificar a não consideração da palavra do ofendido, alegando que esta é insuficiente.

Depara-se, então, com um conflito de princípios, entre o princípio do *in dubio pro reo* e o princípio da dignidade sexual, como ramificação do princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, tem-se, de um lado, o *in dubio pro reo* com o objetivo principal de proteger o *status libertatis* do suposto agressor e, de outro, a dignidade da pessoa humana, que visa garantir as necessidades vitais de cada cidadão, conforme preceituado na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988):

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

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Acontece que, tratando-se de princípios jurídicos, é notadamente perceptível que estes derivam de um princípio basilar, que é o princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, quando ocorre uma violação literal de tal princípio, os sujeitos processuais estarão indo em contramão de tudo o que está estabelecido na Constituição Federal de 1988, ou seja, uma vez que não se dá credibilidade aos depoimentos das vítimas de violência sexual, incorre-se em uma interpretação em desconformidade com os valores fundamentais da Constituição Federal. Da mesma forma, quando se condena uma pessoa, desconsiderando todo o conteúdo probatório do processo.

Ao deparar-se com tais conflitos de princípios, é necessário adotar critérios capazes de resolver o conflito e salvaguardar a unidade e a coerência do ordenamento jurídico, para que se chegue a uma decisão capaz de atender às pretensões, sem deixar de garantir os direitos de ambas as partes. A melhor maneira de alcançar uma sentença justa nos casos em que a única prova nos autos

processuais é a palavra da vítima é realizar um estudo psicológico minucioso da vítima e do acusado.

3.1 Avaliação psíquica da vítima e do acusado

Em casos de crimes contra a dignidade sexual, a fronteira entre prova e condenação se torna tênue. Para alcançar um veredicto final, o juiz deve basear sua decisão em provas robustas, uma tarefa desafiadora em delitos nos quais, na maioria dos casos, a única evidência é a palavra da vítima. No entanto, é imperativo encontrar um meio de analisar essa prova antes de se utilizar o princípio *do in dubio pro reo*.

A avaliação psicológica nos casos de crimes contra a dignidade sexual envolve dois aspectos: o viés restaurativo, que busca aliviar os traumas enfrentados pelas vítimas, e o viés investigativo, destinado a averiguar a veracidade dos relatos feitos pelas vítimas. Portanto, é fundamental que o suposto agressor também seja submetido a uma avaliação psicológica durante a produção de provas. A necessidade de incluir o acusado em acompanhamentos psicológicos durante o processo de inquirição é importante, uma vez que uma pesquisa psicológica bem estruturada pode ajudar a determinar se ele cometeu ou não o delito. A ciência da psicologia dispõe de mecanismos capazes de discernir quando um indivíduo está sendo verdadeiro em seus depoimentos (NOGUEIRA, 2021, *passim*).

Quanto às vítimas, a abordagem psicológica não visa apenas verificar a veracidade de seus relatos, mas também pretende tratar as feridas psicológicas deixadas pelo crime. Essas feridas frequentemente causam danos graves, e o apoio psicológico é crucial para permitir que as vítimas superem essas experiências. A violência sexual pode resultar em consequências significativas para as vítimas, muitas das quais se tornam permanentes em suas vidas. Entre essas consequências, destacam-se a depressão, distúrbios alimentares, transtornos pós-traumáticos, problemas na vida sexual, abuso de substâncias psicoativas, isolamento social, entre outros, impactando consideravelmente a qualidade de vida das vítimas. Esses aspectos são discutidos por Malu Ribeiro Duarte (2016), conforme citado por Raphaela Silva Nogueira.

Os sobreviventes desse trauma, ao terem suas barreiras violentadas, tentam construir novos limites entre si e o mundo, porém tais delimitações são construídas improvisadamente pela dinâmica do trauma, isso se

evidencia por meio de ganho de peso, desleixo pessoal, falta de cuidado consigo mesmo ou a procura de não ser atraente sexualmente, além disso, podem desenvolver problemas dermatológicos, de aprendizagem e/ou de comportamento.

Dessa maneira, torna-se evidente que o acompanhamento psicológico ao longo do processo é crucial para a averiguação e construção de provas concretas, fornecendo ao juiz a base necessária para alcançar uma decisão justa. Além disso, o suporte psicológico é fundamental para a superação e acolhimento da vítima, considerando as significativas consequências que ela pode enfrentar após um trauma dessa magnitude. Tanto a psicologia quanto o direito compartilham o objetivo de regular o convívio social. Apesar de utilizarem métodos distintos, ambas as disciplinas têm objetivos comuns, buscando estudar o ser humano, compreendendo seu comportamento e convivência no contexto social. O comportamento humano, por sua vez, influencia diretamente a interação social, e assim, direito e psicologia trabalham de forma complementar (NOGUEIRA, 2021).

No âmbito dos crimes sexuais, a psicologia se revela como uma ferramenta essencial para auxiliar na condução do caso. Por meio de um estudo psíquico do acusado, é possível verificar se ele cometeu ou não o delito e de que maneira o fez. Da mesma forma, o estudo e o acompanhamento psicológico da vítima proporcionam uma compreensão mais profunda do que é alegado por ela, contribuindo para uma decisão judicial mais fundamentada e segura.

CONCLUSÕES

Apesar de ser consenso que a palavra da vítima nos crimes de natureza sexual possui especial relevância probante, a prática jurídica frequentemente diverge desse entendimento. Muitos processos de violência sexual resultam em arquivamento ou absolvição dos supostos agressores, sob a alegação de falta de provas, mesmo quando a palavra da vítima é acompanhada por um conjunto robusto de evidências. Esse cenário contrasta com a ideia de que a palavra da vítima deveria ser uma peça-chave na construção da verdade processual.

A desconfiança em relação à palavra das mulheres tem raízes históricas, refletindo um viés que desacredita o que é afirmado por elas simplesmente por serem mulheres. Mesmo com avanços na igualdade de gênero, essa desvalorização persiste na sociedade, refletindo-se também no âmbito judicial, especialmente em

casos de crimes contra a dignidade sexual. Nesse contexto, a palavra da vítima, quando mulher, frequentemente é ponderada em relação à do agressor, quando homem, revelando um descrédito notório nas declarações das mulheres.

A relevância da pesquisa se demonstra diante da insuficiência de parâmetros para definir meios que evitem a violência institucional e procedimentos invasivos a que as vítimas de violência sexual são submetidas durante o processo. Muitas vezes, essas vítimas enfrentam situações de revitimização ao serem expostas a procedimentos excessivamente constrangedores, podendo ser evitadas com maior apoio da psicologia forense, que impediria que se tornassem meros objetos de prova.

Nesse contexto, a pesquisa suscitou o tema-problema sobre a impossibilidade de absolvição por falta de provas em crimes sexuais, considerando a palavra da vítima como prova primordial. No entanto, ao longo da investigação, essa hipótese não foi confirmada. No que tange à dignidade da pessoa humana, princípio constitucional, condenar alguém apenas com base em uma única prova, sem a devida averiguação, é incompatível. Para a condenação, é necessário realizar uma avaliação psicológica da vítima para verificar a veracidade de suas alegações. A ciência da psicologia possui mecanismos capazes de identificar quando alguém está ou não dizendo a verdade, possibilitando uma decisão justa. Da mesma forma, o réu deve passar por tal avaliação.

Embora as disciplinas do Direito e da Psicologia possam parecer distintas, ambas contribuem para resolver problemas relacionados ao comportamento humano no contexto social. O estudo do comportamento humano é central para ambas as áreas, com o objetivo comum de regular e melhorar o convívio social. Também como caminho para a necessário deve-se adotar políticas públicas que sejam eficazes para mudança das concepções sobre a sexualidade feminina, especialmente práticas educacionais condizentes com a equidade de gênero.

Como resultados alcançados verificou-se que avaliações psicológicas bem elaboradas tanto da vítima quanto do réu podem contribuir para a solução de conflitos por meio de métodos científicos. Isso proporcionará ao juiz elementos para uma decisão justa, valorizando adequadamente a palavra da vítima sem comprometer os princípios constitucionais. Necessário também levar em conta também na importância do papel do Judiciário, que pode contribuir na desconstrução

de crenças, de estereótipos e preconceitos, com a conseqüente transformação cultural da sociedade.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo; Malheiros, 2010.

BRASIL. Código de Processo Penal. decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Diário Oficial da União**, 03 de outubro de 1941. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 set. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, 5 de outubro de 1988. Brasília-DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02 set. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, 31 dez. 1940. Brasília-DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 14.245, de 22 de novembro de 2021. Lei Mariana Ferrer. **Diário Oficial da União**, 22 de Novembro de 2021. Brasília-DF. Disponível em: <https://planalto.gov.br>. Acesso em: 05 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus 2018/0231563-3**. Relator: Ministro Felix Fischer. Impetrante : A F L advogado : Defensoria Pública do estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Paciente : A F L (preso). Assunto: direito penal - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro de vulnerável. DJ: 19/02/2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802315633&dt_publicacao=19/02/2019. Acesso em: 24 nov. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARRARA, Sérgio. **Crime e loucura**: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século. Rio de Janeiro : EdUERJ ; São Paulo : EdUSP, 1998.

DIAS, Maria Berenice. Quando a vítima é mulher. **IBDFAM**. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1329/Quando+a+v%C3%ADtima+%C3%A9+mulher#_ftn1. Acesso em: 26 nov. 2023.

LIMA, Daniel. **A liberdade sexual como único bem jurídico merecedor de tutela penal nos crimes sexuais**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/liberdade-sexualbem-juridico/>. Acesso em: 28 set. 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MUÑOZ-CONDE, Francisco. **Derecho penal**: parte especial. 15. ed., Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2004.

NOGUEIRA, Raphaela Silva. A psicologia e os crimes sexuais o papel da psicologia em aos crimes sexuais. **Repositório PUC Goiás**, 2021.
<https://repositorio.pucgoias.edu.br>. Acesso em: 30 set. 2023

PESSOA, Adélia Moreira. Naturalização de violência contra a mulher: especialista analisa a culpabilização da vítima em casos de estupro. **IBDFAM**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8965/Naturaliza%C3%A7%C3%A3o%20de%20viol%C3%Aancia%20contra%20a%20mulher:%20especialista%20analisa%20a%20culpabiliza%C3%A7%C3%A3o%20da%20v%C3%ADtima%20em%20casos%20de%20estupro>. Acesso em: 20 set. 2023.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Sentença que absolveu empresário de estupro de influencer é nula**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 20 set. 2023.

SENADO, Agência. Sancionada lei Mariana Ferrer, que protege vítimas de crimes sexuais em julgamentos. **Senado notícias**, 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br>. Acesso em: 05 set. 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011.